

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ESQUEMA DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL¹

Adán Nieto Martín

Prof. Titular de derecho penal
Instituto de derecho penal europeo e internacional
Universidad de Castilla la Mancha.

El principio *societas delinquere non potest* pertenece a la historia del derecho en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea. Si atendemos a la cronología de las reformas que han ido introduciendo la responsabilidad colectiva, comprobamos además que el hundimiento del viejo principio ha sido rapidísimo; ha bastado una década para superar un principio que pertenecía al núcleo duro de las convicciones penales del viejo continente. Cuando los manuales de derecho penal describan en el futuro las causas del naufragio quizás nos cuenten la siguiente historia: los ordenamientos europeos presionados por el proceso de armonización internacional del derecho penal se han visto obligados, en algunos casos casi a regañadientes, a abandonarlo. Y es verdad, que en todos los Convenios internacionales, procedan de la OCDE, la ONU o el Consejo de Europa, o en las Directivas Decisiones marco de la UE aparece casi como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas.

Sin embargo, tengo la impresión de que el hundimiento del viejo principio se debe a una carga de profundidad. En realidad la responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los Estados Unidos, donde desde la época del ferrocarril descubrieron – y temieron – el poder de las corporaciones, y descubrieron que para dominarlo hacían falta, aparte de la Sherman Act, la instauración de la responsabilidad colectiva. Si se repasa la historia se comprueba que ambas creaciones son producto de un mismo monstruo: el ferrocarril.

Por diversas razones, los europeos no sentimos por aquel entonces tal necesidad. De un lado, carecíamos de gigantes empresariales, y si los había o eran públicos o eran productos de procesos de cartelización animados por los propios Estados. De otro,

¹ El presente trabajo constituye un breve resumen de mi monografía, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Iustel. Madrid. 2008.

nuestro marco jurídico nos proporcionaba herramientas suficientes para intervenir y controlar a las corporaciones. Piensen sólo, para percatarse de los distintos escenarios que, mientras el TS consideraba contrario a la constitución la fijación del salario mínimo, aquí se empezaba a hablar de “cogestión”.

En los últimos años los tiempos han cambiado. Y el corporate power nos amenaza a todos. De las cien economías más potentes del mundo, 51 son corporaciones, y existen empresas casi tan potentes como Australia, y con presupuestos que superan a países como Noruega, Finlandia o Portugal. En el año 2000 el New York Times señalaba que el valor de mercado de Microsoft era similar al producto interior bruto de España.

Este poder económico, y por ende social y político, se ha incrementado además por dos razones.

Primera: el paso de la empresa *fordista*, que realizaba toda su producción en un único territorio, a la empresa que deslocaliza y que se vale del *forum shopping*, que le suministra la globalización. Lo que nos retrotrae e a la edad media y a la posibilidad de elegir al soberano.

Segunda: los problemas de regulación del comportamiento de las corporaciones se han hecho mayores, como consecuencias de fenómenos como la sociedad del riesgo, y en general el aumento de la complejidad social. El saber tecnológico está más en los centros de investigación de las empresas que en la administración pública que ha perdido en muchos ámbitos su antigua autoridad técnica. Creo que no hace falta insistir, en este punto, en la estrechísima relación entre saber y poder.

Y la solución, ante lo que en realidad ha sido el hundimiento de nuestro viejo sistema de control estatal, ha sido acoger una técnica de control que desde hace un siglo se ha venido desarrollando en los Estados Unidos, país donde el poder estatal fue siempre más débil que en Europa, y de la cual la responsabilidad de las personas jurídicas es sólo una manifestación más. Creo que no podemos entender el significado que tiene hoy la responsabilidad de las personas jurídicas, si no somos conscientes de que ha desembarcado de la misma nave de la que también lo ha hecho el buen gobierno corporativo, el derecho de los mercados financieros, el sistema de prevención de riesgos laborales, o las normas de organización y de control que se derivan del blanqueo de capitales. Todos ellos supuestos de americanización del derecho penal.

De lo que se trata en todos estos casos, y este es una idea fuerza que debe tenerse en la cabeza, es de exigir de las empresas que, en cierto modo, asuman una tarea pública, y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas, o consumidores o evitar hechos delictivos. La responsabilidad de las personas jurídicas se enmarca así dentro de un nuevo pacto

entre Estado y poder corporativo, donde a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, este se compromete al cumplimiento de determinados fines públicos. Si este nuevo pacto se contempla desde una perspectiva global, o mundial, se evidencia con claridad que la responsabilidad de las personas jurídicas forma parte del buen gobierno global, de la *global governance*. Desde el punto de vista empresarial, las nuevas responsabilidades públicas representan de algún modo el colofón de la denominada responsabilidad social.

Enseguida retomo estos argumentos, porque ahora querría hacer otra reflexión más, que tiene que ver con el papel de la Ciencia penal, y que determina la orientación que ha seguido mi investigación. Tengo la impresión de que la Ciencia jurídica en relación a este tema se ha repetido y ha aburrido, porque ha estado ocupada de cuestiones cercanas a la más abstracta teología conciliar como la capacidad de acción, de culpabilidad o de pena de las personas jurídicas; y en cambio ha olvidado otras por completo mucho más mundanas como ¿para qué sirve esta responsabilidad?, ¿qué criterios de imputación deben utilizarse? o ¿qué sanciones deben imponerse?.

El trabajo que ahora presento es, en este sentido, muy terrenal. Su cometido no es la alta teología jurídica, sino ofrecer al legislador modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas; por esta razón concluye con una propuesta legislativa, y también por esta razón van a permitirme que a continuación a la par que expongo los resultados esenciales de mi trabajo los confronte con la propuesta de responsabilidad penal de personas jurídica que contiene el reciente Proyecto de reforma del Código penal español².

² Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1996, de 23 de Noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, 15 enero de 2007 (www.congreso.es)

Art. 31 bis

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones

en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar

los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere

el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia

II

Pero vayamos por partes, pues antes que nada considero necesario acabar de exponer el asunto que dejé apartado: ¿Por qué es útil y necesario sancionar a las personas jurídicas?

Una de las críticas más razonables contra la responsabilidad penal colectiva es que implica normalmente un deterioro del derecho penal individual. En el mundo anglosajón se ha constatado como en muchas áreas la responsabilidad individual ha perdido importancia, al ser suplantada por la responsabilidad colectiva. Las cifras son significativas: en la mitad de los procesos del derecho penal de la empresa, la única procesada es la persona jurídica.

Esta objeción nos pone sobre la pista del sentido y la utilidad de este tipo de responsabilidad: La responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir a la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva. Aunque sólo sea por esta razón, me parece acertado que el art. 36 bis del Proyecto nos recuerde que la “responsabilidad de las personas jurídicas” no excluye, en ningún caso, la de las personas físicas.

de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas

cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad

penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente.

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

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

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

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

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

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

Esta primera conclusión, avoca a una segunda que considero la más importante de todas: la responsabilidad colectiva sirve para reforzar la individual porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos, y, en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia a las autoridades públicas. La eficacia de este *self policing* descansa sobre una constatación empírica que nadie discute: la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes.

Llegados a este punto podría contra argumentarse que tal cometido puede alcanzarse sancionando a los directivos, y no a la entidad. Existen, sin embargo y según creo, buenas razones para entender que un derecho penal de doble vía o de “dos patas” – colectiva e individual - permite alcanzar esta meta más eficientemente:

La primera de ellas es que sólo la responsabilidad penal de la empresa obliga a abrir los ojos a los socios y a la cúpula empresarial, y considerar que forma parte de la ordenada gestión de la entidad preocuparse por la prevención de hechos delictivos. Como es de todos conocido, el derecho penal de la empresa se caracteriza porque con gran frecuencia la responsabilidad se desliza hacia escalones medios o bajos, de modo que socios y administradores tienen normalmente poco que perder y mucho que ganar con la comisión de hechos delictivos que beneficien a la entidad. Por esta razón sólo una sanción que afecta al bolsillo de los socios, o al poder o credibilidad de los administradores, permite distribuir correctamente los riesgos derivados de la comisión de un delito. En definitiva se trata de dar cumplimiento a otro de los principios más sencillos y contundentes de la teoría de la organización: el medio más efectivo para controlar externamente una organización es hacer responsable de lo que en ella ocurra al decisor más poderoso.

La segunda razón puede enunciarse de este modo: La responsabilidad colectiva no sólo hace más eficaz la individual, sino que permite un derecho penal material más sencillo, menos costoso y lesivo para los ciudadanos, evitando el proceso de sobreexplotación del derecho penal individual en el que estamos inmersos. Solo un ejemplo: si una correcta organización empresarial nos permite ser más eficaces en la averiguación y sanción de comportamientos individuales, el legislador puede permitirse una rebaja generalizada de las sanciones. Pues, como es sabido, a medida que aumenta la probabilidad de castigo, decrece la cantidad de sanción necesaria para alcanzar iguales efectos preventivo generales.

A estos dos argumentos, sumaría un tercero de carácter económico: la sanción a la empresa consigue, de un lado, compensar la ventaja anticompetitiva que ésta ha obtenido mediante la infracción: la cantidad de impuestos evadida, o las cantidades ahorradas por no disponer de medios de seguridad e higiene. Pero también, y de otro lado, dado que su responsabilidad le lleva a adoptar medidas de autoorganización

preventivas, la empresa asume con ello parte del gasto público que genera la administración de justicia. Con ello se palia, al menos parcialmente, lo que los economistas denominan “fallos de mercado” y además se promueve una producción socialmente responsable, lo que entronca como antes señalaba con el debate acerca de la responsabilidad social corporativa.

III

Abordado el problema de la utilidad, me ocuparé del segundo filtro por el que debe pasar toda política criminal: su constitucionalidad.

Para discutir este problema es ante todo urgente salir del paso del mal del nominalismo: llamemos como llamemos a las sanciones que se imponen a las personas jurídicas (es decir: penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas, consecuencias accesorias), lo cierto es que estas pertenecen a lo que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha denominado derecho penal en sentido amplio; es decir, sanciones que por sus características aflictivas son materia penal, y le son de aplicación las garantías básicas del derecho penal. Esta perspectiva constitucional es un excelente antídoto contra la estafa de etiquetas, y también relativiza a mi juicio el valor de las construcciones doctrinales que rechazan a toda costa que se hable de penas, y luego admiten, solo que con otro nombre, las mismas sanciones e incluso los mismos criterios de imputación.

Aclarado que las garantías constitucionales no se alteran por el mero hecho de utilizar un nombre distinto, considero que los problemas de constitucionalidad, son esencialmente tres:

La objeción más clásica es que la sanción a la persona jurídica afecta a los socios inocentes, lo que atentaría contra el principio de culpabilidad o, más concretamente, de personalidad de las penas. Esta primera objeción es fácil de rebatir. Primero, porque todas las sanciones tienen efectos colaterales sobre terceros inocentes; y segundo, porque la pérdida patrimonial que experimenta el socio es similar a cualquier otro riesgo derivado de una mala gestión. De hecho los socios podrían plantearse ejercer acciones de responsabilidad social contra los administradores, como es frecuente en los Estados Unidos a partir del caso *Caremark* (Court of Chancery of Delaware, Sep 25. 1996)

La segunda objeción deriva también del principio de culpabilidad, y afecta al sistema más extendido de imputación, el modelo vicarial, a tenor del cual la culpabilidad de la persona física, del agente, se transfiere a la persona jurídica. Aunque algunos Tribunales constitucionales, como el alemán, consideran precisamente que esta transferencia de culpabilidad salva las dudas de constitucionalidad, esta ficción no puede ocultar que se trata de una genuina responsabilidad objetiva. No obstante, y

pese a que este hecho es innegable, tengo serias dudas que desde un prisma estrictamente constitucional este concreto aspecto del principio de culpabilidad, la interdicción de la responsabilidad objetiva, pueda ser trasladado tal cual de las personas físicas a las jurídicas, pues la culpabilidad en este punto, al igual que otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad, emanan del valor de la dignidad humana, y en cuanto tal es difícil entender que pueda afectar a la persona jurídica.

A lo sumo, y en cualquier caso, esta objeción constitucional a lo que obligaría es, como ha entendido el legislador italiano, a acoger un modelo de imputación distinto basado en la culpabilidad de empresa. No se opone por tanto de raíz a la responsabilidad penal.

Dicho lo anterior, creo que el principio de non bis in idem constituye el límite constitucional más importante a la responsabilidad de las personas jurídicas. En empresas pequeñas y medianas, donde la dirección suele estar en manos de los accionistas principales, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, resulta evidente que existe una doble sanción. El argumento formal de la doble personalidad no puede utilizarse para eludir la aplicación de un derecho fundamental.

El bis in idem puede, no obstante, evitarse de dos formas, ambas convincentes. La primera es restringir la responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades que superen un determinado tamaño. Donde desde un punto de vista "real" cabe hablar de dos personas distintas.

La segunda solución es la adoptada por el Proyecto de reforma del CP y consiste en la posibilidad de que el juez: "Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa," module las respectivas cuantías. La propuesta que presento adopta ambos caminos: no responsabilidad penal para personas jurídicas de menos de 50 trabajadores, y posibilidad de compensación en medianas empresas de hasta 250 trabajadores.

IV

Concluida la exposición de estos asuntos, paso a presentar lo que constituye el bloque central de mi trabajo: ¿cuál es el sistema de imputación más adecuado?. Si atendemos tanto al derecho comparado, como a las diversas aportaciones doctrinales, podemos constatar que básicamente existen tres grandes modelos:

. El primero el vicarial o de transferencia de responsabilidad: consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado. Es el modelo más clásico que puede encontrarse en el Reino Unido, el Código penal francés y también en el actual art. 31 del CP español. Pese a que como vamos a ver es fácil de refutar, ocurre, lo que casi siempre pasa con los clásicos, que acaban teniendo parte de razón.

. El segundo modelo es el de la culpabilidad de empresa, que, en las antípodas del anterior, busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver con la propia corporación. El CP austriaco y el suizo adoptan este modelo, que encuentra en la doctrina valedores tan importantes como Günther Heine o Gómez Jara.

. El mixto aúna factores de ambos: en su versión más extendida parte de la transferencia de responsabilidad, como criterio de imputación, para a continuación elegir y graduar la sanción atendido a la culpabilidad de empresa. Es el modelo de las Directrices para imponer sentencias a organizaciones de los USA, que ha inspirado en Europa la Ley Italiana de 2001 y que parece seguir, aunque de una forma más tímida, el Proyecto de reforma del Código penal español. Puedo adelantarles ya que éste es el modelo que también sigue mi propuesta

Comencemos, como es debido, por los clásicos, por el modelo vicarial, que tiene además la virtud de ser el más sencillo de todos. Aunque esta virtud, como casi todas, no es al final sino apariencia porque al menos conviven bajo este nombre dos fórmulas de imputación distintas.

De acuerdo con la primera, que procede de los USA y de la doctrina del *respondeat superior*, la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa, y con el fin de beneficiarla.

La segunda fórmula, de origen británico, es la teoría de la identificación, que exige para la imputación que el comportamiento haya sido cometido por un superior, y no por cualquier agente de la entidad. Algunas versiones de este modelo se caracterizan a su vez por relajar el grado de conexión entre el superior y el delito. De este modo, se conforman con que el superior haya autorizado, tolerado o consentido la comisión del hecho delictivo o incluso, en las versiones más laxas de la teoría de la identificación, basta con que la infracción haya sido realizada como consecuencia de un ejercicio defectuoso de sus facultades de vigilancia y control. Todas las Decisiones marco de la Unión Europea y, en su senda, diversos ordenamientos acogen esta versión más relajada de la teoría de la identificación.

El principal defecto del modelo vicarial, sobre todo en la versión de la teoría de la identificación, es que beneficia a las grandes empresas y perjudica a las pequeñas. En estructuras empresariales simples es más fácil encontrar al responsable individual, y que éste se encuentre además en la cúspide de la organización.

Igualmente este modelo resulta disfuncional a la hora de alcanzar el objetivo principal que perseguíamos con la responsabilidad colectiva: si responsabilidad de la empresa y del superior se aúnan, lo lógico es que éste vuelva a cerrar los ojos, y así evitará no solo su propia responsabilidad, sino también la de la empresa. Bien pensado, lo que ocurrirá es que el superior buscará un subordinado, un chivo expiatorio, que cargue con la culpa y libere a él y a la empresa de responsabilidad.

Por si fuera poco, el sistema vicarial tiene además el efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva, la empresa nunca ve reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos. Esta circunstancia, por supuesto, no incita a colaborar con la administración de justicia, sino que refuerza el pacto de silencio entre el infractor y la empresa. Es lo que algunos han denominado como el efecto perverso de la responsabilidad vicarial.

V

Ante estas contundentes críticas no es de extrañar que cada vez tome más auge la idea de que las personas jurídicas deben responder por su propia culpabilidad. Además de importantes propuestas doctrinales, en los últimos años algunos modelos legislativos como el homicidio de la corporación en Inglaterra, el importante sistema de responsabilidad del Código penal australiano o, el más cercano a nosotros, Código penal suizo han acogido este criterio.

Nota común a todos ellos es que la persona individual desaparece, de tal forma que el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con la propia empresa. Los problemas surgen cuando se intenta definir qué es la culpabilidad de empresa. Existen básicamente cuatro corrientes diferentes a la hora de entender la culpabilidad de empresa, algunas con variaciones importantes:

. Una primera posibilidad es asociar la culpabilidad de empresa a una deficiente cultura corporativa. El CP australiano considera en este sentido que existe un delito doloso de empresa, cuando el entorno es el que anima a la comisión del delito al infractor individual, al sentirse tolerado o amparado.

. La forma más clásica de entender la culpabilidad de empresa es concebirla como un defecto de organización. No obstante, cuando preguntamos qué es un defecto de organización entramos, a su vez, tres variantes:

. En algunos casos, como en la propuesta de Günther Heine o el homicidio de la corporación británica, la culpabilidad por defecto de organización sería una suerte de responsabilidad imprudente de la empresa. Lo que se le reprocha a la empresa es el haber generado una lesión de bienes jurídicos – la muerte de un trabajador, la contaminación ambiental – por no haber organizado correctamente sus procesos de producción.

. Una segunda variante de concebir el defecto de organización se asocia a la ausencia de un responsable individual. Así por ejemplo, el Código penal suizo indica que la empresa es responsable si la “falta de adscripción del hecho a la persona individual se debe a una carencia de la organización interna”. Como puede apreciarse se trata de una responsabilidad subsidiaria de la empresa que deriva de la no identificación o inexistencia de un responsable individual.

. Finalmente, una tercera posibilidad, aprecia la falta de organización en todo lo contrario en “no haber puesto todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida”. Lo que constituye construir el defecto de organización en relación tanto a comportamientos dolosos como imprudentes de los empleados de la entidad.

Pero prosigamos. A la culpabilidad de empresa como mala cultura corporativa, o como defecto de organización puede añadirse aun otra posibilidad más: para algunos autores la culpabilidad de empresa es culpabilidad por el carácter, culpabilidad por la conducción de la empresa, esto es, un caso de derecho penal de autor. Así lo mantienen entre nosotros, por ejemplo, Lampe. A su juicio, y no le falta razón, este derecho penal de autor empresarial sería constitucionalmente admisible. Pues mientras que el Estado carece de legitimidad para señalar a los individuos cómo tienen que conformar su carácter, en definitiva, organizarse internamente, sí que puede exigir que las corporaciones adopten determinadas formas de organización de forma permanente.

. Finalmente dos de los autores más relevantes en toda discusión Fisse y, el primer “nobel” de criminología, el Stockholm Price del 2006, John Braithwaite estiman que es mucho mejor referir la culpabilidad de la empresa a su forma de reaccionar ante la comisión de un delito. La culpabilidad reactiva atendería pues al comportamiento post delictivo. No existe culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente y, en vez de ocultar los hechos coopera la autoridad competente, pone en marcha una investigación interna con el fin de desvelar las causas que han provocado la actividad delictiva, repara voluntariamente a las víctimas e implementa las medidas de organización necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse.

Como casi siempre suele ocurrir con la diversidad, ésta más que un problema representa una ventaja que hay que aprovechar. En realidad considero que casi todas estas variantes son tendencialmente correctas. Las distintas formas de culpabilidad de empresa que acaban de exponerse pueden ser reducida a dos aspectos esenciales: que condense en la fórmula de defecto de organización permanente.

El primer elemento clave dentro de mi propuesta es la idea de culpabilidad de empresa como defecto de organización en la dirección empresarial. En realidad de lo que se trata es de, algo tan tangible, como que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión, no muy distintas a las que adoptar para conseguir sus resultados económicos, con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, y en caso de que estos se cometan – y aquí entre la responsabilidad reactiva y subsidiaria - permitan a la empresa localizar al infractor y reparar el daño. Necesariamente dentro de estas medidas destaca la implantación de una ética empresarial. Pues una buena organización empresarial es aquella que, aparte de por los beneficios, procura generar una cultura corporativa que fomente el respeto la ley.

El segundo eje para entender la culpabilidad de empresa es su distinta estructura temporal. Solo existe culpabilidad de empresa si el comportamiento delictivo individual pone de relieve de un defecto de organización permanente. Comportamientos individuales aislados, sin conexión con defectos de organización estables o estructurales no dan lugar a responsabilidad. Este carácter permanente de la culpabilidad de empresa explica la importancia que en el derecho penal colectivo tiene la culpabilidad reactiva, el comportamiento postdelictivo, pues es un indicador tan potente del carácter estructural del defecto de organización, como la adopción de medidas proactivas encaminadas a la prevención.

Tomar en serio la culpabilidad de empresa como defecto de organización permanente significa que:

- . Primero, tal como establece el artículo 2 de mi propuesta, no existe responsabilidad de la persona jurídica si no se prueba que el delito es precisamente manifestación de la infracción continuada de deberes de organización.

- . Segundo, la distinción entre tentativa y delito consumado es mucho menos importante en el derecho penal colectivo, en ambos casos se pone de manifiesto una organización empresarial defectuosa.

- . En tercer lugar, implica considerar que la reincidencia debe tener una gran importancia como circunstancia agravante, pues es un indicador preciso de la permanencia del defecto de organización en la corporación.

. Cuarto: El comportamiento postdelictivo, la culpabilidad reactiva, tiene igualmente mayor importancia en la determinación de la sanción.

Bajo estas mismas concepciones el Proyecto de Código penal me parece, en cambio, criticable porque ha acogido de una forma muy tímida y parcial la idea de culpabilidad de empresa: la adopción de medidas de organización – que el Proyecto concreta en los denominados Códigos de prevención – sólo atenúan, pero inexplicablemente no sirven para excluir la responsabilidad. Tampoco entiendo bien porque no se ha previsto un sistema de agravantes con el fin de atender, por ejemplo, a los casos de reincidencia. Más frecuentes en el ámbito del derecho penal colectivo que el individual, como prueba por ejemplo el que Telefónica haya sido sancionada en 10 años 10 veces por el Tribunal de defensa de la competencia.

VI

Visto el diseño general de la culpabilidad de empresa, en lo que sigue querría abordar dos de preguntas que tienen que ver con aspectos más de detalle, y que sirven para perfilar mi propuesta:

He aquí la primero: ¿al igual que existen personas físicas inimputables o menores de edad, existe un equivalente a esta categoría en derecho penal de personas jurídicas?

Pues bien, en este punto creo que debe recogerse la propuesta realizada por Carlos Gómez Jara. Las pequeñas sociedades – que en mi propuesta son aquellas menores de 50 empleados – no deben considerarse responsables. No tiene el grado de complejidad organizativa suficiente como para poder distinguir entre sus out put y los de las personas individuales que hay tras ellas. Como puede apreciarse la responsabilidad de las personas jurídicas no se opone a la política jurídica que en otros sectores del derecho se expresa a través de la teoría del levantamiento del velo.

El segundo caso de personas inimputables son las empresas de fachada creadas ad hoc para la comisión de hechos delictivos, pero que no realizan ninguna actividad comercial. Dado que estas empresas no son sino herramientas en manos de las personas responsables del delito, las sanciones a imponer se acercan más a la naturaleza de las consecuencias accesorias impuestas a los responsables individuales a los que se priva de un instrumento objetivamente peligroso. En este sentido el art. 2.4 de mi propuesta viene a coincidir con el art. 297 bis del Proyecto de reforma, que al hilo del discutible delito de creación de sociedades de fachada, establece la clausura de los locales o la disolución.

Dicho lo anterior creo sinceramente, que una de las virtudes del modelo legislativo que presento es que posee cuatro niveles de intervención diferentes:

- . El previsto para las pequeñas empresas de menos de 50 empleados donde no establezco ningún tipo de responsabilidad.
- . El de las empresas criminales donde las sanciones a imponer son en realidad consecuencias accesorias de la responsabilidad individual.
- . El de las medianas empresas – menos de 250 trabajadores - de capital concentrado donde es posible la compensación de sanciones entre personas físicas y jurídicas.
- . Y el de las empresas de más de 250 empleados que es para las que rige plenamente la doble responsabilidad.

El segundo estudio de detalle responde a esta pregunta: ¿el grado de culpabilidad de la persona jurídica, tal como mantiene este modelo, es absolutamente independiente del hecho cometido por la persona individual?, ¿no tendrá un ápice de razón el sistema vicarial o, más aún la teoría de la identificación?

Pues bien, a mi juicio, si que existe una estrecha relación entre ambas culpabilidades, de hecho creo que la culpabilidad de empresa no puede determinarse sin conocer determinadas características del comportamiento individual. Por ello tal como señalo en el art. 4 de mi propuesta: la culpabilidad de la persona física y de la jurídica son dos magnitudes independientes, pero, a su vez, estrechamente relacionadas. Ello implica, entre otras cosas, que es conveniente un único proceso para dilucidar ambas responsabilidades, y que por, regla general, constatar y aquilatar la responsabilidad colectiva implica determinar todos los detalles de la responsabilidad individual.

Pero veamos, con algo más de detalle que consecuencias se extraen de todo esto:

A mi juicio, el aspecto más revelador para acertar el grado de culpabilidad de la empresa es precisamente el nivel jerárquico del infractor. Los deberes de organización deben ser mayores para asegurar que los directivos respetan la ley, que para los empleados. La realización del delito por un alto jerarca de la entidad implica que existe una mala cultura corporativa, y que no son creíbles ninguna de las medidas de organización que hayan podido ser adoptadas.

Esta relación no ha pasado desapercibida a muchos legisladores. Así en las directrices norteamericanas cuando la infracción se comete por una “persona de alto nivel” la pena a imponer se agrava notablemente, presumiéndose además la culpabilidad de la empresa. El Decreto legislativo italiano de 2001 ha remarcado también este aspecto acogiendo en realidad dos modelos de imputación. Pero lo que es más importante es que las propias Decisiones marcos de la Unión Europea, cuando establecen la responsabilidad colectiva, determinan que deben establecerse sanciones más graves si el delito ha sido cometido por un directivo de la entidad, que por un subordinado.

Por ello sorprende que en el Proyecto de reforma aunque establezca dos supuestos de imputación diferentes en el art. 31 bis, siguiendo las pautas de las decisiones marco, después no extraiga ningún tipo de consecuencia a la hora de calibrar las penas al respecto.

Más, la relación de complementariedad, entre responsabilidad individual colectiva, no impide en modo alguno que la responsabilidad de la persona jurídica siga siendo independiente, este hecho explica los contenidos del art. 4 de mi propuesta según el cual en virtud del cual, por ejemplo, subsiste la responsabilidad de empresa aunque en algún caso no se logre identificar al concreto responsable, la persona física que realiza el hecho antijurídico sea inimputable o concurran sobre ella causas de exculpación que no tienen porque afectar a la persona jurídica.

VII

Todo lo que acaba de indicarse hasta aquí constituyen los mimbres principales del sistema de imputación que propongo. Ahora bien, dicho esto, soy consciente de que mi propuesta estaría en el aire sino fuera capaz de ofrecerles explicaciones sobre, una cuestión que resulta esencial: ¿qué es organizar bien una empresa? Piensen, por ejemplo, que Enron era uno de los grandes ejemplos de empresa innovadora, bien organizada y responsable socialmente, y que disponía de todo tipo de productos éticos: Códigos éticos, comités, hot lain para denunciar hechos ilícitos, y cursillos constantes de formación “ética” para sus empleados. etc.

Pues bien, en relación a esta cuestión, lo primero que habría que señalar es que quizás nos ocurra un poco como al famoso personaje de Moliere que hablaba en prosa sin saberlo. En las dos últimas décadas, por diversos sectores del ordenamiento jurídico se están introduciendo con gran velocidad normas que en realidad imponen deberes de organización de contenidos similares a los ahora descritos.

En el marco puramente legislativo los casos más claros son los del RD 54/2005 en relación al blanqueo de capitales, el RD 604/2006 relativo a la prevención de riesgos laborales, el RD 629/1993 que obliga a las empresas que prestan servicios de inversión a establecer códigos internos de conducta o recientemente el Proyecto de Ley de responsabilidad medioambiental que exige también de las la adopción de medidas de prevención y de reparación.

En ellos se desarrollan ya instrumentos tan nucleares para una correcta organización empresarial, en el sentido que aquí se sostiene, como:

- . la necesidad de contar con normas de conductas o códigos de prevención y de formar a los trabajadores de la empresa en su cumplimiento,
- . la evaluación de riesgos, el risk assesment, vital a la hora de diseñar los Códigos de prevención,
- . la importancia que tiene que la responsabilidad por la prevención se asuma en todos los niveles jerárquicos, especialmente los administradores, y que existan personas encargadas específicamente de ejecutarlos – que no son sino los denominados oficiales de ética o de cumplimiento,
- . la necesidad de revisar periódicamente los planes de cumplimiento etc.

Pero también la organización empresarial destinada a la prevención de actividades delictivas, se está introduciendo en la práctica empresarial española a través del *soft law* de las Convenciones internacionales y, como ya he subrayado antes, del buen gobierno corporativo. Basta leer en este sentido los informes de la OCDE en materia de corrupción, que exigen la protección de *Whistleblowers* o denunciadores cívicos o los Códigos de buen gobierno que en realidad son programas de cumplimiento destinados a evitar delitos societarios y bursátiles. Tampoco es ya extraño que nuestras grandes empresas se hayan dotado de Códigos éticos, en los que se prohíben conductas como la corrupción, la contaminación o la explotación del trabajo infantil. Para sistematizar todas estas medidas, y también para generar una mayor seguridad jurídica, mi propuesta establece en su art. 3 de los Códigos de prevención, siguiendo, aunque con modificaciones importantes, el modelo norteamericano de los programas de cumplimiento, que ha acogido también el legislador italiano.

A fin de ser breve, resaltaré sólo el aspecto de mi propuesta que me distancia más del “modelo norteamericano”: aunque los códigos de prevención son un caso de autorregulación, este concepto tal como se entiende en la actualidad, como producto dialéctico entre el intervencionismo y el voluntarismo, no está reñido con la intervención de la administración que además de dar criterios más o menos generales acerca de cómo ha de ser la autorregulación, también puede y debe dialogar con la empresa con el fin de diseñar los aspectos de un concreto sistema de cumplimiento e incluso llegado el caso intervenir directamente y obligar a una empresa a que adopte determinadas medidas.

Por otro lado, y además del legislador dando directrices generales, es conveniente que en la elaboración del Código de prevención intervengan sindicatos, organizaciones empresariales, representantes de intereses colectivos, como ONG, y otros sectores interesados. Esta forma de autorregulación regulada se corresponde con propuestas teóricas tan actuales como el derecho reflexivo de Gunther Teubner o la regulación cooperativa tal como la entienden, por ejemplo, John Braitwaithe y Ian Ayres.

IX

Me lamentaba al comienzo de mi intervención, de la parquedad del debate doctrinal acerca del sistema de imputación más apropiado para la persona jurídica, pues bien, la situación es bastante peor en lo tocante a las consecuencias jurídicas. Por esta razón, orillando el estudio de las distintas sanciones, voy a centrarme en una cuestión más abstracta y fundamental como es la relativa a los fines de la pena en el derecho penal colectivo.

En este asunto la primera constatación es que los términos prevención general y especial resultan equívocos. En el derecho penal colectivo el fin principal de la sanción es la autoorganización de la empresa, un fin si se quiere mucho más cercano a la prevención especial en cuanto que equivaldría a la resocialización de las personas jurídicas. Ello no quiere decir, por supuesto, que la sanción no puede atender a otros fines como la reparación, la innocuización o la prevención general positiva, más estos con ser importantes son un tanto accesorios o coyunturales.

Dicho esto, la discusión gira más bien en torno a como conseguir este objetivo. Y es aquí en donde encontramos una enconada disputa entre los partidarios de lo que se denomina como el modelo económico y aquellos partidarios del conocido como modelo estructural.

Para los primeros, cuyos mentores principales son el premio nobel de economía Guy Becker y el jefe de filas del Law and Economics, Richard Posner, la forma más sencilla de conseguir la autorregulación es la multa. Su razonamiento se basa en la visión de la empresa como un actor racional, que busca maximizar su beneficio, de ahí que si se la amenaza con una pérdida económica se organizará, y además lo hará de la forma más eficiente posible, para que esta amenaza no sea realidad.

Los partidarios del modelo estructural, como el profesor de la Universidad de Columbia, John Coffee, tiene una imagen bastante menos idealizada, y bastante más irracional del modo de funcionamiento de una empresa, y consideran además que la multa, calculada al modo que proponen los economistas (esto es: posibilidad de ganancias, posibilidad de descubrimiento) tiene notables problemas para hacerse efectiva. Por ello proponen como modelo de sanción sistemas alternativos de multa - como la multa equitativa-, y sobre todo apuestan por la necesidad de aplicar la *probation* a las personas jurídicas, con el fin de que un oficial de prueba, curador o supervisor judicial sea el que establezca las medidas de organización necesarias.

Mi posición al respecto es consecuencia directa de mi concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un defecto permanente de organización. Lo importante es ofrecer al juez un gran abanico de sanciones,

configuradas además de un modo flexible, que le permitan en cada caso diseñar en su sentencia un tipo de sanción que se adapte a la personalidad de la empresa infractora. Como pueden apreciar se trata de un sistema mucho más cercano a la lógica de las medidas de seguridad que al de la pena. La idea, como va a comprobarse, no está muy lejana de lo que en su día exponía Liszt en su famoso programa de Marburgo. Según creo el juez debe tener capacidad para conformar cuatro tipos de sentencias diferentes:

El primer tipo de sentencias, probablemente las más usuales, serían las destinadas a motivar la autorregulación, sus destinatarias serían los delincuentes ocasionales, es decir las empresas no reincidentes y en las que no exista una estrecha relación entre los directivos y el delito. Ante este tipo de corporaciones cabe esperar que la simple amenaza, y en su caso, imposición de la multa provoque los efectos de autorregulación que se buscan con el derecho penal colectivo.

La sentencia rehabilitadora – segundo tipo -ha de imponerse en cambio a empresas “corregibles”, en las que el juez prevé que la autorregulación no es posible, ya sea porque son multireincidentes ya sea porque sus directivos han estado muy implicados en la comisión del delito, o porque son incapaces de poner fin a sus carencias organizativas. La sanción a utilizar en este caso sería la supervisión judicial.

La sentencia innocuizadora es el que ha de imponerse a empresas peligrosas, esto es, aquellas que de proseguir su actividad ponen en peligro bienes jurídicos como la salud colectiva, o el medio ambiente o los trabajadores. Son sanciones innocuizadoras la supervisión judicial, destinada por ejemplo a imponer un plan de prevención de riesgos laborales, unida a sanciones interdictivas que paralicen la actividad de la empresa mientras esta es reorganizada.

Las sentencias reparadoras constituyen la cuarta clase de resolución. El fin reparador, tal como se entiende en mi propuesta, es más amplio que la responsabilidad civil. Así por ejemplo si la empresa es la que está en mejores condiciones de reparar el daño, la reparación se efectuaría a través de trabajos en beneficio de la comunidad, acompañados en su caso de una supervisión judicial, con el fin de comprobar su corrección. Igualmente cabe pensar en medidas de reparación simbólica.

Lógicamente estos tipos de sentencias, no deben verse como compartimentos estancos. Nada impide por ejemplo imponer una multa, y someter a la empresa a un régimen de supervisión judicial. O establecer una sanción rehabilitadora, acompañada de alguna sanción interdictiva. Lógicamente la sanción resultante ha de ser proporcionada al defecto de organización de la empresa, en el marco de la infracción cometida.

IX

A partir de las consideraciones realizadas en los apartados anteriores, creo posible proponer el siguiente modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su ubicación podría ser el propio CP, configurando un título distinto al que contienen las penas y medidas de seguridad, con el fin de subrayar la distinta naturaleza jurídica de este tipo de sanción. La complejidad técnica de esta regulación justificaría igualmente que esta materia se abordase en una ley especial. En aquellos países, como es el caso de España, en que existe responsabilidad penal pero también administrativa, sería necesario que en ambos sectores se acogiera un idéntico sistema de imputación.

Art. 1: Principio de legalidad.

- 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se producirá exclusivamente cuando así lo señale el legislador en relación a cada uno de los delitos o faltas previstos en los Libros II y III o en la correspondiente ley penal especial.*
- 2. La responsabilidad penal solo es posible si la acción u omisión realizada por su representante (art. 2) ha sido tipificada como delito o falta, y además se ha establecido expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*
- 3. Tendrán efecto retroactivo las leyes penales que favorezcan a la persona jurídica, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y se estuviera ejecutando la medida penal. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable será oído el representante de la entidad.*

Comentario

Este precepto pretende, en primer lugar, acoplar la vigencia del principio de legalidad a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo algunas precisiones, que podrían ser fácilmente fijadas también por vía jurisprudencial. De este modo, el apartado segundo está pensando en casos en que la responsabilidad penal de la persona física es anterior al momento en que el legislador considera existente la responsabilidad colectiva y el hecho se ha cometido, por la persona física, antes de este momento. El apartado tercero desvincula la aplicación de la retroactividad entre persona física y jurídica.

El apartado primero es el más importante, en cuanto que constituye un aspecto fundamental del modelo elegido. No se establece un modelo generalizado de responsabilidad de personas jurídicas, sino que el legislador en la PE o las leyes especiales decidirá en qué infracciones resulta conveniente su sanción. Esta previsión debe completarse con la prevista en el art. 2.2. En virtud de la cual una vez

seleccionado el delito sobre el que versará la responsabilidad de las personas jurídicas, el legislador podría restringir esta responsabilidad, de creerlo conveniente a un tipo de industrias (Ejemplo: establecida la responsabilidad colectiva en relación a los art. 316 y 317 del CP, podría decidir que sólo las personas jurídicas que se dedican a la construcción son responsables penalmente).

Art. 2: Culpabilidad.

1. La persona jurídica es responsable por la comisión de un hecho delictivo realizado por cualquier persona física que actúe por su cuenta cuando no ha implementado o no lo ha hecho de manera eficaz un Código de prevención con el fin de prevenir y descubrir la realización de ese tipo de delitos. No existe responsabilidad penal si la persona jurídica cuenta con un Código de prevención eficaz.

2. En relación a cada infracción penal en la que se establezca la responsabilidad podrá restringirse en atención al tamaño y actividad las personas jurídicas obligadas a establecer Códigos de prevención.

3. No existe responsabilidad cuando la persona jurídica tiene menos de 50 empleados. En este caso el juez podrá ordenar, como consecuencia accesoria a la pena, la supervisión de la empresa dirigida por el responsable individual.

4. No existe responsabilidad cuando la persona jurídica no realiza ningún tipo de actividad comercial y tiene como única finalidad la comisión de hechos delictivos. En estos casos el juez ordenará la disolución de la empresa, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales.

Comentario

El apartado primero consagra la culpabilidad por déficit de autorregulación permanente como criterio principal para establecer la responsabilidad de la persona jurídica. La culpabilidad de la organización radica en no haber implementado, o haberlo hecho de forma ineficaz, un Código de prevención destinado a prevenir o investigar la clase de delito que se ha realizado. Como la responsabilidad de la persona jurídica depende de su propia culpabilidad, no debe ser sancionada cuando demuestra la implantación de un Código de prevención eficaz.

La existencia del comportamiento individual equivale a una condición objetiva de punibilidad, que atiende a razones de política criminal. Aunque el defecto de

organización puede estar presente con antelación, la sanción penal contra la empresa sólo puede plantearse cuando se ha realizado un hecho delictivo.

Aunque tal como se señala en el art. 4, la responsabilidad individual y la colectiva son independientes, conocer la gravedad del defecto de autorregulación de la persona jurídica requiere conocer quién es el responsable individual. Ambas responsabilidades no pueden desvincularse de un modo absoluto, por esta razón en la regulación de las circunstancias agravantes y en la elección de las medidas a imponer se tiene particularmente presente el lugar que ocupa dentro de la jerarquía de la empresa el responsable individual (vid. especialmente arts. 6.2; 8.3.1º; art. 9.1; art. 10.2). La comisión de un hecho delictivo por un directivo denota una mayor gravedad del defecto de organización y, por tanto, un mayor merecimiento de sanción.

La vaguedad de que adolece el concepto de culpabilidad de empresa, incluso si se concreta en la noción de autoorganización destinada a la prevención y descubrimiento de infracciones, se remedia a través de la figura de los Códigos de prevención. Éste es el estándar al que debe atender el juez a la hora de juzgar si las medidas de organización empresarial, con el fin de prevenir y descubrir hechos delictivos, resultan eficaces.

El concepto de culpabilidad en que se cimenta esta propuesta se completa con la instauración de un régimen de agravantes que reflejan en buena medida la estructura temporal de la culpabilidad de empresa (art. 8).

Los números 3º y 4º reconocen la existencia de personas jurídicas inimputables, en los supuestos de pequeñas empresas o de sociedades pantalla que son instrumentos delictivos. Desde un punto de vista procesal esta consideración implica el que la persona jurídica no se considera imputada en el proceso penal. Las medidas de supervisión y disolución que se prevén respectivamente son parte de las consecuencias jurídicas impuestas a la persona individual.

La definición de pequeña empresa atendiendo al número de trabajadores (50) coincide con la mantenida por la OIT en su informe sobre fomento de pequeñas y medianas empresas (Ginebra. 1986).

Art. 3: Códigos de prevención.

1. Los Códigos de prevención deberán establecerse por las personas jurídicas obligadas, de acuerdo con su tamaño y nivel de organización, cumpliendo con las siguientes condiciones mínimas:

- a) *Un código de conducta en el que se determinen los principios y reglas principales de actuación de empleados y directivos de la persona jurídica con el fin de prevenir o descubrir la realización de hechos delictivos.*
- b) *Controles internos para prevenir y descubrir los comportamientos delictivos realizados por cuenta de la empresa, como, por ejemplo, sistemas de comunicación que permitan a los empleados y directivos de todos los niveles comunicar, sin temor a represalias de ningún tipo, los hechos delictivos que tengan conocimiento realizados en la actividad de la persona jurídica.*
- c) *Un sistema disciplinario que sancione las infracciones al código de conducta.*
- d) *Determinación del órgano o persona que dentro de la estructura de la persona jurídica responsable de la implantación y actualización del modelo de organización. En todo caso este órgano o persona estará compuesto por superiores jerárquicos o sometido a su directa supervisión.*
- e) *El Código de prevención será auditado al menos cada dos años por una sociedad o persona independiente. Las sociedades cotizadas harán público este informe de auditoría, que además necesariamente debe publicarse en su página web.*

2. Al establecer la responsabilidad de la persona jurídica, en relación a cada figura delictiva, el legislador podrá realizar ulteriores especificaciones de las condiciones mínimas de los modelos de organización. En cualquier caso, los modelos de organización deben ser capaces de incorporar y cumplir con la regulación administrativa susceptible de aplicación.

3. En relación a cada una de las figuras delictivas para las que se prevea la responsabilidad penal de los entes, las organizaciones empresariales en cooperación con las Administraciones públicas, organizaciones sindicales y otras asociaciones interesadas establecerán sistemas de organización que podrán servir como modelo a las personas jurídicas afectadas.

Comentario

A la vista de la realidad española, pero también de otros países iberoamericanos, resulta conveniente dar unas pautas, de carácter esencial, tal como se hace en Estados Unidos o Italia, acerca de los elementos esenciales de los Códigos de prevención. En todo caso, existen sectores como la seguridad en el trabajo, el blanqueo de capitales, el medio ambiente o la actividad financiera en la que el legislador obliga ya a adoptar normas de organización, que deben entenderse como complementarias de los Códigos de prevención.

La elaboración de los códigos de prevención se fundamenta en la técnica de la valoración del riesgo (*risk assesment*) y lo que se ha dado en llamar *responsive regulation*. De acuerdo con el primer criterio cada empresa debe realizar su propio análisis de riesgo y establecer tras examinar su actividad en que sectores o momentos es más probable que aparezcan conductas delictivas. Los controles internos y el código de

conducta deben adoptarse tras haber realizado este análisis. La regulación cooperativa se plasma en el apartado tercero cuya finalidad es asegurar la participación del entorno social de la empresa en la elaboración del Código de prevención. De este modo, la comunidad a la que pertenece la empresa, representada por la administración, los sindicatos u otras organizaciones, en diálogo con ésta, fijará el nivel de exigencia y, en definitiva, de responsabilidad social a la que cada persona jurídica está sujeta.

La eficacia del Código de prevención, con independencia de sus contenidos, depende de que las altas esferas estén implicadas en su ejecución. En las sociedades de grandes dimensiones, esta responsabilidad no puede delegarse totalmente existiendo un deber de supervisión que debe recaer sobre uno de los *top manager*.

De entre los distintos controles internos se menciona expresamente por su importancia la figura de los denunciantes cívicos, en cuanto que la posibilidad de poner de manifiesto posibles irregularidades, sin temor a represalias, es un termómetro fiable de la eficacia del Código de prevención y en general de la cultura preventiva de la empresa.

Art. 4: Independencia de la responsabilidad de la persona jurídica y natural.

1. La responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona natural y subsiste aun cuando:

- a. Como consecuencia de la organización de la empresa, ningún empleado o directivo resulta penalmente responsable por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos.*
- b. La responsabilidad penal individual se haya extinguido conforme a lo dispuesto en el art. 130. El indulto del responsable individual del delito no será aplicable a la persona jurídica.*

2. La concurrencia en la persona natural de circunstancias que excluyan la responsabilidad penal previstas en el art. 20 del CP y en el art. 14, excluyen también la responsabilidad de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera debido evitar su aparición.

3. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste aun cuando no ha sido posible identificar al autor o autores del delito o falta.

Comentario

El art. 4 confirma la independencia y el diferente fundamento de la responsabilidad de empresa y la individual. La responsabilidad de las personas jurídicas tiene como finalidad, precisamente, asegurar un mayor grado de responsabilidad individual.

El art. 4.1 a) responde al que he denominado como problema de la culpabilidad, la inexistencia de responsables individuales como consecuencia, precisamente, de defectos de organización interna. Sin una previsión como ésta, el peligro de sobreexplotación del derecho penal individual, existente en la criminalidad de empresa no desaparecerá, pese a la instauración de un sistema de responsabilidad de personas jurídicas. Una previsión semejante se encuentra en el derecho suizo, e igualmente en el Reino Unido, en el “homicidio de la corporación”.

En el número 4.3 se aborda el problema de la identificación que obedece a casos distintos, en los que pese a ser cierta la existencia de un responsable individual, no se logra identificar al culpable.

El apartado segundo 4.2 evidencia también la independencia de ambos tipos de responsabilidad. La regla es que en principio las causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o incluso el error impiden la responsabilidad de la persona jurídica. En determinados supuestos, sin embargo, esta regla debe exceptuarse (vgr. error de prohibición o inimputabilidad).

Art. 5: Responsabilidad conjunta y principio de *ne bis in idem*.

1. Cuando la persona jurídica tenga menos de 250 trabajadores, si por la misma infracción ha sido sancionada una persona natural que posea una parte significativa del accionariado de la empresa, el juez o tribunal podrán renunciar a imponer cualquier medida a la persona jurídica o tener en cuenta la medida impuesta, en la medición de la pena del responsable individual.

3. La imposición de sanciones disciplinarias contra el autor o cómplice del delito por parte de la persona jurídica, se tendrá en cuenta, como circunstancia atenuante o a los efectos de lo dispuesto en las secciones 1ª y 2ª del Capítulo III del Libro I del Código penal, en el momento de la determinación de la pena de la persona natural.

Comentario

El sistema propuesto, tal como se ha señalado, parte de la responsabilidad conjunta de persona física y jurídica. Pese a este punto de partida, los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem* exigen en personas jurídicas medianas tener presente que con frecuencia el responsable individual es también la persona que va a sufrir, en buena medida, los daños colaterales de la sanción a la persona jurídica. Por ello se positiviza en apartado primero el *principio de cuenta*, que en el derecho sancionador

administrativo comunitario ha sido también utilizado para solventar problemas de *bis in idem*.

El número de 250 trabajadores responde al concepto más usual de mediana empresa. Si esta previsión se pone en conexión con la del art. 2.3, trasluce que existe un régimen especial para medianas y pequeñas empresas. Estas últimas solo pueden verse afectadas por la sanción de supervisión, que carece de finalidad punitiva y que atiende a introducir mejoras en su funcionamiento. En las medianas empresas, el principio de proporcionalidad exige tener presente en su conjunto la responsabilidad penal y la colectiva.

El tercer párrafo atiende a un problema de *bis in idem* de origen diferente. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas elegido incita a la utilización de sanciones disciplinarias contra las personas individuales responsables. Ello puede provocar en ocasiones un nivel excesivo de consecuencias punitivas. De ahí que se permita al juez tener en cuenta en la medición de la pena, la sanción que se ha impuesto por el sistema penal privado de la empresa. Una regulación más avanzada, y basada en el principio de oportunidad procesal, podría consistir en precindir del procesamiento de la persona física.

Art. 6: Medidas penales contra personas jurídicas

1. La responsabilidad de la persona jurídica conforme a lo señalado en el art. 2 implica la imposición de alguna o algunas de estas medidas:

- . Multa*
- . Supervisión judicial*
- . Interdicciones.*
- . Publicación de la sentencia.*
- . Reparación.*

2. Tras los informes que estime convenientes, el juez podrá imponer una o varias de estas medidas atendiendo a la gravedad del delito, el grado de participación en él de la personas jurídica a través de sus directivos, el historial delictivo de la persona jurídica, los beneficios obtenidos o perseguidos con la infracción, su tamaño y naturaleza, y el peligro derivado de su actividad

3. La imposición de estas medidas no debe afectar a las posibilidades de reparación del daño.

El juez tiene en la imposición de medidas contra personas jurídicas un margen de maniobra muy amplio. El fin de las medidas contra personas jurídicas es fundamentalmente de naturaleza preventivo especial, se trata de conseguir un mayor nivel de autoorganización, de compromiso de la empresa en la prevención y evitación de hechos delictivos. Por ello, la consecución de este objetivo requiere dotar al juez de amplia gama de sanciones, a través de las cuales pueda dictar distintos tipos de sentencias: reparadoras, preventivo generales, rehabilitadores o innocuizadoras. El diseño de las sanciones que a continuación se realiza permite esta mezcla, con el fin de realizar de imponer una sanción “a medida” de la persona jurídica sancionada y la gravedad del hecho.

Art. 7: Concurso de delitos.

Se impondrá una sola multa cuando, antes de la iniciación del proceso, se haya realizado la misma infracción u otra de naturaleza semejante, como consecuencia de la no implantación de un Código de prevención o su implantación deficiente. La multa se calculará a partir del delito más grave.

Comentario

La culpabilidad de empresa se ha definido como un defecto de organización permanente, por ello no tiene sentido imponer varias multas cuando diversos comportamientos delictivos son expresión de un mismo defecto de organización. Se trata de una lógica similar a la existente en las infracciones imprudentes, cuando como consecuencia de la infracción de una misma norma de cuidado se desprenden varios resultados.

Art. 8: Multa y determinación de la multa

1. La cuantía de la multa se fijará a través de una cantidad porcentual, fijada en relación a cada delito donde se establezca la responsabilidad de las personas jurídicas, relativa al volumen de negocios de la persona jurídica en el año en que realizó o finalizó la infracción. Si se tratara de entidades no lucrativas, esta cantidad tomará como referencia el patrimonio de la empresa.

1.

Cuando el comportamiento de una persona jurídica sea determinado por otra, ésta cantidad porcentual tomará como referencia el volumen de negocios de la sociedad madre.

2. La cantidad porcentual, a la que se refiere el apartado anterior, se atenuará:

1º. Hasta una tercera parte si la persona jurídica cuenta con un Código de prevención que, aunque no se haya implementado eficazmente para excluir la responsabilidad, haya dificultado la realización de hechos delictivos similares al que se han cometido.

2º. Hasta una tercera parte si el autor o cómplice del delito es un superior jerárquico y la persona jurídica ha colaborado en la investigación aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, decisivas para establecer su responsabilidad. Esta atenuación sólo será de aplicación a las empresas de más de 250 trabajadores.

3º. Hasta una cuarta parte, cuando en supuestos distintos al anterior, la persona jurídica colabore en la investigación aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, decisivas para establecer la responsabilidad individual.

Las circunstancias previstas en los números 2º y 3º no pueden aplicarse cumulativamente.

4º. Hasta una tercera parte si la persona jurídica, en la medida de sus posibilidades, ha reparado con prontitud el daño ocasionado, eliminando las consecuencias dañosas o peligrosas.

5º. Hasta una tercera parte si la persona jurídica ha implementado antes de la apertura del juicio oral un Código de prevención eficaz.

6º. La concurrencia de distintas circunstancias atenuantes no podrá suponer una cantidad inferior a una octava parte de la multa base.

3 .La cantidad porcentual, a la que se refiere el apartado primero, se agravará:

1º. Hasta un tercio cuando un superior jerárquico haya sido autor, cómplice del delito, lo haya tolerado, ignorado conscientemente su realización o infringido sus deberes de control. Esta agravación no resulta de aplicación si se aplica la atenuación prevista en el art. 8.2.2º o si la empresa tiene menos de 250 trabajadores.

2º. Hasta un tercio si, en el caso de que la infracción constituya un delito grave, existe reincidencia o, en el resto de casos, cuando la persona jurídica haya realizado por tercera vez la infracción.

3º. Hasta un cuarto si la persona jurídica de forma activa ha obstruido la investigación.

4. Si se produjeran conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes, se valorarán y compensarán racionalmente para la determinación de la multa.

5. En aquellos casos en que la multa ponga en peligro la solvencia de la persona jurídica, la estabilidad de los puestos de trabajo o la reparación del daño, una vez oído a su representante legal, a los representantes de los trabajadores y al Ministerio Fiscal, el juez podrá:

1º. Fraccionar su pago durante un periodo de hasta 5 años. La persona jurídica deberá permitir que un experto nombrado por el juez verifique su capacidad de pago, pudiendo para ello acceder a cuanta documentación estime necesario.

2º. En el caso de sociedades cotizadas, atendiendo a razones de prevención general, ordenar a la persona jurídica que transfiera al Ministerio de Economía y Hacienda un número de nuevas acciones por un valor equivalente a la multa final. Las nuevas acciones se crearán reduciendo proporcionalmente el valor de las antiguas. Los beneficios obtenidos mediante la administración del fondo se destinarán a la reparación del daño ocasionado por el delito.

Comentario

La multa es la sanción principal del derecho penal de las personas jurídicas. Los costes de ejecución de la medida de supervisión, la severidad y los daños colaterales de otras sanciones como las interdictivas o las limitaciones a las que está sujeta la publicidad en lo concerniente a su eficacia hacen de la multa la herramienta más sencilla para forzar a la empresa a la autorregulación.

No es fácil adaptar la multa a la gravedad de la infracción y a la capacidad de pago de la empresa. Por ello el sistema pivota sobre dos elementos: el volumen de negocios o patrimonio de la empresa, que atiende a su capacidad de pago, y una “cantidad porcentual” que atiende a la gravedad del delito cometido. De este modo, se pretende que la multa tenga una severidad similar e igualitaria, de forma similar a lo que ocurre con el sistema de días multa. Otros criterios de determinación de la multa como las ganancias obtenidas o el daño ocasionado, tienen su reflejo en la aplicación del comiso o en la reparación, por lo que no resulta conveniente incluirlas como parámetro en la multa.

Las agravantes y atenuantes tienen una importancia considerablemente mayor en el derecho penal de las personas jurídicas que en el individual, pues constituyen la herramienta principal para encuzar el comportamiento del grupo. Por eso es preciso otorgar al juez un mayor margen de apreciación, y permitir además que su repercusión en la medición de la medida penal tenga mayores consecuencias.

Tanto en las atenuantes como en las agravantes juega un gran papel los indicadores de la culpabilidad reactiva. De hecho, los Códigos de prevención, pese a su nombre, comprenden, al lado de las medidas tendentes a impedir la comisión de hechos delictivos, las que se refieren a su descubrimiento.

La otra gran variable en la determinación de la multa es el nivel jerárquico del infractor que indica generalmente un mayor nivel de culpabilidad de empresa. Los controles deben ser más estrictos para impedir los comportamientos delictivos de la cúspide, y por otro lado, cuando los altos dirigentes están implicados en la comisión de hechos delictivos cabe albergar dudas acerca de la eficacia de los modelos de organización.

Un aspecto complicado de la cooperación es el *reverse whistleblowing*. Este efecto perverso se trata de limitar incentivando, en empresas de más de 250 trabajadores, mucho más la colaboración destinada a poner de manifiesto la participación de un superior jerárquico (8.2.2º y 8.3.1º), que la colaboración simple (8.2.3º).

El apartado 4 está destinado a evitar al máximo los daños colaterales, por eso adopta la propuesta de multa equitativa y la posibilidad de fraccionamiento del pago. En este caso se prevé que la persona jurídica tenga que someterse a una suerte de intervención con el fin de acertar cuál es exactamente su capacidad de pago.

Art. 9: Supervisión.

1. La supervisión tiene como finalidad la prevención de nuevos delitos, para ello el supervisor colaborará con los responsables de la persona jurídica en el establecimiento de un Código de prevención o supervisará su implantación. La supervisión sólo se impondrá cuando exista riesgo de reiteración delictiva; la reincidencia y la implicación de superiores jerárquicos en el delito deben tenerse en cuenta para apreciar este riesgo.

2. El juez determinará exactamente el contenido de la supervisión que se referirá en exclusiva a los fines antes mencionados, sin que deba inmiscuirse en otros ámbitos de la dirección de la persona jurídica.

La supervisión podrá afectar a la totalidad de la persona jurídica o limitarse a alguna de sus instalaciones o unidades de negocio.

3. El supervisor tendrá acceso a todas las instalaciones y locales de la empresa y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

4. Si el juez decretó la medida de supervisión, sin imponer multa alguna, la obstrucción de la actividad del supervisor podrá dar lugar a la imposición de la misma. Si la supervisión fue impuesta conjuntamente con la multa, la obstrucción podrá dar lugar al aumento de hasta un tercio de la multa impuesta.

5. La duración máxima de la supervisión será de cuatro años. En los casos de obstrucción, el juez podrá también ampliar el plazo de supervisión inicialmente previsto sin que pueda superar el plazo anteriormente fijado.

5. El supervisor está obligado a guardar secreto. La infracción de esta obligación será castigada conforme a lo señalado e los arts. 198, 199, 200 y 279 del CP.

6. *Reglamentariamente se determinará la retribución, cualificación de aquellos que realicen labores de intervención, así como otros aspectos relacionados con el ejercicio de su función.*

Comentario

La figura del supervisor tiene una morfología variable dependiendo de las necesidades y los objetivos de la intervención. La propuesta parte de este carácter necesariamente abierto y flexible. De este modo, según los casos, el supervisor podrá ser simplemente una suerte de observador o, desempeñando un papel más activo, quien, en estrecha colaboración con los responsables de la persona jurídica, revise, apruebe o diseñe un nuevo Código de prevención.

En el derecho comparado la supervisión también puede servir a la ejecución de la pena de multa o a asegurar la reparación. En la propuesta estos supuestos de supervisión impropia se regulan de forma independiente en relación a cada una de estas medidas (vid. art. 8.5.1º; art. 12.3).

Art. 10: Medidas interdictivas

1. *Las siguientes medidas interdictivas tienen exclusivamente como finalidad la prevención de nuevos delitos:*

1º. *Clausura de los locales o establecimientos de la empresa.*

2º. *Suspensión de todo o parte de la actividad de la persona jurídica relacionada con el delito en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

3º. *Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

2. *El plazo máximo de duración de las medidas interdictivas es de dos años. Las medidas interdictivas sólo se impondrá cuando exista riesgo de reiteración delictiva y especialmente en lo que concierne a las medidas de clausura y suspensión cuando este riesgo afecte al medio ambiente o a la salud y la vida de las personas; la reincidencia y la implicación de superiores jerárquicos en el delito deben tenerse en cuenta para apreciar este riesgo. El tipo de medida y su duración deben ser en cualquier caso proporcionados a la gravedad de la infracción realizada.*

3. *La interdicción de obtener subvenciones y ayudas públicas o contratar con la administración, no atiende en exclusiva a impedir la reiteración delictiva. El juez podrá imponerla cuando se haya previsto expresamente como medida penal.*

Comentario

Las sanciones interdictivas tienen finalidad innocuizadora. Se imponen exclusivamente a aquellas personas jurídicas que no pueden continuar su actividad sin poner en peligro bienes jurídicos, por el tiempo indispensable. En estas circunstancias normalmente la imposición de sanciones interdictivas requerirá también cierto grado de supervisión, por lo que debe ser frecuente la imposición conjunta de ambas sanciones.

La interdicción de contratar con la administración o de obtener subvenciones o ayudas tiene carácter preventivo general, de forma similar a la pena de multa. No obstante, en su imposición pueden también tener cierta importancia fines innocuizadores, como impedir que empresas poco fiables puedan perjudicar a la administración pública. Es además necesario que el legislador la prevea expresamente en relación al delito realizado por la empresa.

Art. 11: Publicación y puesta en conocimiento de las víctimas.

1. La publicación obliga a la persona jurídica a informar acerca de su responsabilidad por el delito cometido. El juez determinará el contenido de la comunicación y la forma de hacerse pública.

2. Cuando existan una pluralidad de víctimas sin identificar, la publicación necesariamente debe atender a que estas conozcan su derecho a ser indemnizadas.

3. Si, parcial o totalmente, la identidad de las víctimas es conocida la publicación consistirá también en informarles directamente sobre sus derechos.

4. La publicación podrá realizarse una o varias veces durante un plazo no superior a seis meses tras la condena. En el mismo plazo de tiempo la persona jurídica debe ponerse en contacto con las víctimas a que se refiere el número tercero.

5. La persona jurídica asumirá los costes de la publicación y de la puesta en conocimiento de las víctimas.

Comentario

El presente precepto se hace eco de las dos modalidades existentes de la publicación. La prevista en el párrafo primero tiene una finalidad preventivo general, de pena difamante, que aplicada a las corporaciones tiene efectos similares a la multa. La contemplada en los números 2 y 3, en consonancia con el derecho norteamericano, atiende a permitir una mejor reparación. La libertad de configuración que se otorga al juez permite por ejemplo anudar esta medida a la realización de investigaciones

internas y su publicación. Cuando la publicación tiene efecto preventivo general puede ponerse en lugar de la multa.

Art. 12: Reparación

1. La medida de reparación comprende la responsabilidad civil conforme a lo establecido en el art. 110 del CP. En aquellos casos, en que se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídica conforme a lo indicado en el art. 2, ésta será responsable civil directa.

2. El juez o magistrado que conozca del caso, oído el Ministerio Fiscal y a las víctimas, puede autorizar que sea la propia persona jurídica la que por sus propios medios realice la reparación.

En este caso, el juez, por sí mismo o a través de un experto nombrado por él, supervisará la realización de los trabajos de reparación. Si estos no se realizan de forma satisfactoria, el juez ordenará el pago de la responsabilidad civil conforme al régimen ordinario.

3. Si la persona jurídica no tiene medios suficientes para hacer frente al pago de la responsabilidad civil tras la sentencia o si el pago pone en peligro su continuidad y la estabilidad en el empleo, el juez de acuerdo con la empresa deberá establecer un programa de pagos periódicos. La persona jurídica deberá permitir que un experto nombrado por el juez verifique su capacidad de pago, pudiendo para ello acceder a cuanta documentación que estime necesario.

4. Si el delito no ha generado daños cuantificables o estos son de muy escasa cuantía en comparación con la gravedad del delito, el juez podrá imponer una medida de reparación simbólica que guarde relación con la infracción cometida. Su coste material no podrá ser mayor que la mitad de la multa y en cualquier caso será proporcionado a la gravedad del delito.

Comentario

La reparación representa un concepto más amplio que el de responsabilidad civil. Tanto en el derecho comparado, como en el propio derecho penal individual se ha abierto esta posibilidad, de utilizarla como una sanción alternativa. Esta característica explica el apartado 12.4, donde se contempla una reparación simbólica, muy útil en infracciones de peligro, donde el daño no existe o no asociado a la noción de reparación clásica.

Tanto en este supuesto, como en el previsto en el apartado 2, la reparación comprende los trabajos en beneficio de la comunidad, que por sus dificultades de ejecución no se han prevista como medida autónoma.

Art. 13: Definiciones

- 1. A los efectos de la presente ley se entiende por persona jurídica cualquier ente o asociación a la que el ordenamiento jurídico le reconoce personalidad jurídica independiente.*
- 2. Existe reincidencia cuando la persona jurídica haya sido condenada por el mismo delito o infracción administrativa o por un ilícito de naturaleza similar durante los cinco años anteriores a su comisión.*
- 3. Por superior jerárquico se entiende toda persona que desempeñe en la persona jurídica funciones de control o dirección, de hecho o derecho, con un grado de discrecionalidad relevante. También se considera superior jerárquico quien realice estas funciones en una unidad organizativa dotada de autonomía financiera y funcional.*

Comentario

De este precepto conviene sobre todo explicar el concepto de reincidencia. En el derecho español, como es conocido, existe una notable afinidad entre las infracciones situadas en el Código penal y otras ubicadas en la legislación administrativa. No tener en cuenta a la hora de medir la “peligrosidad” de la empresa, donde, por ejemplo, ha muerto un trabajador, que previamente fue sancionada repetidas veces por la administración es cerrar los ojos a la estructura de nuestro ordenamiento y además resulta incoherente con el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica. No puede negarse que la comisión de infracciones administrativas sirve para poner de manifiesto la gravedad del defecto de organización.

El concepto de superior jerárquico coincide en líneas generales con el que de las distintas decisiones marco europeas, donde se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas. Al igual que ocurre en el derecho italiano y austriaco, se acogen también los supuestos de “superior jerárquico de hecho”, que se corresponden con el concepto de administrador de hecho de nuestro ordenamiento. Del ordenamiento norteamericano, se toma la idea de “unidad organizativa” que se corresponde además con la realidad organizativa de las grandes empresas. Este concepto tiene además un gran significado político criminal. En las grandes empresas es excepcional el que pudiera establecerse la responsabilidad en alguno de los superiores jerárquicos. La agravación que atiende a la implicación de los superiores jerárquicos, pese a que sido corregida con el fin de no perjudicar a las pequeñas empresas, acabaría perjudicando desproporcionadamente a las medianas, pero sería prácticamente inservible en relación a las grandes empresas de carácter transnacional.

Art. 14: Alteraciones de la persona jurídica.

1. *En el caso de transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica, persiste la responsabilidad por los delitos anteriores al momento de la transformación, en el ente o entes resultantes.*

2. *Si la medida es la multa, en los casos de transformación la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de escisión los entes resultantes son responsables solidariamente del pago de la multa.*

3. *En los casos de disolución o liquidación la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital que responderán solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera asignado.*

4. *Si se trata de cualquier otra medida el juez valorará atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen su conveniencia. Para adoptar esta decisión debe atender sobre todo a la continuidad substancial de los medios materiales y humanos y en la actividad desarrollada.*

5. *En los casos de transformación, fusión, absorción o escisión el juez podrá apreciar la existencia de reincidencia en las personas jurídicas resultantes por condenas anteriores a los entes anteriores atendiendo a la continuidad substancial de los medios materiales y humanos y en la actividad desarrollada.*

Comentario

Aunque se ha acogido un concepto formal de persona jurídica (art. 14), se adopta una visión fáctica para resolver los casos de transformación en la entidad, tal como se hace en el derecho sancionador comunitario. La regulación propuesta es tributaria del D. Lgs. Italiano de 8 de junio de 2001, donde los art. 28 ss regulan detalladamente estos supuestos.

Nota bibliografía: La bibliografía relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas es literalmente inabarcable, de ahí que me permito recomendar al lector aquellos trabajos que me han sido de singular utilidad en la confección de éste artículo y de mi monografía. De las obras publicadas en castellano en los últimos años deben destacarse la monografía del Prof. Baigún, Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2000; S. Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998; Feijoo Sánchez, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002; Gómez Jara, *La culpabilidad en el derecho penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005; Zugaldía Espinar, *La responsabilidad penal de empresas fundaciones y asociaciones en el Derecho penal español y en*

la reforma penal. *Presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch (en prensa). En la literatura alemana, son de particular interés los trabajos de Heine, especialmente *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden Baden, 1995.

La forma de abordar la responsabilidad de las personas jurídicas que se adopta en este trabajo es en gran medida tributaria de la discusión existente en los EEUU, un análisis crítico puede verse en William Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, The University of Chicago Press, 2006. El *hardware* del sistema norteamericano deriva, en gran medida de trabajos como el de John Bratwaihthe y Fisse, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993 o Braithwaite, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy For Corporate Crime Control*, Michigan Law Review, 1981. Quien tenga interés en conocer minuciosamente el sistema penal estadounidense debe consultar la monumental obra de Richard Gruner, Gruner, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, Law Journal Press, 2005 o, en castellano, Gómez Jara, *La responsabilidad penal de la empresa en los EEUU*, Editorial Ramón Areces, 2005. Un excelente libro para el estudio del derecho comparado es el de Cristina De Maglie, De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, 2002. El libro coordinado por Gómez Jara, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Propuestas Globales Contemporáneas*, Aranzadi, The Global Law Collection, 2006, con contribuciones de Heine, Laufer y el propio Gómez Jara es muy útil para acercarnos a las últimas propuestas dentro del debate doctrinal. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se propone en el texto engarza como habrá podido comprobarse con el debate sobre la autorregulación que ha irrumpido como nueva forma de control público en el derecho administrativo, en este punto son de lectura obligada Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005 y Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002. Finalmente debo indicar que el presente estudio tiene su origen en el programa de investigación que diseñe en Nieto Martín, *El programa político criminal del corporate governance (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)*, en Baigún/García Rivas, *Delincuencia económica y corrupción*. Ediar. Buenos Aires. 2006. En mi trabajo *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*. Revista Penal. Vol. 19. Enero 2007 explico las causas de la americanización del derecho penal, bien patentes en lo tocante a la responsabilidad de las personas jurídicas.