


Dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: la *cultura del cumplimiento* y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A

Difficulties of corporate criminal liability: the culture of compliance and the shifting and extension of criminal liability in M&A transactions

PEDRO FANJUL GONZÁLEZ

Abogado

pedrofanjul@outlook.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8649-4774>

Resumen: La actual delincuencia empresarial genera nuevas demandas político-criminales que han provocado la superación del clásico principio *societas delinquere non potest*. El Derecho penal protege los bienes jurídicos de la persona físicas (la vida, la libertad...). Sin embargo, las personas jurídicas son naturalmente diferentes y susceptibles de adaptarse a nuevas regulaciones debido a la competencia en un mercado económico globalizado y en constante evolución. Su equiparación en la norma penal plantea problemas fundamentales, teóricos y conceptuales que los operadores jurídicos aún no han sabido afrontar.

Abstract: *Current corporate crime generates new political-criminal demands that have led to the classic principle of societas delinquere non potest being superseded. Criminal law protects the legal assets of natural persons, (life, liberty, etc.). However, legal entities are naturally different and can adapt to new regulations due to competition in a globalised and constantly changing economic market. Their equalisation in criminal law raises fundamental theoretical and conceptual problems that legal operators have not yet been able to tackle.*

Recepción: 24/01/2024

Aceptación: 30/05/2024

Cómo citar este trabajo: FANJUL GONZÁLEZ, Pedro, “Dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: *la cultura del cumplimiento* y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 53-96, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.03>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 53-96

Palabras clave: responsabilidad penal, personas jurídicas, compliance, traslado y extensión de la responsabilidad.

Keywords: *criminal liability, legal entities, compliance, transfer and extension of liability.*

Sumario: 1. OBJETO. 2. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA. 3. EL CONCEPTO PERSONA JURÍDICA. 3.1. Introducción. 3.2. Contextualización histórica: desde Roma a nuestros días. 3.3. Una concepción moderna del Derecho de las personas jurídicas: el Derecho patrimonial y el artículo 38 del Código Civil. 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES. 4.1. Ámbito de aplicación. 4.2. Presupuestos para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4.3. Incapacidad de acción y los principios de culpabilidad y personalidad de las penas: el aspecto normativo del deber ser. 4.4. La interpretación del artículo 31 bis del Código Penal y los modelos de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica: autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad. 5. TRASLADO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL A LA SOCIEDAD RESULTANTE EN OPERACIONES M&A. 5.1. El artículo 130.2 del Código Penal. 5.2. Defectos del artículo desde el punto de vista jurídico-mercantil y jurídico-penal. 5.3. Auto de 30 de abril de 2019 de la Sección 4.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. 6. AUTORREGULACIÓN: MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL (*COMPLIANCE PROGRAMS*), Y LA IMPORTANTE DE LA *DUE DILIGENCE* PENAL EN M&A. 6.1. *Compliance* y la autorregulación. 6.2. La *due diligence* penal. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. OBJETO

Actualmente en España una empresa resultante de una operación de transformación, fusión, absorción o escisión puede ser condenada penalmente por la comisión de un delito que jamás cometió. Esta sorprendente afirmación está establecida en el Código Penal (CP, en adelante), concretamente en su artículo 130.2:

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

La positivación del traslado de la responsabilidad penal entre sociedades plantea incertidumbres sobre la aplicación de los fundamentos básicos y elementales del Derecho Penal, así como inseguridad jurídica, debido a la redacción del precepto legal, que plantea supuestos indeterminados, y a la prácticamente inexistente jurisprudencia que pudiera aclarar los interrogantes manifestados por los operadores jurídicos.

Se abordarán las razones que justifican la adopción en el ordenamiento jurídico español del traslado de la responsabilidad penal en operaciones de transformación societaria. Se examina, en primer lugar, la perspectiva histórica del concepto persona jurídica y, posteriormente, la responsabilidad penal de las entidades. Se analiza jurídico-penalmente el fundamento sobre el que pivota la atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como el conflicto que origina con el principio de culpabilidad en materia penal. Finalmente, se profundiza en la atribución de responsabilidad penal a las empresas involucradas en procesos de transformación societaria, proponiendo posibles debates para abordar el asunto planteado. La responsabilidad penal de las personas jurídicas está sujeta a importantes cambios debido a la constante evolución económica a nivel mundial, especialmente en el contexto actual de la revolución industrial digital del siglo XXI. Dichos cambios no sólo se producen desde el punto de vista económico, sino que, además, son fruto de las alteraciones sociales que actualmente son experimentadas por la población mundial y que también se materializan en el ámbito penal¹. En palabras del Tribunal Supremo (TS, en adelante), sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, “[...] En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema”².

Por tanto, en la lectura de las siguientes páginas, debe considerarse en todo momento su marco temporal, con ánimo de no caer en erróneas conclusiones generalistas. Se abordará la cuestión de análisis desde dos puntos de vista que, por la especialización del asunto, deben estar necesariamente interconectados: el Derecho Penal y el Derecho de Sociedades.

1 Una de estas manifestaciones sociales es plasmada en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en vigor desde el 7 de octubre de 2022, que modifica el Código Penal e introduce una ampliación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Concretamente, expande el catálogo de delitos en conductas de acoso sexual (entre otras modificaciones): la persona jurídica puede ser penalmente responsable en la solicitud de favores sexuales “para sí o para un tercero, en el ámbito de la relación laboral, docente o de prestación de servicios”, siempre que la petición sea habitual y genere una situación intimidatoria, hostil o humillante para la víctima (art. 184 CP). Cuestión que intensifica y expande la responsabilidad penal de la persona jurídica a ámbitos nunca imaginados.

2 STS 221/2016 (Sala de lo Penal), de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 1535/2015), FJ 5º.

2. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA DELINCUENTE.

Se entiende por delincuente aquella persona que delinque³: quien comete un hecho delictivo, conocido en el ámbito jurídico como *sujeto activo* del delito. La palabra ‘activo’ procede del latín *activus*, compuesta por el sufijo ‘-ivus’ (que indica una relación activa) y *actum* que procede del verbo *ágere/ago* (llevar a cabo, hacer...). Por tanto, el *sujeto activo* es la persona que lleva a cabo una acción, en este caso la comisión *del delito*. El CP⁴, en su artículo 10, define los delitos como “...las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”. Este precepto recoge todos los elementos (objetivo y subjetivo) del delito⁵:

- *Acciones y omisiones*: conducta humana dirigida por la voluntad.
- *Penadas por la Ley* (elementos objetivos): manifestación del principio de Legalidad, es decir, para que la conducta sea delictiva debe estar previamente definida como tal en la Ley (tipicidad) y sin que existan causas de justificación que excluyan su antijuridicidad.
- *Dolosas o imprudentes* (elementos subjetivos): análisis de la conducta del autor en el momento de llevar a cabo la acción delictiva, para determinar si obró de forma dolosa o imprudente.

El sujeto activo es considerado en la norma como elemento propio de la acción (caracterizándose el delito como *acción*, al llevarse a cabo por una persona, y no como *hecho*), ya que “supone un ser dotado de inteligencia y voluntad, atributos que solo pueden reconocerse en principio en un hombre”⁶. Desde este punto de vista, únicamente las personas pueden ser consideradas sujeto activo del delito (delincuente), por no existir otro ser con dichas cualidades. Es lo que se conoce como *societas delinquere non potest*: las empresas no delinquen, principio por el cual sólo puede exigirse responsabilidad penal a las personas físicas. En sus inicios, sobre el siglo XIX, la mayoría de la doctrina se opuso a la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a la denominada triple incapacidad: incapacidad de acción, incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena⁷. La regla *societas delinquere non potest* ha imperado en nuestro ordenamiento jurídico hasta 2010, año en el que una reforma del CP, operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –LO 5/2010, en adelante– introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

3 Real Academia Española. (s.f.) Delincuente. En *Diccionario de la lengua española*. Consultado el 26 de diciembre de 2022, de <https://dle.rae.es/delincente?m=form>.

4 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

5 Vid. ESCRIBUELA CHUMILLA, J., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tesis Doctoral UCAM, Murcia, 2019, p. 43.

6 Ídem., p. 14.

7 Vid. POLAINO-ORTS, M., “Persona y Persona Jurídica”, *Revista Científica Ciencia Jurídica y Política: CPJ*, Vol. 4. Número 7, 2018, p. 28.

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán plenamente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, [...]”⁸.

Se abandona pues la idea predominante de *societas delinquere non potest* sustituyéndola por el *societas delinquere potest* (las empresas sí delinquen) y “corporate crime” (crimen cometido por corporaciones)⁹ o *criminalidad de la empresa* (“Unternehmenskriminalität”, según la propia terminología de la doctrina alemana).

La LO 5/2010 supone la consideración de las personas jurídicas como sujeto de Derecho Penal y la derogación definitiva del principio por el que las sociedades no pueden delinquir, significando, en palabras de PÉREZ FERRER, “un antes y un después de la cultura corporativa en el marco normativo de España”¹⁰. Como justificación a esta modificación, la propia Ley alude a las *obligaciones internacionales* que España tiene contraídas en el ámbito de la armonización jurídica europea, así como a “la cambiante realidad social que determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas”¹¹, teniendo dicha modificación una directa y evidente motivación internacional, con una influencia clara del derecho anglosajón, aunque la doctrina que estudió originariamente la responsabilidad penal corporativa fuera la germana. Pero esta cuestión será atendida más adelante. Lo principalmente interesante en este punto es el aspecto económico en que se fundamenta la reforma. Según DÍEZ RIPOLLÉS¹² la decisión político-criminal por la que se considera a las personas jurídicas como sujeto activo del delito ha de fundamentarse doctrinalmente en tres aspectos:

En primer lugar, porque las actuaciones de los colectivos societarios presentan una complejidad jurídica que debe ser atendida específicamente desde el derecho penal: los colectivos societarios “[...] se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos”¹³. Por otro lado, motivada por la necesidad de categorizar los elementos que deben concurrir en el comportamiento societario para llevar a cabo un juicio de responsabilidad jurídico-penal. Y, finalmente, por la relación de sanciones penales para satisfacer los fines de la pena que se pretendan y el establecimiento, de programas de cumplimiento normativo

8 Artículo 31.1 bis del CP.

9 Vid. MARTIÑÓN CANO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución”, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, 2014, p. 2.

10 PÉREZ FERRER, F., “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*)”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Número 13, 2018, p. 133.

11 El párrafo tercero del apartado I del Preámbulo de la LO 5/2010 indica: “Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones -a veces de considerable calado- de nuestras normas penales”.

12 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Regulación española”, *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, Número 1, 2012, p. 2.

13 Ídem.

(*Compliance Programs*), prevención y detección de delitos interna: la autorregulación¹⁴. La reforma del 2010 también tiene una naturaleza mercantil, ya que busca evitar que la responsabilidad de las personas jurídicas pueda ser eludida mediante una restructuración o modificación societaria, operaciones pertenecientes al ámbito mercantil. En concreto, el apartado VIII del preámbulo de la LO 5/2010, en su párrafo quinto, señala: “[...] al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión”. Es en esta interrelación entre el derecho penal y el derecho mercantil donde se centra el objeto de la presente investigación: el eventual traslado de la responsabilidad jurídica (penal) de las sociedades (mercantiles¹⁵) en operaciones de modificaciones estructurales.

3. EL CONCEPTO PERSONA JURÍDICA

3.1. Introducción

El artículo 35 del Código Civil indica:

“Son personas jurídicas:

1º. 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.

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

¹⁴ *Cfr.* Ídem.

¹⁵ Se centra este estudio en las sociedades mercantiles: aquellas que se caracterizan por el ánimo de lucro que motiva su creación. La definición de sociedad que ofrece el Código Civil es prácticamente idéntica a la establecida por el Código de Comercio. Concretamente, el Código Civil en su artículo 1665 define la sociedad como “un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. El Código de Comercio en su artículo 126 indica que toda sociedad, cualquiera que fuese su clase, será mercantil si “dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro [...] Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”. No obstante, por su especialidad, se toma el concepto que añade a la sociedad la nota de mercantilidad.

El codificador del siglo XIX quiso dedicar un único artículo a las personas jurídicas, pero finalmente, introdujo una regulación genérica en un capítulo específico. Se expuso claramente la capacidad de obrar de las personas jurídicas, haciendo hincapié en la cuestión y delimitándola en el artículo 38. La capacidad jurídica y de obrar, ser sujeto de derechos y obligaciones, es por tanto la función principal que desempeña la atribución de la personalidad jurídica¹⁶. La atribución de persona jurídica a la agrupación ha sido a lo largo de la historia un tema de gran discusión jurídica, diversas teorías y un amplio debate entre la doctrina.

La inclusión en el ordenamiento jurídico de una personalidad diferente a la física atiende a unas necesidades sociales que, a priori, sólo podrían comprenderse en la actual sociedad del Siglo XXI. Como indica GALGANO: “En nuestros tiempos, la riqueza es, en términos extremos, riqueza de personas jurídicas: quien ejerce el comercio o la industria lo hace, en la mayoría de los casos, en nombre de una sociedad; quien lleva a cabo obras de solidaridad humana lo hace, en la mayoría de los casos, en nombre de una asociación o de una fundación. De esta forma la riqueza circula de una persona jurídica a otra, o circula como cuota de participación en el capital de una persona jurídica, y las personas naturales parecen reducirse al rol de proveedores de mano de obra para las personas jurídicas, o de consumidoras de sus productos”¹⁷. Estas afirmaciones son hoy ampliamente aceptadas y consideradas como algo lógico gracias a un proceso histórico de debate jurídico que ha permitido otorgar personalidad jurídica a las agrupaciones. Sin embargo, anteriormente no era así, ya que gran parte de la doctrina se mostraba reticente a reconocer estos grupos como sujetos titulares de derechos y obligaciones.

No se pretende analizar históricamente la regulación de la persona jurídica, ya que se alejaría del núcleo esencial del tema. El debate jurídico sobre la persona jurídica es convulso y extenso y podría desviar una correcta comprensión de este estudio. No obstante, sí es necesario partir de un consistente concepto de persona jurídica que ayude a cimentar el desarrollo del tema principal de este estudio.

3.2. Contextualización histórica: desde Roma a nuestros días

Las aportaciones de la jurisprudencia romana son fundamentales para sentar las bases de lo que hoy en día se entiende por persona jurídica. Roma sitúa todo sistema de derecho en ejes de poder. En el ámbito del derecho privado el único sujeto de derechos es el individuo, pero únicamente gozaban de la plenitud de derechos derivada de tal condición, los ciudadanos (no, por ejemplo, los esclavos o los *peregrini*). En el derecho público se encontraba la Ciudad. Las relaciones de la Ciudad con los

16 Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Código Civil comentado”, *Volumen I [Título preliminar-De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I-De las personas, 2016, Artículos 35-39, De las personas jurídicas.*

17 Vid. GALGANO, F., “El concepto de la persona jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, Número 16, 2004, p. 13.

ciudadanos no permitían que estos últimos pudieran ejercer frente a ella ningún derecho subjetivo¹⁸.

Si bien el Derecho Romano no concebía la figura de la personalidad jurídica, sí estableció que entidades diferentes al ser humano pudieran ser propietarios de bienes, principalmente el Estado y las ciudades y, posteriormente, para comunidades privadas denominadas *corpus*, *collegia* o *universitates* que estaban dotadas de fines políticos o religiosos. Apunta COSSÍO Y CORRAL¹⁹, que se trata de “unidades de derecho público, consideradas más bien como partes integrantes del Estado que como entes autónomos”, aunque, continúa el autor, “poco a poco se va variando esta concepción fundamental, y produciéndose una aproximación del régimen patrimonial corporativo al derecho privado, [...] se va considerando los *corpora* como sujetos, dotados de un verdadero *ius commercium*, así como concediéndoles la posibilidad de actuar mediante representante a los efectos de la posesión, de manumitir esclavos, de recibir legados mediante testamento, aunque sin llegar nunca a una identificación de tales *corpora* con los individuos, que es a los únicos a quienes en Roma se reconoce verdadera personalidad en derecho”.

Lo verdaderamente importante aquí es “reconocer que la personalidad jurídica –y las instituciones semejantes que existían fuera del *ius commune*– servía a la función de permitir formas de apropiación (titularidad de conjuntos de bienes) distintas de la individual, esto es, encontrar una forma de apropiación más comunitaria que la propiedad individual”²⁰. Es decir, había problema en admitir que el Estados y las ciudades, y luego las corporaciones, eran propietarios de bienes con la capacidad de adquirir, transferir y administrarlos a través de actos jurídicos, además de poder defender sus intereses en procedimientos legales. No era necesario por tanto disponer de las teorías del derecho subjetivo o del patrimonio, sólo bastaba con los conceptos de la propiedad y el dominio como contenido de la propiedad para poder ser capaces a atribuir masas de bienes a colectividades²¹. Las colectividades no eran consideradas personas jurídicas como tales, pero sí propietarias.

Desde que Constantino I reconoció la libertad de religión en el Imperio Romano mediante el Edicto de Milán, la Iglesia comenzó a desempeñar un interesante papel adquiriendo un reconocimiento legal pleno *collegium licitum* y permitiéndosele

18 Vid. COSSÍO Y CORRAL, A., “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 3, 1954, pp. 630 y ss. Disponible: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1954-30062300654

19 Vid. Ídem, pp. 634 y ss.

20 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2021, 28 de enero). “El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación”. Disponible: <https://almacenederecho.org/el-trust-la-persona-juridica-y-el-patrimonio-de-afectacion>; ZENATI-CASTAING, F.; “La propriété, mécanisme fondamental du droit”, en Tomasin (dir), *Qu'en est-il de la propriété?*, Presses de l'Université Capitole, LGDJ-Lextenso Editions, 2006, pp. 243-249.

21 Cfr. Ídem.

actuar jurídicamente²². De hecho, el objetivo principal de la Iglesia en el Bajo Imperio mediante las denominadas causas pías era impedir que los bienes donados de manera voluntaria a la Iglesia fuesen apropiados por los religiosos encargados de administrar parroquias, hospitales y monasterios, y garantizar que esos bienes quedaran bajo propiedad de la Iglesia de manera permanente²³. Posteriormente, en la Edad Media, si bien es cierto que no hubo un reconocimiento del ente social como sujeto sustantivo frente a los integrantes, los romanistas medievales, así como los canonistas, continuaron el proceso de conceptualización de *corpora* y *universitas* y, además, sembraron las bases de la personificación de los conjuntos de bienes con objeto de posibilitar la gestión independiente de los bienes pertenecientes a colectividades o colectivos²⁴. A ellos se les atribuye el hablar por primera vez de la *fictio iuris*²⁵.

Atribuyendo propiedad a una entidad abstracta se limitaba los poderes de los copropietarios y se excluía su propiedad sobre los bienes, con objeto de evitar que los miembros del grupo pudieran apropiarse de los bienes de la entidad²⁶. En Alemania, desde el siglo XVIII, comienza a desarrollarse un gran debate teórico sobre el concepto persona jurídica. En el siglo posterior también se establecieron diferentes vertientes doctrinales. La más ampliamente reconocida en la actualidad por gran parte de la doctrina es la *teoría de la ficción* que considera a la persona jurídica como una creación o corporación originada por el Estado. Los puntos de vista de la doctrina de la ficción pueden resumirse²⁷ de la siguiente manera: los derechos sólo existen con relación a sujetos concretos, es decir, no puede haber derechos sin sujetos. Sin embargo, se considera que sólo las personas son los únicos sujetos de derechos. No obstante, se reconoce la necesidad de que existan entidades jurídicas con capacidad para actuar y, además, se acepta la existencia y necesidad de patrimonios sin dueño. Esto genera “una contradicción entre la lógica jurídica y los hechos, respecto a esta real necesidad”²⁸. Para resolver este conflicto se propone recurrir a la ficción. Mediante ella se busca reemplazar al sujeto que falta y así poder satisfacer esa necesidad, gestándose la idea de que las entidades colectivas “fuesen, por voluntad de la ley, tan personas como los seres humanos”²⁹. SAVIGNY consideró que la creación de

22 Vid. COSSÍO Y CORRAL, A., “Hacia un nuevo ...”, *Op. cit.*, pp. 634 y ss.

23 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2021, 28 de enero). “El trust, la persona jurídica...” *Op. cit.*

24 Vid. ZENATI-CASTAING, F., “La propriété, mécanisme ...”, *Op. cit.*, pp. 243-249.

25 Vid. GALGANO, F., “El concepto de persona jurídica...”, *Op. cit.*, p.14.

26 Para ampliar información sobre cómo la noción de comunidad cristiana facilitó la aparición de la persona jurídica ficta, véase PÉREZ JOHNSTON, R., “Los aportes del derecho público medieval a la teoría del Estado y de la Constitución. (Diálogo con Paolo Grossi)”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Número 5, 2004; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2014, 23 de diciembre). “Lo distintivo en Europa: Corporaciones, Linajes y familia nuclear”. Disponible: <https://derechomercantiles.es/blogspot.com/2014/12/lo-distintivo-de-europa-corporaciones.html>

27 Vid. COSSÍO Y CORRAL, A., “Hacia un nuevo...”, *Op. cit.* p. 628.

28 Ídem.

29 SAVIGNY aporta la noción *fictio legis o sujetos artificialmente creados por la ley*, idea que va a

esa ficción atendía a exigencias del comercio jurídico y que para ello el legislador finge que las asociaciones de personas tienen la propia atribución de persona³⁰, atribuyéndoles sustantividad ficticia.

Otra teoría destacada es la *de los organismos*, asociada a Otto von Gierke, considerando a las personas jurídicas como grupos humanos que funcionan como entes reales y previos al Derecho que sólo merecen ser reconocidos como tal por el Derecho. El Estado únicamente debía declarar tal realidad, ya que la personalidad de la corporación se deriva directamente de la voluntad colectiva de las personas que componen sus órganos. No hay ficción, sino preexistencia a la legislación³¹. En particular, von Gierke, como señala GRACIA MARÍN³², sostenía que “una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización, manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa”.

Para ALFARO ÁGUILA-REAL dichas teorías son en realidad bastante incompletas “porque se limitan a dar cuenta exclusivamente de si los particulares tienen derecho a formar patrimonios separados –creando un fondo común para avanzar los objetivos del grupo o apartando un fondo para destinarlo a un fin determinado como sucede con el fondo dotacional de una fundación– o si la formación de patrimonios separados requiere de la intervención del Estado. Esta cuestión es de la mayor importancia y muy relevante, por ejemplo, para la modificación de las reglas de gobierno de ese patrimonio (si se requiere autorización estatal en la constitución, habrá de obtenerse también para modificar las reglas de gobierno) o para dibujar el régimen de la representación o el alcance de la responsabilidad personal de los gestores del patrimonio separado. Pero no explican muchas otras cuestiones relevantes. Por ejemplo, cuando se constituye –se produce la separación entre el patrimonio de los socios o del fundador y el patrimonio separado– o cuando se extingue el patrimonio separado”³³. Es necesariamente fundamental atender a la extinción del patrimonio separado, es decir, a la extinción de la sociedad mercantil, en aquellos casos en los que se produzca debido a una modificación estructural sobre la misma, ya que el

sentar el concepto moderno de personalidad jurídica. Vid. GALGANO, F., “El concepto de persona jurídica...”, *Op. cit.*, p.15.

30 Vid. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it., 1886-1898, T. III, p. 240.

31 Vid. AGUIRREZABAL, M.E., *Fundamentos del Estado social en el pensamiento de Otto von Gierke*, LABOS, Número 3, pp. 189-197.

32 GRACIA MARÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 4, 1994, p. 472.

33 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 30 de abril). “Los trasplantes jurídicos y las doctrinas de la personalidad jurídica como ejemplo”. Disponible: <https://almacendederecho.org/los-trasplantes-juridicos-y-las-doctrinas-de-la-personalidad-juridica-como-ejemplo>

artículo 130.2 del CP indica que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extingue, sino que se traslada. Por tanto, se requiere una concepción de la persona jurídica que dé cuenta su función económico-social: la concepción patrimonial de la persona jurídica.

3.3. Una concepción moderna del Derecho de las personas jurídicas: el Derecho patrimonial y el artículo 38 del Código Civil

ALFARO ÁGUILA-REAL³⁴ desarrolla las aproximaciones iniciales de los juristas alemanes Alois von Brinz y Julius Binder, entre otros, situando la importancia jurídica en analizar los aspectos reales de la sociedad, es decir, al patrimonio separado el cual está a cargo de los administradores y pertenece a los socios como titulares. Sólo desde la noción del patrimonio puede encontrarse el factor común entre individuos y personas jurídicas para poder aplicar las mismas reglas a ambos: los individuos utilizan el patrimonio para poder desarrollar libremente su personalidad (artículo 10 de la Constitución Española³⁵) –comprar una casa donde vivir, pagar sus estudios, viajar...– y las sociedades para cumplir su objeto social. Entiende que las sociedades con personalidad jurídica “son patrimonios dotados de capacidad de obrar cuyo origen está en un contrato entre los que deciden cooperar para perseguir un fin común”³⁶. Y las reglas que se aplican a los patrimonios son bien distintas a las aplicables a los bienes singulares; ser propietario de un determinado bien o ser titular de un derecho real no es equiparable a ser el titular de un patrimonio. Las reglas sobre la adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales no son aplicables a los patrimonios no individuales, ya que estos últimos se constituyen mediante la aportación o la dotación, se transmiten mediante las modificaciones estructurales

34 Jesús Alfaro Águila-Real, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, en el blog jurídico www.almacenederecho.org recoge su visión sobre el concepto persona jurídica. Considera la teoría de la ficción como excesiva, ya que las personas jurídicas solo son equiparables a las físicas en la capacidad para ser parte de relaciones jurídico-patrimoniales. Esta equiparación supone la aplicación de un régimen que sólo deben implementarse a los seres humanos. La reducción sobre la capacidad para ser parte es lo que, en sus palabras, quiso hacer el codificador cuando llevó a cabo la definición de la capacidad de las personas jurídicas en el artículo 38 del Código Civil (*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*): adquirir, enajenar y ser capaz de defender tales adquisiciones ante tribunales. De la lectura de este precepto se deduce que la capacidad de obrar de las personas jurídicas “es puramente patrimonial”, ya que supone una capacidad para participar en el tráfico jurídico y económico. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 6 de febrero). “Un comentario muy breve a los artículos 35 a 39 del Código Civil”. Disponible: <https://almacenederecho.org/introduccion-al-derecho-de-las-personas-juridicas#:~:text=La%20respuesta%20es%20sencilla%20cuando%20se%20lee%20el%20art.&text=Dice%20este%20precepto%20que%20>

35 “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

36 *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2022, 10 de octubre). “Prefacio a ‘La personalidad jurídica’”. Disponible: <https://almacenederecho.org/prefacio-a-la-personalidad-juridica>

–sustitución de la persona jurídica titular– y se extinguen a través de la liquidación³⁷. Es decir, las sociedades con personalidad jurídica deben ser entendidas como la creación por contrato de un patrimonio colectivo al que se le otorga gobernabilidad, permitiéndole participar en el tráfico jurídico –capacidad de obrar– (transacciones de adquisiciones, enajenación y cesión de bienes y derechos, así como asumir obligaciones y poder entablar relaciones con patrimonios terceros) para poder perseguir un fin común.

Por tanto, observar la persona jurídica como un patrimonio separado y no como un grupo unificado va a exigir el reconocimiento de tal personalidad jurídica a la asociación. Lo importante no es el carácter colectivo de la asociación, sino que realmente se ha contribuido a la creación de un patrimonio separado del individual para que pueda actuar como tal en el tráfico jurídico y económico. En consecuencia, “el Derecho sólo necesita reconocer personalidad jurídica al grupo si el grupo tienen un patrimonio común y separado del patrimonio individual de cada uno de sus miembros. Si no hay tal patrimonio separado, la relación existente entre ellos –la celebración del contrato que les une, esto es, el contrato de asociación– no produce el efecto de generar una persona jurídica, un patrimonio”³⁸. La visión patrimonialista de la persona jurídica permite acaparar el aglomerado de bienes, derechos y obligaciones de la entidad y resulta más convincente ya que posibilita explicar cuestiones como la naturaleza de la disolución de la sociedad, la doctrina sobre los órganos y los acuerdos sociales que se lleven a cabo, así como el sentido de los atributos de la persona jurídica (nacionalidad, domicilio, nombre...)³⁹. La función social del patrimonio es permitir a los individuos desarrollarse como personas, atendiendo a sus necesidades físicas e intelectuales, sobreponerse a los accidentes y a las desgracias, ahorrar, especializarse y dividirse el trabajo, intercambiar cosas propias por ajenas, y obtener las economías de escala y las ventajas del trabajo en equipo formando patrimonios comunes a los miembros de un grupo concreto para poder conseguir los fines que estos establezcan. Si se identifica al titular del patrimonio individual como la finalidad a la que el patrimonio sirve, es decir, el desarrollo de su personalidad, sólo hay que extender el concepto para explicar las personas jurídicas: son patrimonios que sirven a una finalidad colectiva y que adquieren personalidad al designar a individuos para que actúen con efectos sobre el patrimonio y logren, a través de sus acciones, la consecución del fin que dio origen a su creación. La correspondencia es, por tanto, entre los fines a los que sirven los conjuntos de bienes y derechos, y no entre sujetos (los seres humanos y las personas jurídicas). Para lograr la finalidad en común de un patrimonio colectivo, es necesario personificarlo dotándolo de gobernabilidad,

37 *Cfr.* Ídem.

38 *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 11 de abril). “Personas y cosas. Individuos y patrimonios”. Disponible: <https://almacendederecho.org/personas-y-cosas-individuos-y-patrimonios>

39 *Cfr.* Ídem.

agencia o capacidad de obrar, mediante la designación de individuos que actúen en el tráfico jurídico-económico en nombre del colectivo⁴⁰.

Concluye ALFARO ÁGUILA-REAL que “el Derecho de las Personas Jurídicas ha de estar presidido por el respeto a la vida privada, en directa oposición a la concepción de Savigny que, lamentablemente ha prevalecido en buena parte de la doctrina actual [...] acerca de que las personas jurídicas son “una criatura del Estado” y, por tanto, a su entera disposición”⁴¹. La concepción patrimonialista de las personas jurídicas es más conveniente porque no las incluye en el ámbito del Derecho de las Personas –cuyo ámbito son los seres humanos– sino que se adentra al campo del Derecho Patrimonial. Esta perspectiva evita la tentación irresistible de aquellos que se basan en la teoría de la ficción de otorgar a las personas jurídicas el mismo estatus que a los individuos. Esta, a priori simple, equiparación llevaría a una compleja y costosa elaboración y delimitación de excepciones, así como a un aumento del riesgo de tomar decisiones perjudiciales⁴². Por ejemplo, ha habido amplios debates y discusiones doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la titularidad por parte de la persona jurídica de derechos fundamentales o sobre su *derecho al honor*⁴³.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES

4.1. Ámbito de aplicación

La delincuencia cometida a través de las sociedades instrumentales o pantalla o mediante el velo o fachada de la persona jurídica ha motivado la irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su regulación por parte de la LO 5/2010 dejó dudas sobre su alcance. Principalmente en lo que respecta a determinar su ámbito de aplicación, es decir, qué entidades son destinatarias de las novedosas exigencias penales que se introdujeron. El ordenamiento jurídico español incluye diferentes regímenes que serán aplicables a las diferentes circunstancias de las entidades dentro del proceso penal. Conviene en este punto seguir las dos matizaciones que ETXEBERRIA BEREZIARTUA establece. Por un lado, existe una responsabilidad penal estricta y otra

40 Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2018, 29 de mayo). “Bosquejo de una teoría de la personalidad jurídica”. Disponible: <https://almacendederecho.org/bosquejo-una-teoria-la-personalidad-juridica>

41 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 6 de febrero). “Un comentario muy breve...”, *Op. cit.*

42 Cfr. Ídem.

43 Sobre el *derecho al honor* de la persona jurídica, inicialmente la jurisprudencia defendía que éstas tienen derecho al honor, debiendo ser protegido por ser una integridad moral que debe ser tutelada (STS de 28 de abril de 1989). Posteriormente (STS de 2 de marzo de 1989), se entiende que las personas jurídicas no tienen honor sino *prestigio*: la buena fama frente a los demás, abarcando el prestigio únicamente el aspecto externo del honor. El prestigio no es un derecho fundamental. Después, en STS de 21 de mayo de 2009, se reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor que el de las personas físicas. Para ampliar información, véase CAÑIZARES LASO, “Código Civil comentado”, *Volumen I [Título preliminar-De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I-De las personas, 2016, Artículos 35-39, De las personas jurídicas.*

más amplia. Por otro lado, existen entidades mercantiles que actúan bajo “el manto” de la personalidad jurídica y otras que, directamente, actúan sin tener personalidad jurídica⁴⁴. En un sentido estricto la responsabilidad penal se aplica cuando la entidad se enfrenta a un proceso penal similar al dirigido a una persona física, participando la empresa en el proceso penal con los mismos derechos y garantías que la persona física, asumiendo la posibilidad de ser condenada y sancionada de manera independiente a la persona física involucrada. En un sentido más amplio, también puede entenderse que la responsabilidad penal de las corporaciones como la asunción de las consecuencias de los delitos cometidos por las personas físicas vinculadas a ella. En segundo lugar, debe partirse de la base que existen entes con personalidad jurídica y entes que carecen de ella. Según estas circunstancias el régimen penal es distinto, y sólo denominará responsabilidad penal de las entidades a una de ellas:

La empresa con personalidad jurídica será susceptible del régimen establecido en el artículo 31 bis del CP –*responsabilidad penal de las personas jurídicas*–. Las empresas, organizaciones, entidades u otras agrupaciones de personas sin personalidad jurídica le serán de aplicación el régimen accesorio establecido en el artículo 129 del CP⁴⁵. Lo que aquí interesa fundamentalmente es centrarse en el régimen penal del artículo 31 bis CP para las entidades con personalidad jurídica. En el Capítulo XIII, *De los delitos societarios*, el CP, en su artículo 297, ofrece un concepto de sociedad que es demasiado amplio:

“A los efectos de este capítulo, se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

El ámbito de aplicación debe estrecharse aún más, en concreto, tal y como se indicó al inicio de este estudio, aquí se estudia las sociedades mercantiles, es decir, aquellas constituidas a través de un contrato de sociedad con ánimo de obtener ganancias económicas (que son las susceptibles de sufrir un proceso de modificación estructural).

4.2. Presupuestos para la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma introducida mediante la LO 5/2010 añadió el artículo 31 bis al CP⁴⁶.

44 *Vid.* ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E., “El primer régimen de responsabilidad penal: la regulación del art. 31 bis del código penal o la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Proceso Penal*, 2021, p. 3 y ss.

45 *Cfr.* Ídem.

46 Inicialmente y antes de 2015, la redacción del 31 bis CP reflejaba:

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

Si bien la superación del *societas delinquere non potest* ya era una realidad positivada en la norma, fue necesario introducir modificaciones para aclarar y cimentar el régimen establecido. Por ello cinco años más tarde, la LO 1/2015 modifica el tan discutido precepto⁴⁷, aunque mantiene los dos modos de imputación ya establecidos. Esta Ley añade los siguientes cambios especialmente importantes: reemplaza la redacción del apartado 1 del artículo 31 bis, incluyendo dos modificaciones; en la primera de ellas se sustituye y amplía la definición de los sujetos activos del hecho (los “*representantes legales y administradores de hecho o de derecho*” son reemplazados por “*el representante legal o el que actuando individualmente como integrante de un órgano de la persona jurídica, esté autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostente facultades de organización y control dentro de la misma*”), y en la segunda, donde anteriormente se establecía que administradores o empleados debían actuar “*en provecho*” de la persona jurídica, tras la reforma deberían actuar en “*beneficio directo o indirecto*” de la misma⁴⁸. Otra de las modificaciones relevantes de la LO 1/2015 es la inclusión, en el artículo 31 bis CP, de cuatro apartados relativos a los programas de cumplimiento que funcionan como eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por tanto, la imputación requiere que ciertas personas físicas actúen por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica; pudiendo ser, por un lado, los representantes legales de la sociedad o personas con facultades de decisión en el seno de la empresa y facultades de organización y control y, por otro lado, empleados de la compañía y subordinados de los directivos (porque estos últimos hayan incumplido deberes de

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

47 El artículo 31 bis 1 CP, tras la reforma de la LO 1/2015, queda redactado de la siguiente forma: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

48 Este último aspecto, *en beneficio directo o indirecto*, término claramente patrimonial, coincide acertadamente con la visión patrimonial de la persona jurídica que sigue ALFARO ÁGUILA-REAL y que ha sido comentada en el apartado 3.3 de la presente investigación (*Una concepción moderna del Derecho de las personas jurídicas: el Derecho patrimonial y el artículo 38 del Código Civil*).

supervisión y control sobre los subordinados).

El catálogo de delitos contemplados para las personas jurídicas se encuentra disperso a lo largo del CP, es decir, no se incluye en ningún caso alguna relación unificada de los concretos supuestos para responsabilizar a la persona jurídica⁴⁹.

4.3. Incapacidad de acción y los principios de culpabilidad y personalidad de las penas: el aspecto normativo del deber ser

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español plantea problemas en su aplicación práctica (*law in action*) así como en su formulación teórica (*law in books*)⁵⁰. El Tribunal Constitucional ha tratado el denominado principio de personalidad de las penas indicando:

“[...] que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, incluido en el artículo 25.1 CE, implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [...], pero la existencia de responsabilidades penales de terceros no excluye necesariamente la responsabilidad del recurrente por sus propios actos [...]”.

Este principio es uno de los fundamentales que rigen el correcto funcionamiento del Derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico, que asentó sus bases teórico-filosóficas sobre la persona física. Es necesario destacar que la noción de la responsabilidad penal se caracteriza por la valoración de los hechos exteriorizados, y no exclusivamente subjetivos, atribuidos a una concreta persona natural tras la valoración de pruebas y contradicción por las partes. Como indica CUERDA RIEZU⁵¹, “incluso en la vida diaria cabe sostener la aseveración de que ante todo somos lo que hacemos, mucho más que lo que soñamos o proyectamos, que en la mayoría de las

49 En el momento en que se escriben estas líneas, y teniendo en cuenta la modificación del CP introducida por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en España una persona jurídica puede ser responsable penalmente por los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos humanos, delitos contra la integridad moral, trata de seres humanos, acoso sexual, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informáticos, estafas, frustración a la ejecución, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, blanqueo de capitales, financiación ilegal de partidos políticos, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos urbanísticos, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, delitos contra los animales, delitos relativos a la radiaciones ionizantes, delitos provocados por explosivos y otros agentes, delitos contra la salud pública, tráfico de drogas, falsificación de moneda, falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje, cohecho, tráfico de influencias, malversación, delitos de odio, terrorismo y contrabando.

50 PÉREZ ARIAS, J., *Creación judicial del Derecho penal*, 2022, p. 14.

51 CUERDA RIEZU, A., “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXII, 2009, pp. 186 y 187.

ocasiones se queda en el umbral de los sueños o de los proyectos nunca ejecutados [...]; se trata de que ese hecho exteriorizado y no meramente subjetivo se atribuya a una persona concreta, que se convierte así en un centro de imputación. El concepto moderno de responsabilidad jurídico-penal manifiesta una clara aversión hacia las atribuciones raciales o colectivas, del tipo –los judíos son responsables de la muerte de Cristo– o –los alemanes son responsables de la Segunda Guerra Mundial–” o, de forma común en actual *vox populi*, ‘los hombres nos matan’. Por el contrario, dicho concepto moderno de la responsabilidad jurídico-penal tendía, y debería seguir tendiendo, a hacerse preguntas del tipo: “¿quién violó a la víctima X?”, “¿quién defraudó a la Hacienda Pública?” “¿quién es el responsable de la construcción ilícita de un hotel en primera línea de playa?” o “¿quién asesinó a esa mujer?”⁵².

Así las cosas, la responsabilidad penal por la comisión de un delito es atribuida, individualmente, a una persona y no a lo abstracto, a un grupo o colectivo. Es decir, para que una persona sea considerada penalmente responsable debe haber llevado a cabo una acción u omisión recogida en la norma (típica), contraria a derecho (anti-jurídica), penalmente reprochable al autor (culpable) y susceptible de ser castigada (punible). Ahora bien, ¿pueden las sociedades –por una mera decisión del legislador– ser penalmente responsables por las conductas llevadas a cabo por personas físicas? Las sociedades, por su propia naturaleza, no son seres dotados de inteligencia ni voluntad autónoma, por lo que no tienen la capacidad de tomar decisiones (por ello es necesario que dispongan de un órgano de gobierno –compuesto por personas naturales– que tome las decisiones por ella), ni de razonar, ni de diferenciar entre el bien y el mal, ni de prevenir peligros. Desde este planteamiento tan lógico, que no requiere mayor profundización, resulta dificultoso demostrar la capacidad de acción de las personas jurídicas –es decir, la aptitud para realizar conductas delictivas–. Haciendo una lectura literal del art. 31 bis CP “... las personas jurídicas serán penalmente responsables a) De los delitos cometidos [...] por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma y b) De los delitos cometidos [...] por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior...” puede comprobarse que la incapacidad de acción es directamente asumida en la propia norma: la sociedad es responsable de los delitos que cometan otros terceros, no de aquellos que ella misma cometa, ya que no puede. Por tanto, la entidad “sólo actúa nominalmente como requisito jurídico de validez”⁵³. Siguiendo estas nociones, DEL MORAL destaca lo siguiente:

“El “culpable” de esa acción delictiva será el empleado. También podría decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta

52 Cfr. Ídem. p 187.

53 PÉREZ ARIAS, J., *Creación judicial...*, *Op. cit.*, p. 18.

imprudente al no establecer las medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámese así: pero es culpa del administrador (o administradores) [...]. En último término toparemos siempre con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente. Será sólo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante “culpabilidad de la sociedad”, de acuerdo; pero no nos engañemos diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas...”⁵⁴.

En virtud de lo anterior, siguiendo la denominada cadena secuencial del delito, el principal error jurídico se sitúa en tratar de situar a la sociedad en la posición de autora de hechos penalmente relevantes. Este error ejerce como presupuesto para la incapacidad de reprochar válidamente la conducta (culpabilidad) o para “analizar la incapacidad de las personas jurídicas para motivarse ante el mandato contenido en las normas penales”⁵⁵, ya que para que la sociedad sea objeto de reproche, previamente debe ser considerada autora de alguna conducta. La persona jurídica facilita a la conducta delictiva el medio (la infraestructura societaria), el nombre (de la propia sociedad) o la finalidad (actividad societaria), pero ello no fundamenta que la realización real de la acción sea directamente de la entidad⁵⁶. Señala CUERDA RIEZU que “cuando alguien es condenado por algo que no ha cometido, no sólo no hay dolo ni imprudencia, ni tampoco culpabilidad, sino que en realidad no se cumple ninguna de las categorías de la teoría jurídica del delito: no hay conducta en el sentido penal, no es típica, ni tampoco antijurídica, ni el sujeto es culpable, ni el hecho es punible; o si se prefiere: no hay imputación objetiva, no hay imputación subjetiva ni tampoco imputación personal”⁵⁷. Es decir, no es posible que la sociedad pueda llevar a cabo, por sí misma, acciones penalmente relevantes; necesita obligatoriamente la interacción de sus directivos, representantes o empleados, personas que sí tienen la capacidad de tomar decisiones y pueden abusar de la personalidad jurídica de la compañía para cometer delitos. La culpabilidad sólo puede evaluarse desde una perspectiva ética y social (reproche al autor), y únicamente las personas naturales pueden decantarse sobre las posiciones ético-sociales que deben tomar en cada momento.

No obstante, para lograr comprender las dificultades teóricas que plantea la abstracción del sujeto activo, la doctrina apunta a la necesidad de “superar el clásico

54 DEL MORAL GARCÍA, A., “A vueltas con los programas de cumplimiento y su transcendencia penal”, *Revista de jurisprudencia*, 2017.

55 PÉREZ ARIAS, J., *Creación judicial...*, *Op. cit.*, p. 22.

56 *Cfr.* Ídem, p. 24.

57 CUERDA RIEZU, A., “El principio constitucional de ...”, *Op. cit.*, p. 193.

entendimiento de la acción como algo ontológico o prejurídico (que exigiría concretos movimientos corporales dependientes de la voluntad humana) y entendiendo el concepto de la acción de manera normativa, donde lo que importa no es el movimiento corporal (esto es, el elemento ontológico del ser) sino la infracción de un deber (o sea, el aspecto normativo del deber ser)”⁵⁸. Ello concordaría la necesaria visión sobre la función social del patrimonio –la persona jurídica, la sociedad–, entendiéndose el mismo como un conjunto de bienes y derechos autónomos que persigue una finalidad –mercantil– en común concreta, y cuyo *deber ser* no es más que el libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes siempre que respete a la ley y a los derechos de los demás, el orden público y la paz social⁵⁹. El planteamiento sociológico-funcionalista otorga a la pena una función instrumental y accesoria, pero es el único que permite la comprensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En consecuencia, la responsabilidad penal de la persona jurídica se deriva de las actuaciones de quienes controlen ese patrimonio –por acción directa o por no ejercer un debido control de diligencia sobre los actos subordinados–. Resultó ser necesario establecer el modelo de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

La doctrina alemana desarrolló hace unas décadas el concepto *criminalidad de empresa* –en alemán, *Unternehmenskriminalität*⁶⁰–, reflejando la necesidad de incorporar al debate actual la adaptación de las antiguas estructuras estáticas de la teoría del delito a las nuevas realidades sociales o, en cambio, si fuese necesario introducir una teoría del delito *ex novo*. La capacidad penal de las personas jurídicas o morales es admitida antes del año 2000 en los ordenamientos jurídicos portugués y francés. Se apunta a un modelo constructivista de *autorresponsabilidad empresarial*, que se funda en la *ciudadanía empresarial* (en inglés, *Corporate Citizenship*): la sociedad (mercantil) debe ser entendida como un ciudadano corporativo fiel al Derecho cuyo modelo de atribución de responsabilidad es compuesto de una serie de elementos: la competencia empresarial, la imputabilidad empresarial, la culpabilidad empresarial, la responsabilidad por el hecho empresarial⁶¹... El modelo constructivista de la autorresponsabilidad empresarial se acerca a postulados del Derecho penal moderno, al equiparar completamente la persona jurídica (ciudadano empresarial) con la persona física (ciudadano): “un ciudadano (una persona) cuya fidelidad a la

58 POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, 2009, p. III.

59 Artículo 10.1 Constitución Española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

60 Entre otros, pero principalmente, BERND SCHÜNEMANN en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 94 y ss.

61 Cfr. POLAINO-ORTS, M., “Persona y ...”, pp. 26-29.

norma determinará la satisfacción de las expectativas sociales en él depositados y cuya infracción normativa será el parámetro de su responsabilidad penal”⁶².

4.4. La interpretación del artículo 31 bis del Código Penal y los modelos de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica: autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad

La inicial redacción del artículo 31 bis CP, introducido por la LO 5/2010, planteó serias dudas sobre su interpretación. Parecía que el legislador se había decantado por un sistema de imputación societaria fundado en la transferencia de la responsabilidad⁶³, es decir, la responsabilidad penal del concreto delito llevado a cabo por seres humanos es trasladada a la persona jurídica. Por tanto, atendiendo a lo regulado en la ley, se originaron “en estas situaciones dos responsabilidades penales, la primera, la propia de las personas físicas que han cometido el delito, y la segunda, la responsabilidad penal autónoma”⁶⁴.

Ahora bien, ¿cómo puede determinarse la transferencia de la responsabilidad penal desde la persona física a la jurídica? Se establecen tres sistemas de imputación; el primero de ellos consiguió inicialmente el apoyo de una gran parte de la doctrina y es conocido como *heterorresponsabilidad* o modelo vicarial o por hecho ajeno. Este modelo determina que la sociedad es responsable de las acciones de personas que actúan dentro del marco del desempeño de sus funciones y en beneficio de la compañía. Es decir, la culpabilidad de la persona jurídica se deriva del delito cometido por el individuo vinculado a la sociedad, ya sea por un directivo o un empleado (persona física). Este enfoque respeta la concepción clásica de la persona física como único individuo capacitado para llevar a cabo comportamientos penalmente relevantes (al disponer de conciencia y voluntad). No obstante, tal y como ha sido expuesto en el subapartado anterior, un enfoque estricto del modelo de heterorresponsabilidad lleva a importantes ataques sobre el principio de culpabilidad y de personalidad de

62 Ídem.

63 El origen sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas tiene lugar en las doctrinas anglosajona y norteamericana donde, a partir del Siglo XIX, se formularon diversas teorías para poder fundamentar la responsabilidad derivada del hecho de otro. La tesis originaria (*Modelo de Transferencia*) de origen anglosajón, se fundamentaba en la relación feudal del *common law* en la que los Señores se responsabilizaban de cualesquiera acciones de sus súbditos. El problema del modelo es que sólo atribuía responsabilidad por la omisión del deber de control sobre el sirviente, sin poder imputar la responsabilidad por la acción del Señor. El *Modelo de Transferencia* evolucionó en dos etapas: el *Modelo de Identificación* o *alter ego*, que considera a la sociedad como un sujeto dirigido por sus directores pero solo imputa acciones de representantes y no de empleados (considerados las manos de la sociedad); y la *responsabilidad vicarial estricta*, que surgió desde 1990 y responsabiliza a la compañía por acciones de representantes y empleados, siempre que intervengan en el campo de la autoridad de esta. Sin embargo, estas evoluciones llevaron a la transformación hacia un *Modelo por Hecho propio*, donde se responsabiliza a la sociedad considerando sus actos como propios, atribuyendo la causa de imputación al defecto de organización social. Vid. PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2014, pp. 56-61.

64 Vid. ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E., “El primer régimen de...”, *Op. cit.* p. 7.

las penas. En palabras de AGUILERA GORDILLO “no parece fácil compatibilizar el respeto a este principio en la relación personas física/jurídica si el reproche penal deviene, directamente, de la conducta de una persona física. Además, se obvian elementos muy relevantes como, por ejemplo, las interacciones estratégicas que concurren en la organización y el papel que ejerce la influencia del grupo en los procesos de toma de decisiones de los individuos⁶⁵”.

El segundo modelo, conocido como el sistema de *autorresponsabilidad*, imputa a la sociedad aquellas conductas delictivas que entiende cometidas por ella misma, es decir, se considera culpable a la entidad por los defectos en su organización o por la ausencia de medidas adecuadas de control interno para evitar la comisión del hecho delictivo –por tanto, en teoría no hay transferencia alguna de responsabilidad, sino que la propia compañía es *auto-responsable*–, considerándola una *entidad social real*⁶⁶. Se entiende a la persona jurídica como medio autónomo con dominio sobre sí misma y cuyos integrantes se diferencian de ella sin relevancia analítica; su tipicidad objetiva se centraría en el defecto organizativo mientras que la subjetiva radicaría en el conocimiento del riesgo y de la culpabilidad corporativa por ausencia de una cultura de cumplimiento normativo. Es decir, la sociedad queda igualada a la persona jurídica a través de una equivalencia funcional⁶⁷. Lo relevante es certificar tales defectos para poder culpabilizar a la compañía. Trata de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica a partir de la denominada *culpabilidad por defecto de organización*, suponiendo un sistema “más ambicioso que el vicarial, pero de más difícil encaje en un Derecho penal antropocéntrico”⁶⁸. Además, en palabras de PÉREZ ARIAS, dicho modelo “supone una artificiosa teoría jurídica que atenta, entre otros, contra el principio de imputabilidad”⁶⁹. Por último, AGUILERA GORDILLO destaca que el hándicap principal del modelo de autorresponsabilidad se encuentra en la limitada robustez ontológica de las bases en que se sustenta y en la falta de un enfoque metodológico que permita un análisis efectivo sobre cada supuesto concreto, incluido el traslado de la responsabilidad penal entre sociedades⁷⁰.

Con un mínimo apoyo doctrinal, se encuentra el sistema mixto, que transfiere la responsabilidad penal siguiendo las premisas de sistema de heterorresponsabilidad, pero se realiza una graduación de acuerdo con la propia culpabilidad de la entidad, tomando como referencia los errores en su organización que facilitaron la comisión del delito.

65 AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 D.P, identidad y *due diligence* penal”, Compliance Advisory LAB-Investigación sobre Compliance, Forensic y R.PPJ. de Grant Thornton, 2020, p. 6.

66 Palabras del TS, Sala de lo Penal, en Sentencia 89/2023, 10 de febrero.

67 Cfr. AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.*, p. 3.

68 Ídem.

69 PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución...*, *Op. cit.*, p. 61.

70 *Vid.* AGUILERA GORDILLO, R.; “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.*, p. 5.

Inicialmente la doctrina planteó un intenso debate en el que gran parte de esta defendía que la responsabilidad penal de las personas jurídicas positivada por la LO 5/2010 se fundaba en el sistema de heterorresponsabilidad⁷¹, por el que se produce una transferencia de la responsabilidad de la persona natural a la sociedad. Es más, como ha sido mencionado anteriormente, hasta la propia redacción del artículo así lo indica expresamente (“[...] las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos [...] por sus representantes legales... o ... por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas anteriores...”). La discusión también se centró en la vulneración del principio de responsabilidad por hecho propio y si constitucionalmente estuviese avalado que las personas jurídicas no gozasen de las mismas garantías jurídico-penales que las personas naturales⁷². No obstante, todos estos debates deberían considerarse, *a priori*, superados en la actualidad: en 2015, mediante la LO 1/2015 se introdujo una “mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”⁷³ y el legislador trató de zanjar toda discusión:

“[...] se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”⁷⁴.

a inclinación de la LO 1/2015 hacia el modelo de autorresponsabilidad supone asumir que la sociedad comete un error al permitir que alguna persona natural bajo su ámbito de dominio realiza actos delictivos que repercuten en la compañía, tratándose, teóricamente, de una conducta propia de la compañía la que origina la responsabilidad penal. No obstante, hay quienes destacan que la reforma de la LO 1/2015 no modificó el sistema vicarial. Concretamente, DEL MORAL GARCÍA indica la imposibilidad de la persona jurídica de llevar a cabo hechos propios y plantea que debe ajustarse responsabilidad penal corporativa que ajuste los principios de culpabilidad y responsabilidad de las penas⁷⁵.

DÍEZ RIPOLLÉS plasma las incertidumbres jurídico-penales que surgen en esta cuestión. Principalmente, plantea que, debido a la incapacidad inicial del legislador de configurar un injusto específico propio de la persona jurídica, se reconduce el debate hacia la admisibilidad social y constitucional de atribuir a la sociedad responsabilidad por el hecho injusto ajeno cometido por personas físicas por su

71 En esta posición se situaba principalmente la Fiscalía, ya que posibilitaba la investigación y la acusación frente a la sociedad. Véase ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E. “El primer régimen de...”, *Op. cit.* p. 8.

72 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 6.

73 Preámbulo III Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

74 *Ídem.*

75 DEL MORAL GARCÍA, A.; “A vueltas con los...”, *Op. cit.*

cuenta y en su provecho⁷⁶. También critica las incompatibilidades del sistema de autorresponsabilidad, en el ejemplo en que la exigencia de responsabilidad penal a las sociedades instrumentales sólo tiene sentido en el sistema de transferencia, es decir, en el vicarial, ya que en el modelo de autorresponsabilidad el injusto culpable de la sociedad instrumental carecería de sustento⁷⁷. En este último aspecto, también se plantearon las interrogantes sobre si todas las personas jurídicas, por el hecho de estar formalmente constituidas como tal, serían susceptibles de imputación (capacidad para ser parte). Sobre ello la Fiscalía General del Estado tuvo que “echar un capote” en 2011, indicando a los señores Fiscales que en los casos de las sociedades instrumentales recurriesen a la doctrina del levantamiento del velo “a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla, evitando imputar a estas últimas aun a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el art. 31 bis del Código Penal”⁷⁸. Ante esta inseguridad interpretativa sobre la imputabilidad de las sociedades pantalla, la Audiencia Nacional (AN, en adelante) en 2014, establece una interesante distinción entre las personas jurídicas imputables y las inimputables, definiendo que sólo son imputables aquellas que no son meros instrumentos para cometer delitos o fachadas para ocultar actividades criminales⁷⁹. Posteriormente, en 2016 el TS –en su primera condena penal a una persona jurídica– señaló que el carácter instrumental de estas entidades se agota con la comisión delictiva, lo que las hace no imputables como personas jurídicas⁸⁰.

Por otro lado, también refleja DÍEZ RIPOLLÉS las vulneraciones del modelo de autorresponsabilidad en la presunción sobre la respuesta penal de las personas física y jurídica por un mismo injusto culpable, mediante la obligación de modular las penas de multa imponible a ambas personas para que su cuantía total sea ajustada

76 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 16.

77 Las sociedades instrumentales, o sociedades pantalla, son aquellas creadas por personas naturales con objeto de cometer delitos o eludir responsabilidades penales. Díez Ripollés indica que, para este tipo de casos, “hubiera sido preferible [...] crear el delito de testaferría, que hace responder a las personas físicas por servirse de la sociedad para aquellos fines, sin perjuicio de aplicar la medida de seguridad de disolución de la sociedad y los delitos cometidos por las personas físicas sirviéndose de tal instrumento societario”. *Cfr.* Ídem, pp. 12 y 19.

78 Vid. Doctrina de la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. Esta circular tuvo como claro objetivo aportar aclaraciones sobre el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010. Si bien, con la reforma del CP introducida por la LO 1/2015, también tuvo la Fiscalía que emitir una Circular (Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015) para clarificar las nuevas modificaciones introducidas por la ley. No obstante, en ambas circulares la Fiscalía General del Estado apostaba firmemente que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP es de atribución por un modelo de tipo vicarial.

79 Auto de la AN 359/2014 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo (recurso 128/2014), FJ 5º.

80 STS 154/2016 (Sala de lo Penal) de 29 de febrero, FJ 11º.

a unos mismos hechos⁸¹. Esta responsabilidad de la sociedad puede fundamentar en cuatro criterios de imputación alternativos. El primero de ellos –*hecho delictivo societario*– imputa a la sociedad el hecho realizado por un sujeto bajo su esfera considerándose un hecho delictivo propio de la persona jurídica (es en la entidad en la que debe darse el injusto culpable). El segundo imputa a la sociedad un defecto de organización que motiva a sus representantes o empleados hacer o no impedir un hecho delictivo de la persona jurídica. El tercero imputa a la sociedad una cultura corporativa disfuncional, constituyendo –la cultura corporativa– el hecho delictivo propio de la entidad. Y el cuarto imputa a la persona jurídica una respuesta inadecuada frente a la conducta delictiva, siendo la ausencia del comportamiento post-delictivo lo que supone el hecho delictivo⁸². Estas cuatro vías de imputación por autorresponsabilidad evitan vulnerar el principio de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno –o personalidad de las penas–, no obstante, pueden suponer otras dificultades en función de cada caso y, además, ninguna desarrolla correctamente las razones por las que se mantiene la responsabilidad de la persona física junto a la de la persona jurídica⁸³.

No son numerosas las sentencias sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas ni tampoco han sido capaces de completar la aclaración sobre el gran debate doctrinal abierto. El TS inicialmente pudo generar dudas sobre la determinación del modelo de atribución de la responsabilidad penal de la empresa. La primera resolución es la dictada en fecha 29 de febrero de 2016. En esta sentencia el Alto Tribunal se alejó del modelo vicarial, señalando que este “equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial”⁸⁴. Es interesantísimo cómo se centra el foco de atención en los errores que ha cometido la sociedad para poder responsabilizarla, es decir, en si la comisión del delito cometido por la persona física se vio “facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de cada una de las personas

81 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 19. La redacción del 31 ter 2 CP en la LO 1/2015 (anteriormente 31 bis 2 CP en LO 5/2010, y actualmente mantenida) indica: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos”.

82 *Cfr.* Ídem, pp. 7, 8 y 9.

83 Muy acertadamente indica Díez Ripollés que los criterios de la cultura corporativa disfuncional y de respuesta inadecuada al delito suponen un derecho penal de autor desligado de la conducta delictiva concreta. Asimismo, la variante del defecto de organización no es capaz de justificar la imputación subjetiva de la persona jurídica por la conducta delictiva llevada a cabo por una persona natural.

84 STS 154/2016, de 29 de febrero, FJ 8º.

físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos [...]”⁸⁵. Por tanto, para poder responsabilizar penalmente a la sociedad, y más allá de las eximentes previstas en el 31 bis del CP, va a ser determinante conocer el grado de *cultura de respeto al Derecho* que ésta dispone (concepto jurídicamente indeterminado y no previsto en el CP).

La sentencia presenta el voto particular concurrente de siete magistrados⁸⁶. Si bien dichos magistrados comparten el fallo de la resolución, discrepan sobre si dicha ausencia de cultura de cumplimiento debe o no convertirse en un elemento más del tipo objetivo. Consideran que los presupuestos para acreditar la responsabilidad penal de la persona jurídica son exclusivamente los definidos en el artículo 31 bis apartados a y b del CP y que, por tanto, no cabe articular ningún otro tipo más a cargo de la acusación ya que podría alterar la carga de la prueba (la eximente, es decir, los planes para prevenir delitos y los modelos de organización y gestión sobre vigilancia y control, corresponde probarla a la defensa). Señalan el siguiente ejemplo: “No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación”⁸⁷.

En STS 221/2016, 16 de marzo de 2016, se reafirma el Alto Tribunal instando a la Fiscalía a ir más allá, buscando la concurrencia del delito corporativo por defecto estructural en los mecanismos de prevención de delitos exigibles a la persona jurídica. De lo contrario, se estaría ante una presunción *iuris tantum* sobre el defecto organizativo y, por tanto, si la defensa debe probar que no hay tal defecto es porque se presume que sí lo hay y ello supone un ataque a la presunción de inocencia (incompatible con los fundamentos del derecho penal). En sentencia posterior, de tan sólo unos meses de diferencia, el TS sorprendió al afirmar que el legislador había optado por un sistema vicarial: “en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”⁸⁸. No obstante, días después aclaró mediante auto que se trató de un error, ya que se deduce del resto de la fundamentación de la sentencia que la opción del legislador es por un sistema de auto-responsabilidad⁸⁹. Descuido cuanto menos llamativo. Más recientemente,

85 Ídem.

86 Un número significativo teniendo en cuenta que el Pleno fue formado por un total de quince. El voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón y se adhiere, entre otros, el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

87 STS 154/2016, 29 de febrero, voto particular.

88 STS 516/2016 (Sala de lo Penal), 13 de junio, FJ 1º.

89 Cfr. Auto Aclaratorio TS 6486/2016, de 28 de junio de 2016, FJ Único.

en 2018, el Alto Tribunal vuelve a indicar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es de modelo vicarial⁹⁰. Si bien, desde entonces hasta la actualidad, las últimas sentencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas apuestan por la autorresponsabilidad del delito corporativo, que deriva de la persona física pero no depende única y exclusivamente de ella. Lo cristalino es que el debate aún sigue abierto y este vaivén de opiniones no termina de definir una clara doctrina que aporte la seguridad jurídica demandada por todos los operadores jurídicos.

A principios del año 2023 el TS tuvo una oportunidad extraordinaria para zanjar, tras trece intensísimos años de debate, el embrollo de este asunto. En extensísima STS 89/2023, 10 de febrero, popularmente conocido como *caso Pescanova*, se pronuncia sobre el motivo de impugnación interpuesto por dos sociedades que manifiestan la falta de justificación o motivación para resultar condenadas. Indican las sociedades recurrentes que las responsabilidades penales proclamadas en la resolución impugnada no se basan en ninguna acción u omisión imputable a las entidades, sino más bien en la objetiva transferencia de responsabilidad que nace en las personas físicas, sin estar ello permitido en el ordenamiento jurídico⁹¹. Asimismo, también indican que la actividad delictiva no tuvo ningún beneficio, ni directo ni indirecto, a la persona jurídica, siendo este elemento un presupuesto necesario para que se dé la responsabilidad penal. El TS señala que la sentencia impugnada se sirve del modelo vicarial de responsabilidad, ante la ausencia de un sustento consistente para condenar a la persona jurídica. Asimismo, se destaca en la resolución que un sector importante de la doctrina científica se decanta por la tesis de la responsabilidad por transferencia o por atribución y otro sector por la autorresponsabilidad, ocurriendo de igual manera en la jurisprudencia. Se cita a la STS 154/2016 29 de febrero destacándose que en ella parece que el Pleno de la Sala sustenta la segunda tesis (autorresponsabilidad). Pero directamente el TS rechaza la oportunidad de clarificar la cuestión; dice textualmente:

“No profundizaremos ahora, por exceder del objeto de este motivo de impugnación, en las discrepancias expresadas en su voto concurrente por hasta siete magistrados integrantes de la Sala, con relación a la consideración de la ausencia de una cultura de control como elemento subjetivo del tipo. Sirva señalar solamente que, también esos magistrados disidentes consideraban que “el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno”, aunque no compartieran que dicha ausencia pudiera ser considerada, en la específica regulación vigente, como -el núcleo de la tipicidad- o como un elemento autónomo del

90 STS 506/2018 (Sala de lo Penal), 25 de octubre, FJ Único. Textualmente: “La queja expuesta sobre la absolución de la persona jurídica no tiene el alcance que plantea. La responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta. Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución”.

91 STS 89/2023 (Sala de lo Penal), 10 de febrero, FJ 27º, 2, p. 122

tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, frente a lo que se entendía en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la circunstancia prevenida en el párrafo segundo del citado precepto”⁹².

Seguidamente, con gesto *pilatesco* –como dirían en Italia–, manifiesta el Tribunal que, en cualquier caso, se asiente la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre criterios de atribución o transferencia vicarios o, por otro lado, sobre su autorresponsabilidad, lo que realmente tiene por objeto el legislador es establecer que se obre en beneficio directo o indirecto de la sociedad y, entiende, por tanto, que no se da dicho beneficio, admitiendo el motivo y absolviendo a las sociedades.

En conclusión, debe entenderse que no existe una opinión clara y rigurosa, ni doctrinal ni jurisprudencial, ni mucho menos legislativa, sobre si la atribución o transferencia de la responsabilidad penal a las personas corresponde al modelo vicarial o de autorresponsabilidad. Por un lado, se encuentra la eximente del artículo 31 bis CP, apartados 2 a 5, que fundamenta la culpabilidad de la persona jurídica en referencia al determinado hecho injusto transferido. Si durante la comisión del hecho delictivo existe un programa de prevención de delitos, el reproche de culpabilidad puede directamente no surgir o atenuarse. Por otro lado, la ley no exige un injusto específico propio de la persona jurídica; sólo se entiende a que el defecto de organización en la compañía, es decir, el carecer de programas de prevención, facilita la conducta delictiva por la persona física vinculada a la entidad. Por tanto, el injusto específico es la conducta típica que realiza la persona natural en beneficio de la jurídica, siendo la sociedad recibe, por transferencia, el injusto cometido por el directivo o empleado de la persona jurídica (los dos supuestos del artículo 31 bis 1 CP se refieren a los delitos cometidos por directivos o empleados y no a un concreto delito de organización defectuosa cometido directamente por la persona jurídica por medio de sus órganos de gobierno)⁹³. Es más, como acertadamente indica DÍEZ RIPOLLÉS, “si el injusto se basara en un defecto de organización de la persona jurídica, debieran primar las estructuras imprudentes” y “no existe, sin embargo, una cláusula general de imprudencia aplicable a todos los delitos en los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas”⁹⁴.

Puede comprobar el lector que, como ha sido reiterado a lo largo del presente estudio, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un asunto en constante debate, susceptible de cambios interpretativos y nuevas reformas legislativas y con respuestas abiertas aún por resolver. En la actualidad no hay una toma de posición definitiva y aunque la misma LO 1/2015 manifieste descartar el modelo de atribución vicarial y sea favorable el sistema de autorresponsabilidad, siguen existiendo

92 STS 89/2023 (Sala de lo Penal), 10 de febrero, FJ 27º, 3, párrafo sexto, p. 123.

93 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Derecho Penal Español Parte General (5ª Edición Revisada)”, *Lección 14. El principio de imputación personal. El principio de imputación subjetiva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pp. 285 y ss.

94 Ídem.

múltiples interrogantes jurídico-penales provocados por la ausencia de un injusto delictivo propio de la persona jurídica. Si bien la variante del sistema de autorresponsabilidad del *hecho delictivo societario*, que determina culpable a la sociedad por el hecho delictivo propio, aunque ejecutado materialmente por sus integrantes, debiera ser la más conveniente desde el punto de vista penal, parece que aún debe perfeccionarse la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo en cuenta las claras diferencias histórico-conceptuales que mantiene con el sistema penal de la persona natural. Aunque será abordado con profundidad en el siguiente apartado, es importante anticipar que el proceso de definición de modelo de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas también debe desarrollar expresamente y tener en cuenta el examen sobre el traslado de la responsabilidad entre sociedades establecido en el artículo 130. 2 CP. En función de asumir uno u otro modelo de atribución de reproche penal a una empresa, los criterios para trasladar su responsabilidad a otra variarán.

5. TRASLADO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL A LA SOCIEDAD RESULTANTE EN OPERACIONES M&A: EL ARTÍCULO 130.2 DEL CÓDIGO PENAL

5.1. El artículo 130.2 del Código Penal

No cabe en el ordenamiento jurídico español, ni en la actual conciencia popular sobre lo que debiera ser la justicia, la posibilidad de heredar la culpabilidad penal de un difunto⁹⁵; práctica frecuente en el Derecho penal previo al siglo XVIII⁹⁶. Si se

95 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias *A. P., M. P. y T. P. contra Suiza y E. L., R.L., J. O. L. contra Suiza*, 29 de agosto de 1997, señala que “heredar la culpabilidad del difunto no es compatible con las normas de la justicia penal en una sociedad regida por la preeminencia del Derecho”.

96 La forma de culpabilidad tiene una clara dependencia en la forma de sociedad. Señala NAVARRETE URIETA que “la culpabilidad individual no puede pensarse hasta que el individuo no se considera como tal. Sólo con el despertar de la conciencia del “yo” es cuando puede surgir un sentimiento de culpabilidad individual. Pero el despertar del “yo” supone un largo proceso de desarrollo y se realiza en la historia de la humanidad muy lentamente y su aparición es relativamente tardía. El hombre se encuentra metido, como engastado en su entorno y su mundo íntimo no es la vivencia del “yo”, sino la vivencia del “nosotros”. De ahí que este “nosotros” marque el nacimiento de la vivencia de culpabilidad”. *Vid.* NAVARRETE URIETA, J. M., “El nacimiento de la idea de culpabilidad”, *Aldaba*, Número 18, 1992, p. 33.

La severidad del Derecho penal con el agravamiento de las penas, incluyéndose la infamia, es decir, el traslado de los efectos de la pena a los herederos del reo era práctica común en el Antiguo Régimen. Por ejemplo, la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567 (NR, 8. 3. 3), conjunto de leyes de la Monarquía Hispánica de esa época, establecía:

“Mandamos que los reconciliados por el delito de heregía, y apostasía, ni los hijos, y nietos de quemados, y condenados por el dicho delito, hasta la segunda generación por línea masculina, y hasta la primera por línea femenina, no puedan ser, ni sean del nuestro Consejo, ni Oidores de las nuestras Audiencias, y Chancillerías, ni de alguna dellas, ni Secretarios, ni Alcaldes, ni Alguaciles, ni mayordomos, ni Contadores mayores, ni menores, ni Tesoreros, ni pagadores, ni contadores de quantas,

considera necesaria la ficción legal de equiparar la persona física a la jurídica, es aún más ficticio extender el concepto *muerte del reo* a la persona jurídica. La responsabilidad penal de una persona física es intransmisible, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Por ejemplo, cuando una persona es condenada a diez años de cárcel por un delito de homicidio que únicamente cometió ella, sus familiares no asumirán esa responsabilidad ni tampoco es justo que cumplan esa pena de cárcel, ni siquiera cuando el delincuente fallezca podrán los familiares heredar su condena⁹⁷. Sin embargo, en el caso entre sociedades sí está permitido responsabilizarse por otra, lo que manifiesta claramente que, por mucha personalidad que dispongan, las compañías no son exacta ni jurídicamente equiparables a las personas físicas. Si el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas definido en el 31 bis CP ha supuesto dificultades teóricas y prácticas tan evidentes, el artículo 130.2 del CP va aún más allá, ya que establece una denominada cláusula anti-elusión de la responsabilidad penal de la sociedad⁹⁸. Dicho precepto permite el traslado de la responsabilidad penal (originaria) de una sociedad (en la que tuvo lugar el comportamiento delictivo) a otra sociedad (resultante) –que no ha participado ni ha intervenido de ninguna forma en la comisión del hecho delictivo–, siempre que se den unos presupuestos concretos en relación con movimientos propios del Derecho mercantil: transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones de sociedades⁹⁹. Estas operaciones son conocidas

ni Escribanos de Camara, ni rentas, ni Chancillería, ni registradores, ni relatores, ni abogado, ni fiscal, ni tener oficio publico, ni Real en nuestra Casa, y Corte, y Chancillerías: y ansi mismo que no puedan ser, ni sea, Corregidor, nin Juez, ni Alcalde, ni Alcayde, ni Alguacil, ni merino, ni preboste, ni Veyntiquatro, ni Regidor, ni Jurado, ni fiel, ni executor, ni Escrivano publico, ni del Concejo, ni mayordomo, ni notario público, ni físico, ni cirujano, ni boticario, ni tener oficio publico, ni Real en alguna de las Ciudades, villas, y lugares de nuestros Reynos, y señoríos, so las pena en que caen, é incurren las personas privadas que usan de oficios para que no tienen habilidad, ni capacidad: y so pena de confiscación de todos sus bienes para la nuestra Cámara y fisco: en las quales penas incurran por el mismo hecho, sin otro proceso, ni sentencia, ni declaración: y las personas queden a la nuestra merced”.

Posteriormente, en 1812, la Constitución Española (“la Pepa”) establecía, en su artículo 305 una superación de la herencia de las penas, delimitándose uno de los principios básicos del derecho penal contemporáneo: la personalidad de las penas:

“Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser transcendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció”.

97 Por ello el CP, en su artículo 130.1, establece las causas que extinguen la responsabilidad penal: por la muerte del reo, por el cumplimiento de la condena, por la remisión definitiva de la pena, por el indulto, por perdón de la persona ofendida (para unos delitos leves y muy concretos), por la prescripción del delito y por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

98 Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *InDret*, Número 2, 2020, p. 198.

99 Artículo 130.2 CP:

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

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona

como modificaciones estructurales de sociedades, en jerga mercantilista *M&A* como acrónimo de *mergers and acquisitions* procedente del inglés.

La LO 5/2010, en su expositivo, justifica la posibilidad de este traslado de responsabilidades entre sociedades para evitar que la misma pueda ser burlada¹⁰⁰. El supuesto de hecho de la norma plantea, nuevamente, efectos realmente peligrosos, no sólo desde el punto de vista penal sino también mercantil. Un ejemplo práctico sería el siguiente: la sociedad X se dedica a la venta de textiles, responsable penalmente por un delito de estafa, y resulta ser adquirida en su totalidad por la sociedad Y, por lo que dicha responsabilidad es transmitida desde X a Y. Mientras que la redacción en el CP de las normas referentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sufrido modificaciones, como han sido analizadas las sufridas en el art 31 bis, el contenido del art 130.2 CP se ha mantenido inalterado desde su entrada en vigor en 2010. Los supuestos concretos que plantea la norma en su primer párrafo son la *transformación, fusión, absorción o escisión* de la sociedad (originariamente responsable). El segundo párrafo del 130.2 CP hace alusión a las sociedades aparentemente disueltas (*disolución encubierta o meramente aparente*), para aquellos casos en los que persista la actividad económica de la entidad, que puede llevarla a cabo por medio de otra sociedad u asociación sin personalidad jurídica, manteniendo una *identidad sustancial*. Es decir, si la liquidación y disolución de la compañía (*muerte* de la sociedad) ya se ha realizado, el sujeto activo responsable será la sociedad o asociación sin personalidad jurídica en la que permanecen las actividades societarias. Tal y como indica DÍEZ RIPOLLÉS, existen otros supuestos problemáticos que la norma no contempla, tales como los *holdings*, los grupos societarios, las uniones temporales de empresas, las unidades de producción o distribución, así como empresas filiales o radicadas en el extranjero¹⁰¹. Es realmente importante atender a la subsistencia del concepto *identidad sustancial* que cita la norma, ya que será determinante al momento de reprochar penalmente la conducta a la empresa resultante de la operación mercantil: si la sociedad resultante no tiene relación con la originaria, pero hay traslado de la responsabilidad penal, se vulnerarían los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

100 LO 5/2010, Expositivo VII, párrafo 5º:

“[...] al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión”.

101 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 13.

En definitiva, lo que pretende proteger esta norma es evitar que la sociedad responsable penal pueda sortear serlo al convertirse en otra, ser librada de sus funciones o ser enajenada. Por ello el legislador utiliza las expresiones *trasladar* y *extender*; aplicando la primera de estas a los supuestos de fusiones y adquisiciones (se traslada la responsabilidad de la sociedad –originaria– a la –resultante–) y la segunda para las escisiones (ambas sociedades responderían a priori, de forma doble, por el mismo ilícito)¹⁰².

5.2. Defectos del artículo desde el punto de vista jurídico-mercantil y jurídico-penal

El léxico empleado por el legislador penal no es correcto desde una visión propia del Derecho mercantil, lo que ocasiona interpretaciones no homogéneas de los conceptos que el legislador utiliza en los distintos textos legales aplicables¹⁰³, suponiendo una dificultad interpretativa de las normas y produciendo inseguridad jurídica. La norma penal habla de *transformación*, sin entrar a concretar los tipos de transformación a los que se refiere, de *fusión* y *absorción*, pero olvida tratar la compraventa de sociedades y, por último, se también de la *escisión* sin especificar la operaciones de escisión a las que pueda aplicarse, “pero que debería entrar dentro del ámbito de una venta de una rama de actividad, o la separación de una rama de actividad de la empresa¹⁰⁴” sin especificar el artículo 130.2 CP “si la responsabilidad penal de la persona jurídica permanecerá en la matriz, se derivará a la rama escindida, o bien responderán ambas sociedades, pues sólo dispone que se *extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión*”¹⁰⁵. Este tipo de operaciones, dentro de la materia mercantil, quedaba regulado en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME 2009, en adelante), disposición actualmente derogada en virtud del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (nueva LME, en adelante), en vigor desde el pasado 29 de julio de 2023. La LME 2009 contemplaba, dentro de las consideradas modificaciones estructurales, la *cesión global del activo y pasivo* figura esta que el CP no incluyó. No obstante, la norma penal sí se refiere expresamente a la *absorción*, cuando ni la legislación mercantil,

102 Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “M&A y Compliance: la sucesión...”, *Op. cit.*, pp. 203 y 204.

103 Cfr. Ídem, p. 199.

104 Vid. Ídem, p. 200.

105 Vid. Ídem.

ni la derogada LME 2009 ni la nueva LME, hacen tal referencia ya que la absorción no es más que un tipo de fusión (art. 23 LME 2009 y 34 nueva LME). Ello refleja que la redacción incluida en el artículo 130.2 del CP es rápida, amplia y generalista, dejando tan importante cuestión al aire y llevándose a cabo sin atender a la tan específica regulación mercantil.

En materia penal, aplicar literalmente el artículo 130.2 CP supondría responsabilizar por el hecho ajeno –sobre todo y más claramente en el caso de las fusiones societarias–. Si en el momento de la comisión del delito la compañía resultante no tenía conexión con la entidad penalmente responsable, se estaría culpando a un sujeto que no pudo impedir el comportamiento reprochable. Además, es complicado aplicar enfoques modernos de responsabilidad penal basados en criterios como el defecto de organización, ya que no se establece un criterio claro para transferir la responsabilidad penal a la sociedad¹⁰⁶.

Según AGUILERA GORDILLO, atendiendo a la redacción del párrafo segundo del 130.2 CP, se definen características que configuran la identidad de la sociedad originaria, sin importar que, en términos formales, haya tenido lugar la disolución de la compañía¹⁰⁷. Para poder aplicar el precepto a la realidad práctica resulta fundamental considerar la concordancia entre la identidad de la sociedad originaria y la de la entidad resultante. Es decir, no bastaría con que se diera el supuesto de hecho de la norma (persona física vinculada a la sociedad protagoniza un comportamiento delictivo en concurrencia del artículo 31 bis 1 CP y carencia en la eficacia de llevar a cabo un programa de prevención de delitos idóneo por parte de la sociedad) para proceder automáticamente al traslado de la responsabilidad penal a otra empresa resultante, sino que, además, debe “poder apreciarse la subsistencia de identidad de aquella empresa en cuyo ámbito se cometió el delito”¹⁰⁸. Por tanto, sería indiferente atender al tipo de operación mercantil que se tratase ya el reproche penal se realiza a que esa identidad sustancial sea mantenida tras la operación mercantil; de no ser así se aplicaría una responsabilidad penal objetiva. La Fiscalía General del Estado, a tal respecto, indicaba en la Circular 1/2011:

“De la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El

106 Ídem, 199.

107 El autor destaca que ello evidencia que la norma penal no asumen un modelo de autorresponsabilidad sistémico. Desde esa perspectiva, lo que define a la sociedad son las estructuras y procesos organizativos que dirige, siendo el *defecto organizativo* la base de la acusación penal, sin considerar la relevancia de las personas físicas integradas en la entidad. *Vid.* AGUILERA GORDILLO, R., “Responsabilidad penal de la persona jurídica trasladada por transformación, fusión o escisión: la situación del Santander como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa”, *Derecho penal* 2021, 2021, p. 5.

108 AGUILERA GORDILLO, R.; “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.* p. 2.

precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, absorción o escisión”¹⁰⁹.

Es más, el propio artículo 130.2 CP incluye una cláusula de moderación sobre el traslado de la pena: “El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella”, por lo que el criterio para transferir responsabilidad entre sociedades, en una cuestión de tal envergadura jurídica como es culpabilizar a alguien por un delito, admite la subjetividad de atender a moderaciones: la sociedad resultante puede ser proporcionalmente más o menos responsable en función del nivel de relación que guarde con la entidad originaria de la responsabilidad penal tras la operación mercantil. Esto también plantea serias dudas al llevarlo a la práctica, evidenciando ser otro claro ejemplo de que las personas físicas y las jurídicas no pueden ser exactamente equiparables en aspectos jurídicos: ¿cómo se puede ser más o menos responsable y en base a qué criterios? Se puede ser responsable o no de la comisión de un delito, pero no parcial o proporcionalmente responsable. De no ser así, implicaría asumir que una parte de la compañía sí es responsable mientras que otra no lo es. No se puede llegar a dicha conclusión en el caso de las personas físicas sin caer en lo absurdo: aunque el brazo derecho haya propinado los golpes, el brazo izquierdo no participó en la acción. Por tanto, se absuelve al brazo izquierdo de los delitos acusados pero se condena al brazo derecho por lesiones, imponiendo una pena de prisión de un año. La responsabilidad se determina proporcionalmente según la parte del cuerpo, siendo la derecha más responsable que la izquierda.

En conclusión, el legislador ha decidido transferir la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando atenta contra los fundamentos del Derecho penal. Este cambio abre un intenso debate que queda en manos de la doctrina y jurisprudencia para su desarrollo teórico y práctico. Lo crucial es establecer reglas de atribución que consideren a la entidad resultante como parte del mismo centro de imputación que la empresa originaria, sin violar los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.

5.3. Auto de 30 de abril de 2019 de la Sección 4.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Existe un Auto interesante pronunciado por la AN sobre el artículo 130.2 CP. En contexto, en el Juzgado Central de Instrucción n.º 4 se siguió un procedimiento contra el Banco Popular Español, S.A (en adelante, *Banco Popular* o *Popular* indistintamente) y altos cargos de su dirección por presuntos delitos de estafa y falsedad en la contabilidad, entre otros. Por Auto de este Juzgado, en fecha 20 de marzo de 2019, se acordó la sucesión procesal del Banco Santander, S.A (*Banco Santander* o *Santander*, en adelante) en la eventual responsabilidad penal del Banco Popular, en aplicación

109 Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 9.

del artículo 130.2 CP. La representación del Banco Santander apeló, argumentando que no se le podía responsabilizar, a pesar de la fusión con el Banco Popular, ya que la resolución del Banco Popular por las autoridades ocurrió antes de la fusión. Sostuvo que imputarle responsabilidad penal vulneraría los principios de culpabilidad y responsabilidad de las penas. En abril de 2019 la AN anuló el auto anterior, eximiendo al Banco Santander de imputaciones en el procedimiento. Las cuestiones de mayor relevancia e interés de dicho Auto de la AN residen en que el traslado o extensión de la responsabilidad penal no es automático, y busca estrechar el supuesto regulado por el legislador, indicando que se centra en la “elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas” y no en “aquellas entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas”¹¹⁰. Por otro lado, también apunta a que será necesaria la acreditación del hecho propio de la persona jurídica, el *defecto de organización* y la *cultura de cumplimiento deficiente*¹¹¹, para ser capaces de garantizar los principios de culpabilidad y personalidad de las penas; decantándose por el modelo de autorresponsabilidad (por ello se descarta la aplicación del art. 130.2 CP en base a la incapacidad de acreditar que el Banco Santander mantuvo una conducta dolosa o imprudente grave).

Además, se señala la pertinencia y ajuste a derecho del traslado de la responsabilidad penal cuando se persiga eludir fraudulentamente las mismas, debido a que la sociedad resultante habría “participado en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, deberá quedar debidamente acreditada, ya que, de lo contrario, ello produciría una quiebra ineludible del principio de presunción de inocencia [...]”¹¹².

El Auto de la AN también destaca la falta de sentido práctico del precepto: la mayoría de las modificaciones estructurales busca intereses económicos o nuevas oportunidades de mercado, no un encubrimiento delictivo. Las entidades que realizan estas operaciones son las más interesadas en eliminar cualquier percepción de peligrosidad criminal asociada a las entidades fusionadas, a menos que estén dispuestas a afrontar las consecuencias negativas que conllevaría para su reputación¹¹³ –intangibles más preciados de las sociedades–. No obstante lo anterior, en palabras de AGUILERA GORDILLO “se trata de una resolución que ejemplifica el actual panorama jurisdiccional, ya que apunta que el modelo asumido por ahora es el de autorresponsabilidad [...]” e “invoca la necesidad de salvaguardar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, pero no concreta ni apunta criterios metodológicos claros o procedimientos científicos que permitan dilucidar cuándo subsiste o no esa identidad entre persona jurídica originaria y la resultante”¹¹⁴.

110 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 5º, párrafo 12.

111 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 6º, párrafos 4 y 10.

112 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 5º, párrafo 9.

113 *Cf.* Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 5º, párrafo 12.

114 AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.* p. 10.

Asimismo, el Auto apela a un delito corporativo que, en palabras de GOENA VIVES, es inexistente y “nadie encontrará en la Parte Especial del Código Penal”¹¹⁵. Además, la interpretación que lleva a cabo la AN supone una flexibilización del principio de personalidad de las penas, pareciendo querer restar el carácter punitivo de las sanciones penales en el caso de ser aplicadas a las sociedades, llegando a afirmar:

“Cuando se habla de imponer las penas a las personas jurídicas, se está aludiendo a una acepción amplia, desde un punto de vista material, del principio de personalidad de las penas. Es decir, el mal que conlleva la aflicción punitiva descansará sobre las personas físicas que integran el ente colectivo, ya que éste carece de capacidad para padecerlo. A título de ejemplo, la imposición de una multa de cuantía considerable a una empresa, además de la merma económica para aquella, los que la soportarán, serán igualmente los accionistas o partícipes, aunque hayan sido ajenos a la conducta delictiva, y puede afectar además a los trabajadores, en caso de que aquella sea de cuantía considerable”.¹¹⁶

Ello supone no haber tenido en cuenta la diferenciación entre el mal que *en sí mismo* conlleva la pena de las *consecuencias desfavorables* derivadas del mal intrínseco a la pena. MONTIEL señala acertadamente que la restricción de la libertad de un condenado por homicidio (*mal intrínseco a la pena*) inevitablemente repercutirá en su familia, que se verá privada de los ingresos económicos provenientes del anterior empleo del condenado (*consecuencia desfavorable de la pena*). El principio de personalidad de penas atiende al *mal intrínseco* y, en consecuencia, no se infringiría cuando la familia padece las *consecuencias desfavorables* de la prisión. Al disponer la sociedad de una personalidad jurídica autónoma e independiente a la de sus miembros, es apropiado afirmar que el *mal intrínseco* a la pena recae directamente en la compañía, no en sus miembros. En el caso de una multa, el patrimonio que lo soporta es el propio de la persona jurídica que es quien sufre ese mal. Indudablemente las personas físicas accionistas de la sociedad sufre perjuicio, pero no se enmarca en el *mal intrínseco a la pena* sino en una *consecuencia colateral*¹¹⁷.

En este aspecto GOENA VIVES entiende “que la conceptualización de la pena en sentido amplio no puede conllevar una restricción de las garantías que le son inherentes. En cambio, que la pena lo sea en sentido amplio significa que únicamente atiende a razones de necesidad (y no de merecimiento y necesidad por un delito imputado a título de reproche)”¹¹⁸. La autora indica que para evitar una interpretación literal del artículo 130.2 CP que suponga vulnerar los principios de culpabilidad

115 GOENA VIVES, B., “‘To be or not to b’. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)”, *Diario la Ley Compliance Penal*, 2020.

116 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 2º, párrafo 4.

117 Cfr. MONTIEL, J.P., “Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino”, *En Letra: Derecho Penal*, 2019, p. 97.

118 GOENA VIVES, B., “‘To be or not to b’. Comentario...”, *Op. cit.*

y personalidad de las penas no es preciso recurrir al modelo de autorresponsabilidad. Siempre a la espera de ulterior jurisprudencia, propone una fórmula de “doble test” que pondere la procedencia del traslado de la responsabilidad penal en el caso de una operación mercantil. En primer lugar, indica que debe acreditarse un *estado de cosas peligroso* que permita activar la débil regla de imputación establecida en el 130.2 CP. Defiende que dicho estado se cifraría en ser la operación fraudulenta con ánimo de querer evitar la responsabilidad penal, circunstancia que debería probarse por la propia sociedad –alegación que en el *Common Law* se consideraría una *defensa afirmativa*–. Como segundo requisito, indica que debe acreditarse la falta de identidad entre la identidad inicial y la identidad de la entidad resultante¹¹⁹. Este “doble test”, ingenioso y con ánimo de ofrecer nuevas interpretaciones útiles para la defensa de las sociedades resultantes de operaciones en el marco de un procedimiento por traslado de responsabilidad penal, supondría desafiar los límites de la presunción de inocencia e invertir la carga de la prueba en el proceso penal: ¿no estaría demostrando la sociedad su inculpabilidad, cuando debería ser la acusación quien pruebe tal culpabilidad? Ello rompería con la concepción elemental del Derecho penal sobre el derecho a no declararse culpable, por lo que no podría aceptarse dicha propuesta. Debe entenderse que una sociedad investigada por esta razón va a querer demostrar con todo lo que disponga (incluido facilitando su plan de cumplimiento normativo, cuando no está obligada a ello) para evitar ser condenada, ya que lo que está en juego no es simplemente la sanción económica (aspecto no tan gravoso) sino el daño reputacional de estar inmersa en un procedimiento penal y resultar ser condenada. Esta forma de proceder no es propia de nuestro Derecho, sino del anglosajón.

Es evidente que el proceso penal de las personas jurídicas difiere al de las físicas. La sociedad, por su naturaleza contractual, tiende a la colaboración, mientras que la persona física se ve amparada en el derecho a no confesarse culpable. Además de ello, el fin de la sanción penal es distinto en los dos casos. Por tanto, juzgar a las empresas de la misma forma que a las personas físicas no resulta apropiado.

6. AUTORREGULACIÓN: MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL (COMPLIANCE PROGRAMS), Y LA IMPORTANCIA DE LA DUE DILIGENCE PENAL EN M&A

6.1. *Compliance* y la autorregulación

Los modelos de prevención de delitos o *Compliance*, como no podría ser de otra forma, tienen su origen en el derecho anglosajón, siendo propio de la tradición empresarial estadounidense¹²⁰. Un programa de *compliance* es el “conjunto de

119 Ídem.

120 Se desarrolló entre 1970 y 1980 tras escándalos de corrupción que tuvieron lugar en grandes sociedades. En 1977 se dictó la *Foreign Corrupt Practices Act*, donde se definieron requerimientos y prohibiciones sobre sobornos, libros y registros. Se trató de establecer mecanismos de control y supervisión para evitar la corrupción societaria, así como los sobornos a funcionarios públicos. Para

políticas o mecanismos dentro de la empresa que permiten identificar y asesorar sobre los riesgos de un posible incumplimiento normativo o de los códigos éticos de la organización, para así implementar las medidas oportunas para prevenir estos incumplimientos”¹²¹. Con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español se añadió también la posibilidad de que los programas de *Compliance* pudieran ser causa de exención de dicha responsabilidad. Desde entonces las sociedades han desarrollado una mayor concienciación y cambios culturales en materia de prevención de delitos y actuaciones contrarias a Derecho. La norma penal no obliga a las sociedades a disponer de un modelo de prevención de delitos, sino que regula las condiciones en las que la persona jurídica podría resultar exenta de responsabilidad penal. Dicha regulación supone la implicación de las sociedades en la persecución y prevención de los delitos cometidos en su ámbito por personas naturales, por lo que se incentiva la “autorregulación y la autoorganización de los entes colectivos, hasta el punto de que su punición se condiciona en buena medida a la no disponibilidad en ellas de instrumentos que faciliten la prevención o persecución de delitos”¹²². En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, la autorregulación de las sociedades en materia preventiva de delitos exige a los ciudadanos llevar a cabo funciones *cuasi-policiales*, trasladándose el ejercicio de las tareas preventivas penales desde el poder público a poderes privados, suponiendo una clara renuncia al carácter público del derecho penal¹²³.

Dicho lo anterior, el ordenamiento jurídico actual obliga a las sociedades a adoptar actitudes preventivas en materia legal. El valor ofrecido al denominado *cumplimiento normativo* es una realidad diaria en las empresas, que poco a poco se encuentran más concienciadas sobre la necesidad de disponer de metodologías y planes que adecuen su operatividad económica conforme a legislaciones cada vez más exhaustivas para el sector privado. Todo ello con un claro objetivo: evitar la sanción económica derivada del incumplimiento normativo. El *compliance* no tiene exclusivo carácter penal sino que también adquiere protagonismo en otras regulaciones como son las de materia de protección de datos y de Prevención de Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo. Estas recientes regulaciones tienen un impacto notorio en las empresas, que continuarán desarrollando una cultura corporativa adecuada a dichas exigencias normativas.

más información sobre el origen, consulte: BACIGALUPO, S., “Compliance. Eunomía”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, 2021, pp. 260-276; MOSQUERA MONTERO-RÍOS, L., (2022) *Compliance: orígenes y aplicación al derecho laboral*. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/compliance-origenes-y-aplicacion-al-derecho-laboral-2022-07-15/>

121 Vid. MOSQUERA MONTERO-RÍOS, L., *Compliance: orígenes...*, *Op. cit.*

122 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 4.

123 Ídem.

6.2. La *due diligence* penal

Las fusiones y adquisiciones son complejas operaciones mercantiles que van a exigir el análisis de cuanta información sea relevante para el correcto devenir y buen fin de la operación. La *due diligence* –deber de cuidado o diligencia debida– es el proceso que recopila y verifica todo tipo de información relevante sobre una sociedad en la que se pretende invertir o directamente adquirirla. Es fundamental atender a todos los diferentes riesgos que pudieren existir para poder mitigarlos, en su caso, y sobre todo obtener una imagen real y completa del valor de la sociedad analizada para conocer las oportunidades que promete. Por tanto, no sólo debe atenderse al aspecto negocial (riesgos económicos de la operación) o legal (sobre litigios pendientes, por incumplimientos contractuales, infracciones sobre propiedad industrial e intelectual, contingencias ocultas o estado del cumplimiento normativo en materia de protección de datos y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo), sino que, además, la *due diligence* deberá disponer de una concreta reserva en materia penal.

Como bien señala ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, el CP “no ofrece estudios ni *safe harbours* que puedan evitar de forma clara y directa la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni tampoco la jurisprudencia ha ofrecido pauta al respecto”¹²⁴. En consecuencia el *compliance penal* va a adquirir una especial relevancia en la *due diligence* con la finalidad de detectar si la entidad objetivo dispone de los controles y medios suficientes para prevenir la comisión de delitos y si, en su caso, han resultado o no ser efectivos. Conocer la cultura sobre la prevención de delitos va a definir la existencia del nivel de riesgo a la hora de ser susceptible, por parte de la compañía resultante de la operación, de sufrir ese traslado de la responsabilidad penal. La determinación del riesgo de transmisión de responsabilidad va a ser determinante para el negocio, en relación con el gravoso valor reputacional que supondría para la entidad adquirente.

La *due diligence penal* “evidencia una clara voluntad de exploración de esa realidad previa en la empresa –originaria– al objeto de evitar el –contagio– penal de hipotéticos riesgos incumplimientos precedentes y desvincularse de una hipotética realidad criminógena”¹²⁵. Esta forma de actuación sobre la operación mercantil ha abierto las puertas a los despachos de abogados para escoger un nicho de mercado realmente beneficioso en cuanto a la facturación de dichos servicios por el alto nivel de riesgo que pudiera suponer el traslado de la responsabilidad penal. Es más, existen casos en Estados Unidos de América sobre reclamaciones por haberse trasladado la responsabilidad a razón de no haber llevado a cabo una *due diligence compliance* en operaciones de *M&A*¹²⁶. Se trata de un mecanismo que ayudará a la sociedad

124 Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “M&A y Compliance: la..”, *Op. cit.*, p. 125.

125 AGUILERA GORDILLO, R.; “Report 1: El “traslado” de..”, *Op. cit.*, p. 6.

126 Vid. <https://fcpublog.com/2012/6/15/watts-water-sues-sidley-for-fcpa-problem/>

adquirente o resultante a demostrar que no existe una cultura de incumplimiento y que, además, su identidad no se corresponde con la originaria, por lo que podría evitar la aplicación del 130.2 CP.

7. CONCLUSIONES

El Derecho penal, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, protege –más bien, debiera proteger–, los bienes jurídicos más esenciales de la persona natural: la vida, la salud, la libertad... Estos bienes jurídicos son el fundamento de toda norma penal: un legislador justo dirigirá toda elaboración y justificación normativa en su protección, siempre dentro de los márgenes de actuación del *ius puniendi* y del principio de intervención mínima. A pesar de que las costumbres, la ética social, políticas e ideologías varían históricamente, los bienes jurídicos fundamentales de las personas, determinados por su vida en sociedad, permanecen más inalterables. Por el contrario, las personas jurídicas son más propensas a asumir nuevas implicaciones legislativas influenciadas por la competencia en un mercado globalizado y cambiante. La actual equiparación penal entre personas físicas y jurídicas implica que ambas disponen de los mismos derechos constitucionales, como la tutela judicial efectiva, el íntegro derecho de defensa y no incriminación... Poniendo en relación este aspecto con la doctrina del TS en S 154/2016, 29 de febrero, por la que se pretende establecer la *cultura del respeto al Derecho* como parte del elemento del tipo, la prueba del Ministerio Fiscal, del elemento negativo del tipo, debería analizar el programa de *compliance* de la sociedad acusada. Pero la entidad podría no querer aportarlo, por no querer incriminarse, ya que se estaría en una *probatio diabólica*. Para solucionar estos casos, como propuesta interesante¹²⁷, podría establecerse un registro público oficial sobre programas *compliance* de las sociedades, para que el Ministerio Fiscal solicitase dicho acceso al programa de cumplimiento.

La positivación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha justificado por razones pragmáticas, como la dificultad práctica de responsabilizar a personas físicas dentro de una sociedad por razones de ocultación. También se argumenta que las sanciones penales contra las compañías puede tener un impacto preventivo mayor. Sin embargo, son razones inconsistentes, pues las tácticas de ocultación también ocurren en infracciones cometidas por personas naturales, y el carácter preventivo sólo puede provocar que la sociedad contrate servicios de *compliance*, involucrándose en actividades policiales que suponen una desnaturalización del Derecho penal. Además, equiparar personas jurídicas y físicas ignora principios y garantías fundamentales de la teoría del delito. La reforma del CP introducida por la

127 Así lo indica D. Luis Aparicio Díaz, Abogado y actual diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, en la charla *Avances jurisprudenciales en el campo de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance*, Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=NBNBRGGDprw&t=4,561s>, minuto 1:12:30.

LO 5/2010 supone la superación del principio *societas delinquere non potest* y la positivación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo el artículo 31 bis CP no regula un *delito corporativo* ni establece una nueva teoría *ex novo* del delito corporativo. Es decir, no existe una teoría sobre la autoría de la sociedad, sino que se responsabiliza directamente a la persona jurídica, cuando realmente no actúa como autora o partícipe. Ello conlleva la necesidad de incorporar una nueva visión sobre el Derecho penal por la que se extiende el concepto del ciudadano -persona física- a la sociedad mercantil -ciudadano empresarial-, aun no siendo posible dicha equiparación sin caer en vulneraciones de principios penales elementales como, principalmente, el de imputabilidad: (i) a las sociedades no se les puede exigir reproche alguno de conducta; (ii) el presupuesto de hecho de la norma no es un hecho típico sino un *defecto de organización* o una falta de *cultura de cumplimiento normativo*, y (iii) la consecuencia jurídica no es estrictamente una pena como en el caso de las personas físicas, sino que tiene finalidades que surgen como reacción y tienen carácter correctivo, sin poder atender a objetivos rehabilitadores.

Si bien el sistema de autorresponsabilidad parece ser el más apoyado, la ausencia de un desarrollo metodológico en el que se cimente la (auto)responsabilidad penal de la sociedad provoca que el debate aún no pueda considerarse superado, ni doctrinal ni jurisprudencialmente. Debe plantearse una revisión conceptual de la responsabilidad penal de la persona jurídica, evaluándose la necesidad de desarrollar una teoría del delito específica para las sociedades que esclarezca una nueva concepción sobre la culpabilidad para estos casos.

El impacto directo que la positivación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene en las compañías españolas, es, básicamente, crear una *cultura de cumplimiento*, mediante la existencia de los modelos de *compliance*. Ahora bien, ¿para crear o modificar la cultura societaria es realmente necesario el CP? Así lo cree el legislador y su empeño en *adaptar el ordenamiento jurídico español al resto de naciones europeas*, como suele decirse, utilizando el Derecho penal como herramienta político-criminalmente más rentable. Estos novedosos medios jurídicos e ingeniosas formas de proceder expanden las nociones básicas del Derecho penal español hacia regulaciones propias de ordenamientos jurídicos extranjeros con diferente naturaleza. Si bien, en el actual contexto socio-internacional que sitúa a España en las economías occidentales, y está caracterizado por la globalización y el globalismo, se tiende cada vez más a unificar regulaciones, procedimientos e incluso culturas.

Por otro lado, el artículo 130.2 CP –que “pide a gritos” un cambio legislativo– no atiende a las peculiaridades de la materia mercantil y, además, su aplicación supone considerar la autorresponsabilidad como modelo aplicable, aun siendo frágil en desarrollo. Más que proteger bienes jurídicos, parece que la positivación por parte del legislador del traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en operaciones mercantiles tiene por finalidad proteger el orden colectivo; es decir, dar la impresión de que nadie puede escapar del poder punitivo del Estado y todo está

bajo control, lo que supone un derecho penal simbólico que se desnaturaliza.

Las fusiones y las escisiones son modificaciones estructurales que contemplan, en el ámbito del Derecho privado, la sucesión universal por la que créditos y deudas son asumidos por la entidad resultante. De forma similar ocurre en las herencias. Es decir, que realmente ya se está asumiendo una pena –de multa– que es trasladada o extendida a la sociedad que resulta de la operación y ese traslado no contradice el principio de personalidad de penas. Es comprensible que la sociedad resultante de una operación mercantil responda del pago –multa– con el patrimonio adquirido, pero de ahí a suceder en responsabilidad penal a la sociedad originaria, supone la aplicación desproporcionada de un Derecho penal creado para atender a conflictos entre personas naturales.

Se ha querido regular en el CP un traslado de responsabilidades que atenta a los principios y teorías del Derecho penal y, tras trece largos años de debate, queda en evidencia que su desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial aún no ha llegado a conclusiones claras ni consistentes.

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 D.P, identidad y *due diligence* penal”, *Compliance Advisory LAB-Investigación sobre Compliance, Forensic y R.P.P.J.* de Grant Thornton, 2020.

AGUILERA GORDILLO, R., “Responsabilidad penal de la persona jurídica trasladada por transformación, fusión o escisión: la situación del Santander como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa”, *Derecho penal 2021*, 2021.

AGUIRREZABAL, M. E., (2022) “Fundamentos del Estado social en el pensamiento de Otto von Gierke”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 3, 2022, pp. 189-197.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2014, 23 de diciembre). *Lo distintivo en Europa: Corporaciones, Linajes y familia nuclear*. Disponible: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/12/10-distintivo-de-europa-corporaciones.html>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2018, 29 de mayo). *Bosquejo de una teoría de la personalidad jurídica*. Disponible: <https://almacenederecho.org/bosquejo-una-teoria-la-personalidad-juridica>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 11 de abril). *Personas y cosas. Individuos y patrimonios*. Disponible: <https://almacenederecho.org/personas-y-cosas-individuos-y-patrimonios>

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 30 de abril). *Los trasplantes jurídicos y las doctrinas de la personalidad jurídica como ejemplo*. Disponible: <https://almacenederecho.org/los-trasplantes-juridicos-y-las-doctrinas-de-la-personalidad-juridica-como-ejemplo>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 6 de febrero). *Un comentario muy breve a los artículos 35 a 39 del Código Civil*. Disponible: <https://almacenederecho.org/introduccion-al-derecho-de-las-personas-juridicas#:~:text=La%20respuesta%20es%20sencilla%20cuando%20se%20lee%20el%20art.&text=Dice%20este%20precepto%20que%20>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2021, 28 de enero). *El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación*. Disponible: <https://almacenederecho.org/el-trust-la-persona-juridica-y-el-patrimonio-de-afectacion;>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2022, 10 de octubre). *Prefacio a La personalidad jurídica*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/prefacio-a-la-personalidad-juridica>
- BACIGALUPO, S., (2021) “Compliance. Eunomía”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, 2021.
- BERND SCHÜNEMANN (1979) *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.
- CAÑIZARES LASO, A., (2016) “Código Civil comentado”, *Volumen I [Título preliminar-De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I-De las personas, 2016, Artículos 35-39, De las personas jurídicas*.
- COSSÍO Y CORRAL, A., (1954) “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 3, 1954. Disponible: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1954-30062300654
- CUERDA RIEZU, A., (2009) “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Número LXII.
- DEL MORAL GARCÍA, A., (2017) “A vueltas con los programas de cumplimiento y su transcendencia penal”, *Revista de jurisprudencia*.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (2020) “Derecho Penal Español Parte General (5ª Edición Revisada)”, *Lección 14. El principio de imputación personal. El principio de imputación subjetiva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*,
- (2012) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Regulación española”, *InDret*, Número 1, 2012.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, J., (2019) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral UCAM, Murcia, junio 2019.
- ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E., (2021) “El primer régimen de responsabilidad

- penal: la regulación del art. 31 bis del código penal o la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Proceso Penal*, 2021.
- GALGANO, F., (2004) “El concepto de la persona jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, Número 16, 2004.
- GOENA VIVES, B., (2020) “‘To be or not to b’. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)”, *Diario la Ley Compliance Penal*, 2020.
- GRACIA MARÍN, L., (1994) “La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 4, 1994.
- MARTIÑÓN CANO, G., (2014) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución”, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, 2014.
- MONTIEL, J. P., (2019) “Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino”, *En Letra: Derecho Penal*, 2019.
- MOSQUERA MONTERO-RÍOS, L., (2022, 18 de julio) *Compliance: orígenes y aplicación al derecho laboral*. Disponible: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/compliance-origenes-y-aplicacion-al-derecho-laboral-2022-07-15/>
- NAVARRETE URIETA, J. M., (1992) “El nacimiento de la idea de culpabilidad”, *Aldaba*, Número 18, 1992.
- PÉREZ ARIAS, J., (2002) *Creación judicial del Derecho penal*, 2022.
- PÉREZ FERRER, F., (2018) “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Número 13, 2018.
- PÉREZ JOHNSTON, R., (2004) “Los aportes del derecho público medieval a la teoría del Estado y de la Constitución. (Diálogo con Paolo Grossi)”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Número 5, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, M., (2009) *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, 2009.
- POLAINO-ORTS, M., (2018) “Persona y Persona Jurídica”, *Revista Científica Ciencia Jurídica y Política: CPJ*, Vol. 4. Número 7, 2018.
- SAVIGNY, (1898) *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it., 1886-1898, T. III.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., (2020) “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista para el análisis del derecho InDret*, Número 2, 2020.

ZENATI-CASTAING, F., (2006) “La propriété, mécanisme fondamental du droit”, Tomasin (dir), *Qu'en est-il de la propriété?*, Presses de l'Université Capitole, LGDJ-Lextenso Editions, 2006.