

Las actuaciones en nombre de otro

Por EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO,

Catedrático de Derecho penal

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sobre el principio *societas delinquere non potest*: 1) Crítica a la personificación. 2) El funcionamiento real de las sociedades. 3) Las medidas de seguridad que afectan a sociedades.—III. La actuación en nombre de otro y el principio *societas delinquere non potest*.—IV. Génesis del artículo 15 bis del Código penal.—V. Los artículos 15 bis del Código penal y 31 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal.—VI. Naturaleza del artículo 15 bis del Código penal.—VII. Elementos típicos en el artículo 15 bis del Código penal: 1) Directivo, órgano y representante legal o voluntario de una persona jurídica. 2) Las «condiciones, cualidades o relaciones» requeridas por la «correspondiente figura del delito».—VIII. Propuesta de *lege ferenda* de una definición normativa de responsabilidad penal por actuaciones en nombre de otro.

I. INTRODUCCION

Las personas jurídicas (y por tanto, con más razón, las agrupaciones carentes de personalidad) no pueden delinquir. Este es un principio general aceptado por la legislación, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina iuspenalista española. De él se deriva, como es obvio, la imposibilidad de amenazar con penas y la de imponerlas a personas jurídicas. Por otra parte, incluso en la hipótesis de que ello no fuera así, la naturaleza de las penas más características y abundantes, las privativas de libertad, haría también imposible su ejecución sobre personas jurídicas.

Todo lo cual no quiere decir, sin embargo, que sea impracticable cuestionar dicho principio. Como así se ha hecho. Ni tampoco que sean inviables la previsión y la imposición de medidas de seguridad a tales personas, al margen de la existencia de responsabilidades administrativas o civiles en que comunmente se admite que sí pueden incurrir.

Y, con mayor evidencia todavía, significa menos aún que no se busquen y se hallen soluciones pragmáticas y legales para determinar

la responsabilidad penal de las personas físicas que actúen en nombre de las jurídicas.

Este último es el terreno en el que, primaria y fundamentalmente, se sitúa el problema del que voy a tratar: las convencionalmente llamadas «actuaciones en nombre de otro», desde la perspectiva del Derecho penal. Un problema cuyo tratamiento resulta especialmente oportuno tras la reciente introducción del artículo 15 bis en el Código penal (CP) y a la vista del artículo 31 de la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal* (PANCP):

El artículo 15 bis CP dispone:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente (*sic*), aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

Por su parte, el artículo 31 PANCP tiene la siguiente redacción:

«El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurrieren en aquél las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal, responderán con arreglo a éste, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiese actuado.»

Ahora bien, porque se suele presentar la fórmula del «actuar en nombre de otro» como paliativo a los efectos indeseables del principio *societas delinquere non potest*, parece adecuado versar, aunque sea de manera breve, sobre el tema a que esta máxima se refiere.

II. SOBRE EL PRINCIPIO «SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST»

Como queda dicho, la doctrina española dominante rechaza la posibilidad de que las personas jurídicas delincan. Esta idea se apoya, exclusiva o acumulativamente, en tres argumentos referidos a un punto común. Que la persona jurídica es incapaz de: acción (jurídico-penal o humana), culpabilidad o pena.

Frente a las discrepancias, totales o parciales, que los anteriores argumentos suscitan entre los diversos autores, existe acuerdo en destacar que las personas jurídicas sirven de instrumento o cobertura para la comisión de numerosos delitos. Delitos en muchas ocasiones de antisocialidad y gravedad muy elevadas y, en todo caso, considerablemente favorecidos por la capacidad de sugestión, basada en su apariencia de seguridad, que tienen las personas jurídicas. Con el añadido de que en estos casos la individualización de la responsabilidad penal, esto es, la determinación de las personas físicas autoras de esos delitos, se ve

dificultada en notable grado, precisamente, por el revestimiento o la complejidad que ofrece la personificación al amparo de la cual se llevan a cabo.

De ahí que, entre otras reacciones ante tales hechos, surgidas en este como en diferentes ámbitos, en el doctrinal se haya dado la de un cierto número de autores que impugnan el principio *societas delinquere non potest* y buscan las vías para responsabilizar penalmente, por razón de delito, a las «sociedades».

A mi juicio, por encima y por delante de los argumentos dogmáticos que se esgrimen frente a esta última perspectiva, existen otros que conducen a la idea no ya de que las personas jurídicas no *pueden* cometer delitos y, en consecuencia, tampoco ser conminadas con penas, sino a la de que no *deben* estimarse penalmente responsables.

1) *Crítica a la personificación*

En primer lugar, conforme he expresado en precedente ocasión (1), conviene mantener una actitud de, al menos, acentuada suspicacia ante el fenómeno, históricamente expansivo, de las personificaciones.

Estas, en el terreno jurídico como en cualquier otro campo, aparte de a distintos fines, responden de manera constante a los siguientes objetivos: evitar o disminuir las responsabilidades en que puedan incurrir las personas físicas asociadas; robustecer el alcance y la efectividad de las decisiones adoptadas por quienes tienen el poder para hacerlo dentro de la asociación; y disciplinar o «normalizar» ciertos comportamientos de los incardinados en ella.

En mi opinión, estas tres notas características se encuentran en personificaciones muy diversas: en el «cuerpo místico» del que se reviste la Iglesia católica y en la corporalización medieval de la estructura de poder; en la personalidad jurídica atribuida al Estado por la Escuela Alemana de Derecho Público (o en la actualmente predicada para la Administración Pública) y en las modernas sociedades por acciones.

La función encubridora que, en el fondo, siempre cumple la personificación, no parece, en cuanto al Derecho penal concierne, que deba afrontarse con el expediente, simple y cómodo, pero conservador de esa función, de aceptar la personificación y tratar después de su responsabilidad. Antes al contrario, el Derecho penal debe operar de la forma inversa: tras rechazar la personificación, tratar de determinar con la máxima exactitud la responsabilidad penal de las personas que actuaron delictivamente al socaire de ella.

No cabe olvidar que el entretendido de pactos de contenido patrimonial (las más de las veces establecidos para preservar parte de los patrimonios individuales) o dirigidos a la organización del trabajo (en búsqueda de mayor efectividad en el logro del propósito societario),

(1) «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (RFUCM)*, núm. 57, 1979, p. 74.

que fundamentan el acogimiento del expediente personificador por otras ramas del Ordenamiento, no puede llevar a similar aceptación en el campo del Derecho penal, que carece de toda pretensión de regular positivamente la vida negocial (lo hace sólo en la forma negativa de prohibir comportamientos) o de establecer relaciones jurídicas (aunque puede referirse a ellas, igualmente de manera prohibitoria).

Frente a lo anterior, no cabe argüir una continuidad en el Ordenamiento, que demanda eliminar el contrasentido de admitir en algunas de sus ramas lo que en otra se rechaza. Porque cuando se destaca la paradoja —tildada de insalvable— en que se incurre al aceptar la personificación en, por ejemplo, los derechos civil o mercantil y, al tiempo, rechazarla en el penal, se olvida que la justificación de aquel acogimiento respecto de las personas jurídicas actualmente más caracterizadas, esto es, las sociedades anónimas, reside en la idea de limitar las responsabilidades de las personas físicas en ellas participantes, a través del criterio de que no se responde con el patrimonio de tales personas físicas, sino con el de la jurídica formado por las aportaciones individuales. Idea limitadora que no puede compartir el Derecho penal en cuanto a la responsabilidad a la que propiamente se refiere. Pues, en otro caso, sobre producirse un evidente relajamiento de la función preventiva encomendada a este sector del Ordenamiento y crearse una argucia legal, fácilmente accesible, para la elusión o amonramiento de la responsabilidad penal, sin base político-criminal que la justifique, habría que admitir, además, dentro de la lógica que sustenta el otorgamiento de la personificación, la supresión o atenuación de la responsabilidad de esta índole en que hayan podido incurrir las personas físicas asociadas, o que actúan por cuenta de la asociación, en virtud de que la misma debe recaer sobre la persona jurídica, pese a conocerse, o ser posible averiguar, la intervención que los individuos agrupados han tenido en la acción delictiva de que se trate.

La cuestión es que si admisible resulta el pacto limitador del riesgo sobre el propio patrimonio, máxime si con ello se fomenta el tráfico cuyo desenvolvimiento tiene atribuido una cierta rama del Ordenamiento (tal es el origen de las sociedades por acciones en relación con el Derecho mercantil), esa transacción no parece acogible, sin más, cuando de materia tan escasamente disponible como la responsabilidad penal se trata. Conforme queda indicado, ello tendría efectos devastadores sobre la función primera del Derecho penal: la prevención general.

Y si para evitar esos efectos lo que se propone es penar no sólo a la personificación, sino también a los individuos que actuaron a su amparo, la contradicción aparece entonces en la propia argumentación conducente a afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque, en efecto, lo que fundamenta su existencia dentro de una parte del Ordenamiento —la limitación de responsabilidades—, se transforma en lo contrario dentro de la parte penal de ese mismo Ordenamiento, esto es, en una extensión de la responsabilidad. Aparte de que si la idea fundamentadora de la afirmación de la responsabilidad

penal de las personas jurídicas, consiste en la necesidad de penar a éstas para evitar la impunidad de los individuos protegidos por ella, está claro que no ha sucedido lo previsto, pues los individuos han resultado también punidos y la precisión de recurrir a la pena para la persona jurídica aparece infundada a la vista de que no ha concurrido su premisa.

Pudiera concluirse, sin embargo, que sólo cabría recurrir a la pena para la persona jurídica cuando no se hubiese podido individualizar la responsabilidad penal en su interior. Pero tal conclusión no puede aceptarse, porque la inseguridad jurídica que comporta resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho penal constitucionalmente amparados.

A mi entender, de acuerdo también con lo que he expresado en otro lugar (2), la inadmisión de las personas jurídicas en el ámbito penal frente a su aceptación en otras parcelas jurídicas, más que propiciar la extensión de este criterio al terreno de los delitos y las penas, representa una llamada de atención hacia las cautelas con que debe tratarse y la restrictividad con que debe emplearse la idea de personificación en esas otras partes del Derecho.

Cuando se acusa al Derecho penal de «irrealismo» porque, de un lado, no acepta lo que es una realidad en las demás ramas del Ordenamiento: las personas jurídicas y, de otro lado, con su negativa conduce a la consecuencia práctica de renunciar a ser instrumento adecuado para combatir la amplia y peligrosa criminalidad que se ha desarrollado al amparo de las sociedades (3), se ignora que esa «realidad» de las personificaciones es una realidad jurídica y, por tanto, jurídicamente manipulable en el sentido que se entienda más oportuno. Por ejemplo, en el de su reducción, en el de su mejor control y, sobre todo, en el de exigir la mayor claridad en su funcionamiento interno. Y se ignora también que el instrumento jurídico más adecuado para combatir esa criminalidad cubierta por el manto societario, es aquel al que incumbe regular las formas del nacimiento, establecimiento y desenvolvimiento de ese manto. Es decir, aquellas otras partes del Derecho, cuya intervención es previa a la penal y que, en gran medida, determinan las posibilidades de actuación de ésta. Como corresponde al carácter subsidiario, de última *ratio* del Ordenamiento, que debe ostentar el Derecho penal.

Más convincente que exigir del Derecho penal el acogimiento de lo que se afirma que le resulta dogmáticamente inacogible, es exigir de las demás disciplinas jurídicas que se doten de una regulación que impida al máximo la posibilidad de que se generen o se mantengan sociedades incubadoras de delitos y que doten al Derecho penal de los elementos adecuados para desentrañar el funcionamiento de las sociedades.

(2) *RFDUCM*, núm. 57, cit., pp. 75, *í.f.* 76.

(3) Así, ZUGALDÍA, «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», en *Cuadernos de Política Criminal (CPCr)*, núm. 11, 1980, pp. 83-84.

Allí donde se ha creado el problema es donde, en primera instancia, hay que procurar resolverlo. Proceder al revés supone bien una suicida táctica del avestruz, bien un endoso incongruente, bien, por último, una expansión del irrealismo tan sólo favorecedora de aquellos dudosos objetivos y solapados intereses que antes señalaba como características de las personificaciones.

Al respecto, conviene tener presente lo que ha señalado Galgano, precisamente al referirse a la criminalidad económica (4): «Si, hoy como ayer, la sanción penal asusta bastante poco al burgués, ello no es sólo porque confía en la potencia corruptora del dinero o en la posibilidad de maniobra que su posición de poder le ofrece. La principal razón está dentro del Derecho, no fuera del mismo; es intrínseca a la estructura del derecho burgués. La cuestión reside en que éste concede con una mano lo que rechaza con la otra. La represión de la ilegalidad, articulada en sede de legislación penal, acaba por resultar vanificada por la legislación civil, por el progresivo afinamiento de ésta de cara a la exigencia, primaria en la sociedad capitalista, de promover el máximo desarrollo de la iniciativa económica, de favorecer con todos los incentivos el destino de la riqueza a la producción de nueva riqueza, o sea, a la máxima valoración del capital». Y no se trata, como, en cierta medida, parece apuntar el citado autor más adelante y, en todo caso, subyace a las propuestas de la doctrina penalista mejor elaboradas, de que el Derecho conceda con una mano (la civil, la mercantil, la laboral, la administrativa) la técnica de la personificación, que con la otra (la penal) rechaza, sino de que el Derecho concede con una mano (la penal) la posibilidad de exigir responsabilidades, que con la otra (las demás ramas del Ordenamiento) dificulta, a veces extraordinariamente, mediante una regulación de las personificaciones que no logra su transparencia interior y de actuación externa.

Desde estas perspectivas, la fórmula penal del actuar en nombre de otro» no se ofrece como un paliativo a los efectos indeseables del *societas delinquere non potest*, sino que, a partir del mantenimiento de este principio, lo que trata de paliar son efectos (más bien los defectos) que la despersonalización de los individuos, consecuente a la personificación de la sociedad, acarrea en el momento de particularizar la responsabilidad penal.

2) El funcionamiento real de las sociedades

La llamada al realismo que suele hacerse desde las tesis propiciadoras del acogimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene un efecto *boomerang* cuando se reclama la atención hacia el auténtico estado de las cosas en el interior de esas «personas».

Despejemos inicialmente un aspecto. Que yo sepa, el hecho de otorgar personalidad jurídica a una de las más formidables agrupacio-

(4) «Repressione penale e riforma civile», en *La Questione Criminale (QCr)*, núm. 3/1978, pp. 417-418.

nes que pueden actuar en una sociedad determinada, esto es, a la Administración Pública (una vez superado el inadmisibles concepto de Estado-persona), no ha engendrado en el Derecho penal problemas similares a los que se indican (generalmente acompañados de calificativos parecidos a «insuperables» en caso de mantenerse el principio *societas delinquere non potest*) respecto de otras personificaciones; singularmente de las mercantiles y, dentro de ellas, sobre todo de las sociedades anónimas.

La razón de ello posiblemente reside en que la elevada y fundada susceptibilidad de todos respecto a la actividad de la Administración, quien —no debe olvidarse— justifica su existencia por su condición de servidora social, de organización al servicio y en beneficio de los ciudadanos, lleva a reclamar, de manera sostenida en tiempo y cada vez mayor, el máximo de transparencia en el desenvolvimiento de dicha actividad. Lo que conduce a fórmulas similares a las empleadas en los artículos 103 y 106 de la Constitución. Con la consecuencia de que cuando, a tenor de esta última norma o, por ejemplo, de los artículos 40, 41, 42.1 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se señala la responsabilidad de la Administración por las lesiones que se hayan podido ocasionar con su actividad, se añade, como hace el citado artículo 42.1, que ello no obsta para exigir de los funcionarios públicos «la responsabilidad en que hubieren incurrido». Esto es, para individualizar la exigencia de responsabilidades.

Congruentes con ello, y no ya por el prurito de mantener el principio *societas delinquere non potest*, que, significativamente, nadie cuestiona en referencia a la Administración, las leyes penales, cuando aluden a delitos cometidos en la actividad administrativa, indican siempre como sujetos activos de los mismos a las autoridades o funcionarios públicos.

Y, sin embargo, con arreglo a las tesis propugnadoras de la concesión de relevancia jurídico-penal a las personificaciones, no debiera ser así. Si quienes las sostienen quieren ser coherentes con ellas, puesto que el Ordenamiento atribuye personalidad jurídica a la Administración, deberían ir pensando en las penas que cabría imponer a la Administración-persona.

Cojamos entonces un catálogo de las que por estos autores se apuntan como posibles para ser sufridas por personas jurídicas, en lugar de las clásicas cuya inviabilidad admiten: «prohibición de ejercer sus actividades en determinadas zonas del territorio nacional, disolución de la sociedad, suspensión de sus actividades en el territorio nacional si son extranjerías, pérdida de beneficios fiscales, multas, amonestación pública, amonestación privada, confiscación general o especial y, particularmente, confiscación de los beneficios obtenidos como consecuencia de la actividad delictiva, caución de buena conducta, prohibición de participar en marchas públicas, publicación por los medios de comunicación social de la sentencia condenatoria, ingerencia judicial, prohibición temporal o definitiva de ejercer ciertas actividades, aperci-

bimiento judicial, disolución, nombramiento de nuevos administradores públicos o privados, etc.» (5).

Como se ve, la mayor parte de ellas resultan inadmisibles como penas a imponer a la Administración-persona. Otra porción de las mismas conducen a similares consecuencias que las imponibles directamente a los funcionarios, con la diferencia de que, en su caso, originarían, evidentemente, efectos preventivos mucho menores al diluirse en la total organización administrativa; lo que si, por una parte, es absolutamente contradictorio con la naturaleza de la prevención especial (que, inexorablemente, demanda, en su actual entendimiento, la individualización), por otra, provoca una disminución innegable de la eficacia preventivo-general de la pena. Por último, algunas de las penas antes relacionadas vienen a coincidir con las consecuencias de la práctica normalizada de las responsabilidades políticas o disciplinarias; lo que pone en cuestión la necesidad de hacer entrar en juego al Ordenamiento punitivo y engendrar una, siempre criticable, huida hacia el Derecho penal.

Frente a ello, en la actualidad el Derecho penal se muestra aquí, en su relación con las actividades administrativas incriminadas (como con las judiciales de la misma índole, por poner otro ejemplo), apegado a la realidad. Al máximo de realidad que el aparato jurídico consiente. Como siempre, creo yo, debe hacer.

Igual criterio debe seguirse también con aquellas personificaciones que, en definitiva, han llevado a poner en duda las virtudes del principio *societas delinquere non potest*: aquéllas que lo aprovechan y lo hacen ver como simple «expresión de la fuerza de las leyes del poder económico» (6), es decir, las mercantiles y, singularmente, las sociedades anónimas.

Lo que se propicia no es desamparar a las sociedades mediante la abolición de aquel principio, sino desenmascarar a los individuos que se escudan tras ellas y las emplean en un solo sentido: el de lograr su exclusivo beneficio con el mínimo costo y el menor riesgo (incluido el penal). No hay que olvidar, en efecto, que «históricamente la clase mercantil e industrial ha conformado las sociedades, técnicamente hablando, en forma adecuada exclusivamente a su propio beneficio, otorgándose a la postre un estatuto privilegiado —piénsese sólo en la limitación de la responsabilidad patrimonial— del que están excluidos el resto de los mortales» (7). Por lo que debe actuarse, justamente, sobre esta tendencia y no sobre el instrumento de que se ha valido (la sociedad), que, pese a ello, puede resultar valioso dentro de un sistema espacio-temporalmente determinado.

(5) ZUGALDÍA, *CPCr*, núm. 11, cit., p. 77.

(6) En este sentido, BRICOLA, «Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, 1970, p. 1031, cuyos planteamientos, sobre bases en muchas ocasiones suscribibles, deben, a mi juicio, invertirse en cuanto a sus conclusiones.

(7) C. LASARTE, «Notas sobre el derecho de asociación y la regulación jurídica de las asociaciones», en *La Ley*, Diario núm. 878, de 21-II-1984, p. 1.

En esta dirección se encuentra el planteamiento del problema hecho en nuestro país por Oliva (8). Una dirección (esta sí realista) que, como principio, significa averiguar el auténtico funcionamiento interior de esas personificaciones.

Ante todo, debe destacarse, con el indicado autor, que dentro de la empresa neocapitalista las decisiones se toman y se ponen en práctica de bien distinta manera a como el capitalismo presentó inicialmente esos cometidos en las sociedades anónimas. Lo que sirve para percibir que esta transformación comporta, precisamente, «una prevalente personalización de la responsabilidad de los administradores» (9). Y aunque tal realidad se manifiesta de forma diversa en las pequeñas que en las grandes empresas, en ambas tiene, efectivamente, una misma consecuencia: que «la responsabilidad penal por actos realizados al amparo de las sociedades anónimas, estará perfectamente individualizada» (10).

Así, por lo que a las pequeñas sociedades anónimas respecta, se comprueba que no lo son de capital, sino de personas o, si se quiere respetar la forma jurídica y el nombre, que no existe una manera colegiada de adoptar las decisiones, sino que bajo la pretextada «voluntad societaria», se halla la particular voluntad de uno o de muy pocos individuos. Por su parte, también está claro el fenómeno de aristocratización de la gran empresa, «donde una minoría de accionistas sostienen y apoyan a unos consejeros que, a su vez, nombran un consejero-delegado, el cual con sus directores generales hacen y deshacen, sin prácticamente ninguna cortapisa, más que conseguir el dividendo máximo para que la masa de capital se encuentre retribuida y siga desentendiéndose de los asuntos sociales, completando perfectamente el círculo de que estos gestores puedan seguir haciendo y deshaciendo a su antojo» (11).

De ahí que una Administración de Justicia dotada de los medios técnicos y personales adecuados y que pueda actuar apoyándose en un Derecho mercantil preocupado por impedir la creación de oscuridades y marañas en el funcionamiento interno de la empresa, podrá determinar individualizadamente la responsabilidad penal (sin necesidad del recurso a hacer pagar a justos por pecadores, que en tantas ocasiones subyace al castigo de las personificaciones). Responsabilidad individualizada, incluso, dentro de los órganos directivos. Como los consejos de administración; los cuales, conforme también ha demostrado Oliva (12), observan un funcionamiento cuyo examen en términos realistas permite destruir el efecto obnubilador buscado con la suplantación

(8) «Sobre el llamado delito financiero», en *RFDUCM*, núm. 43, 1972, pp. 7 y ss., tomando como punto de partida, precisamente, ideas apuntadas por BRICOLA en *RIDPP*, 1970, cit., para llegar a diferente conclusión.

(9) BRICOLA, *RIDPP*, 1970, cit., p. 1031.

(10) OLIVA, *RFDUCM*, núm. 43, cit., p. 28.

(11) OLIVA, *RFDUCM*, núm. 43, cit., p. 28.

(12) *RFDUCM*, núm. 43, cit., pp. 30 y 31.

ción de las voluntades individuales auténticamente operantes, por la ficticia «voluntad del órgano».

En consecuencia, nuevamente aquí la técnica de la fórmula del «actuar en nombre de otro» no se presenta como un paliativo al principio *societas delinquere non potest*, sino como un intento de superar en el ámbito penal los inconvenientes remitidos desde la esfera mercantil. Así, por ejemplo, el de estimar «quebrado» a la sociedad, sin poder extender el concepto al individuo o individuos que, desde el interior de la misma, la llevaron a la quiebra; ante lo que el Derecho penal, con la exigencia de responsabilidad al que ha «actuado en nombre de otro», acerca la inicial construcción jurídica a la realidad.

3) *Las medidas de seguridad que aceptan a sociedades*

Quisiera, por último, destacar cómo sin necesidad de prescindir del principio *societas delinquere non potest*, los fines que se reclaman con la reivindicación de la pena para las personas jurídicas pueden alcanzarse igualmente. En efecto:

El Derecho penal, en cuanto medio jurídico para la lucha contra el delito, dispone de dos instrumentos: las penas y las medidas de seguridad. Pues bien, en mi opinión, un prudente empleo de estas últimas en relación con las personas jurídicas o las agrupaciones, puede conducir a los mismos objetivos perseguidos con la batería de penas de nuevo cuño demandadas por los partidarios de las tesis que critico (13).

En diferente lugar (14) me he manifestado, y tratado de justificar tal punto de vista, en contra de las medidas de seguridad como instrumento penal, al tiempo que indicaba, como excepción al sistema monista de penas que entiendo preferible, la admisibilidad de aquellas medidas de seguridad referidas «a supuestos en los que, precisamente, la posibilidad de pena está excluida y respecto a los que, quizá por ello mismo, la medida ha demostrado su efectividad y, en consecuencia, su necesidad: ... me refiero a las medidas de seguridad sobre personas jurídicas (en función de la acción delictiva sintomática llevada a cabo por quien actúa en su nombre) y a las medidas aplicables a los inimputables» (15). En el primero de estos dos casos, tal vez resulte conveniente ir un poco más lejos y preguntarse si, realmente, se tratan de medidas de seguridad imponibles a personas jurídicas o, más bien, de medidas imponibles a personas físicas que, ello no obstante, afectan a entidades a través de las cuales aquéllas han realizado la conducta de-

(13) Una idea similar, referida al uso de sanciones administrativas, en BAJO, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 116-117.

(14) *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 46, i.f. 57 y 254-256.

(15) Añado: «en ambos casos: con ocasión de delito, con fundamento en la peligrosidad *criminal* y por tiempo determinado...». *Sobre el concepto...*, cit., p. 255.

lictiva que sirve de base para el inicio del pronóstico de peligrosidad y cuya subsistencia o mantenimiento en iguales términos a los poseídos hasta entonces, permite fundar el definitivo pronóstico de peligrosidad criminal, lo que justificaría, acaso (16), el recurso a la medida afectadora de la persona jurídica.

Resulta interesante reparar en que mientras la doctrina debate el criterio que pueda justificar la aplicación de medidas de seguridad a empresas o sociedades (peligrosidad objetiva, acción sintomática del que actúa en su nombre, peligrosidad de la cosa, etc.), la ley posee normas como la del párrafo último del artículo 452 bis c) CP, donde se dispone que

«a los proxenetes se les clausurará además el establecimiento donde hubiesen tenido lugar sus actividades»;

o la del párrafo segundo del número 2 del artículo 452 bis d), conforme a la cual

«El tribunal decretará, además de las referidas penas, el cierre temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido»;

o la del artículo 5.8.ª de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, donde se prevé como medida de seguridad la

«Clausura del local o establecimiento de un mes a un año. Esta clausura no afectará a las obligaciones laborales de la empresa con el personal que preste servicios en el establecimiento».

Sin que en ninguno de estos casos suela plantearse si los establecimientos o locales a que aluden las normas reproducidas pertenecen a personas físicas o jurídicas, ni preguntarse, en este último supuesto (17), por el criterio justificador de la aplicación de una medida de seguridad a una persona jurídica.

Quizá el ruido de la estéril discusión doctrinal acabada de indicar, llevó a que el Proyecto de Código Penal (PCP) de 1980 dispusiera en su artículo 132:

«No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes.»

(16) Esto es, si, por una parte, con la imposición de la pena a la persona física no fuera suficiente para controlar su peligrosidad criminal (independientemente de la subsistencia o mantenimiento en iguales términos de la persona jurídica) y, por otra parte, la afección a la persona jurídica fuera absolutamente imprescindible para el control de tal peligrosidad. Ello al margen de que esas subsistencia o mantenimiento ofrezcan, en sí, rasgos incompatibles con el ordenamiento, en cuyo caso pueden acordarse bajo título diferente al de medida de seguridad (que debe indicarse expresamente), decisiones que les afecten.

(17) Referencia explícita a asociaciones se hace en la medida aplicable a las mismas prevista en el art. 265 C. p.

El carácter de cláusula general de esta declaración y su explícito acogimiento de la discrecionalidad, la convertían en un foco generador de inseguridad jurídica. Muy en consonancia, por cierto, con la rematadamente mala regulación de toda esta materia por parte del citado PCP de 1980. Por ello, estimo preferible el sistema seguido en la PANCP de 1983, donde, sin recurrir a la peligrosa técnica seguida en 1980, se contienen normas específicas (18) como las de los artículos 275.1 y 2 (19), 279.3 (20), 281 *in fine* (21), 283.2 (22), 284.2 (23), 298.4 (24), 299.3 (25), 302.2 y 4 (26) ó 304.3 (27), en todos los

(18) En este sentido se decantaba ya, aunque manteniendo una previa cláusula de autorización, la enmienda del «Grupo Comunista» del Congreso de los Diputados al art. 132 PCP/80: *Vid. Proyecto de Ley: Orgánica de Código penal. Enmiendas*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1981, pp. 316, i.f. 317, enmienda núm. 956. A pesar de que en el PCP/80 se limitaba el alcance de su art. 132 a través del 153, persistía la doble indeterminación a que he aludido en el texto. Además, el art. 132 resultaba también criticable en algún otro aspecto: *Vid. MIR, «Adiciones», a JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte General* (en adelante P.G.), t. I, Trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 312.

(19) Referido a delitos relativos a la propiedad industrial, dice: «En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Tribunal podrá autorizar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo», y añade: «En caso de habitualidad, se impondrá, además, al autor o a la empresa que represente, la pérdida de los derechos derivados del registro por un período de dos a cinco años o la prohibición de obtenerlos por el mismo tiempo».

(20) De contenido similar al del núm. 1 del art. 275.1, en este caso en relación a delitos publicitarios.

(21) Donde se dispone, respecto a delitos relativos a la alteración de precios y prácticas restrictivas de la competencia, que: «Si se tratase de una subasta oficial, se impondrá además al agente o a la persona o empresa por él representada la suspensión del derecho a contratar con la Administración Pública por un período de tres a cinco años».

(22) En relación con la alteración de precios, dice que: «cuando el delito fuere perpetrado con abuso de la condición de beneficiario de alguna concesión, subvención o protección pública... se impondrá además al agente o a la persona o empresa por él representada la supresión de créditos, subvenciones, beneficios fiscales o cualquier otro apoyo oficial, económico o financiero, o la prohibición de obtenerlo durante un período de tres a cinco años».

(23) Respecto a prácticas anticompetitivas, dispone: «La habitualidad en esta conducta dará lugar a la aplicación de la medida de prohibición de otorgar nuevos contratos durante un plazo de hasta tres años».

(24) En materia de delitos contra la Hacienda Pública, dispone: «En caso de habitualidad, además de las penas señaladas, se impondrá al agente o a la persona por él representada, la pérdida de todo beneficio fiscal y apoyo oficial económico o financiero, o bien la prohibición de obtenerlos durante un período de tres a cinco años...».

(25) Que remite al artículo anterior.

(26) En los que, aludiendo al contrabando, por una parte, se dice que: «En el caso de habitualidad se impondrá, además, al autor del hecho o a la persona por él representada, la pérdida de las licencias de importación o exportación o la prohibición de obtenerlas durante un período de uno a cinco años» y, por otra parte, se remite al reproducido art. 298.4.

(27) Que, en relación con el control de cambios, entre otras cosas dis-

cuales se previenen medidas de contenido idéntico a las penas reclamadas para las sociedades, una vez que hipotéticamente se hubiera abandonado el principio *societas delinquere non potest*.

Por el contrario, si este principio se mantiene y se aplican penas al que actúa delictivamente en nombre de otro y, en ocasiones, medidas

pone: «...en caso de habitualidad se impondrá, además, al agente o a la persona por él representada, la prohibición de obtener licencias de importación o exportación o para obtener divisas, durante un período de dos a cinco años». Obsérvese como en muchos de los artículos hasta aquí reproducidos al hablar del que actúa en representación de una persona no se matiza que ésta sea jurídica, por lo que cabe concluir que aluden tanto a los representantes de ellas como de las personas físicas, lo que, si contrario al actual art. 15 bis C. p., es congruente con la interpretación que entiende incluidos en el art. 31 PANCP a los representantes de tales personas físicas. Debe indicarse, además, que las «medidas» a que se refieren estos artículos, formalmente no parecen tales (si bien en algún caso —art. 284.2— se identifican expresamente con la denominación «medida»). A la regulación general de las medidas de seguridad dedica la PANCP 83 el tít. IV de su lib. I. Allí (art. 86) se enumeran las «medidas privativas de libertad» y las «no privativas de libertad», entre las que no se encuentran las que acabo de señalar. Por otra parte, para imponer una medida de seguridad es preciso (art. 87): comisión previa de un delito, mas pronóstico positivo de peligrosidad criminal futura, mas, por último, hallarse en alguno de los supuestos descritos en el cap. II del aludido tít. IV; pues bien, si el primero de estos requisitos concurre en el caso de las «medidas» a que ahora me refiero (aunque estrictamente no sé de cuándo se prevé su aplicación a personas jurídicas, pues quien delinquirió fue una persona física a ellas conectada), ni se demanda en los correspondientes artículos el segundo de ellos, ni los supuestos que tales artículos describen coinciden con los descritos en el citado cap. II, tít. IV, lib. I PANCP/83. Tampoco se hace previsión específica de aplicación de mecanismos, tales como cesación de la medida por desaparición de la peligrosidad criminal (art. 88.2), sustitución de la medida, durante su ejecución, por otra más adecuada (art. 90.1) o posibilidad de suspender la ejecución de la medida (art. 90.2), lo mismo que no se mencionan las consecuencias de un quebrantamiento de la medida (art. 91). También es cierto, sin embargo, que, en igual sentido formal, las «medidas» de referencia no se prevén con carácter general, ni por tanto se regula su aplicación y sus efectos con ese mismo carácter en el tít. III, lib. I PANCP/83, dedicado a tratar «De las penas». Ante esta situación cabe concluir: 1) si se les otorga consideración de medidas de seguridad específicas, debe reclamarse, cuando menos, la necesidad de emitir pronóstico positivo de criminalidad futura de quien delinquirió, en relación a actos similares a los calificados como delito y, además, la aplicación analógica de los mecanismos previstos en los arts. 88.2, 90 y 91 (supuesto que la proporcionalidad reclamada por el art. 88.1 se cumple en la previsión de su duración y que, en todo caso, ha operado en la tarea judicial de determinación dentro del marco construido en esa previsión); 2) si, conforme a una interpretación literal de los artículos que las contemplan, se entiende que los anteriores extremos no son de aplicación a estas «medidas», debe negárseles su auténtico carácter de tales e identificarlas con penas específicas de contenido aseguratorio, imponibles a posibles personas jurídicas («empresas»: arts. 275.2, 281 *i.f.* y 283.2; «persona representada», si es jurídica: art. 302.2), pese a que el autor del delito sea, en todo caso, una persona física, lo que si bien no supone fractura del principio *societas delinquere non potest*, sí rompe el argumento, según el cual la afirmación del anterior principio produce, como consecuencia, la de que tampoco se pueden aplicar penas a las «sociedades».

de seguridad que afectan al «otro» en cuyo nombre se ha actuado delictivamente, los objetivos perseguidos con su cuestionable eliminación no sólo pueden alcanzarse también, sino lograrse mejor.

III. LA ACTUACION EN NOMBRE DE OTRO Y EL PRINCIPIO SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

El hecho de que, conforme se acaba de ver, no quepa conminar con penas a las personas jurídicas, sino, acaso, prever medidas de seguridad que les afecten, en modo alguno comporta la imposibilidad de penar a las personas físicas que actúan como órganos o representantes de aquéllas.

Sin embargo, la situación anterior a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (LORUPCP) —por la que se introdujo en este cuerpo legal el artículo 15 bis, al que después me referiré—, no permitía en todo caso dicha posibilidad.

Por gran número de autores se indicaba que, con carácter específico, algunos artículos del CP, como los 238, párrafo último (28), 319.3 o 499 bis, párrafo último, acogían (y todavía acogen) particulares casos de actuaciones en nombre de sociedades o empresas.

Por otra parte, ni existía ni existe dificultad dogmática alguna para estimar penalmente responsables a las personas físicas que actúan como órganos o miembros de los órganos de una entidad, en aquellos casos en los que el tipo correspondiente no exige especial cualidad para ser sujeto activo del delito. Esto ocurre, por ejemplo, en relación con el cheque en descubierto. En realidad, «las responsabilidades de tales órganos, independientemente de que se admita o no la capacidad delictiva de las personas jurídicas, se plantea como un problema de responsabilidad de personas individuales sin más» (29). Aquí lo que puede darse, en ocasiones, es un problema probatorio a la hora de averiguar la respectiva intervención de las personas físicas que hayan tomado parte o participado en el hecho, habida cuenta de la estructura que presente la entidad de que se trate.

(28) Con redacción singularmente desafortunada, pues, hasta cierto punto, permite fundamentar la admisión de la capacidad de delinquir de las agrupaciones: «Cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos por sociedades, empresas o entidades análogas...», aunque ello sirva para a continuación, decir que no se les imponen penas a las indicadas entidades, sino a personas físicas conectadas con las mismas. Una cuestión similar se planteó para el «delito fiscal» en la reforma del artículo 319 CP, donde la expresión «los delitos fiscales cometidos por sociedades...» fue eliminada a causa de una enmienda del «Grupo Parlamentario Comunista», precisamente para evitar la confusión a la que acabo de aludir: Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 360, nota 538.

(29) MUÑOZ CONDE, «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles», en *Revue Internationale de Droit Pénal (RIIntDP)*, núm. 1/1978, p. 229 y en *CPCr*, núm. 3, 1977, p. 154.

Ahora bien, la imposibilidad de penar a quien actúa en nombre de una entidad, emergía en el momento en que el correspondiente tipo legal requiere una determinada cualidad para el sujeto activo del delito y esta cualidad, en función de las reglas provenientes de las ramas no penales del Ordenamiento, la ostenta la entidad y no la persona física que, como órgano o representante de ella, ha actuado. Es decir, en ciertos supuestos de delitos especiales.

Como el de quiebra cuando el «quebrado» es la personificación y no el individuo o individuos que han actuado en su nombre. En esta hipótesis, penar al representante —que no es el «quebrado»— implica una evidente violación del principio de tipicidad derivado del de legalidad (30) y penar a la sociedad «quebrada» está vedado por la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. La consecuencia es evidente: nos hallábam ante una laguna de punibilidad.

Por lo insatisfactorio de la misma, la jurisprudencia española venía acogiendo lo que la doctrina alemana dio en llamar «consideración fáctica» —*faktischen Betrachtungsweise* (31). Cosa que hacía a partir de dos premisas: «a) la responsabilidad penal es aplicable únicamente a las personas físicas; b) de las infracciones llevadas a cabo en el seno de una sociedad mercantil responden los individuos integrantes de ésta». Premisas de las que extraía la conclusión de aplicar, por ejemplo, «los tipos de los artículos 520 y 521 a las acciones cometidas por las personas físicas componentes del comerciante social» (32).

Sin embargo, resulta claro que esta vía de solución únicamente podría admitirse cuando la cualidad requerida por el tipo para el sujeto activo pueda, efectivamente, atribuirse a las personas físicas que actúan por cuenta de la sociedad. Lo que dependerá de la configuración jurídica de ésta y, por tanto, de la forma en que se regule la responsabilidad de quienes integran sus órganos. Consecuentemente, en todos los casos en que esta responsabilidad se halla desvinculada de la que incumbe a la sociedad y no cabe atribuir a aquéllos las cualidades que sólo en ella se dan, la apuntada solución debe quedar descartada (33).

Si aceptable resultaba, pues, en supuestos de, por ejemplo, quiebras fraudulentas de sociedades civiles o mercantiles de corte personalista, ocurría lo contrario, esto es, la impunidad de la quiebra, en los casos de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

De ahí que se apuntaran otras vías para intentar colmar la referida laguna legal.

(30) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 153 *í.f.*

(31) Cfr. ROXIN, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, núm. marginal 2 al párrafo 14, así como la jurisprudencia allí citada.

(32) Descripción de CÓRDOBA, «Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español», en VV. AA., *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1975, pp. 121-122.

(33) Cfr. MUÑOZ CONDE, *RIntDP*, núm. 1/1978, cit., p. 232, y *CPCr*, núm. 3, cit., p. 161.

Así, Muñoz Conde (34) indicaba las siguientes soluciones de *lege lata*:

a) Basarse en los artículos 238, párrafo último y 499, bis, párrafo último CP (35), en los que expresamente se recoge la responsabilidad de miembros de entidades por acciones desarrolladas a través de éstas (36), para extender el criterio que acogen a situaciones similares respecto de las que no estuviera prevista una cláusula semejante. Pero, como el propio autor reconoce, tras un detenido análisis, tal operación incurriría en una analogía *ad malam partem* prohibida.

b) Reinterpretar los tipos que requieren «especiales elementos personales» para el sujeto activo, de forma que también quepa atribuir esas cualidades a los individuos que actúan por cuenta de las entidades en quienes concurre la cualificación. Se trata, en definitiva, de la interpretación «fáctica o naturalista» seguida por el Tribunal Supremo a la que ya me he referido. Y, como antes decía, es una interpretación no admisible desde el punto de vista del principio de legalidad.

c) Dado que no es posible penar a las personas físicas como autoras de delitos especiales que demandan una cualificación ostentada por una entidad, restaría —y esta es la propuesta del autor (37)— la posibilidad de tratar de subsumir la conducta de aquellos individuos en otros tipos delictivos carentes de la exigencia de especiales elementos personales. Ciertamente, persistirían lagunas de punibilidad, pero serían menores.

A la vista de la impracticabilidad de las dos primeras propuestas y de la insuficiencia de la tercera que, además, en rigor no resulta satisfactoria, se imponía en la doctrina el patrocinio de soluciones de *lege ferenda*. Estas discurrían por dos posibles vías: la adopción de una cláusula genérica, situada en la Parte General del Código, de actuación en nombre de otro —al modo del parágrafo 14 del StGB alemán—, o bien —como ya parecía hacer el CP español en los casos antes citados (a los que se añadió el artículo 319.3) y preferían los derechos italiano y francés— prever específicamente para determinados

(34) *RIntDP*, núm. 1/1978, cit., pp. 233 y ss., y *CPCr*, núm. 3, cit., páginas 162 y s.

(35) Habría que añadir, dentro de esta lógica, el artículo 319.3 CP, a cuyo proyecto aludía ya el autor en *CPCr*, núm. 3, cit., p. 162, nota 28. En cambio, ya no resulta válida la referencia del autor al párrafo 1.º del artículo 265 CP, que en su redacción actual (*Ley 82/1978*, de 28 de diciembre, «B.O.E.» número 11, de 12 de enero de 1979) deja de indicar la responsabilidad de personas físicas en relación con una entidad, para aludir a consecuencias directamente sobre esta última.

(36) Estas normas no han desaparecido tras la introducción en el CP del artículo 15 bis por la *LO 8/1983*, de 25 de junio («B.O.E.» núm. 152, de 27 de junio). Sí, en cambio, se propone su supresión en la *PANCP/83*: sobre la cuestión, *Vid. supra*.

(37) *RIntDP*, núm. 1/1978, cit., pp. 336 *i.f.* y ss. y *CPCr*, núm. 3, cit., pp. 168 y ss.

delitos o grupos de ellos la posibilidad de penar a la persona física que actúa en nombre de una entidad en la que concurre la cualificación exigida por el tipo (38).

De estos dos procedimientos, la LORUPCP ha preferido, a través de la adición al CP del artículo 15 bis, el de la cláusula general, aunque, conforme más adelante se dirá, en términos más restringidos que los del parágrafo 14 StGB alemán.

A esta elección probablemente han contribuido dos razones: en primer lugar, el excesivo casuismo al que parece conducir el otro sistema y, en segundo lugar, la consideración de que, por más minuciosamente que se quiera operar, ese sistema de previsión pormenorizada puede fácilmente desembocar en lagunas.

IV. GENESIS DEL ARTICULO 15 BIS DEL CODIGO PENAL

El artículo 15 bis CP proviene, en parte, del 35 PCP de 1980 (39), que decía así:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, responderá penalmente aunque no concurren en él, y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

A este proyecto de artículo el «Grupo Comunista» del Congreso propuso una enmienda (40) motivada por la razón de que: «Es preciso exigir en el representante la realización de un hecho que constituiría delito. La redacción del proyecto castiga al representante aunque no realice la acción básica del tipo». A su juicio, la nueva redacción debía ser la siguiente:

«El que, en calidad de directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito (o falta) si mediaren en aquél las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto legal, responderá con arreglo a éste, siempre que las mismas concurren en la persona en cuyo nombre obrare.»

A! respecto, es interesante anotar que esta última formulación resulta casi idéntica a la del artículo 31 PANCP de 1983.

Por su parte, uno de los ponentes del Anteproyecto del que después sería PCP de 1980, Rodríguez Mourullo (41), ha señalado que:

(38) A favor del segundo sistema, MUÑOZ CONDE, *CPCr*, núm. 3, cit., p. 172; claramente partidario del sistema de cláusula general, SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, t. II: «Ley penal. El delito». Bosch, Barcelona, 1982, p. 250.

(39) *BOC. Congreso*, de 17 enero 1980.

(40) La núm. 893: *Vid. PLOCP. Enmiendas*, cit., p. 293.

(41) «Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español», en VV. AA., *La reforma penal y penitenciaria*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 36-37.

«El artículo 35... cuya redacción se inspira en el artículo 14 de la nueva parte general del CP alemán... viene a colmar una importante laguna legal, repetidamente denunciada por nuestra doctrina... Como es sabido, cuando las condiciones para ser sujeto activo se dan en la persona representada..., pero no en el agente... la conclusión obligada, en virtud del principio de legalidad, es la atipicidad del comportamiento con la consiguiente, y no deseable, impunidad, salvo que la propia figura de delito contemplase específicamente el supuesto... El Proyecto resuelve el problema con carácter general mediante la disposición del artículo 35» (42).

Artículo que para Rodríguez Devesa (43) contiene una fórmula plausible y para Mir (44) se encuentra en la vía de la que estima «única solución definitiva» (la introducción de un precepto paralelo al parágrafo 14 *StGB* alemán) para el problema a que responde.

En cualquier caso, conforme antes apuntaba, el artículo 15 bis CP sólo reitera en parte el artículo 35 PCP de 1980. Porque, en el tránsito de uno a otro (y teniendo en cuenta que el Proyecto de LORUPCP proponía una redacción para el artículo 15 bis idéntica a la del 35 PCP de 1980, que sería modificada en sede parlamentaria), en primer lugar, se ha perdido la expresión «representación legal o voluntaria de otro», empleada por dicho artículo 35 y trasmutada en el vigente 15 bis en «representación legal o voluntaria de la misma», esto es, de la persona jurídica; y, en segundo lugar, la expresión «responderá penalmente» del artículo 35, se ha convertido en la de «responderá personalmente» que ahora utiliza el artículo 15 bis.

Imagino que esta última variación se debe, más que a otra cosa, a una errata en la transcripción, no recogida, sin embargo, en la corrección de las mismas aparecida en el «B. O. E.» núm. 175, de 23 de julio de 1983. Que se trata de una errata y no tiene mayor alcance, se deduce del proceso parlamentario seguido por la norma: así, mientras que en el Proyecto de LORUPCP remitido al Congreso figura todavía la expresión «responderá penalmente» (45) —al igual que, con anterioridad, en el texto elevado por el Ministerio de Justicia al Consejo de ministros (46)—, en el «Dictamen» de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso se transforma en «responderá personalmente» (47), sin que ello obedezca a acogimiento de enmienda alguna (48) e, incluso, pueda comprobarse que los intervinientes en las sesiones

(42) Estas mismas razones fueron, en su momento, las alegadas por la doctrina alemana para la creación, primero, del parágrafo 50 a) y, más tarde, del vigente parág. 14 *StGB*: Cfr. LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar*, 21. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, núm. marginal 1 al parágrafo 14 y ROXIN, en *Leipziger Kommentar*, cit. (en adelante, *LK*), núm. marginal 1 al parag. 14.

(43) *Derecho Penal Español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 380.

(44) «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., T. I, p. 311.

(45) *Vid. BOC. Congreso*, de 25 febrero 1983, p. 50.

(46) Pág. 23. Cuya remisión a las Cortes acordó este en su reunión del día 2 de febrero de 1983.

(47) *Vid. BOC. Congreso*, de 21 abril 1983, p. 62-44.

(48) *Vid. BOC. Congreso*, cit. en nota anterior, pp. 62-59 y ss.

de la citada Comisión empleaban el término «penalmente» (49). Por esta vía, la versión «responderá personalmente» se trasladará al texto aprobado por el Pleno del Congreso (50) y acabará, sin ser advertida tampoco por el Senado, en el B. O. E.».

En ninguno de los dos sentidos, errata e intrascendencia, ocurre lo propio con la transformación de la fórmula «representación legal o voluntaria de otro» en «representación legal o voluntaria de la misma». En el Proyecto remitido por el Gobierno al Congreso figuraba la primera versión (51), que se cambió en la segunda por virtud del acuerdo al respecto, en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, de los grupos parlamentarios Socialista, Popular y Minoría Catalana (52). La modificación es importante, pues supone descartar del ámbito de aplicación del artículo 15 bis cualquier supuesto de representación legal o voluntaria que no esté referido a una persona jurídica. De esta suerte, el artículo 15 bis CP resulta mucho más restrictivo que el 35 PCP de 1980 respecto a su modelo, el parágrafo 14 *StGB* alemán. En efecto:

El artículo 35 PCP de 1980, tenía en un sentido menor alcance y en otro mayor que el parágrafo 14 *StGB* alemán.

Por una parte, aun cuando a semejanza de éste incluía la representación legal e, incluso, la voluntaria de una persona física, no aludía, en cambio, a otras hipótesis contempladas en el parágrafo 14. Como la del «encargado».

De ahí que el diputado comunista Pérez Royo, en nombre del «Grupo Parlamentario Mixto» del Congreso, sostuviera en el Pleno de la Cámara Baja, al debatir el artículo 15 bis de la Reforma de 1983 (que tampoco aludía al «encargado»), el incorporar a este artículo, junto al órgano y al representante, la figura del «encargado» acuñada por la jurisprudencia (53). Si bien debe notarse que en el momento de sostener esta inclusión ya se había suprimido del artículo 15 bis la referencia a «otro» distinto de una persona jurídica, por lo que la figura del «encargado» sólo habría podido referirse a una persona jurídica y no a personas físicas.

En cualquier caso, la argumentación para rechazar la inclusión del «encargado», argumentación que sostuvo el diputado socialista Sotillo Martín (54), fue, básicamente, que la figura del «encargado» se encontraba ya contemplada en la redacción del artículo 15 bis surgida de la Comisión, pues, a su juicio, en definitiva el «encargado» no es sino un representante voluntario o, incluso, un representante legal.

Volviendo al artículo 35 PCP de 1980, decía que, en otro sentido, resultaba más amplio que el parágrafo 14 *StGB* alemán que tomó como

(49) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (DS. Congreso), núm. 21/1983, p. 724.

(50) Vid. *BOC. Congreso*, de 4 mayo 1983, p. 62-72.

(51) Vid. *BOC. Congreso*, de 25 febrero 1983, p. 50.

(52) Vid. *DS. Congreso*, núm. 21/1983, pp. 723-724.

(53) Vid. *DS. Congreso*, núm. 29/1983, sesión del 21 de abril de 1983, página 1310.

(54) Vid. *DS. Congreso*, cit., en nota anterior, pp. 1310-1311.

modelo. Aludo con ello a que el proyectado artículo 35 incluía en su ámbito de aplicación al que actuare «en representación legal o voluntaria de otro», esto es, de personas físicas o jurídicas, sin restringir la representación, mientras que el parágrafo 14 StGB, aparte la representación legal, sólo admite algunos supuestos de representación voluntaria (55).

En este último aspecto es en el que el artículo 15 bis CP supone una radical —y conscientemente realizada— modificación respecto no sólo del artículo 35 PCP de 1980, sino, incluso, del Proyecto de LORUPCP remitido por el Gobierno a las Cortes para su inclusión en el CP. Pues, como queda dicho, el artículo 15 bis que aquél pretendía, era una copia del 35 pretendido por el PCP de 1980.

No hay aquí una simple cuestión de errata, como alguna transcripción apresurada pudiera dar a entender (56), dado que la nueva redacción obedece, según queda indicado, a posturas explícitamente mantenidas por los grupos parlamentarios durante la tramitación en el Congreso del Proyecto de LORUPCP.

Veamos brevemente lo ocurrido sobre el particular en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados en su sesión del día 15 de abril de 1983 (57).

El diputado socialista Sotillo Martín, en representación de su grupo parlamentario, dijo: «... el precepto, tal como aparece en el proyecto, extiende esa posibilidad a representaciones voluntarias de otro que parece fuera del marco de las personas jurídicas, que es en principio a lo que se quiere referir el proyecto. En este supuesto, nuestra fórmula para circunscribir el precepto a su intencionalidad de política criminal vendrá a sustituir la expresión 'de otro' por la expresión 'de la misma'... Con eso restringimos los efectos del precepto propuesto al ámbito de lo que estrictamente parece ser la intención del precepto, y no lo extendemos a otros supuestos en los cuales la representación

(55) Una parte de la doctrina alemana critica el hecho de que el parágrafo 14 no abarque todos los supuestos de representación voluntaria: así, WELSENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Athenäum verlag, Frankfurt, 1971, pp. 14 y ss. y 185 y ss.; RIMMELSPACHER, «Strafrechtliche Organ; Vertreter und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel den Vollstreckungs vereitelung», en *Juristen Zeitung*, 1967, p. 479. Ambos autores con perspectiva «fáctica», como la aludida respecto a la jurisprudencia española, consideran que: 1) el parág. 14 es superfluo, pues una interpretación de los correspondientes tipos también permite afirmar la responsabilidad penal del que actúa en nombre de otro; y 2) el parág. 14 resulta equivocado por restringir su ámbito de aplicación a sólo algunos casos de representación voluntaria. Por el contrario, otra parte de ésta doctrina cree que el parág. 14 ha ido demasiado lejos al abarcar también, aunque sólo sea en parte, la representación voluntaria: así, ROXIN, *LK*, cit., núm. marginal 4 al parág. 14 y nota 10 a este apartado.

(56) Así, QUINTERO, al analizar el contenido del vigente artículo 15 bis CP, sigue refiriéndose a la redacción que se proponía en el Proyecto de LORUPCP («representación legal o voluntaria de otro»): *Vid.* QUINTERO y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1983, p. 102.

(57) *Vid.* DS. Congreso, núm. 21/1983, pp. 723-724.

voluntaria de personas físicas tiene su ámbito de responsabilidad, puesto que el autor, persona física, si ha concurrido dolo o negligencia, responderá por la vía normal».

Por su parte, el diputado Ruiz Gallardón, en representación del «Grupo Popular» del Congreso, admite esa propuesta y colabora (con su solicitud de suprimir asimismo el término «entidad») a la versión definitiva del texto del artículo 15 bis, tal y como ahora aparece en el CP.

Finalmente, el diputado Trías de Bes i Serra acepta, en nombre del grupo parlamentario «Minoría Catalana», la enmienda «transaccional» y retira la que su grupo había presentado.

En suma, el vigente artículo 15 bis CP, resultado de este proceso parlamentario y, por ello, distinto del originalmente contenido en el Proyecto elaborado por el Gobierno, restringe la responsabilidad de que trata a la esfera de la representación legal o voluntaria de una persona jurídica y deja de lado todo supuesto de representación legal o voluntaria de personas físicas o agrupaciones sin personalidad jurídica. En este sentido, su ámbito de aplicación es menos amplio que el del parágrafo 14 StGB alemán y que el, todavía mayor, del artículo 35 PCP de 1980.

Sin embargo, la modificación parlamentaria lo hace más amplio que aquél en un punto: en el de que, respecto a la persona jurídica, admite la responsabilidad en todo caso de representación voluntaria de la misma (58). Sobre el sentido que pueda tener este criterio, trataré más adelante.

Pudiera decirse, tras la anterior ojeada a los vaivenes experimentados por la regulación de las «actuaciones en nombre de otro», algo parecido a lo que señala críticamente Roxin (59) respecto del parágrafo 14 StGB alemán: que lo sucedido muestra cómo el legislador carece de una concepción general sobre el tema, fruto de la insuficiencia de la reflexión científica sobre esta materia. Sería deseable, por consiguiente, un estudio más profundo de lo que realmente se quiere evitar desde el punto de vista político-criminal: si únicamente la impunidad, en el caso de delitos especiales propios, de los hechos cometidos al socaire de una persona jurídica; si también las dificultades de punición en los casos de las llamadas «uniones sin personalidad jurídica» (60); o si, además, se quieren evitar lagunas de punibilidad respecto de quien actúa en nombre o a favor de una persona física y realiza acciones típicas de comisión de un delito especial propio, cuya norma previsor

(58) En realidad, el artículo 15 bis CP recuerda al parág. 13 del Proyecto Alternativo alemán, en el que se limitaba su aplicación a supuestos de representación legal o voluntaria de personas jurídicas.

(59) En *LK*, cit., núm. marginal 5 al parág. 14.

(60) *Vid.* VV. AA. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Colex, Madrid, 1983, p. 54.

(61) También el PCP/80 conservaba las previsiones específicas del primero y del tercero de estos supuestos (*Vid.* arts. 544. penúltimo párr. y 538 del PCP/80). La PANCP/83, en cambio, las suprime.

no se le puede aplicar, como autor, por no reunir la cualificación necesaria.

Antes de terminar el presente apartado, quiero todavía resaltar que la LORUPCP ha dejado incólume el texto de los últimos párrafos de los artículos 238, 319 y 499 bis (61). La cuestión es si ello significa que en relación con los dos sistemas apuntados más atrás, el de cláusula genérica en la Parte General y el de previsión pormenorizada en los tipos de la Parte Especial, se ha optado por seguir ambos (62).

No lo creo así. A mi juicio, el mantenimiento de los citados preceptos —si bien con una redacción más afortunada en aquellos casos, como el del artículo 319.3, en que la ley se aproxima, si es que no se identifica, a una presunción de responsabilidad incompatible con los fundamentos constitucionales del Derecho penal— no interfiere en la introducción del artículo 15 bis. La razón es que, en realidad, lo solventado por esas normas no son lagunas de punibilidad en casos de delitos especiales propios respecto de los que la cualidad exigida para el sujeto activo la ostenta una persona jurídica. «Son —dirá Bajo refiriéndose a los contenidos en el artículo 499 bis (63)— delitos comunes, en el sentido de que pueden ser realizados por cualquiera, a excepción de la figura delictiva a que se refiere el número 1 en el que sólo puede ser sujeto activo el empresario». Idea de que son delitos comunes que, a mi juicio, puede extenderse sin dificultad alguna a los supuestos contemplados por el artículo 238 CP. Y, aunque más debatida es la cuestión (64), también a los del 319 CP. Ocurre, sin embargo, que en ocasiones la desobediencia a órdenes expresas del Gobierno referidas a fabricación de materias, la elusión del pago de impuestos o una cesión de mano de obra desestabilizadora del empleo, por ejemplo, pueden llevarse a cabo en relación estricta con una entidad. En cuyo caso, no sobra, pese a no ser por completo inexcusable, que se advierta que responderán penalmente los miembros de los órganos o los representantes de tal entidad. Pero ello no interfiere con el intento de solventar el problema referido a la extensión del alcance de los delitos especiales propios a quien no reúne la cualidad personal exigida por los mismos que, en cambio, es ostentada por una persona

(62) MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Universidad de Cádiz, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Jerez de la Frontera, 1982, p. 30, entiende que en PCP/80 optó por la vía del precepto general.

(63) *Derecho penal económico...*, cit., p. 536. La idea de que se trata de delitos comunes se puede extender, a mi juicio, al artículo 238 CP.

(64) *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, cit., pp. 296 y ss., con exposición de las diferentes posturas mantenidas por la doctrina. Téngase en cuenta que el problema podía resolverse de diferente manera antes que después de la reforma del artículo 319 CP por la Ley 50/1977: *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, Civitas, Madrid, 1974, p. 70 y «El nuevo delito fiscal», en *Revista Española de Derecho Financiero*, números 15-16, 1977, p. 709. Adviértase también que su supresión o no en el PCP/80, la LORU-PCP/83 y la PANCP/83, habida cuenta de los respectivos artículos 35, 15 bis y 31, no implica una explicación unívoca: *Vid.*, p. ej., MARTÍNEZ PÉREZ, *Ob. cit.*, p. 406, frente a lo que más adelante indico en el texto.

jurídica. Problema al que procura dar salida la fórmula de las «actuaciones en nombre de otro» que se recoge en el artículo 15 bis CP.

A mi entender, el mantenimiento de las normas en cuestión, más que ayudar a cubrir lagunas de punibilidad —cosa que, en cambio, sí hace el artículo 15 bis—, tiene como efecto principal el de subrayar la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (65).

Ahora bien, habida cuenta de que su eliminación no comportaría más problema que el de la prueba (¡aunque, en ocasiones, no es nimio problema!), no hay inconveniente dogmático para su desaparición, al tiempo que se dispone del artículo 15 bis. Porque, en efecto, si tal ocurriera no se esfumaría con ello la general posibilidad de hacer responder a los directivos u órganos de las personas jurídicas, por hechos cometidos bajo su revestimiento, siempre y cuando se trate de delitos comunes. Si, diferentemente, se piensa que todos o parte de los indicados delitos son especiales propios y de su tipificación se pueden derivar auténticos supuestos de «actuaciones en nombre de otro», la supresión de los indicados párrafos viene aconsejada por la existencia de la cláusula general recogida en el artículo 15 bis que, con ese carácter de generalidad, solventa, precisamente, tales supuestos.

V. LOS ARTICULOS 15 BIS DEL CODIGO PENAL Y 31 DE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL

Interesante parece, antes de pasar a indicar algunos criterios de interpretación del artículo 15 bis CP, compararlo brevemente con su homólogo, el artículo 31, de la PANCP recientemente sometida por el Ministerio de Justicia a la opinión pública.

Según el artículo 15 bis CP:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente (*sic*), aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

Por su parte, la mentada PANCP patrocina el siguiente texto para su artículo 31:

«El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurrieren en aquél las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal, responderá con arreglo a éste, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiere actuado.»

Conforme se ve, la diferencia fundamental entre ambos reside en que mientras el 15 bis alude tan sólo a la responsabilidad penal (no

(65) En cierto sentido, de manera similar, BAJO, *Derecho penal económico...*, cit., p. 113, y MIR, «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., t. I., pp. 308-309.

«personal», como por errata dice su texto) del que actúa en nombre o en interés de una persona jurídica, el artículo 31 es más amplio al abarcar, además de la anterior, también la responsabilidad penal de los representantes legales o voluntarios «de otro», esto es, de persona física o jurídica. No, en cambio, de «uniones sin personalidad jurídica», habida cuenta de que, más tarde, alude a la concurrencia «en la *persona*» en cuyo nombre se hubiere actuado» de las «condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal» (66).

De acuerdo con lo anterior, el artículo 31 proyectado permitirá, de prosperar, solventar el problema, por ejemplo, de la responsabilidad penal del representante que oculta bienes de un menor o de un incapacitado en perjuicio de los acreedores. Problema que, en cambio, no cabe en los márgenes del actual artículo 15 bis.

Puede decirse, en consecuencia, que el artículo 31 PANCP se acerca más al parágrafo 14 StGB alemán que el vigente artículo 15 bis e, incluso, que, por las mismas razones apuntadas cuando me he referido al artículo 35 PCP de 1980, su ámbito de aplicación es mayor que el poseído por el indicado parágrafo.

Igualmente, debe hacerse notar el impacto en la redacción del artículo 31 PANCP, de la enmienda presentada en su día por el «Grupo Parlamentario Comunista» del Congreso al artículo 35 PCP de 1980, en el sentido de buscar el reflejo en dicha redacción de la exigencia de que el representante realice la «acción básica del tipo», matiz del que también adolece el artículo 15 bis CP.

Finalmente, en el artículo 31 PANCP se evita dejar a la sugestión del intérprete la decisión de si el término «delito» se emplea en sentido estricto o bien en sentido amplio abarcador tanto del delito como de la falta. Cosa que, en cambio, ocurre en el artículo 15 bis CP. En aquél, y ello es —parece— también efecto de la citada enmienda al PCP de 1980 —que a pesar de no motivar dicho extremo, sí lo contenía, siquiera fuera entre paréntesis—, se habla expresamente de «delito o falta».

VI. NATURALEZA DEL ARTICULO 15 BIS DEL CODIGO PENAL

Coincide la doctrina alemana en afirmar que el parágrafo 14 StGB constituye una causa de extensión de la punibilidad a supuestos que,

(66) El artículo 35 PCP/80, se refería al «directivo u órgano de una *persona jurídica*» y al representante legal o voluntario «de otro» (por tanto, persona jurídica o física, ¿y también agrupación no personificada?) y, a continuación, hablaba de la concurrencia de las «condiciones, cualidades o relaciones» requeridas «en la *entidad* o persona»: ¿podía interpretarse el término «entidad» como sólo alusivo a persona jurídica, mientras con el de «persona» se hacía referencia a persona física, o cabía entender que «persona» era tanto la física como la jurídica y «entidad» las uniones sin personalidad? En cualquier caso, las cuestiones quedaban abiertas a la sugestión del intérprete, a diferencia de lo que ocurre con los artículos 15 bis CP y 31 PANCP/83, en los que, con claridad, no se admiten las asociaciones carentes de personalidad jurídica.

de no existir esa norma, quedarían impunes (67). Esta opinión viene a ser también la de gran parte de la doctrina española. Valgan como muestra las siguientes palabras de Mir (68): «Exite un supuesto en que no es fácil evitar una injustificada impunidad de los verdaderos responsables sin una expresa regulación legal: los *delitos especiales* (propios) cometidos formalmente por una persona jurídica, cuando sólo en ésta concurren las condiciones personales de autoría requeridas por la ley ... En este caso, según una importante doctrina, la irresponsabilidad penal de la persona jurídica implica la impunidad de los auténticos responsables de su actuación, ya que no pueden ser autores del delito por carecer de las condiciones exigidas para ello, ni partícipes del hecho de la persona jurídica por no constituir éste ... una *acción* penada por la ley. El Derecho penal alemán ha dado solución al problema previniendo un precepto (actualmente el parágrafo 14 del *StGB*) destinado al 'actuar por otro' ... Este es el único camino de solución plenamente satisfactorio y que debería seguirse en nuestro país».

Cabría, pues, decir que, de la misma manera que el parágrafo 14 *StGB* alemán, el artículo 15 bis CP es una causa de extensión de la punibilidad de determinados delitos especiales propios a sujetos en principio *extranei* por no reunir la cualificación personal exigida por los tipos legales de esos delitos, cualificación que, en cambio, concurre en la persona jurídica de la que dichos *extranei* son directivos, órganos o representantes legales o voluntarios.

Sentado lo anterior, la doctrina alemana se apresta a indagar el fundamento de esta extensión de la punibilidad. Lo que si desde un punto de vista político-criminal resulta claro: evitar la impunidad a que aboca en tales casos la vigencia del principio de legalidad, no parece igualmente diáfano en el terreno dogmático.

En opinión de Roxin (69), el parágrafo 14 *StGB* alemán se basa en la consideración, extendida en el ámbito del tráfico económico, de que cualquier persona puede cumplir los deberes que corresponden a otro. Ello se justifica en el caso de sociedades mercantiles personificadas, por la circunstancia de que «estas personas jurídicas necesariamente actúan siempre a través de personas físicas» (70) y en el caso de

(67) Cfr. ROXIN, en *LK*, cit., núm. marginal 1 al parág. 14 (*Strafausehnungsgrund*); DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 40. neuarbeitete Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981, número marginal 1 al parág. 14: «El parágrafo 14 extiende el círculo de autores cualificados, en supuestos de delitos especiales, a otros que sin estar comprendidos en él actúan en beneficio del cualificado»; también núm. marginal 19: «ampliación del círculo de autores cualificados en supuestos de delitos especiales»; LENCKNER, en *Schönke-Schöder, Kommentar*, cit., núm. marginal 1 al parágrafo 14.

(68) «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., t. I, pp. 310-311; cursivas en el original.

(69) En *LK*, cit., núms. marginales 9, 10 y 11 al parág. 14.

(70) *Vid. Alternativ Entwurf eines StGB. Allgemeiner Teil*, 2. verbesserte Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Sieck), Tübingen, 1969, p. 49.

la representación de otro, por la incapacidad jurídica de obrar del representado. A partir de ahí —continúa diciendo Roxin— el parágrafo 14 *StGB* extrae las consecuencias penales de «la posibilidad de sustitución en el cumplimiento de un círculo de deberes» (71).

En definitiva —concluye Roxin— estamos ante un precepto (el parágrafo 14 *StGB*) que se refiere a lo que el autor alemán denomina *Pflichtdelikte*, o delitos consistentes en la infracción de un deber, a los que resulta aplicable a condición de que concurren dos requisitos: 1) que, con independencia del parágrafo 14, la norma penal correspondiente no pueda aplicarse, según su texto, directamente al actuar en nombre de otro; y 2) que, por su misma naturaleza, el círculo de deberes del originariamente obligado pueda ser cumplido igualmente por otro. De este segundo requisito se deducirá que debe descartarse la aplicación del parágrafo 14 a supuestos de delitos de cargo (*Amtsdelikte*).

Esta idea, que funda la extensión de la punibilidad al *extraneus* (directivo, órgano o representante de la persona jurídica y, en el caso alemán, de la física también) en que éste se subroga en el cumplimiento de los deberes que, inicialmente, ha de atender otro, sólo se sostiene si, con Roxin (72), se admite la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, esto es, aquéllos en los que «el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias derivadas del papel social que desempeña».

No alejada de la anterior explicación, existe otra que, por ejemplo, con Schünemann (73), tiende a ver en la cláusula general del «actuar

(71) WIESENER, *Die strafrechtliche...*, cit., p. 171.

(72) *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Aufl., Cram., de Gruyter and Co., Hamburg, 1967, pp. 352 y ss.

(73) *Vid.* «Strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität», en *Wistra. Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, Heft 2, 1982, pp. 41 y ss. Según el autor (p. 46), tras investigarse la función político-criminal que cumplen las características de autor en los delitos especiales, hay que comprobar si es posible extenderlas a la conducta de un sustituto (representante). De donde deduce que el ámbito de la responsabilidad del representante, en estos casos viene dado por esas especiales características típicas de autor descriptoras de una relación de dominio (más concretamente, en la conocida forma de dominio sobre el desamparo del bien jurídico amenazado) que equivale a la del garante sobre la causa del resultado. «La responsabilidad penal del representante —dice— se muestra... como un caso normal de aceptación de una posición de garante y los requisitos particulares de esta asunción, así como su ámbito de extensión, son, por lo tanto, fundamentalmente determinables de la misma forma que en los delitos de comisión por omisión». A lo que más adelante (p. 47), añade: «Esta identificación, relativa a sus estructuras lógico-objetivas, de la responsabilidad del representante con la responsabilidad por omisión, encuentra sus límites, en consideración al principio constitucional *nulla poena sine lege...* en la letra del parágrafo 14». «De *lege ferenda* —concluye— debe exigirse que la naturaleza de la responsabilidad del representante, en cuanto caso especial de responsabilidad de un garante, sea legalmente fijada y, en función de ello, sólo respondan aquellos que puedan ser sujetos idóneos de un delito especial de garante y que hayan asumido, en lugar de los autores descritos por la ley, la función de éstos y realizado la conducta típica».

en nombre de otro» el reconocimiento de una posición de garante en quienes responden en lugar de la persona jurídica.

Ninguno de ambos puntos de vista me parece convincente.

No quiero reiterar aquí, por mor de la brevedad, los argumentos que en otra ocasión he mantenido frente a la artificiosa, innecesaria y, en cierto sentido, peligrosa categoría de los *Pflichtdelikte*. Aunque no esté de más destacar algún aspecto crítico de la misma, cuando se atisba un cierto renacimiento de esta tesis en la doctrina española (74) —a pesar de que las acertadas y contundentes observaciones de, por ejemplo, Gimbernat (75), Muñoz Conde (76) o Rodríguez Mourullo (77) parecían permitir darla ya por superada en nuestro país (78)— o cuando se ha dado una desviada utilización de ella frente a las ideas que en aquella ocasión expuse (79). En esencia, tales aspectos (por circunscribirme a los más elementales) son los siguientes: que la tesis de los *Pflichtdelikte*, además de no conducir a soluciones aceptables, o por vía aceptable, en materia de autoría y participación (80) y hacer alusión a unos pocos concretados deberes respecto de los cuales no se lleva a cabo un análisis auténticamente expresivo de los mismos (81), comporta una notable tendencia a un doble, y peligroso, deslizamiento: de una parte, a justificar la pena en tales delitos sobre la base exclusiva de la infracción de deberes, es decir, prescindiendo de la idea, consustancial al concepto de Derecho penal democrático (82), de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal; y, por otra parte, a reducir la esfera de destinatarios de la norma penal de que se trate, y con ellos el alcance y trascendencia de su objeto de protección, únicamente al núcleo de los obligados por los deberes de referencia (83).

(74) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *Lecciones de Teoría Jurídica del Delito*, t. I, Madrid, 1983, pp. 176 i.f. y ss.

(75) *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1966, p. 289.

(76) «Introducción» a ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. e introduc. de F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 11; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 25.

(77) «El autor mediato en el Derecho penal español», en VV. AA., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, páginas 573 y ss.

(78) Sobre las críticas suscitadas en el país de origen, Vid., por todos, SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker and Humblot, Berlín, 1965, pp. 86 y ss.

(79) Me refiero a las apreciaciones de QUINTERO, «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», en *CPCr*, núm. 12, 1980, p. 62, nota 12.

(80) Vid. *supra* notas 75 a 79.

(81) En este sentido, WAGNER, *Amtsverbrechen*, Duncker and Humblot, Berlín, 1975, p. 72.

(82) Vid. MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 128 y ss. y 151 y ss. y *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, páginas 30 y ss.; mi libro *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., páginas 336 y ss.

(83) Vid. QUINTERO, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974, pp. 39-45.

En cuanto al criterio según el cual en la norma definidora de la responsabilidad penal por «actuaciones en nombre de otro» hay un reconocimiento de la posición de garante de las personas físicas indicadas como titulares de tal responsabilidad, se detecta en él un desplazamiento hacia la idea de que no se castiga tanto la actividad llevada a cabo por tales personas físicas, cuanto la omisión consistente en no haber impedido la marcha de la persona jurídica en una determinada dirección (delictiva). Pero, con ello se ignora que esas personas físicas no se limitan (o, cuando menos, no en todos los casos) a un no hacer típico productor del resultado delictivo, equivalente a la activa causación del mismo —comisión por omisión (84), en la que es operativa la idea de posición de garante—, sino que, las más de las veces, lejos de esa pretendida pasividad, *actúan* en el sentido exigido por el tipo; si bien no reúnen la cualificación requerida por éste para poder ser sujetos activos del delito que describe; carencia esta última que viene a subsanar la norma contenedora de las «actuaciones en nombre de otro».

Con lo anterior quiere decirse que la fórmula del «actuar en nombre de otro» no comporta ampliación o alteración ninguna del ámbito de conductas que comprende el comportamiento descrito por el tipo al que se aplica, así como tampoco implica una ampliación del concepto de autor (85). Se limita a eliminar, por razones político-criminales evidentes, el obstáculo dogmático que supone la concurrencia en una persona jurídica de las características exigidas para el sujeto activo por el tipo de un delito especial. En este sentido, una vez determinado, por integración de aquella fórmula en este tipo, quién o quiénes *pueden* ser sujetos activos del delito de que se trata, entrarán en juego las reglas generales sobre averiguación de las conductas (sólo activas, o, además, comisivo-omisivas, o estas últimas exclusivamente o únicamente omisivas) que cabe subsumir en dicho tipo sin afectar a las exigencias derivadas del principio de legalidad. Igualmente entrarán a continuación en juego las comunes reglas sobre autoría y participación (86), es decir, que entonces habrá de indagarse cuál (o cuáles) de los posibles sujetos activos antes determinados con arreglo a la fórmula del «actuar en nombre de otro», es (o son) el autor (o los autores) de la conducta inculpada y cometida.

(84) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 94-95 y 106-108 y las precisiones, en sentido restrictivo, de MIR, «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., t. II, pp. 845-846.

(85) En este sentido, QUINTERO, en *La reforma penal de 1983*, cit., p. 104.

(86) A este respecto dice QUINTERO, *La reforma...*, cit., p. 104: «en manera alguna puede entenderse que el artículo 15 bis exonera en tales casos de la precisa y cabal comprobación de que la persona física es *autor en el sentido del artículo 14 CP*. Bien al contrario, tendrá que ser autor en sentido estricto..., puesto que el artículo 15 bis no es una «presunción» de autoría, lo que sería una flagrante violación de las garantías jurídicas, sino un instrumento para evitar que el *autor* material de un delito pueda eludir la responsabilidad criminal invocando la carencia de un carácter requerido por el tipo para el autor» (cursivas y entrecorillado en el original).

Así, pues, en el indicado terreno de averiguación de las conductas delictivas y de concreción de los autores de las mismas, es donde, acaso, resulte necesario acudir al criterio de la posición de garante. Lo que es tanto como afirmar: en un momento posterior a la aplicación de la norma concerniente a las «actuaciones en nombre de otro» (producto de la cual es el señalamiento de los posibles sujetos activos del delito) y en relación con aquellos tipos (cuya norma previsoramente determina los medios activos ni omisivos para la producción del resultado que indica) respecto de los que sea posible decir que el comportamiento omisivo del sujeto en quien concurre, y puede cumplir, el deber de garantizar la incolumidad del bien jurídico protegido, queda abarcado por la conducta típica en cuanto se aprecia que «socialmente» la ha realizado y producido con ella el resultado previsto por la norma (87).

El punto de vista que mantengo se ratifica con la comprobación de la existencia en el CP de delitos especiales a los que puede resultar necesario aplicar la fórmula del «actuar en nombre de otro» y que, además, son de omisión propia —p. ej., el art. 546 (88)— o de comisión por omisión específicamente tipificada —p. ej., en el artículo 346 (89).

En una situación anterior a la existencia de una norma similar a la del actual artículo 15 bis CP, quizá tuviera sentido profundizar en la línea de interpretación apuntada por Mir (90) con la siguiente reflexión: «Este presupuesto de conocimiento —exigido normalmente por el Código: arts. 238, 265 y 499 bis— podría entenderse dogmáticamente como fundamento de la concurrencia de *posición de garante* en los representantes de la sociedad que no han causado positivamente la voluntad delictiva de la persona jurídica, pero han *omitido* impedir su adopción y realización. Cuando el CP alude expresamente a estos extremos estaría, pues, configurando tipos de *comisión por omisión* legalmente previstos. Y cuando, como normalmente sucede, no se refiere la ley a la intervención de personas jurídicas, la misma estructura podría generalizarse para fundar y a la vez limitar la incriminación a título de comisión por omisión *supralegal*, siquiera haya de ser generalmente como forma de participación (así, cooperación necesaria del artículo 14, 3.º, o complicidad del artículo 16, por omisión) respecto de los individuos que han causado (positivamente) la voluntad criminal de la persona jurídica». Mas, obsérvese, de una parte, el

(87) Respecto al concepto de comisión por omisión manejado, *Vid. MIR, Loc., cit., supra*, nota 84.

(88) *Vid. QUINTANO, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. III: «Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales», 2.ª ed., puesta al día por C. García Valdés, Edersa, Madrid, 1978, pp. 337 y ss.

(89) En este artículo, tras la redacción que le ha dado la LORUPCP/83, se dispone (párr. 1.º): «El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas».

(90) «Adiciones» a JESCHECK, P. G., *cit.*, t. I, p. 309; cursivas en el original.

cuidado con que el autor separa la calificación de las personas físicas actuantes de las que le merecen las personas físicas omitentes y, de otra parte, la inconcreción en que deja el título conforme al cual responderían penalmente las personas físicas que han actuado positivamente, lo que resulta en extremo notable respecto al segundo de los supuestos que enuncia: si en el primero estima que los omitentes serían autores de un delito realizado en comisión por omisión y nada dice de la calificación que habrían de merecer quienes actuaron positivamente (podría pensarse que la de autores comisivos, pero entonces el tipo no podría ser configurado como «de comisión por omisión legalmente previsto»), en el segundo supuesto necesariamente hay que deducir que quienes actuaron de forma positiva son los autores (comisivos) a cuya conducta está referida la participación de los omitentes, pero, entonces, ¿cuál es la norma que legitima dicha calificación a título de autor si, en relación con el delito especial de que se trate, las condiciones exigidas para ser sujeto activo del mismo las reúne la persona jurídica y no las físicas a que se alude? Como se ve, necesariamente hay que recurrir a una norma (genérica o específica) contenedora de la fórmula de las «actuaciones en nombre de otro». Creada ésta, de su aplicación deriva el círculo de posibles sujetos activos del delito, dentro del cual habrá que determinar, seguidamente, quiénes de entre ellos son autores por su acción positiva (si es que el tipo no es de omisión propia ni de comisión por omisión legalmente prevista) y quiénes por su omisión (si es que el tipo no señala medios necesariamente activos) y, sólo tras la anterior operación, cabrá pensar en quienes han participado (positiva u omisivamente) en el hecho ejecutado por aquellos autores. La toma en consideración de la(s) posición(es) de garante se producirá, por tanto, con posterioridad a la aplicación de la norma referida a las «actuaciones en nombre de otro».

En definitiva, a mi juicio, fundamento de la existencia de normas similares a la del artículo 15 bis CP es, por una parte, la necesidad de solventar la situación engendrada por la previsión legal de algunos delitos especiales propios cuyo tipo demanda para el sujeto activo ciertas cualidades que, en ocasiones, por razón del acogimiento de la técnica de la personificación en otras ramas del Derecho, son ostendadas por la personificación (persona jurídica) y no por los individuos que, con sus actos, determinan la marcha de tal persona jurídica y, por otra parte, la no concesión por el Derecho penal, a sus estrictos efectos (tratar de impedir ciertos comportamientos *humanos*), de igual eficacia constitutiva que la aceptada en otras partes del Ordenamiento a la indicada técnica de la personificación, de donde nace el principio *societas delinquere non potest*. Así las cosas, se trata de un problema de tipo derivado de la precisión de armonizar el Ordenamiento jurídico. La previsión normativa del «actuar en nombre de otro» es, pues, una cláusula de armonización del Ordenamiento que, más que extender la punibilidad por ciertos hechos a determinados sujetos, cubre una laguna de punibilidad originada por la formulación sintética de los tipos.

El tipo surgido de la integración de la correspondiente norma previsoras del delito especial de que se trate (p. ej., art. 520 CP) y de la contenida en el artículo 15 bis CP (dicho tipo podría haber sido formulado directamente por la ley de manera similar a la siguiente: «El quebrado, o, si éste fuere persona jurídica, quien actuare como directivo u órgano o en representación legal o voluntaria de la misma, que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de comercio, será castigado con la pena de prisión mayor»), seguirá siendo especial, pues los posibles sujetos activos habrán de ostentar, en su caso, la cualidad de directivos, órganos o representantes legales o voluntarios de una persona jurídica. El bien jurídico amparado por aquella primera norma, igualmente no habrá variado. Al contenido del injusto pertenecerán, además, los deberes nacidos de la relación jurídico-civil (o mercantil, o laboral) que vincula al posible sujeto activo con la persona jurídica; deberes, por tanto, similares, por ejemplo, a los del comisionista o administrador en punto al delito de apropiación indebida —art. 535 CP, que contiene, a mi juicio, un tipo especial propio o impropio según la modalidad de conducta de que se trate, respecto del que se pueden plantear problemas de actuaciones en nombre de otro en casos en que las cualidades requeridas para el sujeto activo recaigan en una persona jurídica (91)—. Que el comportamiento incriminado sea activo u omisivo, dependerá de la correspondiente descripción típica, conforme a la cual podrá ser de una, de otra o de ambas maneras (por seguir con el paralelismo: distraer la cosa mueble en el artículo 535 CP es conducta positiva, en tanto que es omisiva, y engendra una comisión por omisión específicamente tipificada, la de negar haberla recibido). Las posiciones de garante serán operativas, con efecto limitador, en la medida en que el tipo admita la comisión por omisión. Regirán las reglas generales sobre autoría y participación, determinándose la primera (en sentido estricto) de entre los posibles sujetos activos averiguados mediante la integración de ambas normas.

VII.—ELEMENTOS TÍPICOS EN EL ARTICULO 15 BIS DEL CODIGO PENAL

Siquiera sea de manera breve, a continuación trataré de precisar algunos de los elementos típicos incluidos en el nuevo artículo 15 bis CP. Concretamente: 1) qué cabe entender por directivo u órgano o representante legal o voluntario de una persona jurídica; y 2) cómo pueden interpretarse los términos «condiciones, cualidades o relaciones».

(91) Cfr. SAINZ-PARDO, *El delito de apropiación indebida*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 128-129.

1) *Directivo, órgano y representante legal o voluntario de una persona jurídica*

Según el artículo 35 del Código civil (CC):

«Son personas jurídicas:

1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.»

Pese a la amplitud con que en el artículo acabado de reproducir se atribuye el carácter de persona jurídica (concepto que extiende tanto a las asociaciones de interés público cuanto a las de interés privado, en los términos expresados por aquella norma) y a pesar también de que el texto del artículo 15 bis CP no contiene limitaciones (por lo que, en principio, se puede referir lo mismo a las unas que a las otras), no cabe duda de que los principales problemas a que este último artículo responde se relacionan, sobre todo, con las sociedades mercantiles, conforme más atrás he apuntado. Por ello, estudiaré los presentes conceptos refiriéndolos, fundamentalmente, a tales sociedades y, de entre ellas, singularmente, a las anónimas, que suponen el marco de ocultación característico para cometer los delitos que más nos pueden interesar.

El concepto de «directivos» no presenta, a mi entender, excesivas dificultades. Referido a una persona jurídica, parece implicar una distribución u organización de cometidos y tareas a llevar a cabo por los individuos que actúan por cuenta de la misma y que suponen la atribución a algunos de ellos de la misión de conducir, mediante sus decisiones, el trabajo de los demás hacia determinados fines. Alude, pues, a quienes en relación con la marcha de la persona jurídica, ostentan, individual o colectivamente, conforme al esquema organizativo de la misma, la función de dirigirla. Poseen cualidad de mando o gobierno sobre el resto de quienes actúan por cuenta de la persona jurídica y rigen los destinos de ésta en los diferentes ámbitos (económico, financiero, laboral, etc.) en que aquélla ha de desenvolverse para el logro de sus objetivos que, por otra parte, son igualmente concretados por estos directivos. Son, en definitiva, las personas físicas que desempeñan los puestos más elevados y a los que está atribuida mayor capacidad de decisión en el seno de la persona jurídica: miembros del consejo de administración, presidente, vicepresidente ejecutivo o consejero-delegado del mismo, director o subdirector, director-gerente, etcétera.

Con la mención de los «órganos» de la persona jurídica, el artículo 15 bis CP hace seguidamente una referencia mucho más próxima a esa

organización suya de la que antes he hablado. Además, su inmediata alusión a los que actúan «en representación» de la persona jurídica (alusión que, en principio, ha de entenderse como indicativa de algo distinto de los «directivos u órganos»), trae al recuerdo el significativo cambio que la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 17 de julio de 1951 supuso respecto al CCo., cuando prefirió la expresión «órganos» a las de «mandatarios» y «administradores» que este último emplea en su artículo 122, 3.ª cuando trata de las diferentes formas de compañías mercantiles (92).

Ambos aspectos (organización y representación), permiten abordar el concepto de «órganos» de una persona jurídica a la huella de la reflexión de Rubio sobre los mismos en relación con las sociedades mercantiles.

Señala el autor, en primer lugar (93), que «el sistema legal, más o menos directamente apoyado en bases convencionales, por virtud del cual determinados individuos de la colectividad vinculan el patrimonio común a las consecuencias de los negocios que constituyen el objeto de la empresa, puede llamarse *organización* de la sociedad mercantil».

Y, a continuación, añade: «La analogía entre este mecanismo y el de la representación, esto es, la emisión por un sujeto de declaraciones de voluntad que se traducen en derechos y obligaciones en la esfera jurídica de otro, ha sugerido y permite aún hablar, refiriéndose a estos efectos vinculantes sobre el patrimonio social, como de una actividad representativa. No hay inconveniente en admitirlo siempre que se perciban las características específicas del primero, derivadas de una circunstancia fundamental: la de que mientras las personas físicas pueden normalmente actuar por sí mismas, las sociedades no pueden formar, exteriorizar y declarar su voluntad sino a través de la que forman, exteriorizan y declaran personas físicas. En ellas, a diferencia de lo que ocurre para la representación voluntaria y aun para la llamada habitualmente legal, el proceso de formación de la «voluntad social», que sólo puede considerarse a través de las manifestaciones de voluntades individuales, es siempre un proceso *externo* y, en consecuencia, controlable y disciplinable legalmente. Lo que, en la habitual distinción entre esfera interna y externa de la sociedad, tiene su reflejo en el hecho de que tal sistema —a diferencia del de representación— produce derechos y obligaciones para la sociedad que no salen de su propio ámbito y no vinculan a la sociedad con terceros» (94).

De lo anterior se desprende la idea de que es posible determinar quiénes merecen la calificación de «órganos» de una sociedad mercantil (y por extensión, probablemente, los de cualquier persona jurídica) a partir del criterio de las funciones que necesariamente ha de cumplir, cualquiera que sea su forma, a través de personas físicas: «la formación y expresión de la voluntad social y la actuación unitaria en el tráfico»

(92) Cfr. RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, p. 185.

(93) *Curso...*, cit., pp. 183 *if.*-184; cursivas en el original.

(94) *Curso...*, cit., p. 184; cursivas y entrecorillado en el original.

por medio de la que se relaciona con terceros conforme al mecanismo de la representación, correspondientes, la primera, a la vida interna de la sociedad y, la segunda, a la externa (95). «Órgano» de una sociedad será, pues, quien participe del ejercicio de estas funciones o las ejerza directamente él sólo.

En relación con una sociedad anónima, tales «órganos» serán (Capítulo IV LSA), respectivamente, la junta general de accionistas y el consejo de administración, rigiéndose la representación, en defecto de éste, «por lo dispuesto en los estatutos y en los acuerdos de la junta general» (art. 76 LSA). A los efectos del artículo 15 bis CP, se considerarán «órganos» de una sociedad anónima a las personas físicas que pertenezcan a uno de los acabados de indicar, según que el delito considerado se haya cometido en el desenvolvimiento de una u otra de las funciones correspondientes a cada uno de ellos. La responsabilidad penal se concretará en el interior de los mismos, de acuerdo con los procedimientos habituales para depurar responsabilidades de esta índole en los organismos colegiados.

Junto a los anteriores, también deben estimarse «órganos» de una persona jurídica aquéllos encargados de las tareas (permanentes o no) de fiscalización o revisión de la gestión, así como los liquidadores a cuyo cargo se encuentran las funciones de administración y representación de una sociedad en liquidación. Para el caso de sociedades anónimas, la LSA prevé específicas normas de aplicación a censores (o, en su caso, interventores) y liquidadores (96).

El hecho de que haya incluido entre los «órganos» de una persona jurídica a todos aquellos que desempeñan funciones de representación de la misma, quiere decir tanto como que si bien no todos los «órganos» de una persona jurídica son los que actúan en representación de ella, sí merecen el calificativo de «órganos» todos los que la representan. Cuando menos los que ostentan su representación legal.

En este sentido, la referencia que, a continuación de al «directivo u órgano de una persona jurídica», hace el artículo 15 bis CP al que actuare «en representación legal ... de la misma», debe estimarse reiterativa, en la medida en que se piense que tal representante puede subsumirse, de antemano, bajo el concepto de «directivo» o de «órgano» de la persona jurídica.

No debe extrañar que tal suceda. La reiteración proviene de la sustitución en sede parlamentaria, a la que antes me he referido, de los términos «en representación legal o voluntaria de otro», que aparecían en el artículo 15 bis del Proyecto de LORUPCP, por los de «en representación legal o voluntaria de la misma», que pasaron al texto definitivo de ese artículo. Con la primera de estas redacciones, cabía interpretar que estaban comprendidos en la expresión legal tanto los representantes de personas jurídicas como los «de otro» que no fuera una personificación (persona física): la posible reiteración, por

(95) *Vid.* RUBIO, *Curso...*, cit., p. 186.

(96) Sobre el particular, *Vid.* RUBIO, *Curso...*, cit., pp. 269 y ss. 434 y ss.

simplemente parcial, no merecía considerarse tal. Suprimida en la redacción final (y conscientemente suprimida) toda posibilidad de interpretar la alusión a los representantes como también referible a «otro» no persona jurídica, se incurre, entonces, en la reiteración expresada.

De acuerdo con lo que he procurado argumentar, los representantes legales de una persona jurídica son, al tiempo, «órganos» de la misma. Sin embargo, Díez Picazo (97) entiende que la representación de las personas jurídicas «no es, en sentido estricto, ni una representación legal ni una representación voluntaria. Es, desde luego, una «representación necesaria» —la persona jurídica necesita al representante para actuar— lo que basta para situarla fuera del campo de la representación estrictamente voluntaria. Pero esto no basta sin más para llevarla al campo de la representación legal. La determinación de la persona o personas que han de llevar a cabo esta representación no es obra de la ley, sino de los propios interesados, fundadores de la persona jurídica o miembros de ella. De la misma manera, la determinación de las facultades del representante y la duración de su representación son obra de la autonomía privada de los interesados, bien configurando al efecto los estatutos o reglas por las que haya de regirse la persona jurídica, o bien determinándolo al conferir la representación a una persona determinada. Se habla por ello de una representación orgánica, y este concepto, en cuanto expresa un *tertium genus* diverso de la representación legal y de la estrictamente voluntaria, creemos que es aceptable».

En sentido no dispar, decía Garrigues (98) que «la representación que el gerente de una empresa ejerce es voluntaria por su origen y legal por su contenido. El comerciante individual y las sociedades mercantiles son libres de nombrar o no a sus factores o a sus gerentes. Pero si los nombran deben saber que cuantos actos jurídicos realicen en la esfera del giro o tráfico del establecimiento los reputa la ley realizados por cuenta del principal».

Por su parte, el Tribunal Supremo sentó, ya en su Sentencia de 1 de mayo de 1945, la opinión de que los «órganos» son «representantes legales, porque la investidura que reciben no es de origen contractual, sino que emana de los estatutos sociales que son de obligatoria observancia».

En cualquier caso, los puntos de vista reproducidos no suponen contradicción alguna respecto a la conclusión a que antes he llegado. Pues lo que dice Díez-Picazo (y, hasta cierto punto, Garrigues) es que los «órganos» de la persona jurídica, verdaderos representantes de ella, no son estrictamente representantes legales. Pero no que exista otra posibilidad de representación legal fuera de la «representación orgánica».

(97) *La representación en Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 72.

(98) *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 5.ª ed., puesta al día por A. Bercovitz, Madrid, 1968, p. 556.

Consecuentemente, sigue sobrando en el artículo 15 bis CP la mención de una «representación legal ... de la misma», esto es, de la persona jurídica.

No ocurre lo propio, en cambio, con la referencia de ese artículo a la «representación voluntaria». Ya que, como el mismo Díez Picazo reconoce (99): «El hecho de que la persona jurídica haya de poseer unos órganos permanentes, a quienes permanentemente se les confiera su representación, no excluye, naturalmente, que la persona jurídica pueda tener también representantes a través de una pura representación voluntaria (apoderados, etc.)» (100).

En definitiva, de lo dicho se pueden extraer dos conclusiones:

Primera, quien actuare «en representación legal», u orgánica, de una persona jurídica, merece el calificativo de «órgano» de la misma.

Segunda, junto a la anterior forma de representación, puede darse una representación voluntaria de la persona jurídica que no se encontrará abarcada bajo el concepto de «órgano» de la misma.

Una cuestión que inmediatamente surge de la consideración de los antecedentes prelegislativos del artículo 15 bis CP, es si las dos clases de representación acabadas de mencionar deben quedar circunscritas a personas jurídicas o si, al tiempo, resulta aconsejable que la fórmula del «actuar en nombre de otro» las extienda también a personas físicas.

Tanto el artículo 35 PCP de 1980, como el 31 PANCP de 1983, responden positivamente a la segunda posibilidad apuntada al hablar del que actuare «en representación legal o voluntaria de otro». Efectivamente, la expresión «de otro» permite referir la representación legal o voluntaria tanto a una persona jurídica (de cuyos «directivos u órganos» hablan inmediatamente antes los proyectos de artículos indicados) cuanto a una persona física (de otra manera, no aludirían a un genérico «otro» sino a «la misma», como hace el artículo 15 bis CP tras la modificación de que fue objeto su proyecto que, precisamente, empleaba el propio término «otro»).

Con esta forma de proceder, los modelos de «actuación en nombre de otro» contenidos en el PCP de 1980, en el Proyecto de LORUPCP de 1983 y en la PANCP del mismo año, se aproximan más al parágrafo 14 StGB alemán que el artículo 15 bis CP. En efecto, dicho parágrafo dispone (101):

«(1) Si alguien actúa

1. como órgano representante legítimo de una persona jurídica o como miembro integrante de un tal órgano,
2. como socio representante legítimo de una sociedad mercantil personalista o
3. como representante legal /de otro, deberá aplicársele

(99) *La representación...*, cit., p. 72.

(100) La STS de 21 marzo 1946 (cit. por Díez PICAZO, *La representación...*, cit., p. 73), distingue entre representación legal u orgánica de la persona jurídica y representación voluntaria de la misma.

(101) Trad. de MUÑOZ CONDE, en *CPCr*, núm. 3, 1977, p. 171, nota 57.

también la ley en la que la pena se fundamenta en base a circunstancias, relaciones o cualidades personales (características personales especiales), aun cuando estas características no se den en él y sí en el representado.

(2) Si alguien es encargado por el titular de una empresa o por cualquier otra persona con facultades para ello

1. de dirigir en todo o en parte dicha empresa, o

2. expresamente encargado para asumir con responsabilidad propia deberes que se refieren al titular de la empresa, y actúa en base a este encargo, deberá también aplicársele la ley en que la pena se fundamenta en base a características personales especiales, aun cuando estas características no se den en él y sí en el titular de la empresa. Por empresa hay que entender en el sentido del párrafo 1 el establecimiento industrial. Si alguien actúa con un encargo análogo en tareas de la Administración pública, deberá aplicársele lógicamente lo dispuesto en el número (1).

(3) Lo dispuesto en los números anteriores es también aplicable, aunque sea nulo el acto jurídico que servía de base a la representación o al encargo».

Conviene indicar que el «representante legal de otro» a que se refiere el reproducido párrafo en su apartado (1),³ se entiende por la doctrina dominante en Alemania como representante legal de una persona física. Igualmente, esa doctrina identifica «representante legal» con «órgano representante de la persona jurídica» (102) según la expresión del párrafo 14, (1),¹ *StGB*.

Así las cosas, el párrafo 14 *StGB* alemán y el artículo 15 bis CP, coinciden en la inclusión de la representación legal de personas jurídicas y difieren en que mientras el primero alude a determinados casos de representación voluntaria de personas jurídicas y admite la responsabilidad del representante legal de personas físicas, el segundo no limita la representación voluntaria de personas jurídicas y, en cambio, rechaza la idea de representación legal de personas físicas. Diferentemente, los proyectos españoles de «actuación en nombre de otro» más atrás indicados, coinciden con el párrafo 14 *StGB* alemán en la admisión de la figura del representante legal de personas jurídicas y de personas físicas y difieren en punto a la representación voluntaria, que aquéllos aceptan sin límites tanto en relación con personas jurídicas como físicas, mientras que el referido párrafo sólo la acoge para las primeras y ello en determinados casos.

Cuál sea el punto de vista más conveniente de entre todos los acabados de mencionar o si algún otro, es una cuestión, conforme antes he señalado sobre palabras de Roxin, hoy abierta a la reflexión científica, a la aportación de los argumentos dogmáticos y político-crimi-

(102) Cfr. LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 16 al parág. 14.

nales más convincentes, que todavía (y la ausencia de una fórmula legal del «actuar en nombre de otro» hasta fecha reciente, no es excusa para ello) no se han manejado en nuestro país. La presente PANCP es, si nuevas urgencias gubernamentales no impiden tener tiempo y lugar para ello, una buena ocasión para intentarlo: al cabo, la LORUPCP no ha hecho sino cubrir provisionalmente un hueco demandado de inaplazable cobertura por la doctrina y la jurisprudencia. Ahora es el momento de perfeccionar la fórmula empleada o de indicar su admisibilidad, o de perfeccionar o admitir la que propone la PANCP.

En cualquier caso, creo que los modelos a seguir, según se quiera dar uno u otro alcance a la fórmula del «actuar en nombre de otro», podrían ser los siguientes:

Primero. Se quiere comprender en esa fórmula la responsabilidad penal de los que actúan en representación legal o voluntaria tanto de una persona jurídica como de una persona física:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro...»

Segundo. Se quiere eludir la responsabilidad penal por «actuar en nombre de otro» del representante voluntario de una persona jurídica, pero no la del que actúa en representación legal de la misma, ni la del representante legal o voluntario de una persona física:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de una persona física...».

Tercero. Se quiere excluir toda referencia al representante legal o voluntario de una persona física, pero, en cambio, se quiere hacer recaer responsabilidad penal por «actuar en nombre de otro» tanto sobre el representante legal como sobre el voluntario de una persona jurídica:

«El que actuare como directivo u órgano o en representación voluntaria de una persona jurídica...».

Cuarto. Se pretende evitar la responsabilidad penal por «actuar en nombre de otro» del representante legal o voluntario de una persona física y sólo del representante voluntario de una persona jurídica:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica...».

Al margen quedan las posibilidades de restringir la representación voluntaria de personas jurídicas o de personas físicas a determinados casos. Igualmente, queda al margen la posibilidad de ampliar la responsabilidad penal por «actuaciones en nombre de otro» a representantes de las llamadas «uniones sin personalidad», para lo que habría que operar, a partir de fórmulas similares a la actual o a las de los proyectos citados, con el término «entidad» (abarcador de personas jurídicas y de uniones sin personalidad) al que, en su caso, se añadiría el de «persona física» (sobre el artículo 31 PANCP, para lograr ese objetivo sólo habría que añadir en su inciso final la palabra «entidad»: «... que concurren en la persona o entidad...», habida cuenta de que

la representación legal o voluntaria se refiere a «otro» que, además de persona física o jurídica, también puede ser una unión sin personalidad).

2) *Las «condiciones, cualidades o relaciones» requeridas por la «co-respondiente figura del delito».*

Para averiguar el significado de los términos «condiciones, cualidades o relaciones» empleados por el artículo 15 bis CP, resulta enormemente sugestiva la dominante doctrina alemana sobre los similares términos que usa el parágrafo 14,1 *StGB*. Como ya se ha dicho, éste, en efecto, se refiere a: «*persönliche Eigenschaften* (cualidades personales), *Verhältnisse* (relaciones) *oder Umstände* (o circunstancias)», sobre las que el propio parágrafo 14,1 aclara que son «*besondere persönliche Merkmale*» (características personales especiales).

Resulta aconsejable, pues, dar una rápida ojeada a la doctrina alemana que trata del contenido de tales elementos.

Los primero que suele plantearse en ella es la relación existente entre la citada expresión del parágrafo 14 y las «características personales especiales» a que alude el parágrafo 28 *StGB*. Este problema se suscita a partir de dos consideraciones. La primera, que el parágrafo 28 remite, en cuanto al contenido que ha de darse a esas «características personales especiales», al parágrafo 14,1. En segundo lugar, que la declaración contenida en el parágrafo 28 parece seguir una dirección opuesta a la del parágrafo 14, puesto que mientras, según aquél, cuando las «características personales especiales» ostentadas por el autor no concurren en el partícipe, se produce como efecto la atenuación de la pena de este último, a tenor del parágrafo 14, aun cuando tales «características» no concurren en el que «actúa en nombre de otro» y sí en éste «otro», puede afirmarse la responsabilidad penal del que actúa en su nombre.

De la comprobación de las opuestas funciones que en el contexto de cada uno de esos párrafos cumplen las citadas «características» (103), se extrae la idea de que las mismas han de poseer un significado distinto en el 14 que en 28.

Así, se dirá en primer término que mientras entre las «características personales especiales» a que se refiere el parágrafo 28 se encuentran las que atañen al ámbito subjetivo del autor (104), las mismas no pueden incluirse entre las mencionadas por el parágrafo 14. En relación con el cual se afirma, además, que en la medida en que en su mayor parte se refiere a personas jurídicas, tales características subjetivas difícilmente podrán ser apreciables.

(103) Cfr. LENCKNER, en Ob. cit., en nota anterior, núm. marginal 8 al parágrafo 14; CRAMER, en misma Ob., núm. marginal 19 al parág. 28.

(104) Cfr. GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, núm. 80, 1968, páginas 21 y ss.

Con este punto de vista, se descartarían del alcance de los términos empleados por el artículo 15 bis CP todas aquellas características concernientes a la «disposición moral del delincuente» de la que habla el artículo 60. Norma en cierta medida paralela a la del párrafo 28 *StGB* alemán, aunque, como ha reiterado la doctrina, a diferencia de él no aluda a elementos del tipo, sino a circunstancias.

Por lo que hace a las llamadas «características objetivas de autor», en cambio, resulta preciso distinguir (105) entre las de naturaleza esencialmente personal, que por su íntima relación con un determinado individuo no pueden transferirse al que actúa en su nombre (tal se afirma en la doctrina alemana de la condición de «funcionario» respecto a los «delitos de cargo»), y las que, si bien ligadas a la persona del sujeto activo, sirven más bien para indicar el ámbito de protección de un cierto bien jurídico, indicación que se hace por medio del señalamiento de la función desempeñada por el que se relaciona con ese bien jurídico (así, «empresario», «deudor», etc.).

De estos dos tipos de características objetivas, sólo las segundas entran en la consideración del párrafo 14 *StGB* alemán (106) —en tanto que, por el contrario, se excluyen del alcance del párrafo 28—, dado que «la función que a través de ellas se describe puede cumplirse por otro sin que ello implique un cambio en su contenido» (107).

Los paralelos respecto al CP español son, en este caso, obvios.

Tras las anteriores consideraciones previas, la doctrina alemana dominante trata del concreto significado de cada una de las «características personales especiales» en cada uno de los dos párrafos mencionados.

En relación con los términos usados por el párrafo 14, se dice:

«Cualidades personales» (*persönliche Eigenschaften*) son aquellas características —psíquicas, físicas o jurídicas— unidas al hombre como tal —sexo, edad, mayoría de edad, maternidad, etc.— (108). El resto de las que bajo este calificativo cupiera encuadrar, en realidad pueden subsumirse en el de «relaciones». Por ello, se afirma que el primero de los términos empleados por el párrafo 14 queda sin contenido, pues o no es posible respecto a estas «cualidades» una sustitución por parte del representante (109) o, como afirma Lenckner (110), el concepto de «cualidad personal» está vacío al identificarse con el de «relaciones personales» (111).

(105) *Vid.* LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 8 al parág. 14.

(106) *Vid.* JESCHECK, P. G., cit., t. I, p. 304.

(107) GALLAS, en *ZStW*, núm. 80, 1968, p. 22.

(108) LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 9 al parág. 14.

(109) GALLAS, en *ZStW*, núm. 80, 1968, p. 22.

(110) *Loc. cit.*, *supra*, nota 108.

(111) En el mismo sentido, ROXIN, en *LK cit.*, núm. marginal 21 al párrafo 14, quien cree que el legislador debería haberse limitado, en el párrafo 14 *StGB*, a hablar de «relaciones personales».

En punto al artículo 15 bis CP, la cuestión no se plantea: al haberse eliminado de su texto toda posibilidad de actuar en nombre de una persona física, no hay necesidad de pararse a tomar en consideración tales cualidades estrictamente humanas.

Por lo que se refiere, precisamente, a las «relaciones (*Verhältnisse*) personales», se estima que son los lazos de unión entre un hombre y otros hombres, instituciones o cosas. A este concepto pertenecerán la mayoría de las «características objetivas de autor» y, por tanto, será el que nutra de mayor contenido al párrafo 14 *StGB*, siempre y cuando tales vínculos permitan la sustitución por un representante (112).

Finalmente, en cuanto a las «circunstancias (*Umstände*) personales», se piensa que abarcan todo lo que no sea «cualidad» ni «relación» personales; también aquí, lógicamente, siempre y cuando puedan transferirse al representante.

Diferentemente, las «características personales especiales» operativas a los propósitos del párrafo 28 *StGB* alemán, son (113): las «cualidades personales» entendidas, precisamente, al modo que, en cambio, se descarta en el párrafo 14; las «relaciones personales» con igual significado que el señalado en el caso del párrafo 14; y las «circunstancias personales» entendidas como características de autor no abarcadas bajo los dos conceptos anteriores.

Como resumen de este rápido repaso a la doctrina alemana dominante en el estudio del significado de la expresión legal «cualidades, relaciones o circunstancias» personales, se puede decir, con Jescheck (114) que: las «características personales especiales» a que se refiere el párrafo 14,1 *StGB* alemán, son, «en contra de lo que sugiere la literalidad de la ley, únicamente aquellos elementos referentes al autor que circunscriben el círculo de posibles sujetos activos según su *función social* (por ejemplo, deudores, empresarios, personas obligadas a guardar fidelidad, organizadores de juegos de azar). Por el contrario, el párrafo 14 no se refiere a los elementos altamente personales en el sentido del párrafo 28, ya que, precisamente, tales elementos no pueden gravar al representante si no concurren en él».

De la aplicación de los anteriores criterios al artículos 15 bis CP, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera. No existe tanta necesidad como en el Derecho alemán de intentar señalar los límites de una posible contradicción entre la idea, presente en el artículo 60 CP, de que las circunstancias personales sólo afectan a aquél en quien concurren y la recogida en el artículo 15 bis CP, según la cual aunque las «condiciones, cualidades o relaciones» a que alude no concurren en el «directivo», «órgano» o «representante», de los que habla, y sí en la persona jurídica a la que están vincula-

(112) *Vid.* LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 10 al parág. 14.

(113) *Cfr.* CRAMER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núms. marginales 19, 20 y 21 al parág. 28.

(114) *P. G. cit.*, t. I, p. 304 (cursivas y entrecomillado en el original); en el mismo sentido, *Vid.* la bibliografía cit. en nota 47 de esta misma página.

dos, aquél responderá penalmente conforme al tipo de delito que requiere para su sujeto activo las características que ostenta ésta. Ello por dos razones: en primer lugar, porque el artículo 60 se refiere a circunstancias agravantes o atenuantes y no a elementos de tipo; y, en segundo lugar, porque las expresiones contenidas, respectivamente, en los artículos 15 bis y 60 CP no son, a diferencia de lo que ocurre con las de los párrafos 14 y 28 *StGB* alemán, idénticas; mientras el artículo 15 bis CP habla de «condiciones, cualidades o relaciones», el 60 se refiere a circunstancias que «consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal».

Segunda. En términos generales, las conclusiones alcanzadas por la doctrina alemana dominante al comentar la expresión de referencia del párrafo 14 *StGB*, se pueden trasladar al artículo 15 bis CP, habida cuenta de la similitud de los vocablos empleados por uno y otro. En consecuencia, cabe afirmar:

a) Que en el artículo 15 bis CP no se encuentran incluidas las llamadas «características subjetivas de autor» (tendencias, especiales intenciones), aunque sólo fuera por la razón de que no son apreciables en personas jurídicas, únicas a las que dicho artículo refiere las «actuaciones en nombre de otro».

b) Que tampoco están incluidas en este artículo aquellas características altamente personales, respecto a las que no puede darse sustitución por parte del que «actúa en nombre de otro» y que, además, difícilmente concurrirán en personas jurídicas. En consecuencia, sobra en el artículo 15 bis CP el término «cualidades» en la medida en que, habiéndose extraído de él las referidas características, el resto de lo que bajo tal concepto cupiera encuadrar se encuentra ya bajo el de «relaciones». En este último sentido, el uso conjunto de ambos términos en el artículo 15 bis, es reiterativo.

c) Justamente el término «relaciones», entendido como lazos de unión existentes entre una persona y otras personas, instituciones o cosas, será el que suministre el mayor contenido al artículo 15 bis CP, siempre y cuando tales vínculos resulten significativos de una cierta tarea, función o cometido a desempeñar o perseguir por su titular—esto es, por la persona jurídica— y pueda ser sustituido en ellas por quien actúa en su nombre (deudor, quebrado, comerciante, distribuidor, fabricante, empresario, etc.).

VIII.—PROPUESTA DE «LEGE FERENDA» DE UNA DEFINICION NORMATIVA DE RESPONSABILIDAD PENAL POR «ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO»

Sobre la base de las observaciones hechas y de las conclusiones alcanzadas hasta este punto, creo que se podría proponer una formulación legal del «actuar en nombre de otro» del siguiente o parecido tenor:

«El que realizare un hecho como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, que constituiría delito o falta si concurrieran en él las características especiales exigidas por la correspondiente norma penal, responderá conforme a ésta siempre que concurren en aquél en cuyo nombre hubiere actuado».

Como se ve, en esta propuesta de definición se acogen los siguientes rasgos:

1.—Se admite la representación, tanto legal como voluntaria, lo mismo de una persona jurídica que de una persona física, al tiempo que se ofrece la posibilidad de solventar conforme al criterio de la «actuación en nombre de otro» determinados problemas que plantean las llamadas «uniones sin personalidad». Debe tomarse en cuenta que la restricción operada por el parágrafo 14 StGB en relación con la representación voluntaria de una persona jurídica, es uno de los aspectos que más han reprochado a dicha norma tanto la doctrina como la práctica alemanas.

2.—Se conserva la mención de los «directivos» u «órganos» de una persona jurídica por cuanto, de una parte, en el segundo término se abarca la representación legal de la misma y, por otra parte, con ambos se pueden acoger a sujetos que, sin llevar a cabo acciones estrictamente representativas de la persona jurídica de que se trate, pueden observar comportamientos de otra índole delictivamente relevantes.

3.—Se resumen las «condiciones, cualidades o relaciones» en la expresión «características especiales» que, sobre resultar común a todas aquéllas, ni resulta indeterminada, ni zanja apriorísticamente (cuando todavía no ha existido un debate suficientemente clarificador al respecto) la previsible reflexión sobre qué características permiten fundar una responsabilidad penal por «actuación en nombre de otro».

4.—Por lo demás, se opera sobre la base (con meras diferencias de matiz) de las formulaciones seguidas por el CP y los proyectos del mismo.