

31

DEUS PROVIDE ET PRO

Revista

Enero 2013

Revista Penal

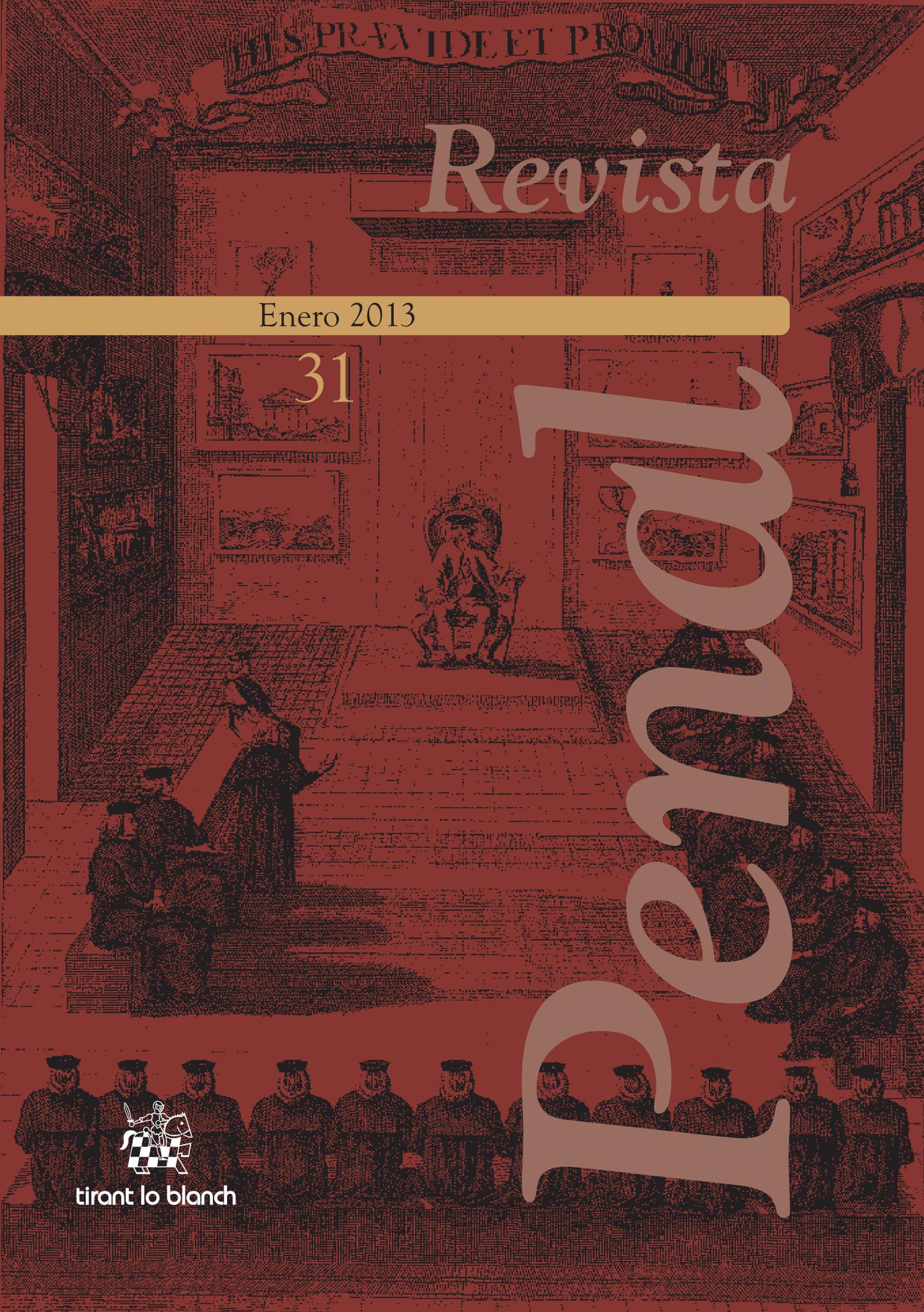
31

Penal

Enero 2013



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i>	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i>	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M^o del Carmen Gómez Rivero</i>	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i>	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	247
Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)	262
Bibliografía: Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i>	326



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código Penal

María Soledad Gil Nobajas

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autora: María Soledad Gil Nobajas

Adscripción institucional: Doctora europea. Profesora encargada de Derecho Penal. Universidad de Deusto. sgil@deusto.es

Sumario: I. Introducción. II. Destinatario de la norma penal, sujeto activo y autor del delito. III. Posición del administrador de hecho y de derecho frente a la norma penal. 1. En los delitos comunes. 2. En los delitos especiales: ámbito de los delitos societarios. IV. Persona jurídica y norma penal: repercusión de la LO 5/2010. 1. Situación previa a la LO 5/2010. 2. Responsabilidad penal de personas jurídicas y actuar en lugar de otro. V. Bibliografía.

Abstract: The provision in Spanish Penal Code of criminal liability of legal persons has not altered the “act on behalf of another” rule of article 31. Previously, this rule has played an important role to avoid undesirable impunity situations regarding some special offences, due to the traditional non-liability of legal persons in Spanish Criminal Law. Taking into account the undeniable connection between both legal provisions, this paper provides an analyse of the rol that, before and mainly after the reform, carry article 31 Penal Code out, specifically in the field of special offences in the strict sense in which the legal person can be held responsible.

Key Words: Act on behalf of another, legal persons, criminal liability

Resumen: La introducción en el Código Penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha mantenido invariable la regla del actuar en lugar de otro del art. 31. Con carácter previo a la reforma, esta regla ha desempeñado una importante función para evitar indeseables lagunas de punición en determinados delitos especiales, debido a la tradicional irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal español. Teniendo en cuenta la indiscutible relación entre ambas previsiones legales, este artículo ofrece una revisión del papel que, antes y fundamentalmente tras la reforma, cumple el art. 31 CP, específicamente en los delitos especiales propios en los que la persona jurídica puede ser penalmente responsable.

Palabras clave: Actuación en lugar de otro, personas jurídicas, responsabilidad penal

Recepción del artículo: 10-06-2012.

Evaluación favorable: 10-09-2012.

I. Introducción

La entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, el 23 diciembre de 2010, ha supuesto un hito histórico en Derecho Penal español con el reconocimiento legal de la imposición de penas a las personas jurídicas en el marco de determinados delitos. El paso dado por el legislador español, ciertamente condicionado por los compromisos europeos asumidos, supone la incorporación de un cuerpo normativo novedoso y exige, en consecuencia, una labor de análisis en profundidad de todos los extremos de esta regulación en atención a consideraciones político-criminales, dogmáticas y de aplicación judicial. Pero el significado y operatividad del art. 31 bis no puede desvincularse de las peculiaridades de los específicos delitos a los que se circunscribe su ámbito de aplicación, principalmente cuando se configuran como delitos especiales.

Este trabajo pretende aportar una pequeña contribución a esta cuestión, en concreto en torno al significado de la cláusula del actuar en lugar de otro con anterioridad y posterioridad a la reforma penal. El punto de partida de estas reflexiones será la delimitación de los conceptos de destinatario de la norma, sujeto activo y autor del delito como paso previo para entender la filosofía que ha inspirado en origen la regla del actuar en lugar de otro en los delitos especiales propios en los que el titular del deber extrapenal que da sentido a la materia de prohibición es una persona jurídica. Igualmente este trabajo trata de responder a la pregunta de si el papel que el art. 31 CP ha venido desempeñado en esta cuestión se ha visto modificado tras la introducción del art. 31 bis.

II. Destinatario de la norma penal, sujeto activo y autor del delito

La función preventiva que aspira a cumplir el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho se legitima en la medida en que se muestra respetuosa con los límites constitucionales que se derivan de las características de este modelo estatal. En su vertiente de Estado social, el *Ius Puniendi* sirve a esta función preventiva y se muestra legítimo cuando resulta útil como medio de protección de la sociedad. Y a esos intereses sociales que, por su importancia, se consideran merecedores de tutela jurídico-penal se les

denomina “bienes jurídico-penales”. Punto de partida de estas reflexiones es, en consecuencia, la premisa de que el bien jurídico-penal constituye el eje central de la intervención punitiva¹. En torno a este controvertido concepto, de contornos no siempre precisos, el legislador desarrolla una labor de selección de las conductas que, bajo unos determinados requisitos, van a ser constitutivas de delitos o faltas. De todas aquellas conductas que entran en contacto con el bien jurídico-penal las habrá lícitas y, en menor medida, ilícitas; y a su vez, dentro de estas últimas, unas pocas merecerán además el calificativo de ilícitos penales, únicamente las más intolerables o que impliquen una mayor dañosidad social —*nullum crimen sine iniuria*— y solo cuando otras instancias de control social, formales e informales, no ofrezcan una respuesta igual o más efectiva de la que ofrece el Derecho Penal a un menor coste. En esa tarea de selección y en atención al interés que pretende tutelar jurídico-penalmente, el legislador no describe únicamente las conductas que pueden llegar a agredir al bien jurídico, sino que indica también, en íntima conexión con ese aspecto, por parte de *quién* puede provenir la agresión². O dicho con otras palabras, cuando el legislador tipifica las conductas a las que vincula la imposición de una pena —o, en su caso, medida de seguridad— se preocupa por designar, expresa o implícitamente, los sujetos que están en posición de llevarlas a cabo y lesionar así el bien jurídico, en la medida en que se relacionan, por alguna causa, con la estructura social típica que determina la materia de prohibición.

Sucedec con frecuencia que, una vez determinada la estructura social en la que se desenvuelve el interés merecedor de tutela penal, se comprueba que cualquier sujeto puede entrar en relación con él y, consecuentemente, vulnerarlo. Es lo que ocurre en los delitos comunes, en los que la norma penal se dirige indistintamente a todos, pues se trata de un ámbito de protección del bien jurídico lo suficientemente abierto para que cualquier persona tenga acceso a él. En estos delitos coincide en un mismo sujeto, por regla general, la calificación de destinatario formal de la norma y, de darse sus requisitos, la de sujeto activo del tipo penal y autor del mismo. La norma jurídico-penal se dirige a “todos”, ya que en cada uno de nosotros recae el deber penal de respetar el bien jurídico —concepto estático frente a la norma—; una vez que uno de los miembros del colectivo social

1 Por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 119 ss.

2 Conforme a esto, considero válida la apreciación de KOHLHOFF de que para la determinación del destinatario de la norma no entra en consideración ninguna especialidad dogmática. En *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 250.

entra en contacto con el bien jurídico protegido y se encuentra en posición de vulnerarlo se convierte en sujeto activo del tipo penal³ —concepto dinámico frente al bien jurídico—; finalmente, será considerado autor penal en caso de materializar la amenaza al interés tutelado, como consumación o en grado de tentativa, y una vez verificados los restantes elementos del delito.

Estos mismos niveles concurren igualmente en los delitos especiales, solo que aquí su comisión se restringe a una categoría limitada de sujetos. Si el bien jurídico-penalmente protegido se integra en una estructura social a la que no todos tienen acceso, sino exclusivamente unos pocos, la norma penal se dirige a esos pocos porque son, inicialmente, los agentes que están en condiciones de entrar en contacto con el bien jurídico y, más importante todavía, son aptos para vulnerarlos debido a la especial función social que desempeñan. Pero a diferencia de lo que ocurre en los delitos comunes, en los delitos especiales no siempre tienen por qué coincidir en el mismo agente los tres niveles referidos, pues puede suceder que no todo el que es destinatario de la norma puede ser sujeto activo y autor del delito, al menos desde la óptica del Derecho penal. En esta clase de tipos penales la norma se dirige a unos determinados sujetos que, por su específica situación en la estructura social típica, son titulares de un deber extrapenal que condiciona, en principio y desde una perspectiva formal, la posibilidad de vulnerar el bien jurídico.

Ahora bien, no es suficiente con ser destinatario formal de la norma para justificar la atribución de la responsabilidad penal. Una cosa es quién es titular del deber extrapenal y otra quién da cumplimiento o incumplimiento al contenido del deber del que puede surgir la lesión o puesta en peligro del interés tutelado. Este paso solo puede darse, en mi opinión, oponiendo al carácter formal o estático de destinatario de la norma una perspectiva material o dinámica que subyace al

concepto de sujeto activo del tipo. Quien, además de ostentar la posición o estatus de la que emana la titularidad del deber extrapenal, entra materialmente en contacto con el bien jurídico, puede decirse que realiza el tipo penal. Este acceso material al bien jurídico puede darse, bien porque el mismo titular del deber o destinatario formal de la norma ejercita él mismo la función que corresponde a su posición jurídica, bien porque, derivadamente, otro sujeto distinto al destinatario primario ha asumido el cumplimiento del deber vinculado a su figura. De ahí que en esta última hipótesis surja la necesidad de establecer algún mecanismo penal que salve legamente el “salto” que supone pasar del destinatario de la norma al sujeto activo del delito, aspecto al que viene a dar respuesta la cláusula del actuar en lugar de otro del art. 31 CP.

Sujeto activo del tipo y autor tampoco operarían, en mi opinión, como términos equivalentes, aunque en numerosas ocasiones se utilicen indistintamente. Ambos conceptos comparten la base común de acceso material al bien jurídico, pero para que un sujeto se convierta en autor penal es necesario, además, corroborar la concurrencia de todos los elementos que fundamentan la imposición de la sanción penal⁴. No obstante, a diferencia de la relación que media entre destinatario formal de la norma y sujeto activo del delito, tanto la condición de sujeto activo como autor si recaerían, necesariamente, en el mismo sujeto.

III. Posición del administrador de hecho y de derecho frente a la norma penal

1. En los delitos comunes

El sujeto que posee la condición de administrador de una persona jurídica —con independencia ahora de que se trate de una gestión avalada legalmente o puramente fáctica—, cumple con dos roles diferenciados. Por un

3 En sentido similar, respecto de los delitos comunes, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administración de hecho en la empresa: criterios de atribución*, Montecorvo, Madrid, 1999, p. 145.

4 Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del delito: derecho penal, parte general*, Civitas, Madrid, 1984, p. 109. Difiere del planteamiento aquí expuesto Martínez-Buján, quien, en lo que alcanzo, contraponen una diferencia similar a la que he asumido entre destinatario de la norma y sujeto activo en las categorías de sujeto activo y autor. Para este autor, conforme a la concepción significativa de la acción que asume, el sujeto activo del delito define en abstracto al sujeto descrito en los diferentes tipos de acción de las figuras delictivas de la Parte especial. Por su parte, la noción de autor iría referida al plano de la realización de lo prescrito por la norma, es decir, a la producción material del hecho. Ambas categorías, por tanto, se encuentran conectadas, ya que la caracterización del sujeto activo permite delimitar el ámbito de los posibles autores que pueden realizar la conducta descrita en el tipo de acción. En este sentido, quienes no reúnan las condiciones o cualidades personales requeridas en el tipo no podrá nunca llegar a ser autor del delito. En *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 279-280. Lo que no especifica esta postura es si la categoría de destinatario de la norma resulta equivalente a la de sujeto activo de la acción o es una noción autónoma de aquella. Siguen un planteamiento similar en la doctrina Alemana KOHLHOFF, C., *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe...*, ob. cit., p. 250 y SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Brühlscher Verlag, Gießen, 1993, pp. 12-14.

lado, ejerce un rol general de ciudadano, integrándose en sociedad y disfrutando de las condiciones necesarias para convivir y participar en su desarrollo. También desempeña un segundo rol, el específico de administrador, que deriva de la concreta función que asume dentro de la persona jurídica en la que desempeña su cometido. Atendiendo a su vertiente de ciudadano, no hay problema en admitir que el administrador es destinatario directo de todas las normas penales que exigen como único requisito esta condición mínima. Así, un administrador de hecho o de derecho es perfectamente destinatario de la norma penal que prohíbe matar, robar o, en atención a un tipo penal más próximo a la actividad desempeñada por el administrador, estafar; y no existe tampoco obstáculo, en principio, para considerarle sujeto activo de un delito de homicidio, robo o estafa, en la medida en que materialmente realice la conducta que conlleva la lesión del bien jurídico vida, propiedad o patrimonio. El que llegue a ser o no autor de estos delitos dependerá, finalmente, de que además con su conducta haya realizado la parte objetiva y subjetiva del tipo y sea antijurídica y culpable.

2. En los delitos especiales: ámbito de los delitos societarios

Además del marco de protección de bienes jurídicos a los que el administrador accede por su condición de ciudadano, existen también otras estructuras sociales más cerradas a las que tiene acceso por su posición dentro de una persona jurídica. Para acceder a este ámbito más restringido de función social, es necesario que el sujeto desempeñe una función específica que le relacione con el objeto de tutela penal; en este caso, el papel de un administrador social⁵. En atención a la relación que surge entre el estatus y determinados bienes jurídicos aparece un ámbito de criminalidad ligado a la figura del administrador, integrado por un conjunto de normas penales directamente dirigidas a él. Esto se debe a que el administrador es el destinatario formal de la norma porque su cumplimiento o incumplimiento se vincula a una serie de deberes extrapenales que surgen de su estatus; fundamentalmente los deberes de diligencia, fidelidad, lealtad societaria y secreto de los

arts. 225 a 232 LSC. Volviendo a los ejemplos, si lo que se pretende proteger es la veracidad de las cuentas anuales de una sociedad mercantil —art. 290 CP—, parece claro que su vulneración solo puede provenir de quien tiene el deber de formularlas, lo que según la normativa mercantil recae en la figura del administrador. Y lo mismo puede decirse respecto de los delitos societarios recogidos en los arts. 293, 294 y 295, en la que se describen una serie de conductas típicas que, inicialmente, surgen de las obligaciones o, mejor dicho, del incumplimiento de las obligaciones que se derivan de esta específica posición jurídica en la sociedad. En todo caso, no hay diferencias sustanciales respecto de los delitos comunes, en la medida en que sigue dándose una identidad de persona —y, además, física— entre destinatario formal de la norma, sujeto activo del tipo penal y autor del mismo, pero restringido al rol de administrador.

No obstante, estas reflexiones únicamente son válidas cuando el obligado al cumplimiento del deber extrapenal y quien material y efectivamente le da cumplimiento son el mismo sujeto, pero no cuando se trata de un cumplimiento derivado del deber. A este aspecto y su repercusión en la actual comprensión del art. 31 y 31 bis CP dedicaré las siguientes consideraciones.

IV. Persona jurídica y norma penal: repercusión de la lo 5/2010

En algunos delitos especiales los aspectos de destinatario de la norma, sujeto activo del tipo y autor penal se ven distribuidos en distintos agentes. Cuando el legislador selecciona las conductas más intolerables para la salvaguarda de bienes jurídicos determina, a su vez, las condiciones o cualidades que debe reunir el sujeto para poder acceder al ámbito de protección del interés tutelado. Pero dichos requisitos que delimitan los dos primeros estadios de destinatario formal de la norma y sujeto activo del tipo pueden recaer, indiferenciadamente, tanto en personas físicas como jurídicas. Esto se ve claramente en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP, conforme a la asunción mayoritaria doctrinal y jurisprudencial de que se trata de un delito especial⁶: para poder eludir el

⁵ Por ahora me mantengo al margen de la discusión de si sólo el administrador de derecho o también el administrador de hecho puede acceder a estos ámbitos de protección acotados por la función que desempeñan. No obstante, obsérvese que me refiero a ámbitos de protección a los que se accede por la función que se desempeña y no por el estatus que se ostenta, lo que de entrada me posiciona favorablemente a incluir también al administrador de hecho.

⁶ Aunque se trata de una cuestión nada pacífica. Vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 53-61; MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C., *Derecho penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*,

pago de tributos el sujeto ha de estar en condiciones de vulnerar el interés jurídico-penalmente tutelado y este aspecto lo determinan, obviamente, las normas tributarias. De ahí que la condición de destinatario formal de la norma que prohíbe defraudar está vinculada a la existencia de una relación jurídico-tributaria previa entre la Hacienda Pública y la persona obligada a dar cumplimiento a los deberes tributarios, es decir, el sujeto pasivo de esta relación que, *ex art. 35 LGT*, remite a toda persona física, jurídica o entidad a la que se refiera la normativa tributaria⁷. Según se desprende de este artículo, la condición de obligado tributario puede concurrir perfectamente en una persona física, pero también en una persona jurídica, con los problemas de armonización que este último caso ha venido generando entre el orden penal y el tributario sancionador, fundamentalmente hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010. Por ello, a la vista del cambio que ha operado la introducción en el Código Penal de un sistema incriminatorio para las personas jurídicas y otros entes sin personalidad jurídica⁸, conviene diferenciar el tratamiento jurídico-penal de esta cuestión previo y posterior a la reforma.

1. Situación previa a la LO 5/2010

Aunque en origen la persona jurídica pueda aparecer como destinataria originaria de una norma penal conforme al deber extrapenal que debe cumplir, las objeciones dogmáticas subyacentes a la máxima *societas delinquere non potest*, han vetado tradicionalmente la imputación de cualquier delito a un sujeto que no era una persona física⁹. Una cosa, se afirmaba, es que la sociedad sea destinataria de la norma tributaria y, por ende, sujeto infractor del incumplimiento del deber fiscal en el ordenamiento tributario y otra bien distinta que, con base en ese deber extrapenal, también se afirme su aptitud para ser sujeto activo del tipo penal y, en consecuencia, autora penal.

En realidad, la imposibilidad de sancionar a la persona jurídica en tipos penales en los que la propia entidad es la titular del deber extrapenal que da sentido a la materia de prohibición, se ha relacionado con la naturaleza de la norma jurídico-penal. Conforme a la distinción tradicional de la teoría de las normas, los defensores de la tesis valorativa entienden que la norma jurídico-penal es una expectativa de conducta institucionalizada, un “deber ser impersonal” o despersonalizado, que ex-

³ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 560-562. Las discrepancias en cuanto a su naturaleza generan importantes repercusiones en materia de autoría y participación ya que, según se califique de delito común o delito especial en sentido amplio o delito especial en sentido estricto, permitirá o no responsabilizar a título de autor a un administrador de hecho o un *extraneus* por la comisión del delito fiscal.

⁷ La enumeración de obligados tributarios del art. 35 LGT incluye tanto al obligado por una deuda propia como a las personas obligadas por una deuda ajena o sometidos a deberes de información respecto de terceros e, igualmente, por referencia expresa en este precepto, a los responsables solidarios o subsidiarios (enumerados en los arts. 42 y 43 LGT, respectivamente). Según ha señalado la doctrina especializada, esta regulación, a diferencia de la referencia al “sujeto pasivo” del antiguo art. 30 LGT 1963, pone el acento no en la relación jurídico-tributaria de deudor frente a la Hacienda, sino en la idea de “deber” u obligación en materia fiscal, propio o ajeno, como centro de imputación. PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 16ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 149 y 152. Aunque esta cuestión no atañe directamente al objeto de las reflexiones de este trabajo, sino en realidad a qué persona física puede ser, derivadamente, sujeto activo del delito de defraudación tributaria por aplicación del art. 31, lo que el art. 35 LGT no solventa es si un individuo que no esté vinculado a deber tributario alguno pero realice materialmente la defraudación tributaria, puede ser catalogado dentro de esta categorías. Esto alude, fundamentalmente, a figuras como el administrador de hecho o el asesor fiscal.

⁸ Al margen de la controversia que existe sobre el criterio que diferencia un ilícito penal o administrativo, la doble vía sancionatoria en el ámbito de las defraudaciones tributaria ha generado tradicionalmente una doble problemática en el plano de la atribución de responsabilidad. Por un lado, desde el punto de vista de la persona física responsable, el círculo de sujetos activos del tipo penal se reducía a una parte del círculo de sujetos infractores del Derecho Tributario, atendiendo al tándem formado por los arts. 35 y 181.1 LGT; problema este que sigue subsistiendo tras la reforma penal. Por otro lado, tradicionalmente no ha habido objeciones a que en el ámbito administrativo-sancionador la persona jurídica fuera responsable directa de una sanción tributaria, a diferencia de lo que ha ocurrido tradicionalmente en Derecho penal. Sin embargo, esta vía no ha estado ni está exenta de polémica, en la medida en que partiendo de una identidad estructural de los ilícitos penales y administrativos también se ha cuestionado el que la persona jurídica pudiera ser destinataria de una norma jurídico-tributaria. De ahí que algunos autores han defendido en el ámbito tributario una responsabilidad del ente colectivo por el hecho que dolosa o imprudentemente comete su administrador de hecho o de derecho; es decir, una responsabilidad por el hecho de otro. En este sentido, PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero...*, ob. cit., p. 374; ZORNOZA PÉREZ, J.J., *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 182.

⁹ Sin perjuicio de algunos institutos aplicables a las personas jurídicas que ya legalmente se recogían en el CP con carácter previo a la LO 5/2010. Así, la responsabilidad directa y solidaria del pago de la pena de multa impuesta al administrador de hecho o de derecho del derogado art. 31.2, o la regulación anterior a la reforma de las consecuencias accesorias del art. 129. No obstante, ninguno de estos dos institutos instauraban un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

presa un juicio de valor de lo “deseable” o “indeseable” en función de la identidad normativa de una determinada sociedad. Por el contrario, si se considera que la norma jurídico-penal es una norma de determinación o de conducta, se está hablando de un imperativo, esto es, un mandato o prohibición para determinar el comportamiento de sus destinatarios bajo la amenaza de una pena, motivándoles a orientar su conducta en contra de la lesión de bienes jurídicos. Según este esquema, tradicionalmente se ha negado la posibilidad de fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica sobre la base de una concepción de la norma jurídico-penal como norma de determinación. Así, únicamente la persona física podría ser su destinataria, dado que solo ella está dotada de autoconciencia y libertad para cumplir con su fin motivador¹⁰. La persona jurídica carecería de estas notas de autoconciencia y libertad para llegar al mensaje prescriptivo de la norma de conducta y que esta se materialice en un concreto deber jurídico-penal¹¹. Pero la situación sería diferente de interpretar la norma jurídico-penal como una norma de valoración, pues las personas jurídicas son agentes económicos y sociales reales y sus “hechos” pueden ser valorados penalmente como lesivos de las expectativas sociales de conducta. Acorde con esta premisa, algunos autores¹² han defendido que podrían quedar afectas a las consecuencias que genere la frustración de dichas expectativas, pero con un tipo de reacción distinto de la pena¹³.

Volviendo al ejemplo del delito de defraudación tributaria y en atención a la tesis mayoritaria que concibe la norma penal como norma de determinación, parece posible partir del dato de que la persona jurídica *sí* infringe un deber, pero de naturaleza extrapenal: es destinataria de la norma tributaria que establece el deber de tributar. Además, ese deber extrapenal tiene relevancia jurídico-penal, ya que inicialmente solo sus titulares están en condiciones de acceder al ámbito de protección de la norma penal y causar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Puede afirmarse, al menos, que la persona jurídica es “destinataria formal” de la norma penal. No obstante, se ha visto que de concebir la norma penal como imperativo han surgido objeciones de peso para admitir que la persona jurídica pueda ser sujeto activo del tipo, puesto que no podría asumir un deber jurídico-penal concreto de actuar conforme a la motivación pretendida por la norma. ¿Sobre quién recaería el deber jurídico-penal de actuar que impone la norma penal? Sobre su órgano de administración, es decir, el administrador¹⁴, por ser el sujeto que ostenta las funciones de gestión y representación en la entidad y, en consecuencia, quien materialmente estaría en posición de realizar la conducta típica y de acceder al imperativo que establece la norma penal.

Ahora bien, el administrador no es en origen el destinatario de la norma que prohíbe defraudar a la Hacienda Pública porque en él no recae la condición de obligado

10 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 334; EL MISMO, “La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en AA.VV., *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 331. Hoy en día, la doctrina se suma mayoritariamente a la tesis imperativista, si bien se admite que la norma jurídico-penal, como norma de determinación contiene también un aspecto de valoración, de manera que la norma contiene un estadio previo de valoración, que afecta a la antijuricidad, aunque no implica, todavía, la infracción de una norma imperativa por parte de su destinatario concreto.

11 SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad de las personas jurídicas...”, ob. cit., p. 331. Defienden expresamente que la persona jurídica únicamente puede ser destinataria de normas de valoración, GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D.M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 45, 65 y 67; SCHÜNEMANN, B., “Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídica y empresas”, en BERNAL CUÉLLAR, J., *XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 292; EL MISMO, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2004, p. 112; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, lustel, Madrid, 2008, p. 22 s. y 150 s.

12 Únicamente se mencionan aquellos autores que explícitamente han vinculado el debate sobre la punibilidad de las personas jurídicas a la versión tradicional de la teoría de las normas. En realidad, en esta cuestión se han defendido a lo largo del tiempo todos los caminos y alternativas imaginables de desarrollo, tanto desde el punto de vista de la fundamentación de la sanción, con en función de la naturaleza de esta reacción, así como respecto de la relación existente entre la responsabilidad penal de la persona física y la responsabilidad de la entidad.

13 Expresamente, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, ob. cit., p. 334; EL MISMO, “La responsabilidad de las personas jurídicas...”, ob. cit., pp. 331, 340 y 347, proponiendo la imposición de una medida de seguridad de naturaleza objetiva que por el hecho anti-jurídico que pueden cometer las personas jurídicas. También admite que la persona jurídica sea destinataria de una norma de valoración, que de nomina “norma distributiva”, GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal...”, ob. cit., p. 65 s., pero negando que la consecuencia jurídica derivada de la infracción de esta norma tenga naturaleza penal e, incluso, el carácter de sanción.

14 Al margen ahora de si el administrador de hecho puede ser sujeto activo de un delito fiscal por aplicación del art. 31 CP.

tributario. Entonces, a pesar de ser motivable conforme a la norma penal, carecería de las condiciones de autoría que requiere el tipo para ser sujeto activo. En esta tesitura previa a la reforma operada por la LO 5/2010, habría una persona jurídica que no podría ser destinataria del imperativo de la norma jurídico-penal y, en consecuencia, autora penal, y una persona física que sin poseer la cualificación que requiere el tipo, lleva a cabo una actuación material propia de un autor penal. La introducción de la “cláusula del actuar en lugar de otro”¹⁵ vino a prever un mecanismo de imputación que permitía salvar el escollo inicial entre el destinatario de la norma y el sujeto activo del delito. Esta previsión legal, actualmente recogida en el art. 31 CP, ha permitido hacer responder penalmente al administrador de hecho o de derecho por los delitos especiales en los que la persona jurídica es la titular del deber jurídico extrapenal que delimita el círculo de los sujetos idóneos penales. Pero el administrador no asume la titularidad del deber extrapenal, que sigue correspondiendo a la persona jurídica, sino exclusivamente su cumplimiento y que deriva, a su vez, en el deber jurídico-penal de no lesionar

el bien jurídico o, en su caso, de hacer lo posible para evitar su vulneración.

Conforme a esta comprensión, no es de extrañar que la inclusión de la cláusula de actuación en lugar de otro en el CP fuera interpretada inicialmente por la doctrina como manifestación explícita de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶, permitiendo con este instituto salvar una peligrosa laguna de punición¹⁷. Sobre esta cuestión, es verdad que siempre ha existido una íntima relación entre la cláusula del actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁸, pues con el reconocimiento expreso de su capacidad criminal no se plantearía, teóricamente, la laguna de punición a la que trata de dar respuesta esta disposición. Pero, en mi opinión, el art. 31 CP no vino a pronunciarse en origen ni afirmativa ni negativamente sobre este tema¹⁹. Únicamente pretendía resolver un problema de tipicidad en ciertos ilícitos penales que requieren, en sede de autoría, determinadas características específicas de las que carece el sujeto que materialmente los realiza. Con ello se cumplía una importante función político-criminal al dar respuesta a la ausencia

15 Por medio del art. 15 bis en el CP 1973, predecesor del actual art. 31 CP, mediante Ley Orgánica 8/1983, de 26 de junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal y que, a su vez, es heredero directo del § 14 StGB.

16 De esta opinión, con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Las actuaciones en nombre de otro”, *ADPCP*, 1984-I, pp. 24 y 37; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 275; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 57; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del artículo 31.2 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003”, *RDPP*, 2005, p. 35; RÍOS CORBACHO, J.M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Universidad de Cádiz, 2005, pp. 39-40 y 47. También esta ha sido la doctrina dominante en la jurisprudencia, tanto antes como después de la introducción del art. 15 bis CP. Para una completa relación jurisprudencial, con una valoración crítica vid., por todos, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en derecho penal. II. Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 21-42.

17 GRACIA MARTÍN, L., *El actuar (I)*..., ob. cit., p. 20. En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, P., “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, *RDPC*, 2002, p. 104 ss., respecto de la regulación alemana; EL MISMO, “La imputación jurídico-penal en el seno de la empresa”, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Coord.), *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 355 s.

La jurisprudencia anterior a 1983 no tuvo ningún inconveniente en responsabilizar penalmente a los representantes y directivos de las personas jurídicas en determinados delitos especiales, principalmente quiebras fraudulentas y alzamiento de bienes, en contra del principio de legalidad; posición que ha sido definida por los autores como político-criminalmente correcta, pero materialmente insostenible. De esta opinión, MUÑOZ CONDE, F., “La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles”, *CPC*, 1977, p. 161; GRACIA MARTÍN, L., “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, *AP*, 1993, p. 218; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El «actuar en lugar de otro» en el nuevo Código Penal español”, en EL MISMO, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 178; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “Las denominadas «actuaciones en lugar de otro» a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales en el artículo 31 del Código Penal”, *AP*, 1999-2, p. 882; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001, p. 111; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*..., ob. cit., p. 487. Con todo, debe advertirse que esta línea jurisprudencial no se planteó realmente en términos de “actuación en nombre de otro”, sino como aplicación de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo; doctrina que posteriormente se ha confundido, incluso, con la correcta aplicación del art. 15 bis. Vid. una recopilación de los requisitos que exigía la jurisprudencia para la aplicación del art. 15 bis en GÓMEZ MARTÍN, V., “La «actuación por otro» y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, p. 159 s.

18 Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica*..., ob. cit., p. 569 ss.

de consecuencias jurídico-penales para la entidad, pero en el plano de la responsabilidad penal de la persona física. Pero este objetivo no es privativo de las personas jurídicas, dado que el art. 31 CP también es aplicable a los delitos especiales en los que las características especiales de autoría concurren igualmente en una persona física²⁰. Es cierto que el número de casos que representa la actuación en lugar de una persona jurídica es proporcionalmente mayor respecto de las personas físicas, pero esto es únicamente un dato estadístico con origen en la actual configuración de la sociedad postindustrial y de las relaciones sociales y económicas.

Expuesto, a grandes rasgos, el sentido de la cláusula del actuar en lugar de otro en un marco de no reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la pregunta ahora es si, con el nuevo escenario que presenta la LO 5/2010, queda espacio para el instituto del actuar en lugar de otro en los términos en que establece el art. 31 CP. A esta cuestión dedicaré la última parte de este trabajo.

2. Responsabilidad penal de personas jurídicas y actuar en lugar de otro

Para reforzar la postura de que el art. 31 CP no es una declaración acerca de la irresponsabilidad penal

de las personas jurídicas, hay quien opina que, incluso reconociendo su responsabilidad penal, debería seguir existiendo la cláusula del actuar en lugar de otro²¹. Esta es, por otro lado, la situación que se plantea en el CP una vez aprobada la reforma, al introducirse un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, ex art. 31 bis. Junto a esta previsión, pervive invariable el contenido de la cláusula del actuar en lugar de otro, excepción hecha de la acertada derogación que se ha producido de su apartado segundo, en relación con la obligación directa y solidaria de pago de la pena de multa impuesta al administrador por parte de la persona jurídica²².

La convivencia de ambos regímenes penales demuestra, a mi juicio, la autonomía de las situaciones a las que tratan de dar respuesta, aunque exista relación entre ambos aspectos. Con todo, también podría interpretarse que con la reforma de la LO 5/2010 la cláusula del art. 31 limita su ámbito de aplicación a la actuación en lugar de otra persona física, pero habría dejado de ser operativa en lo relativo a las personas jurídicas, puesto que el art. 31 bis evitaría la laguna de punición que tradicionalmente enmarcaba el recurso a este instituto. No obstante, no parece sostenible esta interpretación, ya que ello implicaría rechazar el punto

19 En un sentido similar, con anterioridad a la reforma, afirma Silva Sánchez que a pesar de que la aplicación del art. 31 CP es más representativa en relación con las personas jurídicas, no tiene que ver *sustancialmente* con el problema de su responsabilidad, sino con una cuestión más general. En "El «actuar en lugar de otro»...", ob. cit., p. 176 ss. Defienden, igualmente, que el art. 31 CP no está concebido para resolver la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 434-435; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 88. Con una postura más matizada, Ramón Ribas reconoce que no es función del art. 31 CP solucionar el problema de la irresponsabilidad o responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero presupone, de *lege lata*, su irresponsabilidad. En *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009, p. 190.

20 En origen, el art. 15 bis CP no se refería a la persona física, lo que fue ampliamente criticado por la doctrina. Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, L., *Las actuaciones (II)*..., ob. cit., p. 173 ss.

21 GRACIA MARTÍN, L., *El actuar (I)*..., ob. cit., p. 25; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno derecho penal", en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMONS VALLEJO, R., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 262; LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la parte general del derecho penal económico: el actuar en nombre de otro, análisis del derecho penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002, p. 289; MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario*..., ob. cit., p. 436.

22 Durante la escasa vigencia del art. 31.2, introducido por la reforma del CP que efectuó la LO 15/2003, esta previsión ha sido denostada prácticamente por unanimidad en la doctrina en todos sus aspectos, tanto desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, ubicación en el marco del actuar en lugar de otro, requisitos sustantivos de aplicación, como, igualmente, de ejecución. Para una aproximación crítica de esta previsión en atención a estos aspectos, sin ánimo de exhaustividad, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F., "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal", *RDP*, 2004, pp. 131 s. y 142; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "Obligación solidaria...", ob. cit., p. 38 ss.; GALÁN MUÑOZ, A., "¿*Societas delinquere nec punire potest*? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP", *RDPC*, nº 18, 2006, p. 276 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*", en EL MISMO, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 240, 249 y 282 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?", *InDret*, 2/2006 (www.indret.com), pp. 6, 14 ss. y 27; MARTÍNEZ RUIZ, J., "El ser o no ser de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *RDP*, nº 24, 2008, pp. 13 y 17; BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 213 s.

de partida, es decir, la autonomía del actuar en lugar de otro respecto de la punición de las personas jurídicas. Además, el art. 31 CP no ha visto modificada su redacción y en él se menciona, junto al representante legal y voluntario de otro, al administrador de hecho o de derecho, figuras estas últimas claramente vinculadas a las sociedades mercantiles. En consecuencia, la adecuada comprensión entre el art. 31 y el nuevo art. 31 bis CP exige atender, en mi opinión, a dos planos jurídico-penales diferenciados: el de la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica y el que se ciñe a la imposición de la pena a la persona física, administradora de hecho o de derecho de aquella.

Desde el punto de vista de la persona jurídica, una vez reconocida legalmente la posibilidad de imponérsele una pena por la comisión de determinados delitos entre los que se encuentran aquellos en los que son de aplicación el art. 31 CP, no se produce ya laguna de punición. La entidad no solo aparece ya como destinataria originaria de la norma penal al ser titular del deber extrapenal que condiciona la materia de prohibición, sino que por la vía del art. 31 bis también puede ser autora penal, si se cumplen las condiciones de imputación que este precepto recoge. Lo anterior lleva a una primera conclusión en el marco de la teoría de las normas, y es que la introducción en el CP del art. 31 bis supone que la persona jurídica sí puede aparecer como destinataria de normas penales. Con todo, esta afirmación no resulta dogmáticamente novedosa, pues algunos autores ya habrían venido defendiendo esto mismo con una nueva visión de la teoría de las normas. En este sentido, al margen de que no es pacífico el papel que juega la norma de determinación y la norma de valoración en las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad e, incluso, con independencia de que se cuestione la propia existencia de las normas de determinación, en la actualidad existen desarrollos que favorecen la posibilidad de que la persona jurídica sean destinataria de normas jurídico-penales. Con estas coordinadas, una concepción “moderna” de la teoría de las normas, como teoría de la expectativa normativa²³, reconoce que tanto los individuos como los colectivos sociales son organizadores de contactos sociales y, en consecuencia,

competentes por la organización de estos contactos sociales. Además, en ambos casos se está ante sistemas autopoyéticos autorreferenciales a los cuales el Derecho no puede acceder internamente, sino únicamente establecer la organización de sus contactos sociales²⁴. La norma penal, entonces, establece expectativas de organización que pueden ser cumplidas o defraudadas por la organización de contactos sociales que llevan a cabo tanto seres humanos como organizaciones. Desde el punto de vista de la persona jurídica, si no cumple con las expectativas normativas y no organiza correctamente sus contactos sociales, cabe exigirles responsabilidad por las consecuencias, de naturaleza penal²⁵.

Admitida que la persona jurídica puede ser plenamente destinataria de normas penales y ser, además, autora de delitos, el siguiente punto de análisis se sitúa en la vinculación entre esta y la persona física, lo que en última instancia se conecta con la configuración del concreto modelo de responsabilidad penal para la persona jurídica reconocido legalmente. Este factor es el que, a mi juicio, va a permitir poner las piezas en el tablero para aprehender el correcto significado de la cláusula del actuar en lugar de otro dentro del sistema. Aunque no es posible abordar aquí un análisis detallado de la regulación del art. 31 bis, a los efectos que ahora interesan es suficiente con destacar dos de sus características. Primera la imposición de una pena a la persona jurídica se desarrolla a partir de la actuación delictiva de determinadas personas físicas con una especial posición en esta, a saber, los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho. Segunda, el sistema establece como regla general una concurrencia de sanciones penales entre la persona jurídica y la persona física por el mismo delito. En principio, esta concurrencia de responsabilidades penales debe ser bien recibida, pues resultaría político-criminalmente insatisfactorio concebir un sistema de atribución de ilícitos penales a las personas jurídicas y entes colectivos en general si la sanción penal sirviera de cauce de exoneración de las personas físicas que llevan a cabo hechos generadores de responsabilidad penal. A excepción, claro está, de que por razones teóricas o de prueba no pueda ventilarse la responsabilidad penal de

23 BOTTKE, W., “Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen «strafmündig» werden?”, *wistra*, 1997, p. 247. Asume las premisas y consecuencias de esta teoría para edificar su modelo de (auto)responsabilidad penal de la empresa, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 131 ss.

24 BOTTKE, W., “Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht...”, ob. cit., p. 248 s., con ejemplos.

25 BOTTKE, W., “Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht...”, ob. cit., p. 239; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa...*, ob. cit., p. 133.

estos sujetos²⁶; pero en tal caso la dirección prioritaria debiera ser tratar de mejorar los criterios de imputación jurídico-penal referidos a la persona física, allí donde el entendimiento tradicional de las categorías de atribución de la responsabilidad penal se ponen a prueba por las específicas características que condicionan la organización empresarial.

Estas dos características del modelo de responsabilidad que introduce el art. 31 bis me llevan a concluir sobre la necesidad del recurso a la cláusula del actuar en lugar de otro en el marco de la reforma operada. No, desde luego, desde el punto de vista de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, que sigue sus propias reglas conforme al art. 31 bis. Tampoco como expresión general de la responsabilidad penal concurrente entre la persona jurídica y la persona física, pues el modo concreto en que se articule esta concurrencia de sanciones dependerá directamente del modelo de atribución de responsabilidad penal a la entidad por el que se opte. La función de la cláusula del actuar en lugar de otro se limita, como ha venido siendo hasta ahora, a colmar el problema de tipicidad que existe respecto del administrador de hecho o de derecho cuando el delito que materialmente lleva a cabo requiere una condición de autoría que solo posee la entidad. Pues aunque respecto de esta última se resuelve, al menos teóricamente, el específico problema referido a su autoría, la imposición de la pena a la persona jurídica se vincula al sustrato material activo u omisivo²⁷ de la actuación culpable de su administrador de hecho o de derecho. Y para que este pueda ser finalmente autor del mismo delito especial propio por el que se sanciona a la entidad, igualmente se requiere superar el problema de tipicidad que plantean estas situaciones en el plano de la responsabilidad penal de la persona física.

Se podría argumentar en otros términos a los que se acaban de exponer, en caso de defender una sanción

penal concurrente entre la persona jurídica y su administrador, pero bajo diferentes títulos de imputación; es decir, una atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica como autora y calificar la actuación del administrador de hecho o de derecho como participación. Bajo esta interpretación, aunque la entidad ostenta la condición de autoría que requiere el tipo penal, ya no sería necesaria la misma condición respecto de la persona física administradora²⁸. Con todo, esta solución no me parece convincente por varios motivos. En primer lugar, porque no parece que dentro de la estrategia político-criminal de punición de las personas jurídicas que ha derivado en la introducción del art. 31 bis esté el “degradar” la atribución de la responsabilidad penal de la persona física, cuya actuación culpable, bajo determinados requisitos, hace posible la imposición de la pena a la persona jurídica. La responsabilidad concurrente que recoge el art. 31 bis, en atención a las características que presenta esta regulación, entiendo que debe interpretarse como una responsabilidad concurrente a título de autoría. En segundo lugar, relacionado con esto, debe tenerse en cuenta que la previsión del art. 31 bis no se circunscribe únicamente a la órbita de los delitos especiales propios que se configuran sobre un deber extrapenal cuyo titular es la propia sociedad, porque existirían otros supuestos ajenos a esta lógica en los que el administrador de hecho o de derecho posee perfectamente la condición de autoría, tanto si se trata de un delito especial como común. Aquí tendría aún menos sentido imponer la pena a título de autor a la persona jurídica y como partícipe a la persona física y, en consecuencia, sería incomprensible el privilegio penal que se concedería al administrador, de hecho o de derecho, en el ámbito delictivo que sustenta estas consideraciones. En tercer lugar, hay que observar que, incluso cuando el tipo penal se basa en un deber extrapenal del que es titular originariamente la persona

26 Precisamente los apartados 2 y 3 del art. 31 bis establecen determinados supuestos excepcionales de sanción autónoma a la persona jurídica, a saber, ausencia de individualización de la concreta persona física responsable, imposibilidad de dirigir el procedimiento contra ella, exclusión de la culpabilidad, fallecimiento o sustracción a la acción de la justicia.

27 El art. 31 bis establece dos fórmulas de responsabilidad penal para la persona jurídica. La primera alude a que el delito es cometido materialmente por el representante legal o administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta y en su provecho. La segunda tiene presente la comisión de un delito por parte de un subordinado cuando ha sido posible debido a una falta de control y vigilancia del representante legal o el administrador de hecho o de derecho, siempre que el delito se haya cometido en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de la persona jurídica. En mi opinión, ambos supuestos de responsabilidad hacen derivar la responsabilidad penal de la persona jurídica de la actuación delictiva del representante o administrador de hecho o de derecho, lo que resulta relevante principalmente en relación con la segunda hipótesis de responsabilidad recogida legalmente.

28 Esta parece ser la postura que se desprende de CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 6, Bilbao, Universidad de Deusto, 2009, p. 295, reconociendo que con la consagración del art. 31 bis ya no habría razón para transferir al directivo la cualidad especial requerida por el tipo penal.

jurídica y está prevista la posibilidad de comprometer su responsabilidad penal por la vía del art. 31 bis, no significa necesariamente que siempre vaya a ser responsable, si no se cumplen los requisitos del hecho de conexión a los que alude este precepto. En estos casos, en los que es inviable imponer la pena a la entidad, pero se ha constatado que materialmente su administrador de hecho o de derecho ha cometido el tipo delictivo de manera culpable, igualmente habría que recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro para fundamentar su propia responsabilidad personal.

En conclusión, con el nuevo escenario jurídico-penal que plantea la reforma de 2010 y acorde con las características que definen la regulación del art. 31 bis, la cláusula del actuar en lugar de otro adquiere ya plenamente un significado autónomo de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Con esta previsión únicamente se pretende dar respuesta a un problema de tipicidad que se plantea en la atribución de la responsabilidad penal al administrador, de hecho o de derecho, específicamente referido al elemento que define la autoría en determinados delitos especiales y que recae en la propia entidad. Ahora bien, la pervivencia de esta cláusula es ajena al establecimiento de una responsabilidad concurrente entre la persona física y jurídica, puesto que la articulación de este mecanismo dependerá directamente de las características del modelo elegido.

Al hilo de lo anterior, corresponde llevar a cabo unas matizaciones finales, pero que no modifican las conclusiones anteriores sobre la relación existente entre los arts. 31 y 31 bis CP. En atención a la diferenciación conceptual que he defendido *supra* entre “destinatario de la norma”, “sujeto activo” y “autor” penal, debe reconocerse que el paso de la dimensión estática que supone el ser destinatario formal de la norma a la dimensión dinámica que implica el sujeto activo del tipo penal, solo puede materializarse para la persona jurídica en el modelo que introduce el art. 31 bis a través de la actuación material que aporta la persona física (administrador de hecho o de derecho). Esto de nuevo se debe a que el legislador español ha optado por un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica de clara orientación individual, es decir, vinculado al hecho de conexión que lleva a cabo la persona física. Y, en mi opinión, esta afirmación no se ve modificada tanto si se interpreta que la pena a la entidad deriva por aplicación del art. 31 bis por la mera transmisión del delito de la persona física cometido por cuenta y provecho de aquella como si se busca un

criterio de imputación autónomo a la persona jurídica bajo la idea del defecto de organización (una culpabilidad por defecto de organización o, en su caso, interpretado como un elemento objetivo ajeno a una connotación culpabilística). Tanto en una versión radical de un modelo de responsabilidad de orientación individual, como en su variante moderada, la sanción penal de la persona jurídica pivota sobre la atribución de responsabilidad a la persona física y, por tanto, es quien cumplimenta el elemento material de la entrada en contacto en el ámbito de protección del bien jurídico. Pero en todo caso, la regla del actuar en lugar de otro sigue siendo necesaria para salvar el obstáculo referido a la autoría en el plano de la responsabilidad penal de la persona física para los delitos especiales en los que el titular del deber extrapenal lo ostenta la persona jurídica.

Ahora bien, habría que valorar si seguiría existiendo la necesidad de recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro en el marco de un sistema de responsabilidad del ente colectivo que defina un injusto y una culpabilidad propia de este, autónomos del injusto y la culpabilidad de la persona jurídica; es decir, un modelo de responsabilidad de auténtica orientación colectiva o, mejor, sistémica, según defienden algunos autores. Un modelo en esta dirección permitiría, en principio, no supeditar el castigo de la persona jurídica a las vicisitudes de la responsabilidad penal de la persona física y, por tanto, evitaría el recurso a supuestos excepcionales de sanción autónoma a la entidad contrarios a la lógica de que su sanción parte de la actuación delictiva de determinadas personas físicas. Pero es evidente que el desarrollo de una fundamentación teórica de estas características exige un replanteamiento en profundidad tanto de su conveniencia político-criminal como de la consistencia dogmática de los criterios de imputación objetivos y subjetivos aplicables al ente colectivo (lo que incluye también la definición del dolo y la culpabilidad). E, igualmente, requiere perfilar el papel reservado a la persona física en un sistema de esta orientación. Pues del mismo modo que existen variantes en los modelos de responsabilidad de la persona física de orientación individual, tampoco existiría una única manera de concebir un sistema que tratase de atribuir un injusto y una culpabilidad propia de la entidad. Solo cuando el sistema de imputación penal queda establecido en sus diferentes elementos, parece posible preguntarse si debe preverse o no una regla referida al actuar en lugar de otro y su contenido específico.

V. Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco: «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal», *RDP*, 2004, pp. 115-142.
- BAJO, Miguel/BACIGALUPO, Silvina: *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BOTKE, Wilfried: “Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen, strafmündig werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, *wistra*, 1997, pp. 241-253.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 6, Bilbao, Universidad de Deusto, 2009, pp. 291-302.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del artículo 31.2 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003”, *RDPP*, 2005, pp. 33-43.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo.: “Las denominadas «actuaciones en lugar de otro» a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales en el artículo 31 del Código Penal”, *AP*, 1999-2, pp. 881-890.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso: “¿*Societas delinquere nec punire potest?* Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”, *RDPC*, nº 18, 2006, pp. 229-281.
- GARCÍA CAVERO, Percy: “La imputación jurídico-penal en el seno de la empresa”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.): *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 327-365.
- GARCÍA CAVERO, Percy: “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, *RDPC*, 2002, p. 103-140.
- GARCÍA CAVERO, Percy.: *La responsabilidad penal del administración de hecho en la empresa: criterios de atribución*, Montecorvo, Madrid, 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría Jurídica del delito: derecho penal, parte general*, Civitas, Madrid, 1984.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “La «actuación por otro» y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (Dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.): *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 421-463.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*”, en EL MISMO: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 239-309.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 35-74.
- GRACIA MARTÍN, Luis: “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, *AP*, 1993, pp. 226-233.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *El actuar en lugar de otro en derecho penal. II. Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Universidad de Zaragoza, 1985.
- KOHLHOFF, Christian: *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.
- LINARES ESTRELLA, Ángel: *Un problema de la parte general del derecho penal económico: el actuar en nombre de otro, análisis del derecho penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús: «El ser o no ser de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RDP*, nº 24, 2008, pp. 11-41.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, Carlos. *Derecho penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MEINI, Iván: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

- MUÑOZ CONDE, Francisco: “La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles”, *CPC*, 1977, p. 151-176.
- NIETO MARTÍN, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: *Responsabilidad penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: «Las actuaciones en nombre de otro», *ADPCP*, 1984-I, pp. 23-65.
- PÉREZ ROYO, Fernando: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 16ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2006.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo: *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009.
- RÍOS CORBACHO, José Manuel: *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Universidad de Cádiz, 2005.
- SCHROTH, Hans-Jürger: *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Brühlscher Verlag, Gießen, 1993.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd: “Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídica y empresas”, en BERNAL CUÉLLAR, Jaime: *XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 269-306.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal», en AA.VV.: *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 307-364.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «El “actuar en lugar de otro” en el nuevo Código Penal español», en EL MISMO: *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 175-220.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *InDret* 2/2006 (www.indret.com).
- ZORNOZA PÉREZ, Juan José: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno derecho penal”, en HURTADO POZO, José/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/SIMONS VALLEJO, Rafael: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 243-267.