

# EL SIGNIFICADO DE LA ACCIÓN (U OMISIÓN) DE LA PERSONA FÍSICA PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Joaquín Cuello Contreras

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura*

---

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-03, p. 03:1-03:25. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 15-03 (2013), 10 feb]

**RESUMEN:** El régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica introducido en España hace de la acción delictiva del representante o empleado no debidamente controlado por el representante, el hecho delictivo que se imputará a la persona jurídica a poco que ésta hubiera podido haberlo evitado si hubiese estado mejor organizada. Si hay capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica, la capacidad de pena irá de suyo, y acompañada su imposición, además, de mayores garantías que la

medida. La capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica es perfectamente compatible con la de las personas físicas que actúan en su nombre bien cometiendo hechos delictivos bien velando por su evitación. La acción de la persona física es el sustrato de la responsabilidad penal de la persona jurídica, con lo que se refuerza el significado de la acción en derecho penal, que obtiene a través de la persona jurídica una nueva función.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad penal de la persona jurídica. Sistemas de imputación penal a la persona jurídica. Capacidad de acción de las personas jurídicas. Capacidad de culpabilidad. Capacidad de pena. Función de la acción y la omisión de la persona físicas en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Fecha de publicación: 10 febrero 2013

---

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. La capacidad de acción de la persona jurídica. III. La capacidad de culpabilidad de la persona jurídica. IV. Capacidad de pena de la persona jurídica. V. Conclusión.*

## I. Introducción

1. La norma introducida en 2010 a través del art. 31 bis CP<sup>1</sup> reconociendo la responsabilidad penal de la persona jurídica, constituye el broche que cierra (de momento) la estrategia del Estado frente a uno de los problemas más acuciantes de la política criminal actual, como es el representando por la criminalidad organizada y

<sup>1</sup> LO 5/2010, de 23 de diciembre.

<sup>2</sup> *Vid.* al respecto, Joaquín CUELLO CONTRERAS, «Dominio y deber como fundamento común a todas las

cometida a través de organizaciones; concretamente, el problema referido al sujeto de la imputación penal más allá del supuesto básico, exhaustivamente estudiado por la ciencia penal a lo largo del siglo XX, del sujeto individual-persona física que actúa de propia mano o mediatamente, sólo o junto con otros sujetos individuales-personas físicas, operando en nombre propio o en nombre de otro.

La responsabilidad penal de la persona jurídica implica hacerse eco en este ámbito de lo que desde hace muchos años se viene reconociendo en otros ámbitos jurídicos, sobre todo el mercantil, como es la inconmensurable relevancia de su actividad, en cuyo desarrollo muchas veces aparecen hechos delictivos (es decir, de una gravedad considerable) que ocasionan daños económicos muy elevados; respecto a los cuales no parece suficiente con imputar a las personas físicas que —representando a la persona jurídica— han intervenido en su realización, al objeto de poder utilizar en su prevención los instrumentos más contundentes del derecho penal.

2. Ahora, se trata de utilizar el bagaje de conocimientos penales acuñados para fundamentar la imputación del hecho a la persona física, para hacer lo propio con la imputación a la persona jurídica —al igual que hubo que hacer con la responsabilidad penal de la persona física que, por actuar a través del entramado organizativo que constituye la persona jurídica (o la mera organización criminal), no soporta fácilmente la imputación del delito en el que también han intervenido muchos otros, y ha hecho necesario un gran esfuerzo interpretativo por parte de la dogmática que todavía se está desarrollando—<sup>2</sup>.

En este campo, una vez más, se vuelve a mostrar que la mejor manera de abordar los nuevos desafíos a que se enfrenta la dogmática penal en la *época del normativismo* es la de adaptar la *dogmática naturalística* —que tantos frutos ha dado a la dogmática penal del siglo XX— a los nuevos desafíos<sup>3</sup>, colmando las lagunas que puede mostrar como consecuencia de estar hecha a la medida del sujeto-persona física, que actúa de propia mano y en su propio nombre, con interpretaciones de las normas tradicionales, eventualmente completadas con nuevas normas específicas como las de los artículos 31 y 31 bis CP español, conforme a criterios normativos de cuño funcionalista, respetuosos en cualquier caso de los grandes principios del derecho penal. Ocurre así por la creciente complejidad de la realidad social, determinante de que la sociedad se vea desglosada en numerosos subsistemas, dentro de los cuales personas físicas y entes colectivos a los que se asigna personalidad jurí-

<sup>2</sup> Vid. al respecto, Joaquín CUELLO CONTRERAS, «Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, enero 2011, 22 ss.

<sup>3</sup> CUELLO CONTRERAS, *InDret*, 2011, 3 s., 23. De “paralelismo” entre la forma de imputar penalmente a la persona física y a la persona jurídica habla Klaus TIEDEMANN, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Anuario Derecho penal'96* (dir. José HURTADO POZO), Lima 1996, 97 ss., 112.

dica asumen roles sometidos a pautas necesarias para que la sociedad, como un todo, funcione; lo que obliga frecuentemente a *dislocar* lo que en otras épocas, como la de eclosión de la dogmática penal naturalística, aparecía concentrado en una única persona (física) no necesitada de desdoblarse en roles.

Este modo de proceder no tiene por qué significar la menor cortapisa para los fines del derecho penal perseguidos con la normativización de la dogmática penal, claramente surgida para relajar el corsé de una dogmática tradicional excesivamente teñida de naturalismo; siempre y cuando, claro está, se sepa reconocer que esa dogmática naturalística tiene un amplio margen de flexibilidad. A cambio de eso, tiene la enorme ventaja, innecesariamente despreciada por los normativistas más estrictos, de proporcionar criterios perfectamente compatibles con los normativos y que ayudan a realizar interpretaciones bien apegadas a la realidad, impidiendo que la ciencia penal se convierta en propuestas normativas arbitrarias, dependientes del criterio normativo elegido por cada autor. En este sentido, y junto con otras formas de limitar las posibles veleidades normativistas, conceptos procedentes de la dogmática naturalística, con su hincapié en las propiedades del comportamiento humano, tan desdeñadas por el normativismo, pueden ayudar a que la dogmática normativista no caiga en el mismo error que la paloma de Kant, que creía poder volar mejor sin tener que vencer la resistencia del aire, olvidando que sin aire no podría volar.

3. La problemática abordada en este ensayo muestra además un buen ejemplo de la fecundidad de un planteamiento que atienda *a la vez* a los aspectos normativos de toda regulación jurídica y a determinadas cualidades del comportamiento humano, las mínimas, que además no restringen para nada los fines normativos que se persiguen<sup>4</sup>. Concretamente, me propongo mostrar que conceptos tradicionales, tan tradicionales como los de capacidad de acción y capacidad de culpabilidad, que no por casualidad afloran ahora, cuando el legislador da el paso consistente en reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica, para cuestionarlo con base en que esas capacidades, de acción y culpabilidad (de la capacidad de pena no nos ocuparemos sino brevemente, al final, aunque también cabe añadirla a la lista de objeciones), sólo son postulables de la persona física, son los que sirven justamente para lo contrario, para permitir que el derecho penal pueda cumplir sus fines cuando ha mediado en el delito la presencia de una persona jurídica, articulando un sistema de imputación en el que precisamente la acción (uno de los conceptos más denostados por los normativistas) de una persona física, bajo ciertas circunstancias, constituye justo el hecho que puede ser imputado a la persona jurídica, que de otra

<sup>4</sup> *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, «Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo», *RECPC, Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es>, 2006, 0801, 18.

forma no podría actuar, ni en derecho penal ni mercantil, financiero, etc., y la culpabilidad, el cauce por donde conducir las funciones de vigilancia que la persona jurídica tendría que haber dispuesto para impedir el delito cometido por su representante.

La cuestión de la *responsabilidad penal de la persona jurídica*, una inquietud de antaño que ha tenido que esperar al momento más adecuado para su consagración, como es el de la *normativización* del derecho penal, enfrenta necesariamente al problema de la *naturalización*, que constituyó el sustrato de su elaboración dogmática en el siglo XX. Ahora se trata de *aprovechar el contraste entre la responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica, no sólo para demostrar que la responsabilidad de ésta es compatible con los principios del derecho penal, sino incluso para utilizar elementos elaborados en aquella época que sirvan a la fundamentación de su responsabilidad penal*.

## II. La capacidad de acción de la persona jurídica

4. La redacción que ha dado el legislador español a la norma que fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica incluye la realización de un hecho delictivo del Libro II CP por parte de una persona física (representante o subordinado)<sup>5</sup>.

La exigencia de que la responsabilidad penal de la persona jurídica en España requiera la comprobación de un hecho delictivo del CP cometido por una persona física, está relacionada con la cuestión capital en la materia acerca de si las persona jurídicas tienen capacidad de acción y, por tanto, pueden cometer un delito.

Es más, la relación que puede haber entre el hecho delictivo del representante y la responsabilidad penal de la misma persona jurídica ha llevado a algunos autores a sostener que puesto que la persona jurídica no puede cometer directamente un delito, dado que ésta sólo puede actuar a través de sus representantes, y teniendo en cuenta que sólo se responde por los propios actos, siendo así que los delictivos los

<sup>5</sup> Art. 31 bis “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”.

“En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de sus 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 y funciones aludidos en el párrafo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

realiza el representante, la persona jurídica carece de capacidad delictiva y por tanto de responsabilidad penal<sup>6</sup>.

Para paliar estos efectos, entendiendo que la imputación a la persona jurídica del hecho delictivo del representante supondría responsabilidad por el hecho ajeno, lo que en derecho penal está prohibido, otros autores intentan en la actualidad elaborar un injusto social propio de la persona jurídica, que sería lo que se imputara, con independencia de que se estime necesario también el hecho de referencia del delito del representante que el comportamiento delictivo de la persona jurídica habría hecho posible<sup>7</sup>.

Frente a ello, todo parece indicar que lo que ha hecho el CP ha sido concebir el hecho delictivo del representante como la forma, la única forma reconocida en nuestro derecho, que la persona jurídica tiene de cometer un delito<sup>8</sup>, habida cuenta de que, con carácter general, no sólo en derecho penal, sino también en cualquier otro ámbito (mercantil, p. ej.), la persona jurídica únicamente puede actuar a través de su representante. Sin que por otra parte baste con ello, como bien esgrimen los detractores, para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, exigiéndose algo más, tanto respecto a la conducta del representante o empleado como respecto a la misma persona jurídica<sup>9</sup>. Sólo que eso no es obstáculo para que lo que a la postre se impute sea el hecho delictivo del representante<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Vid., entre otros muchos, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, XXXIV-II y III, 1981, 371 ss., 377; Luis GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en Santiago MIR PUIG y Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, 34 ss.41, 68; Santiago MIR PUIG, «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, (ed. Emilio OCTAVIO DE TOLEDO y otros), 2004, 741 ss, 749, 751.

<sup>7</sup> Vid. Günter HEINE, «La responsabilidad penal de las empresas. Evolución internacional y consecuencias nacionales» (trad. Aldo FIGUEROA NAVARRO y José HURTADO POZO), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 19 ss., 39 ss.; Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, 258 ss. Ya antes, Ernst-Joachim LAMPE, «Injusto del sistema y sistema de injusto» (trad. Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ), en GÓMEZ-JARA DÍEZ y otros (eds.), *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el normativismo*, 2003, 97 ss., 155 ss. Sobre el pensamiento de HEINE y GÓMEZ-JARA DÍEZ, críticamente, Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, 131 ss.

<sup>8</sup> Puede decirse que el legislador español ha optado de momento por el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica de manera muy restringida, pero con la virtud, como mostrarán las páginas que siguen, de facilitar la extrapolación de categorías dogmáticas ideadas para la responsabilidad penal de la persona física.

<sup>9</sup> Los representantes han debido cometer el delito actuando en nombre y provecho de la persona jurídica, o haber omitido el debido control sobre los empleados que han cometido el delito realizando la actividad social en nombre y provecho de aquélla. El sistema adoptado parece inspirarse en el *modelo mixto* de que habla TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 122 ss., 124 s., para referirse a los sistemas de imputación penal a las personas jurídicas que exigen un actuar del representante y una deficiencia en la organización de la empresa (que complementa sobre todo la actuación ilícita de los escalones inferiores de la organización). Así, ya, para el derecho español introducido en 2010, Enrique BACIGALUPO, «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)», *Diario La Ley*, 7444, XXXI, 2010. En el mismo sentido José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008, 277 s. Vid. también Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del CP: Una aproximación desde

Más aún, es a través de la acción de la persona física-representante como la persona jurídica lesiona el bien jurídico de la forma que muchas veces contempla el derecho penal, como la acción que por sus circunstancias y elementos subjetivos acompañantes, caracteriza y diferencia al comportamiento delictivo frente a otras formas no delictivas de lesionar el bien jurídico (*vid. p. ej. art 251 bis: delito de estafa*)<sup>11</sup>.

*De admitirse estas premisas, resultaría que la exigencia del hecho delictivo-acción de una persona física, no sólo no constituiría obstáculo alguno para la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que la posibilitaría en nuestro Derecho desde 2010.*

Puede decirse, pues, que sin el hecho típico de una persona física no cabe responsabilidad penal, incluida la de una persona jurídica ahora reconocida en el CP español. Pero eso no significa que la fundamente sin más. Hace falta algo más, como en seguida se verá.

Lo que si interesa retener desde el principio es que si, como a continuación se mostrará, el hecho típico de una determinada persona física puede fundamentar, bajo determinadas circunstancias, la responsabilidad de otra persona física, como ocurre con la participación<sup>12</sup>, resultará que la *imputación del hecho a persona distinta de quien lo realizó* que se postula para la persona jurídica no sería un fenómeno nuevo en derecho penal.

el contexto», *Diario La Ley*, 7464, XXXI, 2010, criticando el modelo seguido. Sostiene que la reforma no ha introducido un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica sino sólo formal, Ricardo ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP», *Diario La Ley*, 7705, XXII, 2011, 8. Propugnaba ya un modelo mixto como el más adecuado a seguir antes de la reforma, Adán NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, 28, 177 ss. Negaba que los anteproyectos que han derivado en la reforma de 2010 contuvieran un auténtico sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas y sí una mera “percha normativa” de la que colgarla, Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «¿Responsabilidad penal para los entes colectivos?», *ADP*, LXII, 2009, 93 ss., 150. Sostiene que la reforma introduce un sistema de mera responsabilidad por transferencia de la de la persona física del representante, José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 11/2012, 9, 14. Sostiene que el sistema introducido en España en 2010 consagra el modelo de injusto y culpabilidad propios de la misma persona jurídica, GÓMEZ-JARA DÍEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, 128 ss., 135 ss.

<sup>10</sup> Con el problema añadido del desconocimiento de hecho delictivo de la persona física allí donde la empresa ha causado un daño evitable si hubiese estado mejor organizada.

<sup>11</sup> Con lo que se salva la sutil objeción esgrimida por Ricardo ROBLES PLANAS, *LL*, 7705, XXII, 2011, 6.

<sup>12</sup> Aunque Antonio CUERDA RIEZU, «El principio constitucional de responsabilidad personal por hecho propio. Manifestaciones cuantitativas», *ADP*, LXII, 2009, 211 ss., 222 ss, lo admite, al no considerar que la participación vulnere el principio constitucional de responsabilidad por hecho propio, puesto que muestra dudas respecto a alguna modalidad de autoría (224), de cierta analogía a la de la persona jurídica, frente a la de su representante, y aunque CUERDA RIEZU no es hostil a la responsabilidad penal de la persona jurídica (217 ss.), debe decirse que estas cuestiones dependen más de sofisticadas consideraciones dogmáticas relacionadas con la causalidad y el elemento subjetivo (p. ej. autoría junto a la autoría), incumbencia, cuidado debido, etc., que con principios constitucionales sin duda útiles para modular los límites de la reacción punitiva. Pero para nada más.

5. En efecto, es cierto que la *participación delictiva* no presenta problema alguno en lo que se refiere a que el partícipe lleva a cabo una acción que será la que se le impute. Ahora bien, en la medida en que el hecho principal del autor repercute sobre la responsabilidad penal del partícipe (determinando, p. ej., que si está consumada se castigue la conducta del partícipe con mayor pena que si no lo está, sin que el hecho de que lo esté dependa para nada de la conducta del partícipe), podemos decir que su responsabilidad depende también de lo que haga otro. Con lo que tenemos una evidencia de que el derecho penal conoce casos de responsabilidad anteriores a la introducción de la responsabilidad de la persona jurídica en los que la responsabilidad de alguien depende de lo que haga otro; lo que permite hablar de que, *si existe una determinada conexión con lo que hace otro*, se pueda anudar a lo que hace otro la propia responsabilidad.

Ante esto, se dirá que lo que se discute bajo el interrogante sobre la capacidad de acción de la persona jurídica es más bien que mientras que en la responsabilidad del partícipe es su acción referida a la acción del autor la que muestra que el partícipe puede lesionar con su acción el bien jurídico a través del hecho principal del autor, en el caso de la persona jurídica no cabe hallar una acción de la persona jurídica que autorice a concluir que, unida de alguna manera a la acción de su representante, permite imputarle a aquélla el hecho delictivo de éste.

Ahora bien, la razón por la cual el hecho delictivo de una persona física puede imputarse, dentro de ciertos límites, como en la participación, a otra persona física o a la persona jurídica, no acontece sólo en los casos de participación. La *omisión*, sin ir más lejos, la segunda modalidad de comportamiento en derecho penal, puede justificar la imputación de un resultado causado por una persona física a otra que esté obligada a evitarlo en nombre de un deber de garante. Es cierto que del omitente-persona física se dice que responde por no haber actuado (evitando), lo que nunca puede hacer la persona jurídica (actuar de propia mano). Pero lo que ahora se trata de mostrar es que hay casos de responsabilidad penal en los que es decisiva la acción de una persona física distinta a aquella a la que se le imputa.

Conclusión: Existen argumentos, comenzando por los legales, que justifican que también la responsabilidad penal de la persona jurídica exige como elemento esencial la acción constitutiva de delito de una persona física actuando como su representante o subordinado. También la responsabilidad de la persona jurídica exige una acción típica como primer escalón de la teoría del delito. Ahora bien, esa exigencia no debe confundirse con la exigencia, que no existe, y *por eso el de la capacidad de acción no constituye el obstáculo insalvable de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que quieren ver algunos*<sup>13</sup>, de que la responsabilidad penal de ésta tenga que fundamentarse en una acción propia.

<sup>13</sup> Vid., entre muchos otros, Günter STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en *Festschrift für Rudolf Schmitt* (ed. Kaus GEPPERT y otros), 1992, 295 ss., 301.; MIR PUIG, *EPM-RUIZ ANTÓN*, 743.

6. La razón por la cual se producen los efectos que estamos repasando sin salir de la concepción naturalística tradicional es porque la construcción de la teoría del delito, por razones de operatividad, yendo de lo más simple a lo más complejo, procede a elaborar el concepto de delito de la forma más sencilla, que es la del autor único-persona física-que actúa de propia mano; lo que no impide modificar a medida que crece la complejidad, siempre relacionada con las necesidades de la práctica, que obligan a someter a revisión los conceptos.

Pues bien, respecto a la posibilidad y necesidad de imputar a la persona jurídica el hecho delictivo de la persona física de su representante, hay todavía otro precedente de la teoría de la participación que respondiendo a problemática distinta y siendo resoluble de otra forma, presenta sin embargo una cuestión de cierta semejanza con la de la imputación del hecho del representante a la persona jurídica que nos ocupa. Se trata de la fundamentación de la *coautoría*<sup>14</sup>.

La coautoría es un caso claro de imputación a cada uno de los coautores de la acción de los otros. La figura, pacífica en la concepción naturalística, sobre todo a través del dominio funcional de Roxin, tiene interés aquí porque además de un nuevo ejemplo de imputación de la acción de alguien a otro que no la realiza con sus propias manos, lo que ocurre frecuentemente en materia de participación, resuelve un problema tan grave como el de que si cada coautor ha realizado una parte de la acción delictiva y ninguno toda ella, resultaría que nadie habría cometido el delito. Que no se trataba de una cuestión baladí lo corrobora que en España, antes de la consagración legal expresa de la figura en 1983, autores muy cualificados la cuestionaban, y sólo salvaban los efectos más perversos de su no reconocimiento a través de la figura de la cooperación necesaria<sup>15</sup>.

Es cierto que la coautoría es auténtica autoría, y que se puede fundamentar muy bien con criterios naturalísticos. Sin duda los coautores actúan realizando su propio injusto a través de su acción típica. Igual que en la participación. Pero, de la misma manera, o semejante, que sería funesto que nadie hubiese cometido el delito como autor y por lo tanto no hubiese habido delito, en los casos de coautoría, puede ser funesto, y a este impulso obedece la estrategia seguida por la Unión Europea tendente a reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>16</sup>, que no se pudiese utilizar la pena en situaciones que desde la protección de los bienes jurídicos y de la forma de actuar que se quiere prevenir penalmente, no hubiese ninguna diferencia que justificase el privilegio de la persona jurídica frente a la física<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Vid. ya en esta línea, TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 113 s.

<sup>15</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general, II, Teoría del delito* (2), 2009, XIV, 34.

<sup>16</sup> Vid. por todos TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 98.

<sup>17</sup> No hay incompatibilidad alguna entre la responsabilidad penal de la empresa y la responsabilidad penal de su representante, en contra de lo que teme MIR PUIG, *EPM-Ruiz Antón*, 761. En el mismo sentido que MIR PUIG, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADP*, LXII, 2008. 154. Con mejor criterio, como en el texto, Juan Carlos CARBONELL MATEU Y Fermín MORALES PRATS, en Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA/José Luis

En argumento tan simple puede fundamentarse la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>18</sup>.

7. El hacer operativos los conceptos dogmáticos más simples adaptándolos a los problemas de la praxis, aquello en lo que consiste la labor del legislador y de la doctrina en su ayuda, especialmente elocuente en materia de autoría y participación, se evidenció hace unos años en una cuestión complementaria con la que ahora nos ocupa, de la responsabilidad penal de la persona jurídica, como la representada por las *actuaciones en nombre de otro*.

La cuestión, que entonces se resolvió por vía legislativa<sup>19</sup>, a la que sólo después se acomodó la dogmática, incardinando la nueva figura entre las tradicionales de la participación, fórmula que por cierto en su modalidad más frecuente resolvía en derecho penal el problema del “velo de la persona jurídica” como forma de eludir la responsabilidad penal, enfrentaba al hecho de que mientras la cualidad especial de la autoría, como p. ej., la de comerciante a los efectos del delito de quiebra fraudulenta, la ostentaba una persona, física o jurídica, la acción la realizaba otra que no reunía en su persona la cualidad especial de la autoría requerida<sup>20</sup>

Con lo que venimos viendo, a través de ejemplos que ya se produjeron en la época del naturalismo, y ahora, en la época del normativismo, se multiplican, por la complejidad de los problemas sociales a que ha de enfrentarse el derecho penal, especialmente evidente en la criminalidad organizada, podemos comprobar cómo una buena forma de caracterizar lo que hacemos bajo el nombre de normativización del derecho penal es en cierta medida *desdoblar en más de un sujeto funciones* que en el derecho penal naturalístico estaban asignada a un único sujeto-persona física que actuaba sólo, creando nuevas normas, o en su caso aplicando extensivamente las ya existentes, que permitan abarcar la gravedad del comportamiento que, realizado por varios, o a través de organizaciones más o menos formalizadas, no deben constituir un obstáculo para dilucidar cuánta responsabilidad penal se haya producido sin vulnerar principios penales básicos, *que no tienen por qué funcionar solo en el supuesto más simple*<sup>21</sup>. Permitiendo, pues, imputar a una persona (física o

GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, 58. Vid. también Díez RIPOLLÉS, *InDret*, 1/2012, 3. NIETO MARTÍN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 37, 43 ss., 48, llega incluso a afirmar: “Sancionar a la persona jurídica es necesario para que socios y directivos despierten, tomen en serio la previsión de hechos delictivos y compartan con directivos medios, ejecutivos, técnicos y trabajadores los riesgos y perjuicios derivados de la imposición de una sanción penal (*nota bene*)” (37); “La responsabilidad de la empresa no persigue sustituir la responsabilidad individual, sino incrementarla y hacer menos costosa su imposición (*nota bene*)” (48).

<sup>18</sup> Vid. ya ZUGALDÍA ESPINAR, “Conveniencia político-político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «societas delinquere non potest»”, *Cuadernos de Política criminal*, 11, 1980, 67 ss., 83. Vid. también CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, *Reforma Penal*, 57.

<sup>19</sup> Art. 15 bis, introducido por LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma parcial y urgente del CP.

<sup>20</sup> Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, II, Estudio específico del art. 15 bis del CP español*, 1986, 81 ss.

<sup>21</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *InDret*, 1/2011, 23 ss.

jurídica) lo hecho por otra persona física, *en función de la relación preexistente entre ambas*.

8. Conforme a este criterio del desdoblamiento funcional, puede resolverse, en fin, el caso aparentemente insoluble en la época del naturalismo del *instrumento doloso no cualificado*<sup>22</sup>. Si el dueño de la granja insta a su peón para que introduzca en aquélla los gansos del vecino (o sabiendo que se propone llevarlo a cabo no hace nada por impedirlo: omisión), no es posible construir una autoría con el ánimo de lucro del dueño y el dolo del peón. Pero sí es posible hacerlo a través de una elemental aplicación analógica intraliteral del art. 31 (si el peón puede actuar “en nombre” o interés de su dueño, por un elemental argumento “a maiore ad minus” podrá el dueño actuar “a través” de su peón). Dicho de otra manera, sería absurdo que pueda responder como autor el peón y no hacerlo el dueño, pues el dueño es quien dirige la “empresa delictiva” de la que el peón es mero colaborador, del que puede decirse incluso que aunque realiza toda la acción delictiva (como el operario en el delito urbanístico del art. 319, que responde todo lo más como cómplice) no actúa con ánimo de lucro, lo que sí hace el dueño, a quien además le incumbe todo lo que sucede en su empresa. Una prueba más de que es la relación preexistente entre varios sujetos la que permite imputar a un sujeto, aunque se trate de una persona jurídica, lo realizado por otro, más allá de los casos resueltos tradicionalmente a través de la teoría de la participación. En este sentido hablamos de *dislocación de la imputación*. Hay personas que a pesar de actuar, realizando incluso toda la acción delictiva, no responden, por no serles imputable el hecho que realizan (su rol en la imputación es uno subordinado, no dominante), mientras que a otros que no actúan materialmente, el hecho les es imputable en virtud del principio de incumbencia<sup>23</sup>. Ese sujeto de la imputación puede perfectamente estar constituido por una persona jurídica.

9. Mientras que la capacidad de acción de la persona física se desarrolla a través de la acción en el comportamiento activo y constituye elemento esencial del tipo en el comportamiento omisivo (como capacidad de desarrollar, no desarrollada, la acción que habría evitado el resultado)<sup>24</sup>, la *capacidad de acción de la persona jurídica* se desarrolla a través del comportamiento activo u omisivo de su representante-persona física, siendo la norma del art. 31 bis la que permite fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica por la acción u omisión de su representante; de la misma manera que es el art. 31 el que permite investir de la cualidad,

<sup>22</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *InDret*, 1/2011, 25.

<sup>23</sup> Vid. *infra* 11.

<sup>24</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general, Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed. 2002, VI, 51.

inherente al representado, que el representante no posee en su persona<sup>25</sup>. Constituyendo ambas normas un buen ejercicio de funcionalismo penal consistente en adaptar las categorías dogmáticas a las necesidades sociales sin forzar las garantías penales.

En suma, la objeción principal al reconocimiento de la capacidad de acción de la persona jurídica a través de la acción de su representante que venimos desarrollando estriba, ya lo hemos dicho, en que el representante que delinque desarrolla su propio injusto mientras que el delito de la persona jurídica —sostienen algunos— debe estar constituido igualmente por su propio injusto (injusto social), que no puede ser el del representante.

¿Hay manera de romper este nudo gordiano?

Tras lo visto hasta ahora, parece que sí. Pero tiene que ser como Alejandro rompió el que da nombre a la metáfora, es decir, “cortando por lo sano” la premisa dogmática del naturalismo que identifica al sujeto de la acción con el sujeto de la imputación (normativa); es decir, entendiendo que la lesión del bien jurídico que lleva a cabo una persona física se puede imputar a otra persona, la persona jurídica, si ésta, la persona jurídica, pudo evitarlo a poco que hubiese estado mejor organizada, evitabilidad que, entendida al modo funcionalista (*vid. infra* III), fundamentaría la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, problemática que abordaremos después, requisito que evite que responda penalmente la persona jurídica si el hecho delictivo del representante que se le imputa en el plano de la tipicidad no es achacable a fallo organizativo alguno<sup>26</sup>.

10. La propuesta anterior, de responsabilidad penal de la persona jurídica a través de la acción de su representante, no debe confundirse con la *responsabilidad por hecho de otro* que tanto temen algunos en los casos en que el derecho penal admita una responsabilidad de la misma persona jurídica<sup>27</sup>. Y no constituye responsabilidad por el hecho de otro por dos razones. En primer lugar por la razón de que el “otro”, en este caso el representante, responde por su propio hecho: por cierto, por actuar en nombre de otro (la persona jurídica), manifestación adicional de la creciente funcionalización del derecho penal y un buen ejemplo de normativización respetuosa, además, del planteamiento naturalístico (el representante-persona física actúa). En segundo lugar, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es un

<sup>25</sup> “Art. 31 bis. 1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. 2.[...].”

<sup>26</sup> *Vid.*, muy atinadamente, ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad penal de empresas*, 271: “De esta forma, el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas constituirá un problema normativo (o de imputación normativa) —tanto a nivel de injusto como de culpabilidad”. Subrayado en el original.

<sup>27</sup> *Vid.* ya TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 118

caso de responsabilidad por el hecho de otro, por la sencilla razón de que el órgano de la persona jurídica, además de persona física con capacidad de cometer el delito por acción o por omisión (art. 31 bis 1. I), el cual se le puede imputar a título de propia culpabilidad, es parte esencial de la persona jurídica y, de la misma manera que provoca efectos jurídicos para aquélla cuando p. ej. firma un contrato en su nombre, produce la lesión del bien jurídico constitutivo de delito tipificado en el CP que resulta imputable también a la persona jurídica en cuyo nombre actúa, de la que responderá ésta si pudo evitarlo a poco que hubiesen operado los controles para evitar su mal funcionamiento<sup>28</sup>.

11. Esta peculiaridad de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España, basada en la imputación del hecho delictivo cometido por la persona física actuando en nombre de aquélla, permite esclarecer algunos aspectos del *concepto de acción de la teoría del delito* que parecía haber quedado vacío de contenido, reducido a una “manifestación de la personalidad” (Roxin, Gimbernat) que ni se compadece con el lenguaje natural ni permite asignarle función alguna en la teoría<sup>29</sup>.

Además, el *concepto de acción* (de la persona física a efectos de responsabilidad penal de la persona jurídica), que ha de repasarse debido a la dicción del nuevo art. 31 bis CP, quizá asuma una nueva *función* en la época del normativismo, como elemento que permite actualizar la capacidad de acción de la persona jurídica.

Puede decirse que la persona jurídica posee capacidad de acción, desarrollándose ésta a través de la persona física-representante que actúa en su nombre. El desdoblamiento consistente en que la capacidad de acción esté en una persona (la jurídica) y la acción en otra (el representante), es manifestación del funcionalismo penal semejante al que se introdujo en su día para atribuir a la persona física la cualidad especial de la persona representada (actuaciones en nombre de otro), es decir, la forma de poder imputar algo a alguien a pesar de no haber actuado debido a que ha sido colocado por el ordenamiento jurídico en una posición desde la que debe velar para que no sucedan cosas, en que Jakobs ha fundamentado el *principio de incumbencia*<sup>30</sup>, capital para fundamentar la imputación a personas físicas que no actúan (p. ej. el constructor que no construye con sus manos en suelo no urbanizable; lo hacen sus operarios) y ahora creando el marco en el que poder imputar un hecho

<sup>28</sup> La comparación de MIR PUIG, *EPM-Ruiz Antón*, 752, entre la persona jurídica y el recién nacido, en el sentido de que ambos necesitan para actuar la representación de una persona física adulta, no es afortunada, dado que la persona jurídica tiene una capacidad de operar en el tráfico jurídico, incluso representando los intereses de un menor, que éste no tiene.

<sup>29</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*<sup>3</sup>, VI, 52.

<sup>30</sup> Sobre el desarrollo de esta fundamental idea del pensamiento de JAKOBS, *Derecho penal, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., 1998, 948 ss., 970 ss., y en el resto de su obra, *vid.* CUELLO CONTRERAS, *InDret*, 1/2011, 7 ss.

delictivo (realizado activamente por el representante-persona física de la empresa) a la persona jurídica.

Es cierto que el debate en torno al concepto de acción y su relevancia para la responsabilidad penal no se ha originado por el interés en poder imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas. Ahora bien, lo que evidencia la redacción del nuevo art. 31 bis, con independencia de su acierto o desacierto, es que la acción u omisión de personas físicas, conectadas de una u otra manera con la persona jurídica, constituyen elementos esenciales de su responsabilidad penal. De poderse, y se puede, fundamentar esto, nos encontraríamos con el hecho aparentemente paradójico de que lo que parecía un obstáculo se ha convertido en vía de imputación penal a la persona jurídica. Que no se trate realmente de una paradoja sólo requiere que seamos capaces de comprender y aceptar que *la responsabilidad penal sólo puede basarse en acciones u omisiones (de acciones), ¡también la imputable a la persona jurídica!, y la persona jurídica sólo puede actuar a través de las personas físicas que la representan.*

La *acción consciente de alguna persona física*, con un contenido mínimo de intencionalidad, es el elemento básico de la teoría del delito. Ese es un resto de finalismo en la época de la funcionalización del derecho penal.

Ni se puede prescindir del concepto de acción en la teoría del delito, ni se puede limitar el concepto de acción a “manifestación de la personalidad”. El concepto de acción contiene un mínimo de *intencionalidad* sobre la que se pueda construir el tipo objetivo y subjetivo correspondiente. A estos efectos, vale el concepto de acción final de Welzel (sin las consecuencias que él quiso extraer del mismo: planteamiento ontológico)<sup>31</sup>: acción consciente de “medio para”<sup>32</sup>. *No hay tipo delictivo que no esté construido sobre una acción de esa naturaleza como su referencia inmediata.*

No se trata de discutir ahora una vez más sobre las funciones de la acción en la teoría del delito de que tanto se habló hace unos años. Se trata más bien de la exigencia de una acción referida a un bien jurídico respecto a la cual se construyen los más diversos tipos delictivos, con su correspondiente tipo objetivo y tipo subjetivo. Delitos *de tenencia* como el depósito de armas y explosivos (art. 563 ss.), o *de estatus*, como la pertenencia a banda armada (art. 571), con independencia de lo que se pueda discutir respecto a ellos acerca de si contienen o no una acción, de si tienen naturaleza de delito permanente o qué repercusiones tengan en materia de participación o ejercicio de la acción procesal, son delitos *referidos* a la acción de usar las armas en la *comisión de delitos consistentes en acciones* contemplados en

<sup>31</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, *RECPC*, 18.

<sup>32</sup> Sólo quien es consciente de que está haciendo algo que puede ser descrito como matar (= causar la muerte de una persona), no siendo necesario que actualice esto último, puede estar realizando el tipo del art. 138.

el CP (p. ej. asesinato o estragos, caso del depósito de armas, o asesinatos, secuestros con petición de rescate, etc., caso de la pertenencia a banda armada).

La acción de la persona física (con una componente objetiva y otra subjetiva que proporcionan el tipo de la parte especial y el art. 31 bis) cumple *una nueva función en la teoría del delito*, la de hacer posible la responsabilidad de la persona jurídica<sup>33</sup>.

Se explica así la función que cumple en el art. 31 bis 2 la exigencia de que conste la comisión del delito de referencia por parte del representante o empleado de la persona jurídica para que ésta pueda responder, lo que hará aun en el caso de que no se sepa exactamente quién lo cometió<sup>34</sup>. Éste es el único caso del CP en el que hay responsabilidad penal de alguien (la persona jurídica) sin que se constate quién ha llevado a cabo como autor principal el tipo (objetivo y subjetivo) del delito correspondiente del CP<sup>35</sup>.

El que se exija un hecho de referencia de tan peculiar configuración, muestra dos cosas importantes para la teoría del delito en general y para la responsabilidad penal de la persona jurídica en particular. En primer lugar, yendo de lo particular a lo general, que sin la realización del tipo de injusto de la PE por una persona física mediante una acción consciente, no es pensable la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, decimos que lo que se le imputa a la persona jurídica es el hecho delictivo cuyos elementos realiza la persona física de su representante. En segundo lugar, que toda responsabilidad penal presupone la acción de una persona física de determinadas características, que incluye un mínimo de conciencia o intencionalidad (lo que también ocurriría, sin los efectos jurídicos que hoy tiene, si el día de mañana el legislador español decidiera incluir injustos propios de la persona jurídica; *vid. infra* V). Lo que permite definir el delito como acción, pese a los múltiples ataques recientes a esta concepción.

Lo que la concepción significa por lo demás para la responsabilidad penal de la persona jurídica, posibilitándola, evidencia que, bien administrados, los conceptos de la época del naturalismo, lejos de constituir un obstáculo para los fines del derecho penal en la época del normativismo, representan una ayuda inestimable, no sólo para evitar desvaríos normativistas, sino también para propiciar sus fines más arduos, como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>33</sup> De “accesoriedad mínima” habla ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad penal de empresas*, 273, para referirse al hecho de referencia de la persona física con el que se conecta la responsabilidad penal de la persona jurídica si concurren sus requisitos adicionales.

<sup>34</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *InDret*, 1/2012, 14, entiende este elemento como la solución al problema de la prueba del hecho de la persona física, en el sentido de la “Wahlfeststellung” del derecho alemán. Con mejor criterio, en el sentido del texto, SILVINA BACIGALUPO, «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis 1 129)», *LL*, XXXII, 7541, 2011, 3, el requisito alude a la necesidad de constatar la acción constitutiva de delito de una persona física, aunque esta última (la persona física) no pueda ser identificada nada más que por su pertenencia a la empresa.

<sup>35</sup> *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, II, XIV, 6.

### III. La capacidad de culpabilidad de la persona jurídica

12. En teoría del delito *de comisión*, la acción puede entenderse como desarrollo de la capacidad de acción, desarrollo que hace innecesario considerar ésta para estimar realizada la tipicidad que cumple esa acción. La capacidad de acción, sin embargo, sí juega un importante papel en la culpabilidad, pues si la acción típica lesiva no pudo ser evitada por su autor (porque p. ej. actuó por miedo de mal), decaerá la culpabilidad, de la misma manera que si quien la llevó a cabo ignoraba de forma inevitable que ese comportamiento estaba prohibido, tampoco pudo evitarla<sup>36</sup>.

La peculiaridad de la responsabilidad penal de la persona jurídica estriba en que, como se vio en el apartado anterior, no puede decirse que la persona jurídica, por haber actuado, ha desarrollado una capacidad de acción que haga innecesario fundamentar su responsabilidad en otra cosa que en la acción desarrollada. Entonces se decía que la capacidad de acción de la persona jurídica, fundamento de su responsabilidad, la desarrollaba la acción delictiva del representante. ¿Significa esto que la capacidad de acción de la persona jurídica es el fundamento de su responsabilidad? ¿o lo es más bien la acción del representante?

El *desdoblamiento funcional* característico de la responsabilidad penal de la persona jurídica consiste precisamente en que mientras la capacidad de acción la tiene la persona jurídica, la acción imputada es la del representante. Luego en la *tipicidad* no hay necesidad de considerar la capacidad de acción de la persona jurídica, a diferencia de lo que ocurre con el comportamiento omisivo, donde es necesario constatar la capacidad de acción (de haber llevado a cabo la acción que habría evitado la lesión del bien jurídico)<sup>37</sup>.

En cambio, la capacidad de acción, como ya se anticipó, juega un papel decisivo como elemento constitutivo de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, determinante no sólo de que la persona jurídica posea capacidad de culpabilidad (la segunda gran capacidad de responsabilidad, junto con la de acción), frente a quienes sostienen su imposibilidad, sino, además, determinante de que la culpabilidad de la persona jurídica sea auténtica culpabilidad, no meramente postulada a efectos pragmáticos.

13. En efecto, con la culpabilidad de la persona jurídica, negada por quienes no quieren reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica, por la razón de que asignan capacidad de culpabilidad y por tanto culpabilidad sólo a la persona física<sup>38</sup>, lo que se exige es que de manera semejante a lo que ocurría con la capaci-

<sup>36</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*<sup>3</sup>, XI, 65 ss.

<sup>37</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*<sup>3</sup>, XI, 51.

<sup>38</sup> Vid. además de a los autores que niegan la capacidad de acción (jurídico-penal) de la persona jurídica citados *supra* nota 6, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 147 ss. Vid. también ROBLES PLANAS, *LL*, 15227/2011, 3.

dad de acción, donde hemos visto que la acción de la persona física-representante de la persona jurídica es la manifestación de la capacidad de acción de ésta, podemos determinar que la persona jurídica posee capacidad de culpabilidad si pudo evitar el delito cometido por el representante que actuó en nombre de ella<sup>39</sup>. Cuando lo pudo, se habrá constatado la culpabilidad de la persona jurídica.

Con este mecanismo tan simple, basado en conceptos tradicionales de la teoría del delito como el de la *evitabilidad*<sup>40</sup>, se supera el obstáculo que algunos ven a la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica como consecuencia de la construcción de este concepto en la teoría del delito del siglo pasado a la medida de la persona física, sujeto genuino sin duda de la responsabilidad penal, pero que, adaptándolo, partiendo de las premisas tradicionales, sirve también para fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica.

Es cierto que quien actúa con sus propias manos en el delito imputable a la persona jurídica es la persona física del representante, quien es consciente de que pudo evitar el delito (omitiendo actuar), y no la persona jurídica ni otros representantes y empleados de la misma, que podrán estar al tanto o no del delito cometido. Pero de la misma manera que el delito cometido por el representante le es también imputable a la persona jurídica dado que si ésta precisamente existe y es reconocida por el ordenamiento jurídico es porque se le reconoce su capacidad de actuar en las más diversas ramas del derecho, inclusión hecha del derecho penal, a través de la única forma en que es ello posible, es decir, a través del representante, le será imputable el hecho ya imputado en sede de tipicidad también a título de culpabilidad, siempre que se compruebe que si se hubiesen cumplido los deberes de control, se habría impedido el delito del empleado o representante.

<sup>39</sup> Puede aventurarse la tesis según la cual mientras que la responsabilidad por omisión del representante de la persona jurídica se deriva del art. 31 bis I. I, en relación con la figura de delito específica del CP y la cláusula general de responsabilidad por omisión del art. 11; el art. 31 bis I. II contiene una norma específica (complementaria de las generales) sobre la culpabilidad de la persona jurídica alusiva a la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica tal como se entiende en el texto. El hecho de que este último párrafo aluda sólo a la relación empleado-empresa (a través de su representante) y no a la relación representante (persona física)-persona jurídica (que no vigila a su representante-persona física), *lo que debería haber hecho para evitar confusiones*, puede explicarse en el sentido de que a medida que es mayor la representación es más clara la imputación a la empresa del hecho cometido por el representante. Se contrarresta así la aguda consideración de Enrique BACIGALUPO, *La Ley*, XXXI, 2010, que sustentando muy oportunamente que el legislador español ha optado por el modelo mixto, echa de menos una alusión expresa del art. 31 bis I a la culpabilidad de la empresa. *Vid.* también la aguda consideración de Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *Memento práctico Francis Lefebvre, Penal económico y de la empresa 2011-2012* (coord. Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO), actualizada a julio de 2011, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», 253 ss., 1650 ss., 1757, 1767, 1795, 1821 s. Igualmente, Víctor GÓMEZ MARTÍN, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, 2011, art. 31 bis, 127 ss., 134. Niega que quepa ver en el art. 31 bis I. II alusión alguna a la exigencia de culpabilidad de la empresa por el hecho delictivo del empleado, Bernardo DEL ROSAL BLASCO, «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 3 bis, nº 1, del CP», *CPCr*, 103, 2ª época, 2011, 41 ss., 93. Lo cuestiona en términos muy razonables, Díez RIPOLLÉS, *InDret*, 1/2012, 16, 21 ss.

<sup>40</sup> *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*<sup>3</sup>, XI, 6.

Se observa aquí un desfase entre el momento en que se comete el delito por parte del representante, consciente en ese momento de que está lesionando el bien jurídico y el ordenamiento jurídico (culpabilidad por el hecho), y el momento en que se dilucida la culpabilidad de la empresa, que hemos insinuado y habrá que concretar más en seguida al estribar ésta en defectos auto-organizativos causantes de la comisión del delito, por no haberlo previsto y evitado; pero eso no es obstáculo para esta especie de culpabilidad mediata en que consiste la de la persona jurídica, como corrobora el hecho de que también respecto a la culpabilidad de la persona física es pensable un supuesto muy importante de *culpabilidad por no haberse organizado bien con anterioridad al momento del hecho*.

En efecto, Rudolphi<sup>41</sup> ya sostuvo que cuando se va a acometer una actividad, como p. ej. la de elaborar industrialmente un determinado producto, el nuevo empresario deberá ante todo esmerarse en conocer las normas que regulan esa actividad, de tal manera que si no lo hace y lleva a cabo la manipulación infringiendo las normas de control debidamente establecidas, no siendo consciente de que está vulnerando tales normas, por desconocimiento, no podrá ampararse en el desconocimiento para eludir su responsabilidad, habiendo establecido con buen criterio la jurisprudencia alemana que en casos como éste cabe basar la culpabilidad del industrial en una culpabilidad mediata (a no confundir con la denostada culpabilidad por la conducta de vida ni con la *actio libera in causa*)<sup>42</sup>, consistente en que si bien en el momento del hecho el autor no pudo evitar la lesión del derecho, por ignorancia absoluta de la normativa que regula su actividad, el hecho de que en el momento anterior tuvo perfecto conocimiento del acto que iba a acometer después y de la necesidad de que su realización estuviese sometido a alguna norma reguladora, permite hablar de culpabilidad mediata como auténtica culpabilidad, anticipándose la culpabilidad al hecho pero de una forma que conecta psicológicamente al hecho con la necesidad de regulación que el autor sabe desconocer, lo que basta para fundamentar su culpabilidad.

Es cierto que la persona jurídica no puede establecer una relación psicológica entre el hecho delictivo de su representante y la norma jurídica que éste está infringiendo. Pero, de la misma manera que funcionalizábamos la capacidad de acción de la persona jurídica distinguiendo entre capacidad de acción de la persona jurídica e imputación a la persona jurídica de la acción realizada por el representante, cabe funcionalizar la culpabilidad de la persona jurídica distinguiendo entre realización del hecho delictivo por el representante y su imputación a la persona jurídica cuando ésta ha sido culpable porque pudo evitar el hecho delictivo si hubiese estado organizada de una forma que habría impedido que el representante hubiese repre-

<sup>41</sup> Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, 252 ss.

<sup>42</sup> Hay pues una posibilidad, rudimentaria si se quiere, de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica respetando el principio de culpabilidad, en contra de lo que cree SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 7464/2010.

sentado a la empresa cometiendo un delito, siempre y cuando ciertamente pueda deducirse que efectivamente el hecho delictivo tuvo que ver con la mala organización de la empresa, no en otro caso (el representante p. ej. actuó por su cuenta).

14. La empresa, el prototipo de persona jurídica, representa en la vida social, sobre todo en el tráfico mercantil y económico, la manifestación más clara de agente social al que se le asigna el mayor ámbito de actuación para que el sistema funcione. Ello es así hasta el punto de que de otra manera la vida social no sería posible. El papel que juega la empresa en el ámbito económico es mucho mayor que el de la persona física, prácticamente inexistente en este ámbito. Se comprende que como consecuencia de ello, su regulación jurídica, la regulación jurídica de su constitución y funcionamiento, sea ingente y sus deberes paralelos a sus derechos.

Un capítulo importante de la teoría social actual, de cuño funcionalista, sostiene que las empresas son sistemas autopoiéticos que funcionan solos, entendiendo por tal, una organización de la que se espera que se manifieste hacia el exterior como si fuese una persona física, queriéndose significar con esta metáfora (¿o algo más que una metáfora?) que tiene capacidad, y así se le exige, de operar autónomamente en la vida social, lo que significa, como lógico correlato, capacidad de responder de su buen funcionamiento, no teniendo que ser tutelada externamente<sup>43</sup>.

En este diseño esbozado de la actividad de la empresa descansa una idea que actualmente se maneja para fundamentar la responsabilidad penal de la empresa por su propia actividad, no la de sus representantes. Puesto que a la empresa se le reconocen derechos para actuar, tales derechos habrán de ir acompañados de sus correspondientes deberes, derivados del hecho de que, como cualquier ciudadano, está obligada a esmerarse en cumplir el ordenamiento jurídico vigente e intervenir reclamando las modificaciones necesarias para el buen funcionamiento del sistema. O sea, aplicado a la cuestión central de la culpabilidad jurídico-penal, de la misma manera que el ciudadano debe ser fiel al Derecho y abstenerse de lesionarlo, buscando la forma de cumplirlo (uno recuerda aquí las vías de acceso al conocimiento del Derecho que esbozó Binding y desarrolló Armin Kaufmann)<sup>44</sup>, la empresa tiene que dotarse de los mecanismos que aseguren su fidelidad al Derecho, entre ellos, y en un plano principal, obviamente, que la empresa no cometa delitos.

Si ensamblamos esta concepción con la de Rudolphi, sobre la culpabilidad mediata, tenemos material para fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica basándola en que de la misma manera que la persona física que se propone acometer una actividad puede responder si pese a que en el momento de cometer el delito

<sup>43</sup> GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad penal de la empresa*, 81 ss., 201 ss. *Vid.* también NIETO MARTÍN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 55 ss., 67 ss., 81 ss. 215 ss. Y ya antes SILVINA BACIGALUPO SAGESSE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, 53 ss.

<sup>44</sup> ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, 166 s.

desconocía la infracción porque pudo y debió instruirse antes de acometerla, la empresa responderá por el delito cometido por su representante si se hubiese organizado mejor previniendo ése y otros daños que la empresa puede producir hacia el exterior. Es cierto que el ámbito de previsión en los casos de culpabilidad de la persona física en que estaba pensando Rudolphi, estará muy circunscrito (es abaricable por la persona física), mientras que el de la empresa (piénsese p. ej. en una multinacional como muchas localizaciones en el mundo) será mucho más amplio. En cualquier caso, el fundamento de la culpabilidad de la empresa es ése. En seguida veremos cómo se puede resolver este último problema de la capacidad de culpabilidad de la empresa.

15. Si cabe concebir la culpabilidad de la persona jurídica como responsabilidad por todo lo que ocurra dentro de ella de una manera que ello se habría podido evitar si la empresa hubiese estado mejor organizada, no habrá inconveniente en estimar que el delito cometido por el representante-persona física de la empresa puede ser el hecho no evitado a pesar de que se pudo prevenir su comisión y que se le imputa a aquélla por el defecto de organización. Sin que para ello constituya problema alguno que ese hecho es también imputable al mismo representante, plenamente responsable de lo que hace en mal uso de su libertad. De manera semejante a lo que ocurre con la autoría junto a la autoría<sup>45</sup>.

Es cierto que en el modelo de la culpabilidad de la persona física es la misma persona física la que actúa de manera evitable para ella, mientras que en el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta ni actúa, que lo hace el representante en su nombre, ni por tanto responde de su hecho (físico). Pero eso no impide decir que el hecho del representante le es imputable a la persona jurídica porque supone también el desarrollo de la capacidad de acción de la persona jurídica, lo que ocurre siempre a través de sus representantes, y del que puede responder penalmente a título de propia culpabilidad aquélla porque pudo evitar el hecho de su representante si hubiese estado mejor organizada.

16. Por tanto, la normativización de la teoría del delito, cuando se trata de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se basa en una *doble funcionalización*. En primer lugar, el mismo hecho delictivo, que aunque lo comete la persona física del representante, se imputa a la persona jurídica con base en elementales razones de operatividad de la figura, esencial al tráfico, de la personalidad jurídica de los entes colectivos. En segundo lugar, la propia culpabilidad de la persona jurídica, que ni va referida a hecho (físico) alguno realizado por ella (el hecho lo realizó la persona física del representante), ni por tanto se basa en la capacidad de haber evitado el hecho propio, sino el de otro que actúa en nombre de ella.

<sup>45</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG, II*, XIV, 79

Pero ni una ni otra funcionalización excluyen que la responsabilidad penal de la persona jurídica se base en los propios actos y en la propia culpabilidad, porque ella *sí tuvo plena capacidad de evitación del delito cometido en su nombre*. Lo único que ocurre, como anticipábamos al principio, es que una vez más se produce el desdoblamiento de la imputación propio de todos los casos de criminalidad organizada o cometida a través de organizaciones, que caracteriza el momento actual del derecho penal y la ciencia que quiere estar a su altura.

17. La propuesta de considerar que a la persona jurídica le es imputable penalmente el hecho delictivo realizado por el representante que actúa en su nombre no significa ni que haya *culpabilidad sin tipicidad* ni que la culpabilidad sea *elemento de la tipicidad* en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Lo primero no, porque el hecho delictivo del representante es el hecho que, configurado típicamente a través del tipo de la Parte Especial realizado por el representante, unido al interés de la persona jurídica con que actúa aquél, según exige el 31 bis, es el hecho típico de la persona jurídica al que va referida la culpabilidad de ésta en la forma en que ya vimos estudió minuciosamente Rudolphi para la persona física.

Ciertamente, la culpabilidad así constatada de la persona física incluye como fenómeno de su conciencia la representación del daño que ocasionará probablemente y que podría haber evitado si se hubiese informado. Lo que no ocurre con la culpabilidad de la persona jurídica. Pero aquí viene muy bien a colación lo que la concepción funcional dice de la culpabilidad por el rol de la persona jurídica. Constituye incluso algo más que mera analogía el hecho de que la persona jurídica tiene que organizarse en fidelidad al ordenamiento jurídico<sup>46</sup>, lo que incluye enclaves y controles empresariales y de los propios miembros, todos, de la empresa, en los términos que en otros ámbitos se han empleado para caracterizar una responsabilidad colectiva.

Lo segundo (la culpabilidad de la persona jurídica no constituye la tipicidad del hecho que se le imputa) tampoco, porque la persona jurídica no responde por *haberse organizado mal*, sino por *el hecho delictivo de su representante*. La culpabilidad de la persona jurídica, incluso, es más amplia que la de la persona física, pues basta para la imputación a título de culpabilidad la mera posibilidad (no necesariamente seguridad) de que el desconocimiento (¿error de prohibición?) por parte de la empresa del hecho delictivo del representante quizá (no se exige seguridad) se habría evitado con el debido control de la empresa. Algo que también está justificado por el rol de la persona jurídica en el derecho penal funcional.

<sup>46</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal de la empresa*, 258 ss.

18. Una vez esbozada la culpabilidad de la persona jurídica, hemos de concentrarnos en la concreta *capacidad de evitar* el concreto delito cometido por el representante, sobre lo que ya acabamos de decir algo. ¿Basta con la constatación de que el delito cometido se pudo evitar como tantas otras malas prácticas que no se han evitado como consecuencia del defecto de organización de la persona jurídica? ¿O más bien, para hablar de culpabilidad de la persona jurídica hay que constatar que si la empresa hubiese estado mejor organizada se habría *evitado con seguridad el concreto delito del representante*?

En efecto, la evitabilidad como fundamento de la culpabilidad de la persona física juega un papel esencial como materialización del principio de culpabilidad, hasta el punto de que si pese al desconocimiento de la lesión del Derecho por parte del autor, de haberlo conocido tampoco es seguro que lo habría evitado, decae la culpabilidad. Ello es así porque la culpabilidad no se basa en la voluntad de infringir el Derecho sino simplemente en la evitación de la lesión del bien jurídico; cuando la lesión del bien jurídico habría sido inevitable por desconocimiento de la norma lesionada aun en el caso de que el infractor hubiese hecho lo que estuvo en sus manos para conocerla, es aplicable también para el infractor que no hizo esfuerzo alguno por alcanzar ese conocimiento<sup>47</sup>.

¿Vale lo acabado de decir para la culpabilidad de la persona jurídica?

19. La culpabilidad de la persona jurídica, por las razones a que aludíamos antes, de magnitud de la empresa e inabarcabilidad de los hechos que pueden manifestar un defecto de organización de la empresa, no puede garantizar la prueba de la evitabilidad del delito.

Sólo cabe hacer todo lo posible, mucho, para conseguirlo.

A esta limitación es reconducible el concebir la *evitabilidad* de la persona jurídica como *injusto propio* en el sentido concebido por Heine<sup>48</sup>.

Para Heine, que construye la responsabilidad de la empresa de creación de nuevos riesgos técnicos al margen de la posible responsabilidad del representante, el injusto de la empresa lo es como garante de control, esto es, que por algún defecto de organización gestiona mal el riesgo, lo que se traduce en materialización del peligro típico de la empresa (p. ej. un daño medio-ambiental grave), imputable a la empresa por su dominio funcional-sistémico no ejercido correctamente, y conectado con el daño como condición objetiva de punibilidad, siempre que en la administración defectuosa del riesgo se hayan cumplido los postulados de la teoría del aumento del riesgo (no estricta causalidad). Heine ve más segura incluso que en la imputación individual, la imputación subjetiva a título de dolo o imprudencia a través de las secciones de seguridad y legal de la empresa. La culpabilidad, por su

<sup>47</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*<sup>3</sup>, XI, 259.

<sup>48</sup> HEINE, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 42 ss.

parte, es entendida como culpabilidad colectiva por la conducción de la empresa, siempre que se haya individualizado en el caso concreto.

Bien mirado, ni siquiera son tan grandes las diferencias entre el modelo del injusto propio y el modelo de la culpabilidad de la empresa, con independencia de que el primero resuelva la cuestión en el plano de la tipicidad (con el problema añadido de la necesidad de tipificar expresamente) y el segundo en el de la culpabilidad (con la ventaja añadida de que la culpabilidad es más fácilmente modulable que la tipicidad). La semejanza llega a alcanzar incluso a las dificultades comunes de ambos, pues si bien es cierto que la exigencia del hecho delictivo del representante del modelo mixto presentará difíciles problemas de prueba tratándose de grandes empresas, también el modelo del injusto propio puede presentar problemas cuando se trate de grandes empresas deslocalizadas a la hora de considerar que el delito lo ha cometido la empresa.

Lo importante es que ambos modelos permiten rebajar las exigencias de la evitabilidad requeridas para la responsabilidad de la persona física sin forzar demasiado el principio de culpabilidad.

20. En efecto, lo anterior, que significa sin duda una ampliación considerable de la responsabilidad penal de la persona jurídica en comparación con la persona física, se puede justificar con las amplísimas facultades que el ordenamiento jurídico asigna a la empresa, en correspondencia con lo cual se amplía la exigencia de responsabilidad, como ha mostrado muy bien Gómez-Jara<sup>49</sup>.

Sin duda es ésta otra manifestación de la funcionalización de la teoría del delito en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

¿Cuándo, no obstante, puede cesar esa amplitud de la culpabilidad de la persona jurídica? Cuando el hecho del representante no es reconducible en modo alguno al mal funcionamiento de la empresa. ¿Significa ello una especie de presunción de culpabilidad de la empresa salvo que se demuestre lo contrario? No; significa sólo eso, una relajación de la demostración de que el hecho del representante es reconducible al mal funcionamiento de la empresa<sup>50</sup>.

21. *Quienes pudieron evitar el delito son también personas físicas que debieron actuar de otra forma*; como en el modelo del injusto propio de la persona jurídica por la falta de control habrá siempre también un entramado de acciones u omisiones de personas físicas determinantes de que la empresa funcione o no<sup>51</sup>. En este

<sup>49</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal de la empresa*, 273 s.

<sup>50</sup> Si se comparte la opinión sobre el contenido de culpabilidad de la empresa del art. 31 bis 1. II (*vid. supra* nota 39), su referencia a “las concretas circunstancias del caso”, significará una relajación realista de exigencias tan grandes de responsabilidad de la persona jurídica de las que es necesario partir.

<sup>51</sup> *Vid.* la atinada consideración de NIETO MARTÍN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 23, que habla de “motivación del substrato humano que incluye la persona jurídica”.

sentido volvemos a hablar de *la acción (de la persona física) como sustrato de toda responsabilidad penal*, sin la cual no se entendería la de la persona jurídica, mediante el mecanismo llamado auto-organización (de la empresa) a través del cual actúa la persona jurídica.

#### IV. Capacidad de pena de la persona jurídica

22. Si la responsabilidad penal de la persona jurídica soporta la prueba de la capacidad de acción y la de la capacidad de culpabilidad, con mayor razón soportará la prueba de la capacidad de pena, habida cuenta de que la mayor parte de los detractores de la capacidad de pena de la persona jurídica la deducen de su incapacidad de acción y sobre todo de culpabilidad<sup>52</sup>.

La mejor comprobación de la capacidad de pena de la empresa la proporciona el derecho de medidas de seguridad, que siendo un ámbito en el que los detractores de la capacidad de pena de la persona jurídica no tienen inconveniente en ubicar las medidas imponibles a las personas jurídicas<sup>53</sup>, no permite ocultar lo que desde hace mucho tiempo se viene diciendo acerca de la intercambiabilidad entre pena y medida de seguridad<sup>54</sup>.

Pues bien, habiendo supuesto hasta ahora esta intercambiabilidad un camino para sustituir por medidas las penas a imponer a las personas físicas cuando aquéllas eran más indicadas, éste es un caso claro en el que por las mismas razones: intercambiabilidad en función de metas de política criminal, *deben sustituirse las medidas contra la empresa reconocidas ya con anterioridad por auténticas penas*. Queda por ver si con ello se infringe algún principio penal.

Lo único que propicia, pues, el reconocimiento de capacidad de pena de la persona jurídica es que el principio de culpabilidad en su faceta de principio de determinación de la pena sea aplicable a la persona jurídica no sólo con efectos limitativos, lo que ya ocurre en España por el límite de la culpabilidad previsto para las medidas de seguridad, sino también con efectos agravatorios o atenuatorios tal como la pena se determina en función de la gravedad del hecho y las circunstancias<sup>55</sup>. Lo que probablemente supondrá un “beneficio” para la empresa, habida cuenta de la ligereza con que se legisla en materia de medidas de seguridad. ¿No se

<sup>52</sup> Vid., por todos, MIR PUIG, *EPM-Ruiz Antón*, 753, 755.

<sup>53</sup> De tercera vía habla MIR PUIG. *EPM-Ruiz Antón*, 760. Simpatiza con la idea de “tercera vía” como “vía” de superación del debate cada vez más nominal sobre si la reacción estatal por el delito de la persona jurídica debe ser la pena o la medida de seguridad, NIETO MARTÍN, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 19 s.

<sup>54</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*<sup>3</sup>, II, 121 ss.

<sup>55</sup> Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, II, XVII, 44 ss.

convertirá en un privilegio para ella el reconocimiento de la capacidad de pena de la persona jurídica?<sup>56</sup>

## V. Conclusión

El legislador español se ha decidido en el momento crucial de la consagración definitiva de la responsabilidad penal de la persona jurídica por el modelo mixto; un modelo que tiene el inconveniente de hacer necesario para la responsabilidad penal de la persona jurídica la constancia del hecho delictivo de algún representante individual de aquélla, lo que a veces, sobre todo en grandes empresas, no será viable, pero la gran ventaja de evitar tener que definir nuevas figuras delictivas con la persona jurídica como única autora y el problema añadido de la posible responsabilidad personal del representante que materialice el injusto de la persona jurídica.

En cualquier caso, el modelo elegido, que en un futuro quizá quepa modificar, satisface en buena medida la necesidad indeclinable de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas; y, además, por la vía de la responsabilidad penal del representante, garantiza muy bien el respeto a los grandes principios del derecho penal, con modificaciones que los hagan operativos en este ámbito, sin forzarlos demasiado; y asegura también el aprovechamiento de categorías dogmáticas elaboradas con arreglo a la responsabilidad penal de las personas físicas, para facilitar la intelección de este nuevo sujeto de responsabilidad penal que es la persona jurídica.

En efecto, conceptos como los de capacidad de acción y capacidad de culpabilidad como capacidad de evitación de una acción lesiva del ordenamiento jurídico, tan denostados por el normativismo, no sólo siguen siendo útiles para determinar la responsabilidad penal de la persona física, sino también, debidamente funcionalizados, hacer lo propio con la de la persona jurídica, es decir, de la de ésta a través del comportamiento de la persona física-representante, en que se inspira el sistema

<sup>56</sup> Bernd SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea» (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS y Mercedes PÉREZ MANZANO), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (Luis ARROYO ZAPATERO y otros), 1995, 505 ss., que rechaza la pena para la persona jurídica, para preservar la culpabilidad de la persona física no involucrada en el hecho delictivo cometido en su nombre (587 s.), no ve inconveniente en fundamentarla en el “estado de necesidad preventivo” para preservar el interés general ante nuevos hechos delictivos de la empresa, en nombre de la prevención especial (589). STRATENWERTH, *Rudolf Schmitt-Fest.*, 304 s., va más allá y tras negar la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, no obstante, admite medidas que sirvan a la prevención general, pues al fin y al cabo la persona jurídica no es una “persona moral” cuya dignidad hubiera que respetar. Y MIR PUIG, *EPM-Ruiz Antón*, 756 ss., en la misma línea, niega la pena para la persona jurídica en nombre de la culpabilidad de la persona física, pero no ve inconveniente en imponer multas como medidas con puros criterios de prevención general. Ninguno de estos posicionamientos respeta la culpabilidad y la dignidad de la persona jurídica ni, por tanto, de las personas físicas que la componen.

español. Es más, cabe aventurar que si el día de mañana se configura un modelo de injusto propio de la empresa, todo lo elaborado para el sujeto-persona física será útil, debidamente extrapolado, por analogía, para precisar ese injusto colectivo tan peculiar.

Y es que en definitiva lo decisivo no es el sujeto de la responsabilidad penal, sino la acción, cualquiera que sea el sujeto, persona física o persona jurídica, que la lleve a cabo, acción relevante en cuanto a causación-lesión de un bien jurídico, en algún aspecto intencional. Esto es lo que hace extrapolable lo dicho tradicionalmente de la persona física a la jurídica.

El tema que hemos abordado en este ensayo es una buena muestra de que todo sistema penal ha de ser a la vez *lógico y funcional*. *Funcional*, porque hemos de procurar que sirva para finalidades prácticas, como las que están detrás de la necesidad de prevenir mediante penas delitos cometidos a través de la actividad empresarial. *Lógico*, porque la exigencia de determinadas formas de acción como único contenido posible de la norma penal, es de una ayuda capital para su concreción, y en el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica, incluso, para hacerla posible.