

# Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>1</sup>

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Profesor Titular (acreditado Catedrático) de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRIMERA APROXIMACIÓN AL NUEVO SISTEMA: 1. *De las «consecuencias accesorias» a la responsabilidad penal.* 2. *Rasgos fundamentales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal.* 3. *En concreto: autonomía e independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica.*—III. LAS FUNDACIONES COMO SUJETOS PENALMENTE RESPONSABLES: 1. *Las fundaciones, sujetos idóneos a los efectos del artículo 31 bis CP.* 2. *Las fundaciones de menor tamaño.* 3. *¿Pueden ser algunas fundaciones sujetos excluidos (art. 31 bis 5 CP)?*—IV. DOS VÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS FUNDACIONES Y OTRAS PERSONAS JURÍDICAS: 1. *Primera vía de imputación: el delito cometido por el administrador de hecho o de derecho, o por el representante:* A) Patrono, administrador de hecho o de derecho y representante. B) En nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho. 2. *Segunda vía de imputación: el delito cometido por un empleado, debido a que no se ha prestado el debido control:* A) Los sujetos sometidos a la autoridad de los administradores y representantes. B) En el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica. C) El delito ha podido cometerse por no haberse ejercido sobre el trabajador el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso. 3. *Exigencias derivadas del principio de culpabilidad: ¿contiene el 1.º inciso del artículo 31 bis CP un modelo vicarial puro?*—V. SÓLO HAY RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR UN CATÁLOGO CERRADO DE DELITOS.—VI. APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENAS: 1. *El catálogo de penas.* 2. *Un doble sistema de penas: pena principal y penas accesorias facultativas:* A) Requisitos para imponer las penas accesorias facultativas previstas en el artículo 33.7, apartados b) a g). B) Requisitos especiales para imponer penas interdictivas de larga duración o la disolución. 3. *Imposición como medidas cautelares.* 4. *Determinación de la pena stricto sensu:* A) Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Atenuantes y agravantes. B) Confesión. C) Reparación. D) Colaboración en la investigación con pruebas nuevas y decisivas. E) Establecimiento posdelictivo de 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.—VII. LAS FUNDACIONES Y LOS PROGRAMAS DE CONTROL INTERNO, PREVENCIÓN DE DELITOS, COMPLIAN-

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación RESP-PJ («La implantación del nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español y su repercusión en los mercados», ref. CCG10-UC3M/HUM-5415).

CE PROGRAMS, ETC.: 1. *La indeterminación legal del deber de control*. 2. *Consecuencias jurídico-penales de la adopción de medidas, procedimientos o programas preventivos adecuados*.—VIII. «PANTALLAS» Y FUNDACIONES INSTRUMENTALIZADAS PARA LA COMISIÓN DE DELITOS.—IX. RÉGIMEN DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y SUS EXCEPCIONES. APLICABILIDAD A LOS CASOS DE FUSIÓN DE FUNDACIONES (ART. 30 LF).—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## I. Introducción

Una fundación puede ser considerada *ella misma* responsable de un delito y puede ser penada por él conforme al Derecho español vigente. Se trata de una afirmación que hasta hace muy poco tiempo sería considerada no ya herética, sino fruto de la ignorancia de cuestiones jurídicas básicas (como, por ejemplo, que sólo puede ser considerada delito la conducta libre y voluntaria de un *ser humano*). Sin embargo, a partir del 23 de diciembre de 2010 las cosas han cambiado radicalmente.

La Ley Orgánica 5/2010 introdujo en nuestro sistema penal un cambio fundamental, cuyo alcance apenas comenzamos a vislumbrar: la responsabilidad penal de las personas jurídicas por determinados delitos. Según afirma la exposición de motivos de la Ley, con esta nueva regulación se pretendía dar respuesta a numerosas Decisiones Marco y algunas Directivas que obligaban a los Estados miembros de la Unión Europea a «adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones» cometidas en su beneficio bajo ciertas circunstancias (si bien, como se ha señalado, las mencionadas normas no exigían que fuesen consideradas *penalmente* responsables por esos delitos).

El precepto central de este nuevo sistema es el artículo 31 bis CP, cuyo apartado 1 establece:

*«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

*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 atendidas las concretas circunstancias del caso».*

Esa responsabilidad penal puede plasmarse en un extenso *catálogo de penas* recogido en el artículo 33.7 CP, que prevé consecuencias jurídicas que van

desde la simple *multa* hasta la más contundente: la *disolución*. Entre ambos extremos existe una variada panoplia, que contiene respuestas como la suspensión de actividades, la clausura de locales, la intervención judicial y distintos tipos de interdicciones e inhabilitaciones.

Una primera aproximación a estas dos normas desde la perspectiva del administrador o representante de una persona jurídica activa instantáneamente la alarma de los riesgos legales, máxime cuando se presta atención al segundo inciso del artículo 31 bis 1 CP, que introduce una extensa *criminalización de la falta de control debido* (es decir: por ciertas *faltas de diligencia*).

En las próximas páginas se abordará la cuestión de la responsabilidad penal de las fundaciones desde una perspectiva tópica, que permita proporcionar respuestas a las principales cuestiones que surgen tanto para el estudioso del Derecho de Fundaciones como para el patrono o asesor jurídico de una fundación.

## II. Primera aproximación al nuevo sistema

### 1. De las «consecuencias accesorias» a la responsabilidad penal

Como se ha señalado, diversas normas europeas imponían a los Estados la obligación de adoptar sanciones a las personas jurídicas en relación con ciertos delitos, dejándoles libertad para decidir qué naturaleza debían revestir esas sanciones. El Legislador español ha optado por un auténtico sistema de *responsabilidad penal* de la persona jurídica.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, las personas jurídicas no podían ser declaradas responsables de un delito ni ser penadas. Existía, no obstante, un sistema de *consecuencias accesorias* contenidas en el artículo 129 CP, que *facultaba* al Juez a realizar sobre las personas jurídicas —con expresa mención de las fundaciones— cierto tipo de intervenciones asegurativas (cuyo contenido era similar a muchas de las penas actuales)<sup>2</sup> en la medida en que fuesen necesarias para la interrupción de una continuidad delictiva. Hubo no poco debate dogmático sobre la naturaleza jurídica de estas consecuencias, y no faltaron voces que las calificaron de auténticas *penas*. Más allá del debate nominal, interesa destacar que:

---

<sup>2</sup> Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, temporal o definitiva; disolución; suspensión de actividades; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se hubiese cometido, favorecido o encubierto el delito; e intervención de la empresa por un plazo máximo de 5 años.

- las «consecuencias accesorias» eran de aplicación *facultativa*;
- su aplicación debía responder a una necesidad de «prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma», que debía motivarse en la resolución.

La combinación de estas dos circunstancias fue sin duda uno de los factores que determinaron la *escasísima aplicación de estas consecuencias accesorias durante sus quince años de vigencia*<sup>3</sup>. Sin embargo, como veremos a continuación, el nuevo sistema<sup>4</sup> adopta en estos dos puntos una respuesta diametralmente opuesta.

## 2. Rasgos fundamentales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal<sup>5</sup>

A continuación se enumerarán los principales rasgos que caracterizan el vigente sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>3</sup> Aplicación que, además, casi nunca se dirigió a *verdaderas* empresas de economía real: ver por todos J.-M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para empresas», en *InDret* 2/2006; F. MIRÓ LLINARES, «Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal (Al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)», en SOLER PASCUAL (dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 208 y ss.

<sup>4</sup> Con la introducción del artículo 31 bis CP, el artículo 129 CP deja de contener estas «consecuencias accesorias para personas jurídicas» y pasa a albergar las consecuencias para entidades *sin* personalidad jurídica. No obstante, por un error de técnica legislativa todavía alguno de los delitos que se remitían al antiguo artículo 129 CP (arts. 262, 294, 318, 366, 386) *siguen remitiéndose a él* para la aplicación de consecuencias accesorias a *personas jurídicas*. La interpretación menos forzada de esta torpeza legislativa es considerar que las consecuencias contenidas actualmente en el nuevo artículo 129 CP son de aplicación *facultativa* a estos delitos (J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memento Experto Reforma Penal 2010*, pp. 23-24; sigue el criterio que allí expuse, en ocasiones con las mismas palabras, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, apartado III.2, pp. 56-57).

<sup>5</sup> Para un estudio más pormenorizado del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español ver, por todos, los siguientes trabajos: S. BACIGALUPO SAGGESE, Comentario al art. 31 bis CP, en M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid, 2010; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memento Experto Reforma Penal 2010*, pp. 11 y ss. (también en *Memento Penal 2011*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 319 y ss., 459 y ss.); J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», en *Rev. Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, pp. 7 y ss.; M. GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2010; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 7534, 23-12-2010; EL MISMO, «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, ZARZALEJOS NIETO y

- Se trata de un modelo que permite *enjuiciar y castigar a una persona jurídica por un delito imputable a ella*.

- Con el nuevo sistema, la imposición de la pena es *obligatoria* para el Juez o Tribunal una vez constatados los requisitos del artículo 31 bis CP. Se trata de la primera y más evidente diferencia con el anterior sistema de consecuencias accesorias. La condena no depende, pues, de que exista un riesgo de continuidad delictiva (como se verá más adelante, ese riesgo sólo determina que se puedan imponer *ciertas penas especialmente gravosas*).

- Las posibilidades de imputación a la persona jurídica exigen que se trate de un delito *en provecho* de la persona jurídica y por su cuenta, y son dos:

- imputación del delito cometido por el *administrador o representante* o

- cometido por *alguien bajo su autoridad*, debido a que no fue objeto de un control suficiente.

- La responsabilidad de la persona jurídica es autónoma y en buena medida independiente de la de la persona física. Para condenar a la persona jurídica no es necesario demostrar qué concreta persona física cometió el delito. Si se logra individualizar a dicha persona física, se penará a ambas.

- El modelo legal busca promocionar la *autoorganización* de las personas jurídicas para evitar que en su seno se adopten modos delictivos de conseguir *sus objetivos sociales*. No se trata, pues, de que la entidad prevenga, detecte y reaccione ante delitos cometidos *contra* ella (para lo cual *ya tiene incentivos*), sino que se esfuerce en investigar conductas que *le favorecen* pero que son delictivas.

- En principio, y pese a que como se verá existe no poco debate al respecto, debe partirse de que se trata de un modelo de responsabilidad *por la propia conducta*, y no un modelo de responsabilidad *objetiva por el hecho ajeno*, lo cual sería inconstitucional. Por ello, para hablar de un delito imputable a

---

GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011; A. NIETO MARTÍN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, pp. 47 y ss.; Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 153 y ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», en *Diario La Ley*, núm. 7561, 3-2-2011; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «Societas delinquere potest», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 76, 2010; L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2009.

la persona jurídica se debe exigir que ésta haya incurrido en un *defecto de organización*, es decir: que haya *permitido*, por incumplimiento de sus deberes de control, que se haya cometido un delito.

Más adelante ahondaremos en esta cuestión. El requisito de imputación a la propia persona jurídica por un defecto de organización es evidente cuando hablamos de la imputación por delitos de empleados *indebidamente controlados*, pero es más problemática cuando hablamos de delitos *de los administradores o representantes*.

- Sólo hay responsabilidad penal por un catálogo cerrado de delitos (sistema *numerus clausus*)<sup>6</sup>.

- La pena básica es la multa, pero en casos de personas jurídicas con especiales perfiles de peligrosidad, y dados ciertos requisitos, pueden adoptarse penas más graves como la suspensión de actividades, la clausura de locales, la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió el delito, la inhabilitación administrativa, la intervención judicial o incluso la disolución.

### 3. *En concreto: autonomía e independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica*

Obviamente, como en cualquier otro plano del Derecho, las conductas de las personas jurídicas necesariamente presuponen acciones u omisiones de concretas personas físicas. Sin embargo, *las responsabilidades de la persona física y la jurídica son autónomas y en gran medida independientes*<sup>7</sup>. Así, en el caso de que se logre individualizar al sujeto responsable del delito cometido en favor de la persona jurídica, procederá imponer dos penas: una a la persona física y otra a la persona jurídica<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> S. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, 7/74.

<sup>7</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 582; L. MORILLAS CUEVA, *Addenda a la obra Derecho Penal. Parte general. Tòmo II. Vòlumen I. Teoría Jurídica del Delito. Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, 2011, p. 14.

<sup>8</sup> Es la regla más habitual en la mayoría de los ordenamientos (ver también art. 13.2 del *Corpus Juris de Disposiciones Penales para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea* (Versión Florencia, 1999), artículo 13.2: «La responsabilidad penal de las agrupaciones no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos». Por citar un antecedente remoto, ya A. MESTRE (*Las personas morales y su responsabilidad penal*, Góngora, Madrid, s/f, p. 245; el original francés es de 1899) acudía a las reglas de la coautoría para cohonestar la pena de la persona física y la de la jurídica.

Otros sistemas, como el suizo, establecen modelos de *responsabilidad penal subsidiaria* «en caso de no identificarse al responsable individual debido a deficiencias de organización de la

En efecto: para condenar a la persona jurídica basta con probar que el delito al que se refiere el artículo 31 bis CP ha sido cometido por el administrador o representante (inciso 1.º) o por la persona sometida a su autoridad (inciso 2.º), aunque no se llegue a individualizar la concreta persona física responsable ni a dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis 2)<sup>9</sup>. También puede exigírsele responsabilidad a la persona jurídica aunque la persona física autora material del delito ya hubiese fallecido o se hubiese sustraído a la acción de la justicia (art. 31 bis 3).

Otro rasgo que habla de la autonomía e independencia de ambas responsabilidades es la *incomunicabilidad* de las circunstancias atenuantes *relativas a la culpabilidad*, que no pueden ser trasladadas de la persona física en quien concurre a la persona jurídica (art. 31 bis 3). Asimismo, tampoco es aplicable la regulación de la *coautoría* y la *participación delictiva* entre personas físicas y jurídicas.

Por último, no es necesario que el delito de la persona física (administrador o empleado) llegue a *consumarse* para poder imputar responsabilidad penal a la persona jurídica: en este sentido, la mención al «delito» en el artículo 31 bis abarca tanto el delito *consumado* como el *intentado* (a menos, lógicamente, que el motivo de la no consumación sea precisamente *la diligencia de la persona jurídica, sus administradores o empleados en la prevención del delito*). Eso sí: la

---

empresa» (J. HURTADO POZO, «Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo», en AA.VV., *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, México, 2001, pp. 449-467, p. 458). Estos sistemas han sido criticados por la doctrina porque introducen la tentación de inventar *directivos de banquillo*, cargos que existen sólo para funcionar como cabeza de turco o parapeto penal que que «por bien que se le pague, siempre saldrá más barato que la sanción orientada a la capacidad de producción de la empresa» (J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 283).

<sup>9</sup> Con la introducción de este precepto, que no figuraba en los textos prelegislativos, el legislador acogió las sugerencias que se le hacían desde la doctrina; ver, por ejemplo, las Conclusiones del Seminario «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009», celebrado en la Universidad Complutense de Madrid el 9 de febrero de 2010, que tuve la oportunidad de codirigir junto con el Prof. Dr. Lascuraín Sánchez, y cuyas actas, debates y conclusiones han sido publicadas en la obra colectiva DOPICO GÓMEZ-ALLER (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (respecto de la introducción de esta regla contenida en el art. 31 bis 2, ver Conclusión 3.ª, p. 170).

En este Seminario, inaugurado por el Ministro de Justicia, trabajó un equipo de más de 70 juristas (académicos de varias Universidades españolas y europeas, Magistrados, Fiscales y abogados) para analizar técnicamente el proyecto. Esta iniciativa dio cauce a una interesante colaboración técnica entre las instancias prelegislativas, la Universidad y los concretos operadores jurídicos, que sólo fue posible por la actitud abierta y generosa del Ministerio y la intensa dedicación de sus asesores, entre los que debe destacarse al Dr. Ortiz de Urbina Gimeno (UPF).



persona física autora material del delito debe haber *iniciado los actos ejecutivos* del mismo. La mera falta de «control debido» por parte de la persona jurídica sin inicio de actos ejecutivos por parte de un trabajador no es suficiente para que quepa imputarle responsabilidad penal, pues no cabría hablar de *delito* en el sentido del artículo 31 bis 1.

Esta autonomía es lógica consecuencia de que *la infracción reprochada a la persona física y la reprochada a la persona jurídica son distintas*. Esto, que es evidente cuando hablamos del 2.º inciso del artículo 31 bis 1 CP (donde la infracción reprochada a la persona jurídica es el *incumplimiento del deber de control*), requiere un mayor esfuerzo interpretativo en relación con el 1.º inciso.

### III. Las fundaciones como sujetos penalmente responsables

#### 1. Las fundaciones, sujetos idóneos a los efectos del artículo 31 bis CP

El precepto no aporta una definición a efectos penales del término «persona jurídica». Por ello, se deberá estar al concepto extrapenal de persona jurídica, sin que quepan interpretaciones extensivas ni mucho menos analogías para aplicar el régimen de responsabilidad penal a realidades sociales o económicas similares pero carentes de personalidad jurídica. Precisamente para reaccionar ante estas realidades el artículo 129 CP prevé un —cuestionable— régimen específico<sup>10</sup>.

Obviamente, la mención a las personas jurídicas del artículo 31 bis CP abarca a las fundaciones. El sujeto colectivo responsable es la persona jurídica, no *la sociedad mercantil* ni *la sociedad a efectos penales* (art. 297 CP)<sup>11</sup>.

Quizá intuitivamente el rasgo definitorio de la *falta de ánimo de lucro* y la adscripción de su patrimonio a fines de interés general podría llevar a pensar que las fundaciones deberían ser excluidas, por la vía de una restricción teleológica, del rango de sujetos idóneos de este precepto. Sin embargo, se trataría de una objeción sin base en la normativa vigente. Como se verá en detalle más adelante, el vigente sistema de imputación de responsabilidad penal a entes colectivos no requiere que la entidad tenga finalidad lucrativa:

<sup>10</sup> Al respecto ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Aproximación al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en L. POZUELO PÉREZ, *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2012, pp. 625 y ss.

<sup>11</sup> Aunque en cualquier caso las fundaciones *también* están expresamente incluidas en la definición del artículo 297 CP (DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Experto Reforma Penal 2010*, p. 14; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7/76).



la referencia al *provecho* de la persona jurídica contenida en los dos incisos del artículo 31 bis CP no ha de entenderse en el estrecho y limitado sentido del *lucro* mercantil sino en su acepción más natural: como obtención de un *beneficio* o evitación de un *perjuicio*.

## 2. Las fundaciones de menor tamaño

Prácticamente desde todas las perspectivas político criminales se ha rechazado la criminalización de las personas jurídicas de menor tamaño<sup>12</sup>. Esta criminalización, como hemos visto, tiene como objetivo que las entidades colectivas introduzcan en su seno pautas, políticas y procedimientos tendentes a la prevención de conductas delictivas; y esa *formalización del debido control interno* tiene sentido en entidades de gran tamaño.

Por ello, la solución más razonable hubiese sido la *exclusión de las personas jurídicas de menor tamaño*, cuya punición, en opinión de la doctrina absolutamente mayoritaria, es absolutamente innecesaria e irrazonable. La cuestión que surge ahora es: ¿es posible una interpretación restrictiva que excluya a estas personas jurídicas del ámbito del artículo 31 bis CP?

Algunos autores han intentado esta exclusión de la mano de conceptos dogmáticos como la «*inimputabilidad*» de las personas jurídicas sin complejidad interna suficiente<sup>13</sup>. Sin embargo, pese a compartir con ellos lo razonable del objetivo pretendido, estimo que la regulación positiva no deja gran margen para esta exclusión.

En efecto: el artículo 31 bis 2 CP establece una regla para la *coordinación de ambas responsabilidades en los casos de pena de multa*:

«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».

Esta regla se prevé *precisamente para supuestos como los de pequeñas empresas*, en las que a efectos materiales la economía de la *persona física* del administrador y la de la *persona jurídica* de la empresa coinciden en buena medida. Por ello, se acude a una fórmula que es empleada con frecuencia en la evitación del *bis in idem*. Esto evidencia que no se trata tanto de dar cumpli-

---

<sup>12</sup> Por todos, en la doctrina española reciente, ver NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 324-325; desde la perspectiva de los fundamentos dogmáticos, ver GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 245 y ss.

<sup>13</sup> C. GÓMEZ-JARA DíEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 163 y ss.

miento a un genérico principio de proporcionalidad<sup>14</sup>, como de evitar un efecto material de *bis in idem*<sup>15</sup>; y pone de manifiesto lo cuestionable del criterio formal del legislador, que opta por hacer responsables a *las personas jurídicas* de modo general (sin distinguir si son grandes o pequeñas entidades, ni si forman un grupo u operan aisladamente, etc.).

Aunque este precepto no parezca *prima facie* aplicable a las fundaciones (puesto que en ellas no se da la *conexión* entre el patrimonio de la persona física y la jurídica que daría lugar a la *desproporción* y justificaría su aplicación), no obstante lo que sí resulta evidente es que este precepto revela que *el texto legal contempla expresamente la punición de entidades colectivas de menor tamaño*.

### 3. ¿Pueden ser algunas fundaciones sujetos excluidos (art. 31 bis 5 CP)?

Existen, no obstante, algunos casos en los que cabe argumentar que la fundación no debe considerarse sujeto idóneo a los efectos del artículo 31 bis. Estos casos tienen que ver con el polémico elenco de personas jurídicas excluidas que se contiene en el apartado 5 del mencionado artículo:

*«Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*

*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 texto original de este precepto considera también sujetos excluidos «a los partidos políticos y sindicatos». Sin embargo, con dudoso criterio la

<sup>14</sup> Por considerarlo una cuestión de proporcionalidad en sentido estricto, MORALES PRATS («La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sistemas Penales Europeos*, CGPJ, Madrid, 2010, pp. 375 y ss., p. 400) considera que debería preverse una regla similar también para las demás penas.

<sup>15</sup> Acoge esta interpretación MORILLAS CUEVA, *Addenda*, 2011, p. 15. Si bien lo entiendo, parece sostener una visión distinta, pese a la proximidad con la que concibe los ámbitos de la proporcionalidad y la prohibición del *bis in idem*, ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas...*, p. 301.

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, eliminó del artículo 31 bis 5 la mención a estas entidades. Por ello, desde su entrada en vigor (17 de enero de 2013) partidos políticos y sindicatos son ya sujetos activos idóneos a efectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Este precepto ha sido objeto de viva polémica. No tanto en relación a la exclusión del Estado, las Administraciones y sus entes (pues aunque existen voces críticas, parece ampliamente extendida la idea de que para la realización de los fines preventivos no es razonable pretender *que el Estado sancione al Estado*); sino, sobre todo, en lo que se refiere a otros agentes como entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles estatales ejecutoras de políticas públicas y, hasta la L.O. 7/2012, partidos políticos y sindicatos<sup>16</sup>. Los argumentos con los que se ha pretendido justificar su exclusión en realidad lo que justificarían es la idea de que estas personas jurídicas *no deben ser disueltas*<sup>17</sup>, lo cual es muy distinto. pero no plantearía problemas la imposición de otra clase de sanciones; por su parte, la disolución de sociedades mercantiles estatales como, por ejemplo, una empresa municipal de aguas, de vivienda o de servicios mortuorios, dejaría sin servicios de interés público a un Ayuntamiento<sup>18</sup>; pero ello no es óbice para la imposición de otro tipo de sanciones como, por ejemplo, la multa o la intervención.

Sea cual sea la valoración que merezca el alcance de este precepto, se debe plantear si su regulación puede abarcar a fundaciones *vinculadas* a sujetos excluidos; a fundaciones de capital público que prestan servicios de interés general; etc.

Antes de la entrada en vigor de la L.O. 7/2012 se debía plantear si debían considerarse excluidas las fundaciones vinculadas a partidos políticos y sindicatos; y la respuesta debía ser *negativa*. Ni el tenor del artículo 31 bis 5 CP ni la ratio de la exclusión permiten ampararlas bajo dicho precepto. La vincu-

---

<sup>16</sup> Por todos, ver las críticas en CARBONELL MATEU; MORALES PRATS; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Personas Jurídicas. Art. 31 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC, *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Valencia, 2010.

<sup>17</sup> Ciertamente, la disolución de partidos políticos tiene ciertamente unas implicaciones jurídico-públicas que trascienden las de la disolución de cualquier otra persona jurídica; y la disolución de una sociedad mercantil estatal destinada a la prestación de un servicio interés público podría privar a la población de una prestación esencial.

<sup>18</sup> Esta exclusión de responsabilidad trae causa de la privatización de la prestación de servicios de interés general que, pese a contar con financiación total o parcialmente pública, son ejecutados a través de agentes sustraídos al régimen jurídico de las Administraciones públicas.

lación a un partido político, por estrecha que sea, no otorga a las fundaciones el carácter de pieza básica del sistema constitucional que sí tienen los partidos. Ni siquiera en los supuestos extremos en los que las fundaciones son constituidas en actos oficiales del partido y sus patronos son nombrados en tanto que dirigentes de la organización. No cabe duda de que esas fundaciones pueden ser un instrumento útil a los legítimos fines de los partidos políticos; pero ello no es suficiente para otorgarles el muy específico régimen de responsabilidad que rige para éstos<sup>19</sup>.

Algo más compleja parece la respuesta en relación con las fundaciones del sector público. La mención a las «*sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*» en principio no les es aplicable, pues la mención a la forma societaria mercantil impide abarcar a las fundaciones. Sin embargo, la conclusión es materialmente insatisfactoria. Es obvio que la irresponsabilidad penal de estas entidades no se deriva de que revistan la forma jurídica de *sociedad mercantil*, sino de que se trate de instrumentos a través del cual el Estado ejecuta ciertas políticas o presta determinados servicios. En este sentido, una redacción razonable del precepto no debería haberse restringido a sociedades mercantiles estatales, sino que debería incluir otro tipo de personas jurídicas que realicen las mismas prestaciones aunque no revistan la forma de la sociedad mercantil, como son las fundaciones del sector público.

No obstante, una interpretación sistemática del precepto a la luz de la Ley de Fundaciones y otras normas especiales permite alcanzar ese mismo resultado. La exclusión de algunas de estas fundaciones se deriva sin problemas de su propio estatuto jurídico. Una mirada a las fundaciones excluidas del régimen de la LF es muy reveladora a estos efectos. Así, las fundaciones públicas sanitarias (DA 3.ª LF) sí están abarcadas por el artículo 31 bis 5 CP, puesto que son *organismos públicos* (art. 111.2 Ley 50/1998) y su régimen subsidiario es el de las *entidades públicas empresariales* (art. 111.11 Ley 50/1998)<sup>20</sup>. Por su parte, las fundaciones públicas locales (la «fundación pública del servicio», de los arts. 85-88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) son reputadas *organismos autónomos*. Un razonamiento similar puede aplicarse a las Fundaciones del Patrimonio Nacional (DA 1.ª LF).

Finalmente, y aunque respecto de su estatuto exista a día de hoy cierto disenso, hay argumentos de peso para considerar que las restantes fundacio-

---

<sup>19</sup> En un sentido similar, ver ZUGALDÍA ESPINAR, «Societas delinquere potest», ap. 2.3.

<sup>20</sup> Otro tanto puede decirse de las Fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (DA 4.ª LF).

nes públicas también están abarcadas por el artículo 31 bis 5 y, por ello, excluidas del ámbito subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El motivo fundamental es su *pertenencia al sector público*<sup>21</sup>. Así, el Capítulo XI de la Ley de Fundaciones (arts. 44 a 46) tiene por rúbrica «Fundaciones del sector público». El Derecho comunitario también lo reconoce así: conforme al artículo 1 b) de la Directiva 92/50 en materia de contratación pública, estas fundaciones deben ser considerados integrantes del sector público; y el Sistema Europeo de Cuentas (Reglamento 2223/1996 CE) considera que las fundaciones públicas, en tanto que «*instituciones sin fines de lucro dotadas de personalidad jurídica que son otros productores no de mercado y que están controladas y financiadas principalmente por las administraciones públicas*» son *unidades institucionales pertenecientes al «sector administraciones públicas»* (Sector 5.13)<sup>22</sup>. En este mismo sentido, algunas de las Comunidades Autónomas que las regulan expresamente las incluyen expresamente dentro del *sector público*<sup>23</sup>. Todo ello permite incluir a estas fundaciones bajo el amparo del artículo 31 bis 5 CP: «las formas de personificación no alteran la naturaleza pública del ente»<sup>24</sup>.

No cabe duda de que con esta exclusión se limita la posible acción preventiva del Derecho penal en este punto; sin embargo, se trata de la interpretación más coherente con el pensamiento que está en la base del artículo 31 bis 5 CP. Las consecuencias jurídicas de esta interpretación serán rechazadas por aquéllos que juzguen inadecuado el diseño y alcance del propio artículo 31 bis 5 CP.

---

<sup>21</sup> A este respecto, fundamentales, M.<sup>a</sup> T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 108 y ss.; J. ALDAZÁBAL ETXEBARRÍA, *Las fundaciones del sector público vasco: su régimen jurídico*, Lete, Bilbao, 2007, pp. 297 y ss., 306 y ss.

<sup>22</sup> Reglamento 223/1996 CE, Anexo I, Capítulo 2, ap. 2.69 b) y 2.98 c) 1.

<sup>23</sup> Así, el artículo 7 de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda Pública General del País Vasco las recoge como uno de los niveles del Sector Público Vasco (ver ALDAZÁBAL ETXEBARRÍA, *Las fundaciones del sector público vasco*, pp. 202 y ss.); el artículo 52 de la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía (ver M. MESA VILA, *Fundaciones del sector público andaluz: régimen jurídico y gestión*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009, pp. 35 y ss., 39 y ss.).

<sup>24</sup> M.<sup>a</sup> T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, p. 111. Similar ALDAZÁBAL ETXEBARRÍA, *Las fundaciones del sector público vasco*, pp. 200 y ss., 257 y ss.

#### IV. Dos vías de imputación de responsabilidad penal a las fundaciones y otras personas jurídicas

##### 1. Primera vía de imputación: el delito cometido por el administrador de hecho o de derecho, o por el representante

La primera vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica deriva de la comisión del delito por parte del administrador (de hecho o de derecho) o representante de la entidad, siempre que sea *en nombre o por cuenta* de ésta, y *en su provecho*.

Esta imputación de responsabilidad parte de la idea de que la actuación de un administrador *en nombre o por cuenta* de una sociedad, asociación o fundación es la más genuina conducta de una persona jurídica. Así, las decisiones de contenido delictivo adoptadas por la llamada *brain area* de la entidad, es decir, sus órganos de administración y dirección (en el caso de las fundaciones, los patronatos) podrían desencadenar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

##### A) Patrono, administrador de hecho o de derecho y representante

La expresión «administrador de hecho o de derecho» es empleado también en otros preceptos del Código Penal, como el artículo 31 (regulador de la *responsabilidad penal por actuación en nombre de otro*) y los delitos societarios de los artículos 290 y ss. Según la STS de 26 de julio de 2006,

*«por administradores “de derecho” se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil».*

*«Los “de hecho” serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por si sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra».*

El término *administrador de derecho* se puede interpretar sin grandes problemas mediante su integración con la correspondiente normativa jurídico-privada. En este sentido, la Ley de Fundaciones atribuye al *patronato* (art. 14) las funciones de gobierno y representación, con el deber de cumplir con los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos

que integran el patrimonio de la fundación. Los *patronos* son, pues, los administradores de derecho cuya actuación puede comprometer penalmente a la fundación<sup>25</sup>.

Más complejo resulta perfilar la extensión del término *administrador de hecho*. Hay práctica unanimidad en la doctrina penal en afirmar la *autonomía del concepto penal de administrador de hecho*, y su carácter *más extenso y menos definido* que el concepto manejado en Derecho privado.

En efecto, y como se desprende del texto citado de la STS de 26 de julio de 2006, es administrador de hecho quien *de facto* ejerce el mismo poder de decisión que el administrador de hecho. Se trata de un expediente por el que el Derecho penal busca atender a la realidad material del poder de dirección de la empresa, independientemente de las concretas formas jurídico-privadas. En este sentido, el concepto *penal* de administrador de hecho es más extenso que el concepto jurídico-privado, e incluye no sólo supuestos de no inscripción registral, situaciones transitorias de defectuosa documentación, etc., sino también a sujetos como el *verdadero propietario* de la empresa, el sujeto detrás del testaferro, etc.

Por ello, *deben rechazarse interpretaciones que busquen introducir en el concepto «administrador de hecho» a mandos intermedios o sujetos con cierta capacidad de decisión autónoma, pero supeditada a la dirección, supervisión o control del administrador de hecho*, pues a los efectos del artículo 31 bis un *subordinado* del administrador de derecho *no es un administrador de hecho*. Como dice la STS de 26 de enero de 2007: «*el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. [Debe desempeñar una] función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento*». Son rechazables, pues, intentos de considerar administrador de hecho a figuras que tanto *de facto* como *de iure* están subordinadas al administrador de derecho, como la alta dirección<sup>26</sup>.

Y ello es así porque para que pueda hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica es necesario que hablemos de conductas *controlables por sus*

---

<sup>25</sup> Así, la SAP Madrid (Secc. 23.ª) n.º 122/2005, de 5 de diciembre, ha afirmado que los patronos son sujetos idóneos a los efectos de los delitos societarios.

<sup>26</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Experto Reforma Penal 2010*, p. 17. Se adhiere la Circular 1/2011 de la FGE (apartado III.2, pp. 41-42). En la misma línea restrictiva que aquí se sostiene, ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, en BANACLOCHE PALAO, ZARZALEJOS NIETO y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 69-70; y ORTIZ DE URBINA, *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011*, pp. 155-156. Una posición más extensiva sostiene NIETO MARTÍN, *Revista Xurídica Galega*, nota 20 y texto correspondiente.



*órganos de gobierno*<sup>27</sup> (en el caso de las fundaciones, por el *Patronato*). Del mismo modo que no cabe calificar los *actos reflejos* como acciones de una persona física a los efectos penales, porque no son controlables por su voluntad, los actos no controlables por el patronato no son *conductas de la fundación a efectos penales*<sup>28</sup>.

Del mismo modo, y por los mismos motivos, el término *representante* debe interpretarse del modo más estricto. Representante, a los efectos del artículo 31 bis 1 CP, no es cualquier sujeto con limitados poderes, sino sólo quien ejerce la representación de la persona jurídica extendida a la generalidad de los actos comprendidos en su objeto social o sus fines fundacionales. En relación con las fundaciones, debe entenderse referido únicamente al *Patronato*, en tanto que órgano de representación<sup>29</sup>.

Por ello, *no son representantes a estos efectos los apoderados singulares*. Esta interpretación resulta abonada por un argumento histórico<sup>30</sup>: los apoderados singulares estaban contemplados expresamente en una versión anterior del artículo 31 bis CP en el Proyecto del Gobierno (que hablaba de los «empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica»); pero esa mención

---

<sup>27</sup> Ver también GÓMEZ MARTÍN, *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig Derecho Penal, Parte General*, 8.ª edición, 2008, a la L.O. 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010, Reppertor, Barcelona, 2011, p. 12.

<sup>28</sup> Por ello, considero problemáticas propuestas como las de GÓMEZ TOMILLO (*Introducción a la responsabilidad penal...*, pp. 72, 75) que consideran administrador de hecho a cualquier sujeto con «capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes, globales o parciales... aunque sea en áreas concretas».

Ciertamente, para quien exija para los dos incisos del artículo 31 bis 1 un defecto de organización (como con sentido común hace GÓMEZ TOMILLO, en la línea de la «interpretación integrada» de ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 272-273), las diferencias entre los dos incisos del artículo 31 bis 1 CP se diluyen y no habría grandes problemas en incluir como administrador de hecho a cualquier sujeto, pues la persona jurídica sólo respondería si existiese un defectuoso control sobre él.

Sin embargo, en la medida en que exista alguna diferencia entre ambos incisos y no se exija en el primer inciso (o no en los mismos términos) un defectuoso control sobre la conducta del administrador de hecho para desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica, las cosas cambian.

En tal caso, ampliar tan desmesuradamente el concepto de administrador de hecho supondría que *cualquier* persona con capacidad sectorial de adoptar una decisión en la empresa podría comprometer penalmente a la persona jurídica... sin necesidad de acreditar un defecto de control sobre él. Esto supondría que *las empresas a partir de un cierto tamaño serían totalmente incapaces de evitar su imputación penal*.

<sup>29</sup> En relación con las sociedades mercantiles se trata del legal representante en el sentido de los artículos 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital, RDLeg 1/2010.

<sup>30</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Experto Reforma Penal 2011*, p. 17.

fue eliminada en la versión final del texto, siguiendo la sugerencia de distintos autores<sup>31</sup>.

Es fundamental señalar que las acciones u omisiones de las personas físicas que integren el *Protectorado* no pueden considerarse como conductas del administrador o representante a los efectos del artículo 31 bis CP. A través del Protectorado la Administración ejerce una serie de funciones (art. 35 LF) como instancia *externa* de control y vigilancia<sup>32</sup>, y su conducta no puede generar responsabilidad para la fundación, ni siquiera en el incorrecto ejercicio de las funciones de *administración provisional de la fundación* por parte del Protectorado (art. 35.g LF): las fundaciones administradas por el protectorado son personas jurídicas *sometidas a gobierno ajeno*, y por ello no pueden responder penalmente por los delitos cometidos o tolerados por el administrador provisional. Lo mismo debe afirmarse respecto de las tareas de *verificación y control externo* de los apartados e y f del artículo 35 LF: del mismo modo que la actuación de la Administración supervisora o inspectora no puede generar responsabilidad para las empresas supervisadas o inspeccionadas, no cabe derivar responsabilidad penal para una fundación por conductas dolosas o imprudentes de quienes integren el Protectorado.

#### B) *En nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho*

Según establece el artículo 31 bis 1, los delitos que cabe imputar a la persona jurídica son aquéllos que se ejecutan *en su provecho* y en una actuación en nombre o por cuenta de la entidad<sup>33</sup>.

Este *provecho* puede ser entendido en un sentido *directo*, como modo de obtener un provecho económico para la persona jurídica; o *indirecto*, como un ahorro de un costes a sabiendas de que incrementa el riesgo de un resultado delictivo, o debiendo haber sido consciente de ello.

Con razón señala la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado que el elemento «en provecho» no debe interpretarse como la *motivación última* del sujeto. No se trata de que sea el *motivo que mueve a la persona*

---

<sup>31</sup> Este cambio acoge una de las propuestas formuladas en el Seminario «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009»: ver las ponencias de ALONSO GALLO y DOPICO, en DOPICO GÓMEZ-ALLER (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (respectivamente pp. 36, 69-70; ver también en las conclusiones, pp. 169-170).

<sup>32</sup> CAPILLA RONCERO, en *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona*, 4.ª ed., pp. 450-451; GONZÁLEZ GARCÍA, en *Curso de Derecho Civil I*, 3.ª ed., pp. 240-241.

<sup>33</sup> Así también MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7/83.

*física*. No obstante, debe disentirse de la excesiva *objetivación* del concepto en la que incurre dicha Circular<sup>34</sup>. La actuación *en provecho* no es un elemento de la tipicidad objetiva, sino un *elemento subjetivo de tendencia trascendente*, es decir, como el *dolo (directo o eventual) de que la conducta beneficie a la empresa*, independientemente de que la motivación última del sujeto pueda ser buscar su propio beneficio (escalando puestos en la empresa, obteniendo un *bonus* más alto, etc.).

Como ya se ha adelantado, los rasgos de la falta de ánimo de lucro y la dedicación a los fines fundacionales no son en modo alguno un obstáculo que impida la apreciación de este elemento. Las fundaciones, aunque carezcan de ánimo de lucro, pueden buscar incrementar y maximizar la utilidad de su patrimonio; así como con ciertas limitaciones, obtener ingresos por sus actividades (art. 26 LF) y desarrollar actividades económicas (art. 24 LF), que el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (RD 1337/2005) expresamente reconoce como «actividades mercantiles» (art. 23.2)<sup>35</sup>. Y estos objetivos, que lógicamente han de buscarse por *vías lícitas*, también pueden buscarse *por vías ilícitas*: en este último caso cabrá hablar de responsabilidad penal de la fundación<sup>36</sup>.

El requisito de actuación *en nombre o por cuenta de la fundación* exige que la conducta del patrono tenga lugar en el marco de sus funciones. Evidentemente, la comisión de delitos no integra el ejercicio legítimo de ninguna función de las que corresponden al Patronato; lo que contempla el artículo 31 bis es que el patrono realice su conducta *en tanto que administrador o representante*, desviándose del correcto ejercicio de sus funciones<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> BACIGALUPO SAGGESE («Los criterios de imputación de la responsabilidad penal...», ap. II.a) y ROSO CAÑADILLAS («Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa», en *La Ley Penal*, núm. 81, abril 2011, ap. II.2) hacen una propuesta en mi opinión excesivamente objetivadora, que les lleva a interpretar la mención típica «en provecho» como «habiendo producido *efectivamente* provecho».

<sup>35</sup> M. I. FELIÚ REY, «Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social», *ADF* 2011, pp. 117 y ss., p. 137, con ulteriores referencias doctrinales.

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, la STS n.º 381/2009, de 14 de abril, aunque dictada *antes* de la entrada en vigor de la LO 5/2010, conoció de un caso que encajaría sin problemas en el artículo 31 bis CP: el representante de una fundación que gestionaba una residencia geriátrica cometió varias estafas y apropiaciones indebidas contra dos ancianos demenciados, destinando a la fundación los bienes obtenidos.

<sup>37</sup> En cualquier caso, debe tratarse de una actuación no sólo *en provecho* de la entidad, sino actuando *por ella*. Si no, nos encontraríamos ante un delito *del administrador* que favorece a la empresa (por ejemplo: un administrador comete una estafa *sin relación alguna con la entidad que administra*, pero lo hace para destinar a la fundación el botín obtenido).

## 2. *Segunda vía de imputación: el delito cometido por un empleado, debido a que no se ha prestado el debido control*

La segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica deriva de la *falta del debido control* sobre la conducta de un trabajador, que precisamente por ello ha podido cometer un delito en provecho de la entidad actuando por cuenta de la persona jurídica y en ejercicio de actividades sociales.

### A) *Los sujetos sometidos a la autoridad de los administradores y representantes*

La referencia es extensa, y deliberadamente no se limita a los empleados que tengan relación *laboral* con la persona jurídica, sino que apela a todo sujeto que opere *integrado bajo el ámbito de dirección* del Patronato.

También entran aquí en consideración, pues, sujetos que, sin estar vinculados formalmente a la fundación por contrato laboral, sí desarrollan para ella sus actividades sociales *integrados en su ámbito de dominio social*. Ello podrá ocurrir en los supuestos de autónomos que operan integrados temporalmente en el ámbito de dominio social de la persona jurídica, o en el de subcontratas<sup>38</sup>. No será así en el caso de proveedores de bienes o servicios que no se integren bajo el dominio social de la fundación, por más que puedan tener una relación mercantil estable con ella.

La clave es, pues, si los sujetos actúan materialmente bajo la autoridad y control del Patronato, y no la forma contractual que plasme esa relación.

### B) *En el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica*

El delito debe haber sido cometido por el empleado *actuando por la fundación*, es decir, en ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la entidad. A este respecto, valgan las consideraciones realizadas al hablar de los administradores.

El elemento del *provecho* de la fundación con frecuencia tendrá lugar de modo *indirecto*. Así, el trabajador que pretenda «mejorar sus cifras» para aumentar su prestigio ante sus superiores o para mejorar su *bonus*, actúa también en provecho de la entidad.

---

<sup>38</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Experto Reforma Penal 2010*, pp. 19-20; una interpretación similar en la Circular FGE 1/2011; ver también ORTIZ DE URBINA, *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011*, p. 166.

- C) *El delito ha podido cometerse por no haberse ejercido sobre el trabajador el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso*

Éste es el verdadero criterio de imputación de responsabilidad a la persona jurídica: el incumplimiento, imputable a ésta, del debido control sobre el trabajador. Se trata de una conducta indebida que ha de ser *imputable directamente a la persona jurídica*.

El artículo 31 bis declara que las entidades están jurídicamente obligadas a ejercer sobre las personas que actúan a su servicio un *control* para evitar que en el ejercicio de las actividades sociales cometan delitos en su provecho. Esta declaración general, que hasta el momento como mucho sólo existía de modo tácito, es una de las piezas fundamentales del nuevo sistema.

La persona jurídica está obligada a cumplir con determinados estándares de prevención de delitos en su seno. El Código Penal, a diferencia de otras regulaciones de nuestro entorno, como el Decreto Legislativo 231/2001 italiano o la Ley *Sarbanes-Oxley* norteamericana, no da indicaciones sobre cuáles son esos estándares. Por ello, la única referencia de la diligencia exigida puede encontrarse en las buenas prácticas (*«best practices»*) existentes en el mercado.

La referencia al control debido «en el caso concreto» exige analizar la diligencia prestada *en relación con el concreto delito*. La acreditación de que la persona jurídica tiene *una política preventiva* de modo general no es suficiente para demostrar si ha prestado el debido control en la evitación de *cohechos, estafas o delitos tributarios*, por ejemplo.

Por el contrario, esa mención no puede entenderse de modo tal que, aun cuando se demuestre que se habían implementado instrumentos preventivos suficientes, deba condenarse a la persona jurídica *si no se prestó la vigilancia debida al concreto trabajador que ejecutó el delito, en el concreto momento de su comisión*. Ello supondría considerar que hay un fallo organizativo de la persona jurídica *cada vez que un empleado incumple su tarea de vigilancia o control, lo cual sería inaceptable*. Si en el caso concreto existen medidas idóneas para la prevención del delito en cuestión, por más que su ejecución hubiese sido descuidada y defectuosa, no cabe afirmar que *la persona jurídica* ha dejado de prestar el control debido, sino sólo que *un empleado* lo ha ejecutado de modo incorrecto. *Una mera ejecución defectuosa del control debido por parte de un cuadro medio o cualquier otro empleado, cuando la persona jurídica ha adoptado todas las medidas exigibles para la prevención, la detección y la reacción ante posibles delitos, no puede determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues en tal caso hablaríamos de un modelo inconstitucional de responsabilidad penal objetiva por hecho*

ajeno<sup>39</sup>. Y como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 76/1990), el principio de culpabilidad, de rango constitucional, excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta (diligente o infractora) del sancionado.

El incumplimiento del control debido puede tener lugar como mero *incumplimiento imprudente de los deberes de control* (lo que será más sencillo de probar) o como *tolerancia dolosa (con dolo directo o eventual) de la dirección de la entidad ante el delito del subordinado* (o, *a fortiori*, como *directa inducción* a su comisión, en una modalidad que sería encuadrable en ambas vías de imputación). Sin embargo, el Código Penal no introduce una *diferencia de marco penal* entre la tolerancia imprudente y la dolosa. La única posibilidad de contemplar esa diferencia está en la facultad genérica del juez para la consideración de todas las circunstancias del hecho en la determinación de la pena.

En cualquier caso, para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, la falta del «debido control» del artículo 31 bis 1 debe haberse debido, como mínimo, a *imprudencia grave*, ya que el fallo organizativo por *culpa levis* o *levissima* no puede fundamentar responsabilidad penal, en coherencia con el criterio general del Código Penal de no considerar constitutiva de delito la imprudencia leve<sup>40</sup>.

Debe insistirse, no obstante, en que *el Código Penal no establece expresamente una diferencia punitiva entre los delitos buscados de propósito por la persona jurídica y los que meramente ha tolerado por falta de vigilancia*. El único margen para apreciar tan fundamental diferencia es el juego genérico del Juez en la concreción de la pena dentro del marco penal<sup>41</sup> (algo que, con marcos penales tradicionalmente tan estrechos como los españoles, se convierte en un grave problema).

### 3. *Exigencias derivadas del principio de culpabilidad: ¿contiene el 1.º inciso del artículo 31 bis CP un modelo vicarial puro?*

Una primera aproximación revela una diferencia fundamental entre las dos vías de imputación de los incisos 1.º y 2.º: mientras que el 2.º inciso exige

<sup>39</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *Memento Experto Reforma Penal 2010*, pp. 20-21; con las mismas palabras, ver Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado (apartado III.3, p. 50).

<sup>40</sup> Acoge esta misma idea GÓMEZ MARTÍN, *Actualización*, p. 14. Por el contrario, en relación con el texto del Anteproyecto de 2006, consideraba MUÑOZ LORENTE que *de lege lata* la *culpa levissima* sí es título suficiente para la imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica («Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: Su contradictorio presente y su incierto futuro», en AA.VV., *Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 960, con críticas a todo el proyecto). Críticas muy similares a las de este autor formula B. DEL ROSAL BLASCO, «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *La Ley*, núm. 7670, 11-7-2011.

<sup>41</sup> Así también ORTIZ DE URBINA, *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011*, p. 167.

expresamente una infracción del debido control interno (como mínimo, por *culpa in vigilando*), el 1.º inciso no menciona tal exigencia. Por ello, algunos autores han afirmado que en este 1.º inciso contiene un modelo de imputación de responsabilidad penal *vicarial*, que hace responsable a la persona jurídica de manera directa e inevitable por la conducta de una persona física (su administrador o representante). Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que un modelo de responsabilidad vicarial puro vulneraría el principio de culpabilidad.

Si tomásemos como ejemplo una persona jurídica de pequeña envergadura y con un administrador único, la objeción resultaría extraña. Carecería de sentido decir que en este caso la conducta del administrador o representante es una conducta *ajena* a la persona jurídica o no controlable por ella. Sin embargo, las conclusiones son distintas si pensamos en entidades colectivas de mayor tamaño, con administración colectiva y estructuras complejas de gobierno corporativo.

Un caso extremo puede ser ilustrativo: imaginemos una fundación con normas estrictas respecto del tráfico de influencias y con medidas preventivas para su evitación (por ejemplo: obligación para los patronos de declarar si tienen relaciones familiares o de amistad con gobernantes o administradores que deban decidir sobre intereses de la fundación; deber de abstenerse en contactos con ellos; y sistema de investigación y sanción del incumplimiento de estas normas) cuyo Patronato *expresamente* decide no entablar contactos informales con los funcionarios que tienen capacidad de decisión sobre una concesión administrativa. Pese a ello uno de los patronos, actuando a espaldas del resto, solicita a su hermano, alto cargo de un Ministerio, que aproveche sus influencias sobre otros funcionarios para que la Administración otorgue la concesión a la fundación, cosa que finalmente ocurre. Cuando el Patronato tiene conocimiento de los hechos, los denuncia a la Administración concedente y expulsa al consejero que actuó de modo ilegal.

Parece evidente que en un caso como éste condenar a la fundación sería absurdo y contradiría abiertamente el principio de culpabilidad. La fundación actuó superando holgadamente los estándares obligatorios de prevención del delito de tráfico de influencias; el patrono delincuente actuó desde un principio eludiendo fraudulentamente algunos de los mecanismos preventivos establecidos por la fundación; y cuando tuvo conocimiento de los hechos, el Patronato activó procedimientos establecidos con antelación (en cumplimiento del *deber de control*). De hecho, ¿cabía haber exigido alguna otra cosa a la fundación? ¿Cabría reprocharle alguna conducta no ya dolosa, sino negligentemente tolerante?

De estas consideraciones cabe concluir que, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, de base constitucional, *la fundación no puede ser*



*penada por conductas que no le son imputables a ella, es decir que no están bajo su capacidad de dirección.* En este sentido, no es posible reprochar a la persona jurídica directamente y sin más las infracciones de las personas físicas a su servicio, sino sólo *sus* propias infracciones: las que cabe reprocharle a ella.

No obstante, la regulación legal no deja fácil alcanzar conclusiones acordes a dicho principio. Una comprensión estricta de lo recién afirmado consideraría que a la persona jurídica sólo cabe imputarle responsabilidad penal cuando el delito haya sido posible debido a una omisión del cuidado debido en la evitación de delitos en su seno (o, *a fortiori*, a una tolerancia *dolosa* o a una *voluntaria organización* de dichos delitos). Dicho *fallo organizativo* sería la *conducta* propia de la persona jurídica y el objeto del reproche penal. Pero el *fallo organizativo* como criterio de imputación sólo está recogido de modo expreso en el *segundo inciso* del artículo 31 bis 1 (responsabilidad de la persona jurídica por delitos de sus empleados, favorecidos por la falta del control debido) y *no en el primero*<sup>42</sup>. Por ello, la atipicidad de los supuestos en los que la persona jurídica haya actuado diligentemente en la prevención de delitos, pese a que alguno de sus administradores pueda haber actuado de manera delictiva, *no tiene fácil asidero legal*.

No obstante, y pese a que el artículo 31 bis no lo recoge expresamente, en la medida en que se trata de una exigencia derivada del principio de culpabilidad, de rango constitucional (STC 150/1991, ATC 337/1991), deberá hacerse una interpretación del precepto *conforme a Constitución*<sup>43</sup> (*verfassungskonforme Auslegung*) que la introduzca esta exigencia también en el primer

---

<sup>42</sup> Otros ordenamientos europeos sí han incorporado ese elemento, de modo que si el delito del administrador ha sido cometido *soslayando fraudulentamente* unas medidas preventivas idóneas para evitarlo, la persona jurídica no responderá (art. 6 del Decreto Legislativo 231/2001 italiano).

<sup>43</sup> «El modelo de imputación de la responsabilidad o culpabilidad propia de la empresa es también de aplicación a aquellos supuestos en los que son los administradores quienes cometen el delito. Aunque en este caso parece que el tenor literal del art. 31 bis.1 responde mucho más claramente al modelo vicarial, *una interpretación sistemática y conforme a la Constitución de este precepto* conduce también a resultados distintos» (NIETO MARTÍN, *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, III.3).

NIETO da en este punto un interesante argumento adicional: La atenuante de introducción de medidas de organización tras la comisión del delito (31 bis 4) se aplica tanto si el delito fue cometido por un subordinado, como si lo fue por un administrador; es decir: los sistemas de prevención y detección de hechos delictivos a los que se refiere el art. 31 bis 4 son relevantes *también* para los casos de delito cometido por administrador, y lo son porque *también en este supuesto la Ley piensa en una culpabilidad propia de la organización* por no adoptar medidas que pudiesen evitar dicho delito. «Si el CP hubiera querido consagrar en el primer párrafo del art. 31 bis el modelo vicarial de imputación, se hubiera cuidado después de restringir esta atenuante a los supuestos de delitos cometidos por subordinados».

inciso del artículo 31 bis CP<sup>44</sup>. De no ser así, en palabras del Consejo General del Poder Judicial, «una responsabilidad penal de la persona jurídica por el

---

<sup>44</sup> La doctrina mayoritaria abona esta interpretación. Ver por todos, tan sólo entre la doctrina española que ha analizado el artículo 31 bis CP: NIETO MARTÍN, *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, III.1 («El art. 31 sólo consagra un modelo de imputación, basado en la responsabilidad propia.»); CARBONELL MATEU, «Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS BERENGUER y CUERDA ARNAU (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, II.2 (afirmando que la responsabilidad penal por traslación es responsabilidad penal por hecho ajeno); GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, pp. 98-100 («conforme al criterio de nuestro Tribunal Constitucional, las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad»); ZUGALDÍA ESPINAR, «Societas delinquere potest», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 76, 2010, ap. 3.A.b («la persona jurídica responde por su propia acción y por su propia culpabilidad —respetándose así los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad. Ni se responde por el hecho de otro, ni la responsabilidad es objetiva»); RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Cómo puede delinquir...?», II.1 («La conducta de los entes colectivos... es pues la no evitación del resultado *por parte de esta entidad* en posición de garante lo que fundamenta la imputación objetiva de esta conducta de comisión por omisión»; la cursiva es añadida); DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas», en *La Ley Penal*, n.º 75, ap. III.1 («quedando rechazado el sistema vicarial —por conducir a una responsabilidad objetiva—»); GÓMEZ-JARA, «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, ZARZALEJOS NIETO y GÓMEZ-JARA Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, p. 39 [«El fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica: injusto de la persona jurídica (defecto de organización doloso o imprudente) y culpabilidad de la persona jurídica (cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad)»]; BACIGALUPO SAGGESE, «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley*, núm. 7541, 5-1-2011, ap. II.a («El defecto de organización no sólo debe ser un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a la persona jurídica»); ROSO CAÑADILLAS, «Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa», en *La Ley Penal*, núm. 81, abril 2011, ap. II.2; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Quo vadis, Fiscalía?», en *Togas.biz* 28 de julio de 2011 («A los oídos democráticos chirrían expresiones de la Circular tales como “responsabilidad vicarial”, “sistema de heteroresponsabilidad”, “transferencia de responsabilidad”... o que “la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia [...] deben residenciarse en las personas físicas” y no en la corporación que también va a ser penada y estigmatizada»). En una línea contraria, ver R. ROBLES PLANAS, «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», en *InDret* 2/2009, pp. 1-12.

Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, que contempla con escepticismo la implantación de penas para personas jurídicas, ha subrayado acertadamente cómo los modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas *por transferencia* son más propios de sistemas de responsabilidad *alternativa* como el suizo que *cumulativa* como el español («La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, pp. 129 y ss., p. 131).

*mero hecho de que el delito ha sido cometido por el directivo o administrador en beneficio de la persona jurídica» sería «responsabilidad objetiva (...) de la persona jurídica», algo que el Tribunal Constitucional ha considerado incompatible con la Constitución en su famosa sentencia 246/1991<sup>45</sup>.*

La cuestión es: ¿cuándo *no* cabe imputar a la persona jurídica la infracción cometida por (uno de) sus administradores? La respuesta más evidente diría que cuando la infracción del administrador haya soslayado fraudulentamente unas medidas preventivas eficaces y suficientes, sin que quepa detectar un fallo de control o vigilancia<sup>46</sup>. Y ello nos remite a una nueva pregunta: ¿cuándo tiene una persona jurídica *medidas de prevención de delitos de sus administradores o representantes*? Existen, sin duda, algunos controles, como son auditorías externas o el sometimiento a estándares internacionales. Sin embargo, en personas jurídicas de menor tamaño y administrador único, prácticamente el único *medio de prevención de delitos del administrador es la voluntad del propio administrador*. En ellas, la conducta de la empresa y la del administrador son difícilmente discernibles<sup>47</sup>. Éste es precisamente un motivo que debería haber llevado al legislador a *excluir* a las pequeñas empresas del ámbito de la responsabilidad penal, como tantas veces ha recomendado la doctrina.

Las cosas son distintas ante una pluralidad de administradores de la persona jurídica o cuando ésta tiene una estructura compleja<sup>48</sup>. En personas jurídicas de gran tamaño pueden arbitrarse en algunos casos mecanismos de prevención que abarquen la conducta de los propios administradores (medidas de buen gobierno corporativo), en especial respecto de delitos en los que la zona limí-

<sup>45</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, apartado IV. 1) (1.1), p. 12.

<sup>46</sup> Ésa es la solución que da, por ejemplo, el Decreto Legislativo 231/2001 italiano, cuyo artículo 6.1. establece: «*Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:*

a) *l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*

b) *il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;*

c) *le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;*

d) *non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».*

<sup>47</sup> Parecería que el legislador español sólo ha pensado en estos supuestos más sencillos: «Así, al constituir los directivos el *alter ego* de la persona jurídica, cuando éstos omiten sus deberes de supervisión, la legislación española considera que, de alguna forma, ésta los ha omitido» (GÓMEZ-JARA, *Diario La Ley*, núm. 7534, 23-12-2010, ap. III.4). Ver también NIETO MARTÍN, *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, III.3.

<sup>48</sup> GÓMEZ-JARA, «Aspectos sustantivos...»; p. 30.

trofe del ilícito penal con el ilícito mercantil o administrativo (¡o incluso con la conducta lícita!) es muy difusa. En cualquier caso, por lo general cuando el Consejo de Administración de la empresa o el Patronato de una fundación adopta una determinada conducta delictiva, ésta es imputable sin gran dificultad a la propia persona jurídica. Por el contrario, si en una persona jurídica cumplidora *uno de los administradores* hubiese soslayado el control del órgano colegiado *fraudulentamente*, actuando como *outsider* a espaldas de la organización de la entidad, no cabría imputarle a ésta responsabilidad penal.

La cuestión más relevante es, pues, si en relación con el concreto delito los mecanismos de control de la conducta de los administradores son verdaderamente idóneos, y si el sujeto u órgano encargado de la vigilancia de los actos de los administradores es efectivamente autónomo y puede ejercer sobre ellos un auténtico control. En la experiencia comparada italiana, la habitual falta de autonomía del *Organismo di Vigilanza* y la ausencia de controles *verdaderamente idóneos* sobre los actos de los administradores, que sólo puedan ser soslayados mediante la realización de artificios fraudulentos, ha determinado que la eximente de *haber prestado el debido control sobre los actos de los administradores* del artículo 6 DL 231/2001 casi nunca haya sido aplicada en una década de vigencia.

## V. Sólo hay responsabilidad penal de las personas jurídicas por un catálogo cerrado de delitos

Se trata de un sistema *numerus clausus*: sólo hay responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos que específicamente indique el Código Penal. Estos delitos podrían ser agrupados bajo dos etiquetas de perfiles algo difusos, pero bastante expresivas: un grupo de infracciones clasificables bajo la denominación de *criminalidad empresarial clásica* en un sentido amplio y otros delitos más propios de la *criminalidad organizada*<sup>49</sup>:

Respecto del primero de los grupos, nos encontramos ante infracciones que una persona jurídica puede cometer para favorecer su actividad económica real. Esto es evidente en los casos de los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social<sup>50</sup>; contra el mercado y los consumidores, en las

<sup>49</sup> Se trata de una agrupación con fines meramente expositivos: ambos términos son enormemente difusos y entre ellos existen amplias zonas de solapamiento (el caso más evidente es el del blanqueo de capitales).

<sup>50</sup> A pesar de que las Fundaciones gozan de un régimen fiscal sumamente beneficioso, ello no es óbice para que pudiesen ser condenadas por delitos tributarios como, por ejemplo, los delitos de falsedades contables (art. 310 CP) o, muy señaladamente, los *fraudes de subvenciones* (art. 308 CP). Esta última figura es especialmente relevante cuando hablamos de fun-

insolvencias punibles, etc. Los delitos de corrupción en sentido amplio y otros conexos (cohecho, tráfico de influencias, corrupción de funcionario extranjero, corrupción de particulares —incluida en los delitos contra el mercado y los consumidores—; delitos urbanísticos) también son habitualmente infracciones instrumentales dirigidas a favorecer la actividad real de la persona jurídica (obtención de licencias, contratos, favores de la administración, etc.). Y por supuesto las empresas pueden beneficiarse de estafas y de fraudes inmobiliarios, al contratar con consumidores o con otras empresas a sabiendas de que no cumplirán con las obligaciones asumidas.

«Criminalidad empresarial»	«Criminalidad organizada»
<ul style="list-style-type: none"> <li>–Delitos contra la intimidad, incluyendo allanamiento informático (art. 197).</li> <li>–Estafas y fraudes del art. 251 (art. 251 bis).</li> <li>–Insolvencias punibles (art. 261 bis).</li> <li>–Daños informáticos (art. 264).</li> <li>–Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288).</li> <li>–Blanqueo de capitales (art. 302).</li> <li>–Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis).</li> <li>–Delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319).</li> <li>–Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328).</li> <li>–Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343).</li> <li>–Cohecho (art. 427).</li> <li>–Tráfico de influencias (art. 430).</li> <li>–Corrupción de funcionario extranjero (art. 445).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>–Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis).</li> <li>–Trata de seres humanos (art. 177 bis).</li> <li>–Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis).</li> <li>–Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis).</li> <li>–Delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348).</li> <li>–Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis).</li> <li>–Falsedad en medios de pago (art. 399 bis).</li> <li>–Financiación del terrorismo (art. 576 bis).</li> </ul>

daciones que reciben subvenciones o ayudas de la Administración pero cometan infracciones graves, como el falseamiento de circunstancias, la ocultación de circunstancias obstativas, etc. Un caso de ocultación de circunstancias obstativas del que se ha ocupado la doctrina tributarista, pero que si no yerro no ha merecido gran atención por parte de los penalistas, es la ocultación a la Administración de que una fundación que gestiona un colegio concertado sistemáticamente cobra desde hace años falsas «donaciones» a las familias de los alumnos (ver por ejemplo A. BLÁZQUEZ LIDOY, «Donaciones “obligatorias” a fundaciones de colegios y la ley orgánica de educación: implicaciones fiscales», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 13, 2009.

Otros delitos de este grupo plantean perfiles algo más complejos. Así, los delitos *contra la intimidación* incluyendo el *allanamiento informático*. Una primera aproximación al tenor literal de estos tipos penales (apoderarse de papeles, cartas mensajes etc.) parecería excluirlos en gran medida del ámbito de los «delitos de empresa»<sup>51</sup>. Sin embargo, varias de las infracciones previstas en el artículo 197 tienen una gran importancia en el Derecho penal empresarial actual (casos de *acceso no autorizado al correo electrónico de empleados*, los de *tráfico ilegal de datos reservados contenidos en los archivos de la empresa*, etc.).

Una consideración totalmente distinta merecen los delitos del bloque que hemos denominado «criminalidad organizada». Las intervenciones imaginables de personas jurídicas en este punto son más bien las propias de una *sociedad de pantalla* o puramente dirigida a *blanquear* o *legitimar* los beneficios de una actividad delictiva. Veremos más adelante que existen graves problemas interpretativos respecto de este grupo de infracciones.

## VI. Aproximación al sistema de penas

### 1. El catálogo de penas

Es evidente que no cabe imponer a una persona jurídica las sanciones más características del Derecho penal tradicional, como la privación de libertad, el alejamiento de la víctima, etc. Sin embargo, sí le son imponibles otras muchas penas que ya existían en el Derecho Penal (multas, prohibiciones, inhabilitaciones...). Además, intervenciones coactivas sobre la persona jurídica que anteriormente estaban previstas como *consecuencias accesorias* o *medidas cautelares* en el antiguo artículo 129 CP, con la nueva regulación cobran carácter de pena (aunque en este punto, como veremos, el cambio de *nomen iuris* no viene acompañado de un cambio intenso en su régimen jurídico).

El catálogo de penas contenido en el artículo 33.7 CP es el siguiente:

- «a) *Multa por cuotas o proporcional.*
- b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

---

<sup>51</sup> Téngase en cuenta que la *revelación de secretos de empresa* y el «espionaje industrial» ya están previstos en los delitos contra el mercado, artículos 278 y ss., también imputables a personas jurídicas.

d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*

g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

*La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria».*

Finalmente, el artículo 33.7 *in fine* CP añade que la clausura temporal de locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial podrán ser adoptadas como medidas cautelares por el Instructor.

## **2. Un doble sistema de penas: pena principal y penas accesorias facultativas**

No todas las penas previstas en el artículo 33.7 CP son aplicables a todos los casos. En los tipos penales que se remiten al artículo 31 bis CP para la punición de la persona jurídica se contiene:

— una *pena principal* (siempre la multa, *por cuotas o proporcional*), de imposición obligatoria, y

— la previsión de una serie de *penas accesorias facultativas*<sup>52</sup> que el Juez o Tribunal *puede* imponer si se dan una serie de requisitos específicos recogidos en el artículo 66 bis CP.

---

<sup>52</sup> Así las denomina DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 60.



A) *Requisitos para imponer las penas accesorias facultativas previstas en el artículo 33.7, apartados b) a g)*

Las penas de características interdictivas y la pena de disolución tienen una marcada finalidad *preventivo-especial*. Además de la finalidad *aflictiva*, se dirigen a producir un efecto *asegurativo*, de *reducción de la peligrosidad subjetiva de la entidad*. Por ello, el primer requisito que debe darse —y que el Juez o Tribunal debe motivar— es la necesidad de la pena para reducir esa peligrosidad.

Pero ésa no es la única exigencia. El legislador establece en el artículo 66 bis un *triple juicio*, un test de tres requisitos como filtro previo para la aplicación de estas penas:

I. *Que la pena sea necesaria para prevenir la continuidad delictiva en el momento de imposición de la condena*. Es el requisito fundamental. Si no existe necesidad de precaver un riesgo de nuevos delitos de la persona jurídica, no procede aplicarle estas penas. El riesgo en cuestión ha de referirse al acaecimiento de nuevos delitos de las características de aquél o aquéllos por los que la persona jurídica ha sido condenada, y no de cualesquiera otros delitos.

En este sentido, la regulación de estas penas *se asemeja a las consecuencias accesorias del artículo 129 CP*: son de aplicación *facultativa* y su imposición debe obedecer a la interrupción de una continuidad delictiva o sus efectos<sup>53</sup>.

II. *Impacto social de la pena*. Este requisito pretende evitar que un Juez se vea abocado a imponer penas que puedan producir unos efectos colaterales desastrosos. Así, por ejemplo, si la suspensión de actividades y la clausura de los locales de la persona jurídica puede afectar a un alto número de trabajadores, debe reservarse sólo para supuestos de extrema gravedad y en los que la peligrosidad subjetiva de la entidad no pueda encauzarse por medios menos agresivos, como podría ser la prohibición de una concreta actividad o la intervención judicial.

III. *Puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control*<sup>54</sup>. La formulación de este elemento del juicio es problemática, porque tras una primera lectura *parecería que cabe imputar responsabilidad penal a una persona jurídica independientemente de si quien ha infringido el cuidado debido es un empleado de la persona jurídica en un puesto alto, medio*

<sup>53</sup> No obstante, ello no obsta a su consideración como penas. Las penas accesorias de aplicación facultativa que se imponen a personas físicas (inhabilitaciones absolutas o especiales, prohibiciones de aproximación a la víctima o sus allegados, etc.) suelen obedecer primordialmente a finalidades preventivo-especiales.

<sup>54</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Experto Reforma Penal 2010*, p. 31. En los mismos términos, Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado (p. 71, p. 50).

*o bajo y que el nivel de su posición en la estructura interna sirve tan sólo para determinar si se impone una multa o también una pena interdictiva.* Tal consideración sería absurda y vulneraría los requerimientos básicos del principio de culpabilidad, ya que se derivaría responsabilidad penal para una persona jurídica por la infracción de cualquiera de sus empleados. Es más: *no ya por el delito de cualquier empleado, sino por el omiso control de cualquier empleado*, que en la mayoría de los casos será penalmente atípico. Sería una responsabilidad *objetiva* y *por hecho ajeno*, en su versión más tosca.

Se impone, pues, una interpretación sistemática, que haga compatible este inciso con el resto de la regulación en la que se inserta; y también con las exigencias derivadas del principio de culpabilidad. Ello obliga a entender lo siguiente:

- *Marco normativo:* Según la regulación del artículo 31 bis, sólo cuando haya una *falta de vigilancia de la persona jurídica, en el sentido de un fallo organizativo* (ausencia de una política y unas medidas de control y prevención de ese delito, o existencia de unas claramente defectuosas); o cuando sea directamente imputable a sus administradores, cabe deducir responsabilidad penal para ésta.

- *Regla adicional del artículo 66 bis 1.ª:* Las penas interdictivas y la disolución exigen además tomar en cuenta *qué nivel tenía el órgano que no adoptó esas medidas y políticas, o que adoptó unas claramente defectuosas*. Si en el fallo organizativo está implicado directamente el Consejo de Administración, por inacción o desidia, por ejemplo, hablaremos del grado más alto de responsabilidad. Si la política preventiva del Consejo ha sido *defectuosamente implementada* por la alta dirección, y el fallo del Consejo se ha limitado a *no supervisar esa implementación*, hablaremos de una infracción de gravedad menor.

Todo ello se mantiene dentro de las exigencias de responsabilidad por el hecho propio y del principio de culpabilidad: *una mera ejecución defectuosa del control debido por parte de un cuadro medio o cualquier otro empleado, cuando la persona jurídica ha adoptado todas las medidas exigibles para la prevención, la detección y la reacción ante posibles delitos, no puede determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica.*

#### B) *Requisitos especiales para imponer penas interdictivas de larga duración o la disolución*

Para imponer una de estas penas por tiempo superior a dos años, debe concurrir adicionalmente una de estas dos circunstancias recogidas en el artículo 66 bis 2.ª CP:

«a) *Que la persona jurídica sea reincidente.*

b) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal».*

Para imponerlas por tiempo superior a cinco años, o para la imposición de la pena de disolución o la imposición *definitiva* de la pena del artículo 33.7.e) CP, el requisito de *reincidencia* se eleva al de *multirreincidencia* en el sentido del artículo 66.1.5.<sup>a</sup> CP.

La definición legal de la *persona jurídica instrumentalizada para la comisión de delitos* debe ser criticada por su falta de determinación. Sin embargo, ese es el menor de los problemas que plantea este inciso: más adelante volveremos sobre él (epígrafe 8).

### 3. *Imposición como medidas cautelares*

El artículo 33.7 *in fine* establece: «La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa»<sup>55</sup>.

No existe una regulación específica sobre la duración que puede tener la medida cautelar de clausura, suspensión o intervención judicial (del mismo modo que existe, por ejemplo, respecto de la prisión provisional). Un principio básico de proporcionalidad impide que se adopte una medida cautelar de duración mayor que la pena que correspondería en caso de ser declarada responsable la persona jurídica<sup>56</sup>. Sin embargo, para imponer como pena una clausura, suspensión o intervención judicial por más de dos años, deben concurrir los requisitos de los apartados 2 y 3 del artículo 66 bis. Por ello, en una interpretación sistemática de esta previsión y del CP artículo 66 bis 2 y 3, si durante la ejecución de la medida se prevé que se puede aproximar a los dos años, el juez o tribunal debe analizar si la entidad ha sido utilizada

<sup>55</sup> Debe subrayarse que *éstas no son las únicas medidas cautelares que se pueden adoptar*. Esto, que parecería evidente a cualquier conocedor del proceso penal español, sin embargo ha sido puesto en duda recientemente con la introducción del nuevo artículo 544 quáter LECrim, cuyo primer párrafo reza: «*las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en (...) [el] Código Penal*». Pese a tan taxativo tenor, en un trabajo reciente (DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos», en *La Ley*, núm. 7796, 13/2/2012, pp. 8 y ss.) he sostenido que esta restricción no debe entenderse referida a las medidas cautelares *reales*.

<sup>56</sup> Acoge la interpretación aquí propuesta (en su versión del *Memento Experto Reforma Penal 2010*, pp. 29-30) la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, página 72.

instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales o que es reincidente (multirreincidente si se extiende hasta los 5 años). De no ser así, no podría prolongarse la medida en estos términos<sup>57</sup>.

#### 4. *Determinación de la pena stricto sensu*

##### A) *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Atenuantes y agravantes*

En materia de *determinación de la pena* el artículo 66 bis hace una remisión al artículo 66.1 (regulador de esta misma materia en relación con las personas físicas), con excepción de la regla 5.<sup>a</sup>, relativa a la circunstancia agravante de multirreincidencia, que como hemos visto sólo se toma en consideración a la hora de imponer las penas del artículo 33.7.b) a g) por duración superior a 5 años o de manera definitiva.

Las reglas del artículo 66.1 regulan el juego de atenuantes y agravantes. No se prevén específicas agravantes para las personas jurídicas, por lo que sólo son de aplicación las del artículo 22 CP, en la medida en que sea posible, aunque la mayoría de las agravantes quedan excluidas de principio tanto por la naturaleza del sujeto activo como por la clase de delitos de los que estamos hablando.

Las únicas atenuantes aplicables a personas jurídicas son las de *conducta posdelictiva* recogidas en el artículo 31 bis 4. La función de estas atenuantes es claramente *promocional*: buscan promover la colaboración con la Justicia y la adopción de buenas prácticas preventivas, y a cambio ofrecen a la persona jurídica una rebaja en su pena. En este contexto, surgen las cuestiones habituales relativas a las atenuantes por conducta posdelictiva: por una parte, lo adecuado de rebajar la pena de una persona culpable por hechos

---

<sup>57</sup> Una argumentación similar en GASCÓN INCHAUSTI, «Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal», en GASCÓN INCHAUSTI (dir.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, núm. 80, 2010; aunque exigiendo indicios de instrumentalización únicamente para la prolongación por encima de los 5 años.

ECHARRI CASI («Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», en *La Ley*, núm. 7632, 18-5-2011, ap. IV *in fine*) sostiene además que una razonable interpretación analógica debe permitir el *abono* del tiempo de sometimiento a la medida cautelar al realizar el cómputo de la pena que debe cumplirse. En relación con las medidas del artículo 129 en su regulación previa a la reforma de 2010 se manifestaba en contra del abono DE LA FUENTE HONRUBIA (*Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004).

ajenos al delito cometido; por otra, su compatibilidad con los derechos de defensa, al exigir al imputado o acusado una suerte de allanamiento procesal.

«4. Sólo podrán considerarse 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 esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado 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».

## B) Confesión

El Legislador ha transcrito el mismo texto del artículo 21.4, pero sin adaptarlo a las personas jurídicas. Por ello, surgen dudas respecto de extremos como los siguientes:

¿Quiénes son los sujetos cuya confesión produce un efecto atenuante? El artículo 31 bis 4 exige que se realice «a través de sus representantes legales». Así, la «confesión» de un trabajador respecto de un delito de la persona jurídica en la que trabaja en realidad es una *denuncia* de su empresa, igual que lo sería en relación con un empresario individual. Sin embargo, no es necesario que la confesión sea realizada *directa y personalmente* por el representante legal: por supuesto, la ejecución material de la confesión puede ser delegada en otra persona. Cabe plantear incluso el efecto atenuante de una confesión realizada por indicación del servicio de Auditoría interna o de un director de sección, *siguiendo directrices previamente aprobadas por el Consejo de Administración*.

¿Cuál es el contenido de la confesión? No debe confundirse la *confesión de la persona jurídica* con la *delación de un trabajador*. La *confesión* supone el reconocimiento *de los hechos que uno mismo ha cometido* (no existe la «confesión del hecho de otro»: eso es una *denuncia*). Hablaremos de confesión cuando la persona jurídica reconozca los hechos que le son imputables *a ella misma*. Por ello, la delación de un trabajador sólo puede constituir *confesión* si se

acompaña del reconocimiento del *incumplimiento del deber de control* (art. 31 bis 1, inciso 2.º). Esto hace que la confesión sea una atenuante tan escasamente aplicada. Sin embargo, como veremos a continuación, la atenuante del artículo 31 bis 4 b) (aportación de «pruebas ... nuevas y decisivas») sí puede ser aplicada a muchos de estos supuestos.

¿Cuándo conoce una persona jurídica que el procedimiento se dirige contra ella? La respuesta más intuitiva es derivarlo del conocimiento que tenga la persona que debe confesar (es decir: el representante legal), y no de que tenga conocimiento cualquier trabajador. Surgirán no obstante problemas de prueba a la hora de saber si la información llegó o no a la administración de la persona jurídica.

### C) Reparación

También se trata de la transcripción directa del texto de la atenuante genérica (art. 21.5), con alguna modificación terminológica. En este caso plantea menos problemas su adaptación a las personas jurídicas, aunque también sigue subsistiendo la duda sobre qué papel debe tener el *representante legal*. Obviamente, no ha de ser él quien *materialmente* realice el acto de reparación o disminución del daño.

### D) Colaboración en la investigación con pruebas nuevas y decisivas

Se debe tratar de pruebas relativas a la comisión del concreto delito por parte de un trabajador o consejero, o de pruebas relativas a la omisión del debido control. Esta circunstancia plantea una *ampliación* de las posibilidades de atenuación por colaboración con la Justicia.

Puede adivinarse que lo que inspiró la introducción de la atenuante fue incentivar que las empresas *denuncien* a quienes cometen delitos en su provecho, en vez de incentivarles u ocultarles. Sin embargo, la lógica de este incentivo sería la de que *las personas jurídicas colaboradoras no respondiesen penalmente, en la medida en que su colaboración demuestra que establecen controles reactivos ante los delitos de sus empleados*<sup>58</sup>. Sin embargo, al configurar la circunstancia como una mera *atenuante* y no una *eximente*, su virtualidad deviene mucho más reducida, pues se refiere a personas jurídicas *que han de ser penadas, pero menos que si no hubiesen colaborado con la justicia*.

---

<sup>58</sup> Similar, N. GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, y Á. JUANES PECES, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», en *Diario La Ley*, núm. 7501, 3-11-2010, apartado 4.A.a.

En este sentido, y de modo coherente con lo expuesto anteriormente, debe distinguirse:

— Si una fundación tiene procedimientos de prevención y de reacción al delito reales y efectivos que prevén la denuncia de los empleados, y tras detectar el delito lo ejecutan, debe entenderse que *se prestó el cuidado debido* mediante un control *reactivo*, por lo que no cabe imputarle responsabilidad penal al faltar el requisito del artículo 31 bis 1 *in fine*.

— Si una fundación no prestó el control debido, pero posteriormente en el procedimiento proporciona información nueva y decisiva sobre el delito y su ejecutor material, surtirá efecto atenuante.

*Sin embargo, e independientemente de lo pretendido al introducir este precepto, la redacción final es sumamente problemática. Su deslinde con la atenuante de confesión es difícil, pues toda confesión antes de que el procedimiento se dirija contra alguien ya es en sí una prueba «nueva y decisiva»; y al permitirse el juego de la atenuante de «colaboración» con un margen temporal mucho más amplio que la de «confesión» (pues no está limitado a los momentos previos a que la persona jurídica sepa que el procedimiento se dirija contra ella), termina por absorberla de facto.*

El término «nuevas y decisivas» debe ser interpretado dentro de la lógica promocional del precepto: lo determinante es que *desde la perspectiva de la persona jurídica* sean pruebas nuevas y decisivas, aunque finalmente se revele que en términos objetivos no eran *nuevas* (porque la acusación ya tenía acceso a ellas), o que no eran *decisivas* (porque la acusación ya disponía de material probatorio suficiente antes de contar con ellas).

E) *Establecimiento posdelictivo de 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*

Se trata de otra medida promocional que busca que la persona jurídica *infractora*, que ha permitido la comisión de delitos en su seno por un fallo de organización, adopte medidas que en el futuro eviten esa falta de control.

La «autorregulación regulada» es el eje de toda la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El objetivo del sistema es que sean las propias personas jurídicas las que asuman funciones de control interno y prevención de delitos, bajo la amenaza de hacerlas responsables de los delitos que puedan cometerse debido a su falta de cuidado. Y de modo colateral a este elemento disuasorio, se introduce un elemento *promocional*: la disminución de la pena para las empresas *culpables* que, en trance de ser con-



denadas, implementen medidas preventivas como las impulsadas por el legislador.

El plazo que tiene la persona jurídica para obtener esta atenuante termina con la apertura del juicio oral. La atenuante exige que antes de ese momento se hayan *adoptado* las medidas (y no que meramente se haya *iniciado* o *planificado* su introducción).

## VII. Las fundaciones y los programas de control interno, prevención de delitos, *compliance programs*, etc.

### 1. *La indeterminación legal del deber de control*

Una vez expuesto lo anterior, procede analizar qué efectos puede desplegar la adopción por parte de una fundación de pautas o programas de control interno.

Como se ha señalado, *las fundaciones son también destinatarias del «deber de control» mencionado en el artículo 31 bis 1 CP*. En este sentido, también están obligadas a detectar, prevenir y evitar que en su seno se cometan cierto tipo de delitos *en su provecho*<sup>59</sup>.

Con esto poco se ha dicho todavía, pues la clave será determinar cuál es el alcance de este deber. Y el Derecho español en este punto es sumamente indeterminado. Ciertamente, en relación con alguno de los delitos como el blanqueo, la financiación del terrorismo o los delitos medioambientales el ordenamiento *sí* ofrece (habitualmente en leyes extrapenales) unos estándares que permiten saber *qué debe hacer* una fundación para cumplir con la diligencia debida en la prevención de delitos. No obstante, en relación con la mayoría (cohecho, tráfico de influencias, corrupción de particulares, insolvencias punibles, estafa, etc.) el Derecho español guarda silencio.

Algunos de los ordenamientos de nuestro entorno han ofrecido pautas más concretas: así, el Decreto Legislativo 231/2001 italiano concreta las grandes líneas que debe seguir un sistema preventivo (un *Modello di organizzazione e gestione*, arts. 6, 7 y 8), y la patronal han sometido al Ministerio de Justicia líneas directrices (*Linee Guida*) para la construcción de estos *modelli*. Por su parte, y a raíz de la aprobación de la ley anticorrupción británica (Bribery Act 2010), el Ministerio de Justicia del Reino Unido ha emitido una Guía

---

<sup>59</sup> La normativa ordenadora de ámbitos intensamente regulados, como la *protección de datos*, ya imponía a las fundaciones deberes de este tipo (ver por ejemplo J. L. PIÑAR MAÑAS, «Protección de datos personales y fundaciones», en *ADF* 2009, pp. 95 y ss., p. 99, p. 115).

para elaborar *procedimientos adecuados para la prevención de la corrupción*<sup>60</sup> (es más: la propia *entrada en vigor* de la Ley fue diferida hasta la publicación y difusión de dicha guía).

Sin embargo, este tipo de documentos suelen contener información genérica relativa a la *estructura* de los modelos de prevención; pero no es habitual que contengan pautas detalladas sobre las *concretas medidas* que deben adoptarse<sup>61</sup>. Con frecuencia suelen remitirse a vagos criterios de diligencia: así, la mencionada *Guidance* del Ministerio de Justicia británico apela a *lo adecuado al caso concreto* (atendida la envergadura de la entidad, etc. el sector donde desarrolla su actividad) o un *enfoque de sentido común*, renunciando a cualquier tipo de análisis detallado *ex ante*.

El «deber de control» puede plasmarse en multitud de tareas distintas: establecimiento de pautas de transparencia y trazabilidad (que, al facilitar el descubrimiento del infractor, desincentivan la comisión de delitos), supervisión simultánea o *ex post facto*<sup>62</sup>, formación e información, facilitación de la información o denuncia interna y protección del denunciante, etc.

En los últimos dos años han proliferado en España no pocos profesionales o empresas que ofrecen a las personas jurídicas su asesoría en materia de *compliance* para adaptar su normativa interna a la nueva regulación penal española<sup>63</sup>. Sin embargo, los servicios ofrecidos distan mucho de constituir un

<sup>60</sup> <http://www.justice.gov.uk/legislation/bribery>

<sup>61</sup> Por poner ejemplos extremos: ¿puede ser suficiente para eximir a la persona jurídica de cualquier responsabilidad por delitos de corrupción internacional, por ejemplo, *tener un Código ético y haberlo difundido entre los trabajadores con función comercial*? ¿Debe exigirse además mantener un control de las disposiciones de dinero *sospechosas* para que no puedan estar encubriendo sobornos? ¿Debe hacerse una *integrity due diligence* cada vez que se contrata a un intermediario local en un proceso de licitación internacional en un país extranjero? ¿O deben adoptarse medidas mucho más radicales como, por ejemplo, *prescindir de la labor de intermediarios locales en la contratación internacional*, ya que se trata de agentes que pueden tener tentaciones de corromper a funcionarios extranjeros?

<sup>62</sup> En relación con la supervisión debe distinguirse el plano de los *deberes de supervisión general* (que tienen un componente fundamentalmente *pasivo*, y requieren del órgano supervisor la recepción de información de los supervisados) y los de *supervisión activa*, que requieren la realización de tareas de inspección. Con frecuencia, los órganos de administración delegan la ejecución del deber de control, y tras dicha delegación sólo conservan un deber de supervisión *general*, y únicamente cabe hablar de deberes de *supervisión activa* si se perciben *indicios de irregularidad*. A este respecto ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Del riesgo al resultado», en *Derecho penal de la construcción...*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 567; EL MISMO, «Comisión por omisión», p. 64.

<sup>63</sup> Este mercado se ha visto impulsado también por la entrada en vigor de la *Bribery Act* británica, de aplicación extraterritorial a las personas jurídicas que desarrollen parte de su negocio en el Reino Unido (aunque el acto de corrupción de funcionario o particular no haya tenido lugar en el Reino Unido).

estándar. Mientras unas consultoras hacen hincapié en *sistemas informáticos de control*, otras se centran en la *formación de personal*, otras en aspectos de *control y auditoría contable*, etc. Desde luego, lo que parece claro es que en modo alguno puede considerarse «cumplimiento del deber de control» la mera *adquisición o redacción de un Código de conducta* o normas similares.

En lo que a día de hoy existe acuerdo es en que *no toda persona jurídica está obligada a desplegar el mismo tipo de medidas*. La variadísima tipología existente en el mundo de las fundaciones, que contempla desde pequeñas organizaciones que dan cauce al voluntariado social hasta grandes corporaciones con actividad mercantil, requiere también distintos modelos de gobernanza<sup>64</sup>.

Desde luego, fundaciones de menor tamaño no están llamadas a introducir procedimientos altamente formalizados como los que requeriría una entidad de crédito; y fundaciones que no muestren perfiles de riesgo en materia de delitos contra la intimidad no tienen por qué introducir protocolos específicos más allá de las reglas generales como las relativas al uso de medios informáticos por parte de los trabajadores. El deber de control se debe plasmar en el general deber de supervisión del administrador. Sin embargo, entidades de mayor tamaño como las grandes fundaciones con actividad empresarial<sup>65</sup> no se distinguen en sus deberes de las grandes empresas con forma societaria mercantil, y se les requiere un modelo de gobierno corporativo similar<sup>66</sup>. Por ello, el primer paso antes de adoptar ningún tipo de medida es un análisis de cuáles son los riesgos internos que deben ser cubiertos.

## **2. Consecuencias jurídico-penales de la adopción de medidas, procedimientos o programas preventivos adecuados**

El Código penal hace distintas referencias al deber de control y las medidas para su cumplimiento son variadas. Esas referencias no emplean siempre

---

<sup>64</sup> Al respecto ver el ilustrativo trabajo de G. RODRÍGUEZ CABRERO «El gobierno de las organizaciones no lucrativas», en J. I. RUIZ OLABUENAGA (dir.), *El sector no lucrativo en España. Una visión reciente*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 85 y ss., en especial pp. 97-99, pp. 99 y ss.

<sup>65</sup> Sobre las *fundaciones-empresa* y las *fundaciones con empresa*, ver por todos J. M. EMBID IRUJO, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», en *ADF* 2010, pp. 15 y ss.

<sup>66</sup> Sobre fundaciones y gobierno corporativo ver J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la Fundación», en CRUZ AMORÓS; MUÑOZ MACHADO; DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel y Fundación ONCE, Madrid, 2005, pp. 227 y ss.; EL MISMO, «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», en *ADF* 2009, pp. 131 y ss., p. 135; RODRÍGUEZ CABRERO «El gobierno de las organizaciones no lucrativas», pp. 99 y ss.

los mismos términos, y las consecuencias jurídicas a las que se refieren son diversas. Las dos referencias *expresas* son las siguientes:

— El 2.º inciso del artículo 31 bis 1 CP establece la *infracción del deber de control* como un *requisito* para la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica (de lo que cabe deducir que, a contrario, su *observancia* cierra esa vía de imputación de responsabilidad penal).

— El artículo 31 bis 4 d) contempla como *atenuante* la adopción de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos.

Por ello, una primera aproximación permite distinguir si el establecimiento de medidas de prevención, descubrimiento y reacción ante el delito en la persona jurídica ha tenido lugar *después* o *antes* de la comisión de un delito.

a) Si el programa de medidas preventivas y reactivas *suficiente e idóneo para la evitación de futuros delitos* se adopta *una vez cometido el delito que se está enjuiciando*, como intento de prevenir nuevos delitos en el futuro, ello tiene una doble virtualidad:

- Por una parte, permite aplicar la atenuante del artículo 31 bis 4 d).

- Por otra parte, si dicho programa es idóneo para *impedir una continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos* y su adopción resulta creíble y fiable, entonces *decaerá el requisito principal del artículo 66 bis 1.ª, por lo que no se podrá imponer a la persona jurídica penas de las del artículo 33.7 b) a g), ni las medidas cautelares del artículo 33.7 in fine*<sup>67</sup>.

b) Por el contrario, si primero se adoptan las medidas, procedimientos o programas preventivos y, una vez establecidos y activos, algún empleado comete un delito en los términos del artículo 31 bis, hablaremos de un delito que *no fue posible debido a la falta del debido control, sino pese a la existencia del debido control, que fue soslayado*. Por ello, no podrá imputarse responsabilidad penal a la persona jurídica.

Debe tenerse en cuenta que un programa estándar de medidas de estas características *no elimina* la posibilidad de que se cometan delitos en provecho de la entidad, sino que lo reduce hasta niveles de *riesgo residual permitido*. Por ello, si pese a la existencia de dichas medidas se comete un delito, habrá que analizar si el programa cumplía con la diligencia debida en el control y evitación de delitos o si era *gravemente* defectuoso (como se ha señalado antes,

---

<sup>67</sup> Una excepción puede ser la pena de *intervención judicial*: dada la flexibilidad con la que se configura el contenido de esta pena (o medida cautelar), perfectamente puede establecerse con la finalidad de *supervisar la correcta implantación* de dichas medidas.

una falta del «debido control» del art. 31 bis 1 por *culpa levis* o *levissima* no puede fundamentar responsabilidad penal).

Por último, debe señalarse que recientemente se comienza a abordar la posibilidad de imputar responsabilidad penal a los administradores de la persona jurídica por la no adopción de las medidas preventivas debidas, cuando con ello se favorece la comisión de un delito<sup>68</sup>. Esta responsabilidad penal podría predicarse de quienes en una fundación sean responsables de la adopción o ejecución de medidas preventivas y no las adopten con dolo de favorecer la comisión de un delito. Aunque el tema requiere un desarrollo más detallado, sí cabe avanzar que son necesarios cuatro requisitos básicos para poder imputar responsabilidad penal a la persona física que omite el deber de control interno: a) que hablemos de un delito que el garante *pudo haber evitado* (es decir: un delito *aún no consumado*); b) que el garante omitiese una conducta *debida* que hubiese podido obstaculizar o impedir el delito; c) que el delito sea de aquéllos cuya prevención se le encomienda al garante; y d) que se cumplan los requisitos de tipicidad subjetiva del delito en cuestión, que en la mayoría de los casos son delitos *dolosos*: salvo allá donde quepa hablar de una modalidad típica imprudente, esto supone que para hablar de responsabilidad del garante por omisión debe existir un *dolo* —*aunque sea eventual*— *de favorecer o no impedir el delito en cuestión*<sup>69</sup>.

### VIII. «Pantallas» y fundaciones instrumentalizadas para la comisión de delitos

En el apartado 5 se ha expuesto que existen *dos grandes grupos de delitos* por los que una persona jurídica puede responder (criminalidad *empresarial* y

---

<sup>68</sup> En la doctrina alemana ver, por todos, T. ROTSCH, «Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung», en *Zeitschrift für das juristische Studium*, núm. 6, 2009, pp. 712 y ss.; O. KRAFT, y K. WINKLER, «Zur Garantenstellung des Compliance-Officers. Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?», en *Corporate Compliance Zeitschrift* 1/2009, pp. 29 y ss.; T. RÖNNAU, y F. SCHNEIDER, «Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant: Überlegungen zum BGH-Urteil v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08», en *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht* vol. 31/2, 2010, p. 53 y s.; J. BÜRKLE, «Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers», en *Corporate Compliance Zeitschrift* 1/2010, pp. 4 y ss.; BEULKE «Der Compliance Officer als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung», en *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, De Gruyter, Berlin, 2011, p. 23 y ss.; en la española, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión», en *Memento Penal Económico y de la Empresa*, pp. 67 y ss.; EL MISMO, «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 843, 2012 (24/5/2012), p. 6.

<sup>69</sup> Esto es así porque son poquísimos los delitos que entran en consideración y que admiten una modalidad típica *imprudente* (blanqueo, delitos contra el medio ambiente).

criminalidad *organizada*); y en el apartado 6.b) se han detallado los requisitos necesarios para la imposición de penas interdictivas de larga duración, uno de los cuales era la existencia de una *persona jurídica instrumentalizada para la comisión de delitos*.

Las intervenciones de una persona jurídica que cabe imaginar en relación con el *tráfico de drogas*, el *tráfico de armas*, la *trata de personas*, la *prostitución de menores*, etc., habitualmente tienen que ver con *operar como «fachada» o «pantalla»* que dé apariencia de legalidad a la actividad delictiva, a los recursos para su ejecución o a los beneficios obtenidos de ella. Pensamos, pues, en una persona jurídica que sirve para *facilitar el delito* o la obtención del beneficio delictivo. Esta idea la corrobora la recién aludida mención del artículo 66 bis CP a la persona jurídica «instrumentalizada para la comisión de delitos»; y alguna otra norma, como el artículo 33.7.e), que alude a las actividades de la persona jurídica «en cuyo ejercicio se haya ... encubierto el delito»<sup>70</sup>.

Sin embargo, *la inclusión de las entidades «de pantalla» en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas es sumamente perturbador*. Reconocer como sujeto en Derecho penal a lo que no es sino mera apariencia, *cobertura* o *fachada* para disimular las conductas delictivas (otorgándole los derechos del imputado, permitiéndole alegar, interrogar, etc.) es un contrasentido. El proceso penal debe tratar a la entidad de fachada como un *instrumento del delito* y no como un sujeto responsable. Podrá adoptar contra ella todas las medidas cautelares que permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y, subsidiariamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, una vez declarado su carácter de mera fachada, proceder a su disolución y, de ser posible y necesario, al comiso de los activos patrimoniales; pero no declarar su *responsabilidad*.

Son sin duda éstas las consideraciones que llevan a la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado<sup>71</sup> a proponer vías para eludir la aplicación de este régimen a las sociedades pantalla:

*«No obstante lo dicho hasta este momento, en los casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación —el ejemplo más clásico y nutrido lo encontramos en las sociedades trucha de las tramas de defrau-*

<sup>70</sup> Esta mención del encubrimiento es problemática, porque el delito de encubrimiento (art. 451 CP) no se cuenta entre aquéllos que pueden desencadenar la responsabilidad penal de una persona jurídica. Sin embargo, este *lapsus calami* nos revela una vez más que en la *mens legis(latoris)* está presente la idea de la persona jurídica encubridora o «pantalla».

<sup>71</sup> Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, apartado II.1).

*dación del IVA—, nada obsta a recurrir bien a la figura de la simulación contractual, bien a la doctrina del levantamiento del velo —que en sede penal constituye básicamente un recurso de búsqueda de la verdad material—, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla. Así, aun a pesar de que desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al artículo 31 bis del Código Penal, en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia.*

*(...) La anterior interpretación no colisiona con la norma penológica prevista en la letra b) de la circunstancia 2.ª del artículo 66 bis del Código Penal, cuando establece que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», por cuando el propio legislador define el supuesto aludiendo a los casos en que «la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal», y aquellos a los que se hace mención más arriba se refieren a entidades colectivas sin actividad, —en el ejemplo de las sociedades trucha de las tramas de IVA, aquellas no desarrollan ninguna actividad, no son las sociedades interpuestas quienes realmente compran y/o venden—, siendo utilizadas como meras titularidades formales de las obligaciones tributarias y como eficaces parapetos tras los que se oculta la actividad delictiva de los particulares, cuya conducta, siguiendo con el mismo ejemplo, puede recibir cumplida respuesta por medio de la aplicación de los artículos 31 y 305.1 a) del Código Penal».*

La pretensión es razonable, y probablemente sea viable en los muy concretos casos de *ausencia total* de actividad legal, pero su alcance es limitado. Bastaría para acogerse al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas hacer que la sociedad pantalla desarrollase *alguna* actividad, por mínima que fuese. Así, por mantenernos en los citados casos de *carrusel* tributario, ello podría predicarse de los llamados *truchas* y *missing traders*... siempre que los autores no hubiesen tomado la precaución de realizar *algún* tipo de actividad legal a través de la empresa; pero no en el resto de las empresas de la trama.

Sin embargo, hay vías más sencillas y más eficaces para lograr el objetivo pretendido. En mi opinión, la exclusión de las empresas y fundaciones *de pantalla* deriva de una interpretación literal del artículo 31 bis CP, y en concreto de la exigencia de que el delito sea cometido *en provecho* de la persona jurídica.

En efecto: en la mayoría de los casos de puras «pantallas», la persona jurídica interviene en un sentido *puramente auxiliar*, como cobertura de un



delito *que aprovecha a otra persona*, pero no a ella. Es posible que los beneficios del delito puedan transitoriamente pasar por su patrimonio, pero ello no es *en provecho* de la persona jurídica, sino de quienes son los destinatarios reales del beneficio ilegal. Por ello, casos como el de la empresa de importación-exportación de maquinaria que en realidad está transportando droga dentro de la maquinaria<sup>72</sup> no deberían ser tratados como casos de responsabilidad penal de la persona jurídica: en ellos el delito no se comete *en provecho* de la persona jurídica (como exige el art. 31 bis 1), sino que, por el contrario, la persona jurídica actúa *en provecho de quien se sirve de su apariencia*. Los delitos en los que puras «pantallas» sirven para dar apariencia de legalidad a la actividad criminal o para favorecer que otra persona se beneficie del delito no encajan en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues en ellos el delito no se comete en provecho de la persona jurídica.

Precisamente por lo recién expuesto es problemática la alusión a las personas jurídicas «instrumentalizadas para la comisión de delitos», pues no parece aludir a una entidad colectiva *beneficiaria* de un delito, sino a una que auxilia o coopera (instrumentalmente) al delito que aprovecha a otro. Esta expresión debe ser interpretada de un modo tal que sea compatible con el requisito básico de «delito cometido *en provecho de la persona jurídica*».

Para resolver esta aparente aporía es necesario atender menos al término «instrumentalizada» y más a la definición legal que da el artículo 66 bis 2 b («siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal»). Así, hablaremos de personas jurídicas «instrumentalizadas» para la comisión de delitos siempre que su actividad preponderante sea ilegal; pero requiriendo en todo caso que la actividad delictiva sea cometida *en provecho* de la persona jurídica. La *pura pantalla* debe quedar fuera de consideración, y debe ser tratada como mero instrumento del delito.

Así, si por ejemplo una fundación estuviese ofreciendo servicios a distintas administraciones y cobrando por ello altísimos honorarios, pero todo ello fuese posible gracias a delitos de cohecho y tráfico de influencias, así como estafas a las administraciones, no hablaríamos de una *pantalla* sino de una *entidad instrumentalizada* sólo con que la actividad ilegal de la fundación fuese la predominante; pero para hablar de responsabilidad penal de la fundación esos delitos deberían haber sido cometidos en su provecho: los beneficios derivados deberían revertir a su patrimonio.

---

<sup>72</sup> Como, por ejemplo, en el caso del que conoció el Auto del JCI n.º 6 de 11/10/2011, en el que se imputó a varias personas jurídicas que importaban y exportaban máquinas en cuyo interior se transportaba droga.

## IX. Régimen de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica y sus excepciones. Aplicabilidad a los casos de fusión de fundaciones (art. 30 LF)

«Artículo 130.

1. *La responsabilidad criminal se extingue: (...)*

2. *La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

*No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta<sup>73</sup> o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».*

Las circunstancias del artículo 130.1 CP, a excepción, obviamente, de la muerte del reo, extinguen la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Precisamente para suplir la inaplicabilidad del artículo 130.1.1.<sup>a</sup>, en el artículo 130.2 se introducen una serie de consideraciones relativas a la extinción de la responsabilidad penal por la desaparición de la persona jurídica.

En ningún momento enuncia expresamente el artículo 130 CP una regla general que establezca que la disolución de la persona jurídica extingue su responsabilidad penal. Sin embargo, por una parte se trata de una cuestión evidente (la efectiva desaparición del reo hace imposible su enjuiciamiento y la imposición de la pena); y por otra, está implícita en la regulación del artículo 130.2, que se dedica precisamente a establecer *excepciones* a dicha extinción cuando la disolución sea *aparente* o cuando haya una *sucesión de personas jurídicas*.

El artículo 130.2 *in fine* niega la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la disolución sea meramente aparente. Ello ocurrirá cuando la *realidad material y económica* de una empresa continúe mediante otra nueva persona jurídica (o incluso a través de una estructura sin per-

---

<sup>73</sup> La denominación legal «disolución encubierta» debería ser modificada, pues alude precisamente a lo contrario de lo que se define en el artículo 130.2. *Lo que se encubre en una disolución aparente no es la disolución, sino la subsistencia o «no-disolución» de la persona jurídica.* Entiende acertada esta crítica Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal, Parte General en esquemas*, p. 139.

sonalidad jurídica), pese a su extinción formal. La clave para determinar si subsiste la realidad económica de la empresa pese a los cambios en la forma jurídica es si hay una *continuidad en la actividad económica* con una identidad sustancial de todos o una parte relevante de sus *clientes, proveedores, empleados, etcétera*.

Se trata del levantamiento del velo para impedir que se pueda soslayar fraudulentamente la responsabilidad penal por el sencillo expediente de disolverla y proceder a su refundación a través de una forma jurídica distinta<sup>74</sup>. Dependiendo de las circunstancias concurrentes, la conducta fraudulenta en este punto puede ser constitutiva, además, de diversos ilícitos penales como el alzamiento de bienes específico del artículo 258 CP.

El aspecto más problemático del artículo 130.2 reside en la regulación de las consecuencias de la *sucesión de personas jurídicas*, y en especial en el empleo de los términos *traslado de la responsabilidad penal y traslado de la pena*.

Empezando por los aspectos menos conflictivos, hablar de «traslado» de responsabilidad penal o de la pena en el caso de la *transformación* de una persona jurídica es, en realidad, un modo de referirse a un sencillo levantamiento del velo. Pese a la «transformación» de una persona jurídica, si su realidad económica y empresarial sigue siendo la misma, el Código Penal ignora el cambio formal.

Algo similar ocurre en relación con la *escisión* de la persona jurídica. El Juez o Tribunal ha de proceder a la punición de una, varias o todas de las entidades resultantes tras la escisión, que no son sino una fragmentación de la realidad económica de la entidad infractora.

Mucho más problemático es el *traslado de la «responsabilidad penal» y «de la pena» a la entidad resultante tras una fusión o, sobre todo, a la entidad absorbente tras una absorción*.

El artículo 30 LF regula la *fusión de fundaciones* en ausencia de prohibición de su fundador, y si no consta la oposición del Protectorado; pero regula también la *fusión obligatoria a instancias del Protectorado cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines* (art. 30.4 LF). Imagínese la explosiva combinación de una *fusión obligada por el Protectorado* y de un *traslado de responsabilidad penal*

---

<sup>74</sup> La doctrina antes de 2010 ya había advertido del riesgo de elusión fraudulenta de la sanción por este sencillo expediente (BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal...*, p. 399). El debate doctrinal ofrece distintas propuestas para evitar estos fraudes, llegando incluso a sugerir la prohibición de disolución (A. EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 220).

a la entidad resultante de la fusión. Los riesgos legales que introduce el nefasto artículo 130.2 CP en las fusiones y absorciones son difíciles de infravalorar.

En cualquier caso, lo regulado en el artículo 130.2 CP se refiere a los casos en que una persona jurídica *suceda* a otra. Los casos en que tras la liquidación de una fundación sus bienes son destinados a otra fundación con fines análogos a los suyos<sup>75</sup> no son supuestos de sucesión en la personalidad jurídica, por lo que no les son aplicables las previsiones del artículo 130.2 CP (que, además, por su carácter gravoso y de difícil compatibilidad constitucional, debe ser objeto de una interpretación muy restrictiva).

En su literalidad, la idea de «traslado de la responsabilidad penal» de un sujeto a otro al que hace alusión en primer lugar el artículo 130.2 es incompatible con nuestro sistema constitucional, en concreto con el principio de personalidad de las penas, de rango constitucional: SSTC 146/1994, 92/1997). Si considerásemos que tras una absorción la entidad absorbente deviene *penalmente responsable por un hecho que no cometió*, nos encontraríamos ineludiblemente ante una norma que *obliga a enjuiciar y declarar culpable a un sujeto por un hecho que no cometió*.

Distinta sería la cuestión si lo que se pretende es simplemente declarar la responsabilidad penal de la entidad absorbida y *declarar a la entidad absorbente sucesora en la deuda de Derecho Público en la que consiste la pena de multa*<sup>76</sup> («traslado de la pena» al que se refiere el precepto en segundo lugar). Por ello, debe hacerse una interpretación restrictiva, conforme a Constitución, de este desafortunado precepto.

Si no hay problema de falta de proporcionalidad<sup>77</sup>, una mera sucesión en la posición deudora de la entidad infractora sin declaración de culpabilidad de la absorbente sería mucho menos problemática (sobre todo, por la evidente conexión patrimonial entre la entidad absorbente *inocente* y la absorbida *culpable*).

---

<sup>75</sup> Ver J. CAFFARENA LAPORTA, «Las Fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», en *ADF* 2009, pp. 29 y ss., pp. 43 y ss.; EL MISMO, «La extinción de la fundación», en CRUZ AMORÓS; MUÑOZ MACHADO; DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel y Fundación ONCE, Madrid, 2005, pp. 451 y ss.; L. FERRANDO VILLALBA, «Comentario al art. 33», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 846.

<sup>76</sup> Empleaban una terminología similar para referirse al antiguo artículo 31.2 CP SILVA SÁNCHEZ y ORTIZ DE URBINA, «El art. 31.2 del Código Penal...», en *InDret*, núm. 2, 2006.

<sup>77</sup> El artículo 130.2 *in fine* parece dirigido precisamente a procurar esta proporcionalidad, cuando otorga la Juez o Tribunal la facultad de «*moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella*».

Sin embargo, el problema más grave se plantea en el plano procesal: ¿cómo dar cauce a esta sucesión? La regulación procesal de la materia (la reforma de la LECrim operada por la Ley 37/200/) no da ninguna respuesta. Y es que expedientes como el que aquí se analiza pueden ser más o menos problemáticos en el procedimiento administrativo, pero son sumamente inadecuados para el ámbito penal. Imaginemos que una gran empresa absorbe una pequeña persona jurídica: ¿A qué persona jurídica se imputará, se juzgará y se condenará? ¿A una entidad *ya inexistente* —la disuelta por la absorción— o a una entidad absorbente que *no cometió los hechos*? ¿Deberá la entidad absorbente *ser imputada, juzgada y declarada culpable por el hecho de la entidad absorbida...* o por el contrario habrá que condenar a una entidad *ya inexistente* —y que, por ello, no puede defenderse— para poder trasladar el deber de pago de la multa a la entidad absorbente? Es difícil hallar una interpretación admisible para esta norma<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Para evitar que este precepto sea un supuesto de responsabilidad penal objetiva, G. ORTIZ DE URBINA propone (en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 184) que sólo se traslade a la entidad absorbente la responsabilidad penal de la absorbida cuando aquélla no haya prestado el cuidado debido en la absorción, realizando un análisis de indicios que pudiesen revelar que la entidad absorbida estaba o podía llegar a estar imputada («*due diligence*»).

Esta inteligente propuesta, sin duda, debe ser valorada positivamente pues limita esta inaceptable traslación objetiva de responsabilidad penal de un sujeto a otro. No obstante, en mi opinión el texto no permite una solución razonable de la cuestión, ni siquiera con tan interesante mejora.

Imaginemos que una gran empresa absorbe en 2012 a una pequeña empresa que en 2011 había cometido una *estafa*; y que lo hace sin comprobar si la entidad absorbida había cometido o no fraudes en el pasado. Si se quisiera afirmar que este expediente punitivo pasa a ser legítimo si se fundamenta la sanción en la falta de cuidado de la entidad absorbente, la respuesta debe ser negativa. Lo que en realidad se estaría haciendo es condenar a la entidad absorbente por un hecho cometido en 2011 por otra entidad, fundamentando la responsabilidad en una supuesta infracción de un deber de cuidado *cometida un año después*. Así, para localizar alguna infracción reprochable a la propia entidad absorbente, y evitar así una responsabilidad objetiva sin infracción, esta propuesta *de facto* termina creando un nuevo tipo delictivo: la «falta de diligencia en la absorción de empresas», sancionado con la misma pena que corresponda al delito negligentemente no detectado: un tipo que no cumple con los requisitos del principio de legalidad penal.

Aducir que una entidad haya realizado una *due diligence* antes de la absorción es sin duda un potente argumento de descargo, pues subraya lo absurdo que sería penarla por lo que ni siquiera se pudo detectar en el momento de la absorción. Sin embargo, parece inviable *a contrario sensu* fundamentar en los demás casos la responsabilidad penal en la omisión de esta clase de análisis. El «deber de cuidado» del adquirente de comprobar cierta clase de vicios en la entidad adquirida procede del principio *caveat emptor*, según el cual incumbe al comprador la comprobación de cierta clase de vicios (¡no todos!), pues si no los investiga posteriormente correrá él con ellos y no podrá reclamárselos al vendedor. No se trata, pues, de una prohibición con relevancia jurídico-pública, sino sólo de una *Obliegenheit* de autoprotección cuya infracción hace que el comprador pierda una acción contra el vendedor. No se

Sea como fuere, y dado el papel que el artículo 30.2 y 4 LF otorga al Protectorado en las fusiones voluntarias y obligatorias de fundaciones, sería razonable que éste inste a las fundaciones que se van a fusionar a la realización de una *due diligence* de riesgo legal y, en la medida de lo posible, al aseguramiento de los posibles quebrantos económicos que pudiesen surgir para la entidad resultante derivados de posibles procesos penales por hechos previos a la fusión.

En cualquier caso, si como dice la Exposición de Motivos (punto VII) lo que se pretendía era evitar que la responsabilidad penal pueda ser «burlada», entonces deberían haberse arbitrado mecanismos que permitiesen la retroacción y anulación de la absorción o fusión, para procesar y sancionar a la persona jurídica verdaderamente infractora<sup>79</sup>.

No cabe interpretar que puedan trasladarse a la entidad absorbente penas del artículo 33.7 b) a g). La imposición de esas penas exige atender a las características preventivo-especiales *que tenía la entidad en el momento de cometer el delito, si subsisten en el momento de la imposición*. Al ser distinta la persona jurídica que cometió el delito y la sucesora a la que se dirige la pena, la única pena que es posible «trasladar» (en los términos recién señalados) es la multa.

### Bibliografía citada

- ALDAZÁBAL ETXEBARRÍA, J., *Las fundaciones del sector público vasco: su régimen jurídico*, Lete, Bilbao, 2007.
- BACIGALUPO SAGESSE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- Comentario al artículo 31 bis CP, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2010, p. 272.
- «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley*, núm. 7541, 5-1-2011.

---

trata, pues, de una prohibición cuya infracción pueda determinar consecuencias penales: el Estado no *prohíbe* absorber entidades sin comprobar diligentemente estos extremos. Por ello, no cabe construir una suerte de *negligencia punible* derivada de *absorber entidades sin comprobar si han cometido previamente delitos o no* (y, mucho menos, castigar dicha negligencia con la pena prevista para las entidades que cometan o toleren dichos delitos).

No obstante, *más inaceptable aún es juzgar y condenar por unos hechos a una entidad que no los cometió*. Mientras siga vigente este aspecto del artículo 130.2, serán bienvenidos los expedientes que en mayor o menor medida permitan restringir los irrazonables excesos a los que su texto conduce.

<sup>79</sup> De acuerdo con esta propuesta se manifiesta DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal...*, p. 139.

- BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.
- BLASCO GASCÓ; CAPILLA RONCERO; LÓPEZ Y LÓPEZ; MONTÉS PENADÉS; ROCA I TRIAS; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BEULKE, W., «Der Compliance Officer» als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung», en *Festschrift für Klaus Goppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, De Gruyter, Berlin, 2011, pp. 23 y ss.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Donaciones “obligatorias” a fundaciones de colegios y la ley orgánica de educación: implicaciones fiscales», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 13, 2009.
- BÜRKLE, J., «Grenzen der strafrechtlichen Garantienstellung des Compliance-Officers», en *Corporate Compliance Zeitschrift*, núm. 1, 2010, pp. 4 y ss.
- CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.
- «La extinción de la fundación», en CRUZ AMORÓS; MUÑOZ MACHADO; DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenasgo*, Madrid: Iustel; Fundación ONCE, 2005, pp. 451 y ss.
- «Las Fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», en *ADF* 2009, pp. 29 y ss.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.ª T., *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS BERENGUER y CUERDA ARNAU (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CARBONELL MATEU J. C.; MORALES PRATS, F., y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Personas Jurídicas. Art. 31 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Valencia, 2010.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, César, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas», en *La Ley Penal*, núm. 75, octubre 2010.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *Diario La Ley*, núm. 7670, 11-7-2011.



- DÍEZ RIPOLLES, J. L., *Derecho Penal. Parte general en esquemas*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memento Experto Reforma Penal 2010*, pp. 11 y ss. (también publicado en *Memento Penal 2011*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 319 y ss., 459 y ss.)
- «Comisión por omisión», en *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, 2011, p. 51 y ss.
- «Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos», en *La Ley*, núm. 7796, 13/2/2012, pp. 7 y ss.
- «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 843/2012 (24/5/2012), p. 6.
- «Del riesgo al resultado», en POZUELO PÉREZ (coord.), L., *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 2.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2012, p. 541.
- «Aproximación al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en POZUELO PÉREZ, L. (coord.), *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 2.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2012, pp. 589 y ss.
- (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ECHARRI CASI, F., «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», en *Diario La Ley*, núm. 7632, 18-5-2011.
- EMBED IRUJO, J. M., «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», en *ADF* 2009, pp. 131 y ss.
- «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», en *ADF* 2010, pp. 15 y ss.
- ERHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschen und US-amerikanischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- FELIÚ REY, M. I., «Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social», en *ADF* 2011, pp. 117 y ss.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre 2011, pp. 7 y ss.
- FERRANDO VILLALBA, L., «Comentario al art. 33», en OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal», en GASCÓN INCHAUSTI (dir.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig Derecho Penal, Parte General, 8.ª edición, 2008, a la L.O. 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010*, Reppertor, Barcelona, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 7534, 23-12-2010.
- *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., y JUANES PECES, Á., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», en *Diario La Ley*, núm. 7501, 3-11-2010.
- HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- HURTADO POZO, J., «Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo», en AA.VV., *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, México, 2001, pp. 449 y ss.
- KRAFT, O., y WINKLER, K., «Zur Garantenstellung des Compliance-Officers. Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?», en *Corporate Compliance Zeitschrift* 1/2009, pp. 29 y ss.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Quo vadis, Fiscalía?», en *Togas.biz* 28/6/2011 (<http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Penal/Penal-Economico/-QUO-VADIS--FISCALIA.html>).
- MESA VILA, M., *Fundaciones del sector público andaluz: régimen jurídico y gestión*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.
- MESTRE, A., *Las personas morales y su responsabilidad penal*, Góngora, Madrid, s/f (el original francés es de 1899).
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Barcelona, 2011.
- MIRÓ LLINARES, F., «Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código penal», en SOLER PASCUAL (dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

- MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sistemas Penales Europeos*, CGPJ, Madrid, 2010, pp. 375 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010.
- MUÑOZ LORENTE, J. «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: Su contradictorio presente y su incierto futuro», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.
- MORILLAS CUEVA, L., *Addenda a la obra Derecho Penal Parte General, Tomo II, Volumen I*, Madrid, 2011.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», en *Revista Jurídica Galega*, núm. 63, 2009, pp. 47 y ss.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 153 y ss.
- PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J., y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC, *Consideraciones a propósito del Proyecto de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, 2010.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Protección de datos personales y fundaciones», en *ADF* 2009, pp. 95 y ss.
- ROBLES PLANAS, R., «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», en *InDret* 2/2009, pp. 1-12.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G., «El gobierno de las organizaciones no lucrativas», en RUIZ OLABUENAGA, J. I. (dir.), *El sector no lucrativo en España. Una visión reciente*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 85 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», en *Diario La Ley*, núm. 7561, 3-2-2011.
- RÖNNAU, T., y SCHNEIDER, F., «Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant: Überlegungen zum BGH-Urteil v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08», en *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht* vol. 31/2, 2010, pp. 53 y s.
- ROSO CAÑADILLAS, R., «Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa», en *La Ley Penal*, núm. 81, abril 2011.
- ROTSCH, T., «Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung», en *Zeitschrift für das juristische Studium*, núm. 6, 2009, pp. 712 y ss.

- SÁNCHEZ CALERO, F. J.; MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; OSSORIO SERRANO, J. M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R., y MORENO QUESADA, L., *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M.<sup>a</sup>, «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para empresas», en *InDret* 2/2006.
- «La evolución ideológica de la discusión sobre la «responsabilidad penal» de las personas jurídicas», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, pp. 129 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M.<sup>a</sup>, y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «El art. 31.2 del Código Penal», en *InDret* 2/2006.
- ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», en *La Ley penal*, núm. 77, diciembre 2010, pp. 25 y ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- «Societas delinquere potest», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 76, 2010.
- *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2009.