

Comentario.

El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008

Ricardo Robles Planas

Universitat Pompeu Fabra

1. El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal prevé añadir el artículo 31 bis con el siguiente tenor:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

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

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

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.

c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades.»

2. El Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) en su Informe de 26 de febrero de 2009 a este Anteproyecto de Ley Orgánica efectúa una serie de consideraciones sobre la opción seguida para la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento que se sintetizan a continuación:

a) En términos generales, el CGPJ, aún reconociendo que la iniciativa se mueve en la misma dirección que las llevadas a cabo en otros países de la Unión Europea, se muestra crítico con la concreta configuración prevista en el art. 31 bis, en los siguientes términos: «partiendo, pues, de que el delito de referencia tiene que haber sido cometido por una persona física, es decir, que no existen supuestos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, el Anteproyecto no establece, sin embargo, ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio. En síntesis, pues, el Anteproyecto sigue un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, es decir de responsabilidad vicaria». A juicio del CGPJ, la opción seguida por el Anteproyecto –al igual que en otros ordenamientos- de establecer una responsabilidad cumulativa de las personas jurídicas junto con la de las personas físicas no puede llevarse a cabo tal y como prevé el art. 31 bis, pues «para que la atribución de responsabilidad, o si se prefiere, la imputación del hecho cometido por determinadas personas físicas a la propia persona jurídica no implique una responsabilidad objetiva por el hecho de otro, que es incompatible con el principio jurídico penal de imputación por los hechos propios, es imprescindible identificar el concreto criterio que permite la imputación objetiva y subjetiva del hecho a la persona jurídica». El art. 31 bis no se refiere a criterio alguno de imputación objetiva y subjetiva a la persona jurídica, de manera que, si se quiere respetar el principio de culpabilidad, sería «imprescindible una referencia expresa a que la imputación del hecho a la persona jurídica en estos casos se debe a la ausencia de los mecanismos de control adecuados, o, mejor, a un defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo».

b) El Informe ahonda en este planteamiento general y analiza los dos supuestos previstos en el Anteproyecto a partir de los cuales cabe derivar responsabilidad de la persona jurídica: cuando el hecho de referencia ha sido cometido por el administrador y cuando ha sido cometido por un empleado. El CGPJ llama la atención de que sólo en el segundo de los supuestos podría llegar a hallarse un “hecho propio” de la persona jurídica al referirse el art. 31 bis a que los empleados hayan *podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*. Ahora bien, a juicio del órgano informante, la redacción dada permite interpretar solamente que la ausencia del debido control es consecuencia de la actuación de una persona física, no constituyendo, pues, “hecho propio” alguno de la persona jurídica. Que esta parece ser la idea que subyace al Anteproyecto lo confirma el tercer apartado del precepto cuando advierte que: «la concurrencia, en las *personas* que materialmente hayan realizado los hechos o *en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control*, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente». El CGPJ considera que, así configurada, la atribución de responsabilidad a la persona jurídica por hechos delictivos cometidos por los empleados vulnera el principio de responsabilidad subjetiva, en tanto en cuanto, en última instancia, el defecto organizativo (la ausencia del debido control) no se exige que concurra en la persona jurídica, sino que basta con que una persona física con capacidad decisoria en la persona jurídica haya infringido sus correspondientes deberes de vigilancia y control para que, automáticamente, se le atribuya el hecho también a la persona jurídica. Por ello, el Informe se lamenta de que no se haya acudido a planteamientos en los que el defecto de

organización de la persona jurídica se utiliza como criterio que «identificaría una conducta de la propia persona jurídica, al modo de lo que en el derecho penal de sociedades del derecho anglosajón se considera una “conducta de organización contraria a la ley” (*Unlawful Organizational Behavior*). La imputación del hecho a la persona jurídica se fundamenta, entonces, en una estructura defectuosa de funcionamiento, construida, por ejemplo, sobre normas estatutarias o reglamentarias internas que dan soporte a conductas o prácticas ilícitas, o sobre mecanismos contables o de otra naturaleza que permiten camuflar los hechos ilícitos, o bien, en suma, sobre procesos organizativos internos que permiten minimizar el riesgo de detección de las infracciones o de que sean sancionadas. Según esto, la conducta de las personas jurídicas está sometida a procedimientos operativos estandarizados (*Standard Operating Procedures*), es decir a procedimientos normalizados de trabajo y de toma de decisiones, y la culpabilidad de la persona jurídica se basa, precisamente, en la existencia de prácticas y procedimientos inadecuados por ser ajenos a los estándares de actuación para prevenir la comisión de delitos». En este sentido, el CGPJ considera que un modelo semejante no quebrantaría el principio de culpabilidad puesto que «la imputación por defecto de organización admite las formas dolosa y culposa o imprudente» y afirma que «está consolidada la idea de que la conducta dolosa de la empresa se refiere a que tiene capacidad –conocimiento potencial, tal y como exige nuestro Tribunal Constitucional en el ámbito sancionador administrativo– de conocer las normas, es decir la ilicitud de sus procesos organizativos y de la conducta consecuente de sus administradores, directivos y empleados. Basta al respecto que la sociedad no pueda ignorar que la conducta organizativa que se le imputa permite actuar ilícitamente. Se trata, en consecuencia, de una culpabilidad dolosa o imprudente referida al propio defecto de organización y a la relevancia que tiene tal defecto para la comisión de los hechos delictivos en cuestión».

c) En coherencia con lo afirmado para el segundo de los supuestos de responsabilidad, el Informe es especialmente crítico respecto del supuesto en el que se afirma la imputación de la persona jurídica simplemente cuando tiene lugar la comisión de un hecho delictivo por un directivo o administrador. Aquí, sólo cabe concluir a juicio del CGPJ que estamos ante un supuesto de “responsabilidad vicaria pura”, esto es, de responsabilidad por el hecho de otro, en tanto en cuanto en esta responsabilidad por transmisión se imputa a la persona jurídica «el *actus reus* y la *mens rea* de quien es su agente, es decir, del superior que tiene capacidad para actuar en su nombre y obligarla. Por eso, los criterios de imputación a la persona jurídica del hecho ajeno consisten, según este sistema, en que el representante haya actuado en el marco y naturaleza de su empleo y que haya actuado para beneficiar a la empresa». Así, cabría afirmar no sólo que el art. 31 bis, en el primer supuesto de responsabilidad, está adoptando un modelo de responsabilidad por atribución, sino incluso que se ha previsto de forma incompleta, al no exigirse en el texto del precepto que el representante haya actuado en el ámbito o en el ejercicio de sus funciones. Estas deficiencias provocarían la imputación de responsabilidad a la persona jurídica pese a que no existiera en ella defecto organizativo alguno, lo que según el Informe sería indeseable por constituir, de nuevo pero ahora de forma más evidente si cabe, un supuesto de “responsabilidad objetiva”.

3. Las anteriores consideraciones del Informe suscitan una gran cantidad de cuestiones en una materia que no deja de ser objeto de atención en la doctrina española reciente. En este breve comentario me limitaré a resaltar un punto del debate que sigue siendo digno de discusión dogmática¹, a saber, el relativo a la naturaleza de la imputación de responsabilidad a la persona jurídica por su “hecho propio”.

a) En primer lugar, tanto en el Informe del CGPJ como por un amplio sector doctrinal se afirma repetidamente que para evitar la imputación de hechos ajenos debe aislarse un hecho propio de la persona jurídica y que éste consiste en un “defecto organizativo”. Sin embargo, este pretendido hecho propio simplemente no existe. Estamos, más bien, ante una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la “culpabilidad penal de la persona jurídica” se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física². En efecto, el hecho no es propio de la persona jurídica porque ella no puede actuar con independencia de las personas físicas, de manera que el “defecto organizativo” es únicamente imputable a las personas físicas que lo han provocado o podían haberlo evitado. Por ello, el denominado “modelo de la responsabilidad por el hecho propio” no es más que una versión refinada del “modelo de la responsabilidad por atribución o transferencia (vicaria)”: en todo caso, la responsabilidad por el *defecto organizativo* se transfiere de la persona física a la persona jurídica. Una mirada a las propuestas dogmáticas recientes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas arroja como conclusión que en la práctica totalidad de ellas se pretende negar ni ocultar que, en efecto, estamos ante una imputación de hechos ajenos incompatible con el principio de culpabilidad porque la persona jurídica en sí es incapaz de realizar y asumir “hechos propios”. Más bien tales propuestas tienen como objetivo prioritario el de incrementar el grado de responsabilidad y los deberes de cuidado de las *personas físicas* que dirigen la empresa, con el fin de, ahora sí, dirigirles expectativas de organización adecuada de la persona jurídica³.

b) De ahí que un importante sector de la doctrina no vea en la persona jurídica acciones o hechos, sino nada más que un “estado peligroso”⁴, el cual podría ser objeto de intervención a través de

¹ Cfr., sin embargo, la consideración de NIETO MARTÍN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal», en SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ/DEMETRIO CRESPO (coords.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, 2008, p. 133: «[...] tengo la impresión de que la Ciencia jurídica en relación a este tema se ha repetido y aburrido, porque ha estado ocupada de cuestiones cercanas a la más abstracta teología conciliar como la capacidad de acción, de culpabilidad o de pena de las personas jurídicas».

² Así, con razón, recientemente, FEIJÓO SÁNCHEZ, «Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2009, pp. 200 y ss., con múltiples referencias bibliográficas.

³ NIETO MARTÍN, en SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ/DEMETRIO CRESPO (coords.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, 2008, p. 134.

⁴ Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal», en AA.VV., *Derecho penal económico*, nº 14, 2001, pp. 319 y ss.; MIR PUIG, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC* 2004, pp. 1 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano», en AA.VV. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, 2002, pp. 252 y ss.; el mismo, FEIJÓO SÁNCHEZ, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.),

medidas de seguridad o similares. En mi opinión este punto de vista debe ser plenamente compartido siempre y cuando implique negar que la persona jurídica lleve a cabo un “hecho penalmente *injusto*”. El principio de culpabilidad en Derecho penal despliega sus efectos ya en el nivel del injusto, ya sea negándolo por la incapacidad de acción, ya lo sea por la exigencia de imputación subjetiva de todo hecho con pretensión de *relevancia* para el Derecho penal. En efecto, el sistema de imputación de responsabilidad penal basado en el principio de culpabilidad alcanza un determinado círculo de realidades. La introducción de realidades que quedan fuera de ese círculo suponen la renuncia a la culpabilidad o si se prefiere: la extensión de las reglas de imputación penal para abarcar realidades que quedan fuera de ella supone, necesariamente, renunciar al carácter penal de tales reglas⁵.

Por insistir en ello: la responsabilidad penal tiene como presupuesto la vinculación *no arbitraria* entre el objeto de la imputación (el hecho delictivo) y el sujeto de la imputación (en este caso, la persona jurídica). Ello es lo que garantiza el principio de culpabilidad. En efecto, un Derecho penal que adopte el principio *nulla poena sine culpa* estará *autovinculado* al sistema de reglas de inculpación y exculpación *vigente* para afirmar o negar la responsabilidad⁶. Resulta claro que el sistema de reglas de inculpación en el Derecho penal se construye sobre la idea de “libertad”. Pues bien, lo que no cabe poner en duda es que la persona jurídica no posee “libertad”. Algún destacado intento reciente propone reconstruirla desde la teoría de los sistemas sobre la base de su “comportamiento” reiterado en el mundo económico. La persona jurídica, pese a carecer de voluntad propia, podría construirse a sí misma una identidad que le permitiría autodefinirse como “mínimamente ciudadana”⁷. Sin embargo, se trata de una identidad meramente *fáctica*, esto es, de un nexo de continuidad en el tiempo entre situaciones objetivas. La permanencia en el tiempo de la persona jurídica, con sus características, no ofrece ningún contenido positivo de voluntad, sino sólo de la de quienes la integran o la han integrado, de manera que carece de sentido predicar de ella una culpabilidad análoga –esto es, capaz de soportar la reacción *normativa* “pena”- a la de las personas físicas. En palabras de JAKOBS «esta vida propia es pura recepción pasiva ya que no puede ser aprehendida mediante reflexión por una autoconciencia en cuanto posibilidad propia (...) [carece de] “espíritu” autoconsciente que comprende su existencia como posibilidad»⁸. Y aún en las de KÖHLER: «[el colectivo] no es un sujeto capaz de

Autorregulación y sanciones, 2009, pp. 237 y ss.; ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas?, *InDret* 2/2006, pp. 15 y ss.

⁵ Véase ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas?, *InDret* 2/2006, pp. 15 y ss. Cfr. también JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen?», *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 574 (traducción en AA.VV., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, p. 95): «en un Derecho penal cuyo precepto principal de medición de la pena afirma que la culpabilidad del autor es el fundamento de la medida de la pena (§ 46, apartado 1, inciso 1 StGB) un bautizo de estas características crearía una confusión semejante a la de llamar a los ciudadanos deudores principales».

⁶ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 17/29.

⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 113 y ss. y *passim*. Críticos con su planteamiento, por ejemplo, PASTOR MUÑOZ, «¿Organizaciones culpables?», *InDret* 1/2006, pp. 12 y ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 155 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2009, pp. 218 y ss.

⁸ JAKOBS, en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 571 (traducción en AA.VV., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, p. 88).

reflejar vigencia con un centro propio de autororientación que esté en disposición de co-constituir la vigencia de la norma decisiva para el Derecho penal. De ahí que no pueda lesionar el “Derecho en cuanto Derecho” mediante la arrogación de la vigencia de una máxima de injusto libremente elegida, únicamente en virtud de la cual se manifiesta la pérdida de vigencia que trasciende a las consecuencias del injusto objetivo y que debe ser eliminada mediante la pena. La realidad espiritual del colectivo como tal está constituida mediante individuos que obran en representación; no puede imaginarse una cualidad subjetiva sin incurrir en contradicciones. Esta carencia no puede compensarse mediante la mera “transferencia” al colectivo de los presupuestos que fundamentan el castigo de los individuos representantes, esto es, de su injusto personal y de su culpabilidad. Semejante imputación “normativa” de la conducta individual “como propia del colectivo” se reduce a una mera imputación objetiva, que puede ser suficiente para desencadenar consecuencias civiles o administrativas del injusto, pero no para la culpabilidad subjetiva y la pena. La afirmación de la “imputación” se caracteriza, pues, por una circularidad vacía de contenido»⁹.

En definitiva, los defectos organizativos no pueden definirse tampoco como actuaciones o manifestaciones de la *voluntad* de la persona jurídica, sino sólo como emanaciones (peligrosas) que exteriorizan únicamente las *voluntades individuales* que han compuesto y componen a la persona jurídica en el tiempo, produciendo o permitiendo que aquella identidad abstracta llegue a tener una apariencia concreta. En este punto, la persona jurídica es siempre un sujeto inimputable cuya actividad no puede canalizarse jurídico-penalmente a través “acciones”. La persona jurídica es, pues, incapaz de imputación para el Derecho penal basado en la culpabilidad¹⁰.

c) Bien mirado en este terreno se suscita una pregunta previa ¿tiene, en realidad, sentido hablar de *responsabilidad* de las personas jurídicas? La respuesta parece evidente a la luz de la dinámica de la responsabilidad en el Derecho civil o el administrativo. Sin embargo, cuando en estos ámbitos se alude a la “responsabilidad” de las personas jurídicas se hace utilizando el término en un sentido muy diferente al que es usual en Derecho penal. En efecto, -como ocurre con frecuencia- en aquellas dos ramas del Ordenamiento la responsabilidad no se identifica con la infracción de normas de conducta¹¹ (que presupone la capacidad subjetiva de tomar una decisión

⁹ KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, p. 562.

¹⁰ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2009, p. 238: «en el fondo no se trata de imputación a sujetos colectivos, sino de imputación a individuos que tienen consecuencias para el colectivo. Nieto Martín está reconociendo que sólo tienen capacidad de acción y culpabilidad las personas físicas, teniendo las personas jurídicas sólo capacidad de soportar la sanción. Este modelo legítimo para un Derecho administrativo sancionador económico no puede ser denominado Derecho penal ni responsabilidad penal. No se trata de una mera cuestión terminológica, sino de legitimación material. La pena tiene ciertas características estructurales que (el sujeto al que se impone la reacción tiene que ser el mismo que el sujeto de la imputación) que impiden que se pueda denominar pena a cualquier tipo de mal que imponga el Estado. Véase también ROBLES PLANAS, *InDret* 2/2006, p. 5 y pp. 15 y ss.

¹¹ Sosteniendo que tampoco infringen normas administrativas o civiles, GRACIA MARTÍN, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, pp. 63 y ss. En realidad: falta toda base para reprochar algo a la persona jurídica.

consciente: *Verantwortung*), sino, más bien, con la obligación de soportar costes (*Haftung ohne Schuld*), que recae sobre la persona jurídica como objeto de la intervención. Naturalmente, las menores exigencias de imputación subjetiva que rigen en el Derecho civil o en el Administrativo permiten identificar *pragmáticamente* a la persona jurídica como infractora de deberes. No obstante, esa identificación no admite derivar nada más allá que la realidad económico-organizativa que constituye la persona jurídica tiene la obligación de soportar los costes que implica el hecho de que en su seno se haya quebrantado un deber –por ejemplo, tributario o laboral– que le incumbía.

d) ¿De qué se trata entonces en la moderna discusión de la responsabilidad de las personas jurídicas? En mi opinión se trata de dos círculos distintos de cuestiones. De un lado, se pretende legitimar la intervención patrimonial sobre la persona jurídica por haber tenido lugar en ella la comisión de un *hecho* delictivo. Por el otro, se trata de legitimar una intervención para que la empresa colabore con el Estado en la actividad de prevención y detección de delitos. El Informe del CGPJ y un sector de la doctrina aluden, sin diferenciarlas suficientemente, a ambas cuestiones. Veamos cómo habría que separarlas.

El que la empresa deba de hacerse responsable por los daños derivados de la comisión de un hecho delictivo no ofrece mayores dificultades desde el punto de vista de su eventual fundamento: ello no sería otra cosa que la expresión de una regla de distribución de costes que en el Derecho continental se conoce como “responsabilidad (objetiva) por el peligro” (*Gefährdungshaftung*). La atribución de esta “responsabilidad” presupone que el titular o titulares de una empresa, en virtud *del riesgo (permitido) especial* que la actividad empresarial supone (y de las ventajas asociadas), asumen una *responsabilidad especial ampliada* no basada en la culpabilidad. Naturalmente, esta forma de operar es propia del Derecho civil¹² y del Derecho administrativo¹³ pero no del Derecho penal¹⁴, en la medida en que aquellos sectores se ocupan de compensar, prevenir y ordenar las relaciones económicas entre agentes que actúan en distintas posiciones. No es posible en este lugar adentrarnos en las necesarias e importantes matizaciones a las que debería someterse un sistema de responsabilidad de la persona jurídica basado en esta idea¹⁵.

Más problemática es la segunda cuestión aludida. Se pretende exigir positivamente a los titulares de la empresa que la administración y la organización de la misma estén orientadas a las finalidades estatales de prevención y detección de delitos. Aquí, la sanción que recaiga sobre el

¹² Al respecto véase LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 13ª ed., 1994, § 84.

¹³ Véase HOLLANDS, *Gefahrenzurechnung im Polizeirecht*, 2005, p. 173, con referencias doctrinales.

¹⁴ Así, por ejemplo, claramente, KÖHLER, *AT*, p. 559. En general, véanse, las consideraciones al respecto que efectúa FEIJÓO SÁNCHEZ (en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2009, pp. 245 y ss.) y que resultan plenamente compartibles.

¹⁵ Como por ejemplo, la ineludible consideración en el mismo de los “riesgos generales de la vida” o el tratamiento diferenciado por sectores de actividad o tipos de bienes jurídicos puestos en peligro. Sobre la función de la responsabilidad objetiva en el derecho de daños véase, SALVADOR CODERCH/CASIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, 1997, pp. 148 y ss.

patrimonio o actividad de los correspondientes titulares deberá legitimarse a partir de la infracción de “deberes de colaboración”¹⁶. En efecto, como se ha reconocido explícitamente por la doctrina de lo que se trata ahora es de trasladar desde el Estado a las empresas los costes de la prevención y detección del delito, de manera que lo que habría que castigarse no serían comportamientos relacionados con el hecho concretamente cometido, sino con algo previo y más abstracto: la no adopción de medidas para prevenir o descubrir delitos¹⁷. Cuando tales medidas no existen en absoluto, la empresa *puede* llegar a convertirse en un “estado peligroso por ausencia de controles internos”. En este punto, la ubicua y aplaudida noción de “autorregulación” no debe ocultar su concreto significado: los programas de cumplimiento son, entre otras cosas y por lo que a la eventual responsabilidad de la persona jurídica se refiere, deberes empresariales de colaboración con las funciones estatales de prevención de delitos¹⁸. La sanción de la no adopción de tales medidas constituiría, efectivamente, «nueva técnica de intervención» estatal («sistema policial empresarial»)¹⁹ para garantizar una prevención eficaz.

Sentado esto, surge la cuestión de la legitimidad y articulación de la infracción de los aludidos deberes de colaboración. No es necesario volver a insistir en que la eventual intervención del Derecho penal no podría llevarse a cabo en forma de responsabilidad colectiva por la infracción de los aludidos deberes de colaboración²⁰. Procede únicamente plantearse si aquélla podría tener lugar en forma de sanción de conductas individuales. Al respecto, y pese a que, en efecto, todo apunta a que no se trata de “deberes difusos”, sino específicamente dirigidos a las personas físicas con poder de dirección en la empresa²¹, no parece posible legitimar hoy por hoy un nuevo tipo penal que castigue a directivos o administradores por no “colaborar” con el Estado en el

¹⁶ Así también, en relación a la propuesta de NIETO MARTÍN, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2009, p. 241.

¹⁷ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 146, pp. 155 y pp. 324 y ss.

¹⁸ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 148; p. 215: «deber de coadyuvar con la administración de justicia» y p. 49: «si las propias empresas se encargan de establecer sistemas internos de control, el estado puede reducir el número de funcionarios».

¹⁹ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 148.

²⁰ Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2009, p. 238, aludiendo en este punto a las «endeble bases dogmáticas» de la propuesta de Nieto Martín y observando que el quebrantamiento de los deberes de colaboración por parte de los directivos, no representa normativamente un fundamento suficiente para imponerle una pena a una persona jurídica o a una empresa (responsabilidad parapenal). Como a continuación se apunta en el texto, en mi opinión no sólo es desafortunado hacer responder *penalmente* a la persona jurídica por la infracción de deberes de colaboración, sino que ya la propia fundamentación y sanción *administrativa* de tales deberes es discutible.

²¹ No se alcanza a comprender por qué razón la “autorregulación” es el estandarte de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando, en realidad, lo que se efectúa es una apuesta por la sanción del incumplimiento de deberes de colaboración con el Estado para la prevención y detección de delitos. Si tales deberes deben tomarse en serio y tienen la elevada importancia que algunos autores les otorgan no se explica por qué motivo no se individualizan convenientemente en los órganos de dirección y gestión de la empresa, que son los competentes para la adopción de programas de prevención y control de delitos en la empresa, y, en cambio, se siguen haciendo recaer *indirectamente* en personas físicas que no tienen capacidad alguna para cumplirlos. Se observa entonces que al dirigir estos deberes “intensificados” a la persona jurídica genéricamente y al sancionar a la misma por su infracción, por un lado, que pierden la eficacia que les otorgaría una imposición individualizada a los sujetos competentes y, por otro, que de nuevo se incurre en responsabilidad puramente objetiva, en el sentido de vinculación arbitraria entre sujetos y sanción.

sentido indicado²². Ciertamente, este discurso podría aparecer en cualquier momento en un Derecho penal cada vez más “administrativizado”²³. Cabe, no obstante, objetar seriamente que una generalización y, especialmente, una dilatación de los requisitos típicos hasta el punto de constituirse en una infracción penal puramente formal no sería admisible. Más bien, en contra de lo que parece ser una tendencia doctrinal creciente es preciso cuestionarse si para la protección de los concretos intereses que pueden ser lesionados por la conducta autorresponsable de un miembro de la empresa es razonable el establecimiento de amplios y formales deberes de colaboración jurídico-penalmente reforzados y dirigidos a la cúspide de las empresas.

De hecho, no está ni tan siquiera fuera de discusión que tales deberes de colaboración puedan configurarse administrativamente de manera generalizada para las empresas. Y ello porque en terrenos como el del blanqueo de capitales los deberes de colaboración son altamente discutidos y entran en fricción con derechos fundamentales. No obstante, debe reconocerse que en el terreno del Derecho administrativo económico cabe un cierto margen de maniobra que pasará por definir un modelo de gestión de empresa con relevancia institucional o bien por un modelo de carácter más liberal.

¿Significa lo anterior que la empresa debe quedar al margen de la infracción de deberes de colaboración con el Estado? Como ha quedado expresado, la sanción directa de esos deberes de colaboración es altamente problemática. Pero, pese a que no pueda imponerse directamente un deber a la empresa de organizarse conforme a un determinado modelo cuya finalidad sea la prevención y detección de delitos, sancionando el incumplimiento del mismo, sí puede exigírsele indirectamente, esto es, no otorgándole el beneficio de la exoneración o atenuación de responsabilidad cuando no cumpla con las condiciones de una organización interna orientada a la prevención y detección del delito. Se trata, como puede observarse, del modelo de las *Obliegenheiten*, término traducido al español por “incumbencias” o “cargas”. Éstas se caracterizan por no ser deberes -dado que no puede exigirse su cumplimiento-, sino simplemente requeri-

²² En este punto cabrían diversas alternativas de concreción: desde el castigo por no implementar un programa de prevención de delitos hasta el castigo por no haber empleado, en el caso particular, determinados esfuerzos para evitar que el hecho se produjera. En todo caso, el modelo obedece a una delegación del Estado a la cúpula de la empresa de las funciones de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de la legalidad en ésta, funciones que aquella debería asumir institucionalmente y cuyo incumplimiento generaría la correspondiente responsabilidad por el eventual tipo delictivo al que se está aludiendo.

²³ Al respecto conviene traer a colación las reflexiones de SILVA SÁNCHEZ (en AA.VV., *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 322-323): «la creciente configuración legal de posiciones de garantía de intereses público-administrativos que recaen sobre los ciudadanos (en particular los que ostentan determinadas posiciones económico-empresariales) es uno de los signos más característicos de la evolución del Derecho penal y, a la vez, un aspecto clave para la interpretación del modelo de sociedad que está cristalizando. La figura clave en este modelo es la de un ciudadano al que se le transfieren funciones públicas, integrándolo en una institución sin que él haya realizado el acto limitado de organización consistente en la incorporación a la misma, siendo así que el incumplimiento de tales funciones le acarrea sanciones penales. O, mejor, podrías sostenerse que la “institución” es la propia actividad en sí misma considerada, de modo que la empresa, que se mueve en un espacio crecientemente liberalizado, se concibe como un “riesgo” *per se*, cuya caracterización como “permitido” se condiciona a que el empresario cumpla con determinados deberes de colaboración pasiva y activa con la Administración de control. Así, las ideas de “riesgo permitido condicionado” o la de “libertad peligrosa”, son seguramente las que mejor explican esta evolución».

mientos de conducta que han concurrir para que opere frente a la persona una determinada ventaja o beneficio. Trasladando lo anterior a la empresa: no puede exigirse de la empresa un comportamiento colaborador con el Estado en la prevención y detección del delito. Ahora bien, dado que es deseable que la empresa se organice de acuerdo con las exigencias *-mutatis mutandis-* de un "ciudadano fiel al Derecho", puede, en caso contrario, no jugar a su favor la exención o disminución de la responsabilidad previamente fundamentada. Dicho con otras palabras: una empresa "desorganizada" tiende a la responsabilidad *-objetiva por el peligro-* en la misma medida en que lo hace una "organizada", pero mientras ésta última puede exonerarse de responsabilidad, la primera queda al margen de tal beneficio²⁴.

4. Estas breves consideraciones deberían haber arrojado como resultado que el Informe del CGPJ que ahora nos ocupa argumenta de forma convincente a la hora de rechazar la configuración legal que de la responsabilidad de las personas jurídicas efectúa el art. 31 bis del Anteproyecto. Las críticas son especialmente acertadas en lo que se refiere a la vulneración del principio de culpabilidad por tratarse de una imputación de hechos ajenos. Por el contrario, el modelo alternativo que propone, esto es, la "responsabilidad penal por el hecho propio" de la persona jurídica, no resulta asumible. El carácter "penal" de esta responsabilidad es una mera petición de principio, cuya adopción implicaría quebrantar no en menor medida el principio de culpabilidad que se pretende rescatar. En este sentido, tal y como lo hizo el CGPJ en el año 2006 a propósito del anterior Anteproyecto de Reforma del Código penal²⁵, podría haberse dado también en esta ocasión un paso más allá y poner de manifiesto las auténticas estructuras dogmáticas de la responsabilidad que subyacen al modelo del pre-legislador. Como ha quedado apuntado estas estructuras son la "responsabilidad (objetiva) por el peligro" propia del Derecho civil y administrativo y la infracción de deberes de colaboración (administrativos) para la prevención y

²⁴ Conviene añadir que ese "beneficio" operaría de modo objetivo frente a los titulares, en correspondencia a como opera frente a ellos la imputación (objetiva) por el peligro (*Gefährdungshaftung*).

²⁵ En su Informe al Anteproyecto: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas -y de entidades sin personalidad- acaba convirtiéndose en responsabilidad objetiva en la medida en que viene impuesto por la propia naturaleza convencional de aquéllas, cuya responsabilidad siempre dependerá de la conducta de un ser humano. Se produce en este punto una extensión de los criterios de imputación subjetiva del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal, invirtiendo la tendencia que lleva paulatinamente a integrar en el derecho sancionador las garantías y los principios rectores del derecho penal. La admisión de la responsabilidad directa de personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, que parte, según la STC 246/1991, de 19 de diciembre, de una aplicación del principio subjetivo de culpa de forma distinta a como se hace respecto a la personas físicas, erigiendo una construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica que nace de la propia ficción jurídica a la que responden estos sujetos, no implica la extensión de ese artificio a un Código Penal construido sobre la realidad de la persona física (...) En conclusión: el Consejo considera que el virtual efecto contaminante de estos cuerpos extraños, en cuanto puede desembocar en un retroceso de las garantías del Derecho Penal, hace aconsejable que toda esta materia, en gran parte novedosa, polémica doctrinalmente, no asentada en las legislaciones de nuestro entorno y necesitada de un tratamiento integral acerca de todas las materias a las que ha dedicado su atención la dogmática penal (p. ej., en materia de formas imperfectas de ejecución, autoría y participación, etc.), se plasme, de considerarse preciso, en una ley especial independiente del Código Penal, como sucede en Alemania e Italia, que recoja lo que se ha dado en llamar "Derecho Penal accesorio de personas jurídicas" -como sucede, *mutatis mutandis*, con el Derecho Penal de menores-, sin que sea necesario revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad ni reformular la teoría de la pena; bastaría con que la relación de la persona jurídica con el hecho delictivo legitime la pena en virtud de categorías particulares aplicables a la persona jurídica».

detección del delito en la empresa. En relación con ésta última cabe insistir en su carácter especialmente problemático ya en el Derecho administrativo y en su eventual consideración indirecta mediante el modelo de las *Obliegenheiten*. Tampoco el Derecho civil o el administrativo reaccionan en sentido estricto ante un “hecho propio” de la persona jurídica, sino que hacen recaer sus sanciones en el ámbito organizativo-patrimonial de los titulares de la persona jurídica, ya sea por considerarse un ámbito de “responsabilidad (objetiva) por el peligro”, ya lo sea (eventualmente) por no otorgar el beneficio de la exención o atenuación de la sanción a los colectivos que no hayan incorporado un programa de prevención de delitos.