

“REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EXCLUSIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS; EXAMEN DE LA RELACIÓN DE PENAS A IMPONER; ASÍ COMO LAS DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE SU CULPABILIDAD”

Sr. D. Edmundo Bal Francés

Abogado del Estado-Jefe del Departamento de Penal (Subdirección General de los Servicios Contenciosos).

Nota: Este trabajo es corrección de la transcripción de una conferencia dada en el seno de estas Jornadas. He tratado de respetar al máximo el contenido real de lo dicho y por ello quizás se puede apreciar una cierta falta de sistemática o incluso vacíos de contenido, dado que hablé el último de otros tres cualificadísimos ponentes, que ya trataron algunas de las cuestiones que debían formar parte del contenido de mi ponencia.

En primer lugar, trataré la cuestión de la exclusión de responsabilidad jurídico penal de la persona jurídico pública; en segundo lugar, la de la aplicación de las penas y sus reglas de aplicación, específicamente en cuanto a la aplicación de las agravantes, atenuantes, eximentes y eximentes incompletas, incluso de las exclusas absolutorias, viendo si efectivamente para la persona jurídica –como muy bien ha dicho previamente el profesor Zugaldía– podemos y, por lo tanto, debemos aplicar estas circunstancias modificativas de la culpabilidad (concepto que uso en sentido vulgar, pues algunas excluyen la antijuridicidad o son condiciones objetivas de punibilidad), previstas legalmente para la persona física, a la persona jurídica. Y por último me permitiré lanzar toda una serie de preguntas, que se me han ido ocurriendo a lo largo de la sosegada lectura de la completa reforma y al tenor de la intervención previa de los otros tres ponentes.

Con respecto a la exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídico públicas, la Comisión que en un momento determinado está elaborando el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Código Penal se plantea el problema de definir lo que sea “Administración Pública” en España a los efectos de construir de modo más o menos amplio la excepción a la punición de los delitos atribuibles a la persona jurídica. Para ello se integra un Abogado del Estado en las últimas fases de trabajo de la Comisión a este efecto. Se trata, en suma, de buscar la plasmación de esta excepción, de acuerdo con nuestras normas administrativas organizativas internas a los efectos de considerar la extensión o excepción de la responsabilidad penal a las personas jurídicas públicas de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos –en general, de las Administraciones Locales, en todas sus formas– y de las entidades que dependen de éstas, constituidas a través de formas jurídicas públicas y privadas.

Parecería en este sentido que la definición sería sencilla de realizar sin más que copiar o remitirse a la legislación administrativa sobre la materia, por ejemplo, acudiendo a la LOFAGE para la Administración del Estado. Después se podría señalar lo mismo respecto a las otras administraciones públicas, bien con una cláusula genérica, bien por remisión a su normativa reguladora, general y específica. Esta idea no cuajó en la Comisión pues pareció mal que se hiciera una lista pormenorizada de entidades públicas

que pudieran quedar excluidas de la responsabilidad jurídico penal y evitara la discrecionalidad de la interpretación judicial. Pero, sobre todo, el mayor problema conceptual fue qué hacer con aquellas entidades públicas bajo forma privada de las que las Administraciones territoriales (sobre todo ellas aunque también, en casos, las institucionales) se sirven para intervenir en la realidad: esencialmente, sociedades estatales y fundaciones públicas. Finalmente, qué sucede con las personas “mixtas”, sobre todo, los Consorcios previstos en la legislación administrativa.

Pues bien, en esta tesitura, al final el precepto (31 bis, párrafo quinto) lo que nos dice es que quedan excluidas de la responsabilidad penal, primeramente, el Estado y las Administraciones Públicas territoriales –respecto a las que nada hay que explicar–. Además, las Administraciones Públicas institucionales –organismos autónomos y también, por tanto, por no especificar lo contrario la norma penal, los de las Comunidades Autónomas y los de las Corporaciones Locales– y los organismos reguladores –la llamada Administración Independiente, integrada en la del Estado, cuya relación podemos encontrarla, quizás no exhaustivamente, en la Disposición Adicional Sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra sus actos, y en cada una de las leyes reguladoras de los mercados intervenidos donde existen estos Organismos–. Estamos hablando, entre otros, del Banco de España, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de la Energía, de la Comisión Nacional de la Competencia, de la reciente Comisión del Sector Postal, etcétera. Las Agencias tampoco arrojan duda alguna, pues parece que se excluyen nominalmente, por virtud de la forma administrativa de su constitución, su mención expresa en la LOFAGE y dado que su regulación se encuentra sujeta a la Ley de Agencias, 28/2006, de 18 de julio, siendo fácilmente constatables las que existen actualmente, no sólo en la Administración del Estado sino también en el resto de Administraciones Públicas.

Posteriormente tenemos la exclusión de los partidos políticos y sindicatos. La redacción del anteproyecto motivó un debate en la prensa relacionado con la pretensión de los partidos de blindarse contra los procesos penales en los que se denuncia la corrupción político-económica. En mi opinión, como en tantas ocasiones, se trata de un debate puramente mediático, equivocado, interesadamente alarmista, absurdo, donde tertulianos ignorantes del Derecho ven conjuras judeomasónicas y renuncian a pensar un instante sobre el fundamento de la norma, todo ello en la aventurada presunción de que tengan formación suficiente que se lo permitiera. Partidos políticos y sindicatos son asociaciones de naturaleza privada, efectivamente, pero el artículo 6 de la Constitución Española les otorga un papel relevante dentro del Estado democrático en que se constituye España, dado que son estructuras que contribuyen decisivamente a la consecución de los intereses públicos y políticos, esenciales para el Estado, en la conformación de la opinión pública, vertebrando grupos y tendencias en la sociedad y estableciendo canales de participación, en la toma de decisiones que afectan al conjunto de los ciudadanos, en el legítimo ejercicio del derecho a la crítica a la acción de gobierno como oposición, en el ejercicio del derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos, etcétera. Por lo tanto, con este fundamento, me parece perfectamente justificado que queden excluidos de la posibilidad de ser enjuiciados, disueltos, intervenidos, cerrados sus locales, prohibidas sus actividades, incluso liminarmente, adoptando anticipadamente estas penas en fase de medidas cautelares, por un órgano jurisdiccional –incluso, unipersonal–, y sin perjuicio de la cláusula de

contraexcepción que se redactó también con el objeto de que un partido político o un sindicato no se use con el único propósito de eludir la responsabilidad jurídico penal de un conjunto de personas, como sucede con determinados partidos políticos respecto de los que se han adoptado medidas cautelares y definitivas en sentencias penales, además de las dictadas por la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los procesos de ilegalización de partidos, que no tienen esta naturaleza penal. En ese caso, se vuelve a permitir que el órgano jurisdiccional, analizando esta cuestión, pueda imponer esta responsabilidad penal, y si se trata de un partido político relacionado con una organización terrorista –como bien ha expuesto Javier Zaragoza– pueda acordar, incluso, la disolución. Disolución, que –como luego veremos– no se puede acordar, sin embargo, en el sumario, como medida cautelar. Antes de la reforma, debemos hacer constar que el carácter innominado de las medidas cautelares penales sí permitía esta disolución, como sucedió, respecto a Batasuna, en 2002, en medida adoptada por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 5. Pero, volviendo al caso, la excepción general relativa a partidos políticos y sindicatos parece fundada en el principio expuesto: no resulta razonable que un órgano jurisdiccional, incluso cautelarmente, pueda limitar la actividad –o la existencia– de un partido político, por causa de los presuntos delitos cometidos por sus representantes, administradores o empleados cuando éstos representan políticamente a un colectivo de personas, mayor o menor, incluso pudiendo ser el grupo político que apoya al Gobierno, si el propio partido político no ha incurrido en las causas de disolución que prevé la Ley Orgánica de Partidos Políticos 6/2002, de 27 de junio o ha sido creado con el propósito de burlar la Ley.

¿Qué más entidades están excluidas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?. Las entidades públicas empresariales, en primer lugar, lo cual nos plantea la cuestión de que la LOFAGE señala que la entidad pública empresarial, con ciertas peculiaridades organizativas y sobre todo de cumplimiento económico-financiero ante el Tribunal de Cuentas, debe adecuar su actividad a las normas propias del Derecho privado. Teóricamente, por lo tanto, en cuanto al desarrollo de su actividad, deberíamos haberla equiparado en tratamiento a la sociedad mercantil pública, pero, sin embargo, se la excluye formal, nominalmente, sin referencia a su actividad porque su forma jurídica no es privada, sino pública y administrativa.

Las organizaciones internacionales de Derecho público, no las de Derecho privado. En este sentido, por lo tanto, no estarían excluidas de responsabilidad penal las que conocemos como ONGs, incluso de carácter internacional, como Amnistía Internacional o Greenpeace, cuestión sobre la que después volveré.

Tampoco aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, entendiendo esta expresión como cláusula genérica que pueda englobar a aquellas entidades que no hayan sido mencionadas específicamente y referida aquí, sobre todo, a Estados extranjeros y a entidades dependientes de éstos, en el plano internacional. La denominación no es más que traducción directa de las decisiones marco de la Unión Europea. No se trata más que del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados extranjeros o de sus órganos u Organismos, sobre los que, de otro lado, el poder coactivo del Juez español es más ilusorio que real, salvo sobre sus propiedades en España. Nos estamos refiriendo pues a un concepto político, a diferencia de lo que dice después el precepto, aquellas otras entidades que ejerzan potestades administrativas, de carácter interno, nacional, aunque también excluidas genéricamente. De este modo, debemos concluir sin duda que el largo y detallado listado de entidades es, sin embargo,

numerus apertus y que en esta última dicción podrían entrar, si ejercen potestades administrativas, los consorcios, sobre todo si están constituidos exclusivamente por entidades de diversas administraciones públicas.

Y, finalmente, cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. ¿De dónde sale esto?. Este concepto es copia exacta y literal del artículo 30 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, 33/2003, de 3 de noviembre.

Esta dicción se fundamenta en el siguiente razonamiento. Si en el ámbito de la Ley de Patrimonio de Administraciones Públicas nos encontramos con que un órgano jurisdiccional –en el ámbito no penal, en general– no puede acordar el embargo de los bienes de una sociedad mercantil que cumpla estos requisitos de actividad, parece defendible que, ante la misma sociedad pública, el órgano jurisdiccional penal tampoco pueda acordar frente a ella las consecuencias a las que se refiere el Código Penal cuando realiza el listado de penas para la persona jurídica en el artículo 33.7. Ello tiene como esencia el conocido principio del Estado de Derecho según el cual el Juez debe juzgar, pero no puede gobernar, de acuerdo al principio esencial de todo Estado democrático de la separación entre los poderes del Estado. Dicho de otro modo, si respecto a sociedades mercantiles instrumentales de la Administración, el órgano jurisdiccional penal pudiera imponerles penas de disolución, de intervención de su actividad, de prohibición de actividades, de clausura de locales, etcétera, se estaría produciendo el efecto de decidir el poder judicial sobre la consecución de los intereses generales que dicha sociedad mercantil, vicaria de la Administración Pública, persigue y que sólo a ésta última constitucionalmente corresponden.

Respecto a las cuestiones que nos plantea la redacción, hemos de señalar que el precepto se refiere sólo a las sociedades mercantiles estatales, dejando en el limbo jurídico a las autonómicas y a las locales, teniendo en cuenta que, en estas últimas, se han residenciado algunos de los asuntos penales más sonados de los últimos tiempos en materia de corrupción en la contratación pública local y en la gestión del suelo.

Otra de las cuestiones que se plantea es si la exclusión tiene carácter formal o material en el sentido de si una sociedad mercantil cumple con algunos de estos dos objetivos que señala el precepto, queda ya excluida de la responsabilidad penal, cualquiera que sea la actividad concreta respecto de la que se ha generado la conducta delictiva; o si, por el contrario, si se trata de una conducta ajena a dichas actividades, el órgano jurisdiccional podría condenar. Estimamos que el criterio debe ser el primero, por virtud del principio establecido más arriba: si una sociedad ejecuta políticas públicas o es de interés económico general, aunque también realice otras actividades en régimen de libre competencia en el mercado, difícilmente las decisiones judiciales en materia penal que regula el Código Penal podrían no afectar a esa primera actividad en una suerte de “patrimonio separable”, de modo que la decisión judicial afectaría sin duda directamente a las funciones que enganchan con la consecución de los intereses públicos y generales.

Vuelvo al problema anteriormente planteado respecto a las organizaciones internacionales de Derecho privado, aquellas de las que no forman parte Estados, lo que me lleva a la consideración de que, en Derecho interno, estas organizaciones y otras puramente nacionales suelen considerarse jurídicamente como asociaciones de utilidad

pública. Es decir, entidades respecto de las que el Estado ha reconocido que coadyuvan a la realización de fines de interés general concomitantes con los que persigue y realiza la propia Administración Pública. Sin embargo, estas entidades no son excluidas de la responsabilidad penal a pesar de que de alguna manera son particulares que realizan fines públicos.

Y por el mismo fundamento, porque son entidades constituidas bajo forma privada, pero que de algún modo contribuyen a la realización de fines de interés general o a prestar servicios públicos a los ciudadanos, se podría proponer igualmente que se excluyera – aunque el texto legal no lo ha contemplado– a las empresas de naturaleza estrictamente privada que, sin embargo, tienen establecidas por la legislación la gestión del servicio público universal: Correos, cuando se privatice del Servicio Postal, Telefónica, respecto de la telefonía fija, etcétera. Se trata el servicio público universal de un conjunto de prestaciones que la compañía privada tiene legalmente que prestar, sin atender a una consideración de lucro, a todo ciudadano –o mejor dicho, a todo residente en España– allí donde se encuentre, aunque el servicio que le presta no le resulte rentable y el resto de compañías privadas competidoras que no tienen la obligación le puedan negar este servicio en virtud del principio de libertad de mercado. En mi opinión, se trata del ejercicio por parte de empresas privadas de funciones o prestaciones de Derecho público, no en régimen de mercado, que podrían haber justificado la exclusión de la responsabilidad penal con el mismo fundamento que venimos exponiendo: una decisión judicial no debería poder afectar a esta esfera de actividad. Quizás para las empresas privadas concesionarias de servicios públicos estaría justificada la no exclusión porque la Administración Pública, tras su declaración de responsabilidad penal, resuelve el contrato, convoca el contrato y se lo otorga a otra empresa, cosa que en las empresas prestadoras de servicio público universal no puede hacer porque sólo esa compañía privada se encuentra en condiciones de poder prestarlo.

Y, en tercer lugar, respecto más aún a entidades que podrían haber estado excluidas – incluidas en la exclusión– y no lo están, si hemos excluido a los partidos políticos en sindicatos, que vertebran esencialmente la formación de opinión política y sindical, y son un elemento de participación política esencial reconocido constitucionalmente, ¿por qué no excluimos también a otras entidades respecto a las que la Constitución reconoce que cumplen también un papel vertebrador esencial de la sociedad española, o sea, a las confesiones religiosas?. ¿O por lo menos a aquellas cuatro confesiones religiosas con las que el Estado español tiene especiales relaciones, por virtud del Concordato con la Santa Sede y de las tres leyes –números 24, 25 y 26, de 10 de noviembre de 1992– que reconocieron especiales relaciones del Estado español con la Iglesia de los Santos de los últimos días, la Comisión islámica de España y la confesión judía? El mismo razonamiento sería aplicable a otras entidades como las Asociaciones Patronales y a las Profesionales, por ejemplo.

Por último, planteo una cuestión respecto a la cláusula que he llamado de contraexcepción. Los órganos jurisdiccionales, en este caso, hemos dicho que pueden efectuar la declaración de responsabilidad penal siempre que la forma jurídica sea creada con el propósito de delinquir. O sea, que en una interpretación estricta, propia de esta rama del ordenamiento dado que sería favorable al reo –la persona jurídica– la potestad judicial no incorporaría el supuesto en el que la organización, la entidad, ya existe, funciona con normalidad cumpliendo sus fines propios y es posteriormente

cuando los delincuentes toman la entidad, sustituyendo su voluntad por otra delictiva y aprovechándose de una forma jurídica ya creada, ya existente, para cometer delitos.

Pasando a exponer ahora el asunto de la **aplicación de las atenuantes, agravantes y eximentes, así como la relación de penas previstas para la persona jurídica**, lo primero que me sorprende es que el legislador no haya establecido una relación de penas de mayor a menor, ordenadas en función de su proporcionalidad. Es decir, que orientara al órgano jurisdiccional. No lo digo porque me parezca mal la necesaria discrecionalidad judicial en la aplicación del Derecho, pero sí me hubiera gustado que en lugar de decir que todas las penas son graves, se hubiera establecido una escala. Porque llama mucho la atención que la primera pena que se prevé es la multa, la segunda la disolución, la tercera la clausura, la cuarta la suspensión, por último la intervención, cuando su gravedad, por las consecuencias que va a establecer respecto a la existencia y actividad de la persona jurídica, es muy diferente. Según los casos, precisamente, en abstracto, la menos grave y la más genéricamente prevista es la de multa.

En segundo lugar, y en cuanto al catálogo de penas, me llama mucho la atención también que se introduzca una nueva pena accesoria, que es la prohibición de contratar con las Administraciones públicas, que antes no estaba prevista penal sino administrativamente en la Ley de Contratos. Llama la atención porque el legislador parece que en la actual situación de crisis lo que pretende en las reformas que propone de la Ley de Contratos es suavizar las prohibiciones de contratar, con el objeto, por ejemplo, de que las empresas que se encuentran en concurso, para ayudarlas a salir de la situación, puedan seguir manteniendo contratos con las Administraciones públicas, no hundirlas definitivamente. Claro que la comisión de delitos es otra cosa que un concurso. De otro lado, puede llegar a crear un problema grave respecto a bienes y servicios que son suministrados a la Administración contratante prácticamente en régimen de monopolio o bajo precios inasumibles por la competencia.

Respecto a la previsión de las penas, debemos decir que se reserva la disolución para los delitos más graves, relacionados con el terrorismo y con los grupos y organizaciones criminales, en los demás casos se prevé como pena obligatoria la de multa –proporcional, por días-multa o por una combinación de ambas– y las demás se señalan como potestativas por el órgano jurisdiccional, por lo que, en mi opinión, para imponerlas, se deberá consignar una motivación específica en la sentencia respecto a la conveniencia de imponer esa pena en razones de prevención especial de la norma penal o de mejor protección de las víctimas.

Llama también la atención, por ejemplo, con respecto al tema de la aplicación de las atenuantes, cómo el artículo 31.4, de una forma bastante antisistemática –porque la relación de atenuantes no debería haber estado ahí colocada, sino a continuación de las de la persona física, en el artículo 66–, empieza con una palabra llamativa, dice, “sólo” podrán considerarse atenuantes. Lo cual es absolutamente imposible dado que la doctrina y jurisprudencia unánimes, desde siempre, en Derecho Penal admite las atenuantes y eximentes por analogía, aplicando la norma *in bonam partem*. Resulta además, especialmente llamativo dado que el primer precepto que regula la reforma es precisamente la introducción en el régimen legal de atenuantes de una no prevista hasta la fecha, creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es la atenuante de dilaciones indebidas en el procedimiento, un efecto resarcitorio penal del

funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ajeno a la indemnización económica. Vamos pues a olvidarnos de que aquí dice “solo”, y vamos a considerar que podrán considerarse atenuantes estas cuatro que se señalan aquí, otras por analogía y vamos a ver si podrían aplicarse las que se refieren a la persona física.

En primer lugar, respecto a las previstas expresamente para la persona jurídica, tenemos en primer lugar la confesión, ¿basta con la denuncia?. En mi opinión, sí basta, es precisamente esto lo que se busca, la puesta en conocimiento de la autoridad competente para investigar y perseguir delitos de la *notitia criminis*. En segundo lugar, la colaboración decisiva con la justicia, respecto de la que tendrá que ser el órgano judicial el que determine el alcance de ese adjetivo legal (decisivo). En tercer lugar, la reparación del daño, respecto del que tenemos que decir que daño solo hay uno, no hay el daño que causa la persona física y otro distinto que causa la jurídica, cosa que pasamos a exponer con mayor detenimiento.

Esta última atenuante la Abogacía del Estado siempre ha tratado de interpretarla en sentido subjetivo, semejante al arrepentimiento, de modo que el pago realizado por tercero no sea atenuante en relación con el culpable. ¿Qué consecuencias tiene entonces respecto a esta interpretación cuando resarce el daño y paga la persona física o la jurídica?, ¿ello beneficia a ambos o sólo a quien paga?. ¿van a competir ambas para ser los primeros en pagar?.

Por último, respecto a la atenuante de establecimiento de controles de prevención del delito en el seno de la empresa en relación con los representantes, administradores de hecho o de derecho, o empleados, no voy a referirme mucho más a ellos, dado que ya otros ponentes lo han hecho con brillantez. Sólo subrayar la coincidencia de criterios respecto al ya expresado de que la contratación de los servicios profesionales de empresas de consultoría no parece que vayan a eliminar la existencia de responsabilidad penal con base en el artículo 31 bis, sin perjuicio de la eficacia de esta conducta empersarial como atenuante, de más fácil apreciación, en beneficio del reo. También señalar que parece algo ilógico que se prevea la atenuante para los dos títulos de imputación, de un lado, administradores y representantes y, de otro, empleados, cuando sólo para estos últimos el título de imputación se fundamenta en la inexistencia de medidas de control y prevención del delito en la empresa.

¿Se pueden aplicar agravantes? Evidentemente sí. El artículo 66 bis, en las reglas de aplicación de la pena, ya se refiere a las agravantes que se pueden aplicar a la persona jurídica, entre ellas, por ejemplo, la reincidencia, que es una agravante de naturaleza objetiva.

¿Se pueden aplicar las eximentes? Obviamente sí, todas aquellas que tengan aplicación a la persona jurídica y teniendo en cuenta que las que afecten a la persona física, al excluir la antijuridicidad de su conducta, beneficiarán también a la persona jurídica.

Y, por último, parece lógico que se pudieran aplicar también las eximentes incompletas, eximentes a las que les falta alguno de sus elementos definidores, pudiendo producir efectos como atenuantes, recogidas en el artículo 21.

Algunas de las eximentes vienen directamente vinculadas con la conducta subjetiva de la persona física y no parece que tengan encaje en el supuesto de la persona jurídica,

porque no podremos decir que una persona jurídica padezca una alteración psíquica o un trastorno mental transitorio. Pero sí podemos pensar en la alegación de una persona jurídica actuando en el ejercicio legítimo de un deber oficio o cargo, o incluso la de estar obrando en legítima defensa, –por ejemplo, en el ámbito comercial, ante una OPA hostil– o motivada por un estado de necesidad.

Como consideración final, parece claro que la persona jurídica va a tener antecedentes penales cuando sea condenada y a tal efecto, habrá que reformar el Registro de Penados y Rebeldes, del Ministerio de Justicia, a fin de que pueda contener estos datos sobre las condenas. Del mismo modo, dichos antecedentes serán cancelables, respecto de lo que no existe regulación específica para la persona jurídica.

También quiero referirme a continuación a alguna cuestión planteada por los anteriores ponentes. Respecto a lo señalado por el Profesor Zugaldía en relación con que no existía gran diferencia entre los dos títulos de imputación que contiene el artículo 31 bis, de un lado, representantes y administradores y, de otro, empleados de la persona jurídica, quiero matizar que sí puede llegar a existir una diferencia en cuanto a la determinación de la pena por virtud de lo que señala el artículo 66 bis, 1, en la letra c), donde permite que el órgano judicial, en atención a la distancia en el organigrama que existe entre el sujeto activo del delito y el representante o administrador del que depende pueda moderar la responsabilidad dentro del grado de aplicación de la pena. Lógicamente, esta atenuante, establecida fuera del artículo 31bis.4 se aplicaría sólo al supuesto de que el delito se perpetrara por los empleados de la persona jurídica, no por los representantes o por los administradores. Téngase en cuenta, además, aunque la cuestión merece un estudio más profundo que el que corresponde a esta ponencia, que en el caso de los representantes y administradores la dicción literal del Código parece sugerir que la persona jurídica no tiene escapatoria posible en cuanto a la imputación de su responsabilidad cuando se concluya la de la persona física, en una suerte de presunción *iuris et de iure* de que la conducta voluntaria de la segunda ha de atribuirse a la primera; mientras que respecto del empleado dependiente de los representantes o administradores el título de imputación a la persona jurídica es el que se corresponde con la falta del establecimiento de medidas de control que posibilitan la perpetración del delito, o el establecimiento pero la falta de ejecución de tales medidas, pudiendo exonerarse de responsabilidad la persona jurídica que demuestre que sí tenía establecidas medidas racionales y eficaces de control, de acuerdo a un criterio de negligencia media y no obstante el delito se ha acabado perpetrando por la persona física, bien por la gran inteligencia del delincuente, la imprevisibilidad del delito, por ejemplo, al ser de nuevo cuño, la fatalidad (caso fortuito o fuerza mayor), el aprovechamiento de una oportunidad concreta, etcétera.

Además, el legislador nos dice que la responsabilidad penal de la persona física y de la persona jurídica son independientes, no se comunican entre sí, ni las vicisitudes de la una deben producir efecto alguno en la otra. Ello tiene sus importantes matices. Por ejemplo, cuando en el artículo 66 bis se dice que cuando las penas que se imponen a la persona jurídica sean de duración temporal nunca podrán durar más que la pena privativa de libertad que se imponga a la persona física. O cuando en el artículo 31 bis.2, último inciso se señala que el órgano jurisdiccional podrá moderar la cuantía de las multas cuando por el delito se impongan tanto a la persona física como a la persona jurídica. Y en el artículo 52.4 cuando previene la sustitución de multa proporcional por días/multa en función de la duración de la pena privativa de libertad impuesta a la

persona física. Luego sí se comunican y se relacionan de alguna manera ambas responsabilidades.

Respecto a las medidas cautelares ya se ha dicho antes que con la nueva regulación se despeja la cuestión de que no cabe la adopción de la medida de disolución en esta fase de la instrucción penal. Respecto a la pena de intervención –que incluso se puede adoptar posteriormente, en ejecución de sentencia, por auto, no estando prevista en la sentencia condenatoria, por sustitución de la pena de multa cuando resulte ésta incumplida, según el artículo 53.5–, se plantea el problema técnico de que el Código, Ley Orgánica, en su artículo 33.7 g), precisa de desarrollo reglamentario en relación con el contenido, desarrollo y ejecución de la función interventora. Esta solución, a los que nos dedicamos al Derecho Penal, no nos gusta nada, en definitiva, porque estamos acostumbrados a la norma con rango de Ley que emana del Parlamento y que tiene una cierta permanencia. Pero, además, en cuanto a este Reglamento de desarrollo del Código Penal, ¿quién tiene la competencia para dictarlo? La función de intervención es una función de auxilio al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia o para la instrucción de la causa si se adopta como medida cautelar, el Reglamento, entonces ¿es competencia del Consejo General del Poder Judicial, por referirse la materia a aspectos accesorios de las actuaciones procesales?, ¿o es del Ministerio de Justicia?

Estoy de acuerdo con el Profesor Zugaldía, respecto a lo inexplicable de las razones por las que en el artículo 129 a las entidades sin personalidad no se les aplica la disolución efectiva, aunque no tengan personalidad jurídica, puesto que son entidades que funcionan en la realidad y sería necesario hacer desaparecer del mundo del Derecho el resultado de sus actividades. Y tampoco se explica por qué no se les impone la multa, ni por qué la imposición de las penas previstas para la persona jurídica es potestativa para el órgano jurisdiccional cuando estamos hablando de las entidades sin personalidad jurídica, cuando puede tratarse de una comunidad de bienes o de una junta de propietarios.

Respecto a la cuestión planteada por D. Julián Sánchez Melgar, en relación con el artículo 130 y los efectos que la disolución de la persona jurídica puede tener en la existencia de la responsabilidad penal. En mi opinión, el precepto dice lo que dice, que la responsabilidad penal se extingue por las siguientes causas, no especifica que se esté refiriendo sólo a la de la persona física. En España, con un tejido empresarial, donde por supuesto existen empresas enormes, que no se van a autodisolver para excluir su responsabilidad penal, pero donde existen mayoritariamente empresas pequeñas, a veces en forma de sociedad limitada de capital mínimo desembolsado, a veces incluso unipersonales, la autodisolución preventiva para exonerarse de la condena penal es una solución sencilla, siempre que dicha disolución sea real y efectiva.

Por último, dejo planteadas una serie de preguntas para el debate, respecto de las que tengo respuestas para algunas sí y otras no, que son las siguientes:

Primero. Se ha olvidado el Código Penal de los delitos que se encuentran tipificados fuera de su texto, como, por ejemplo, muy significativamente, el contrabando, de perfiles muy parecidos al delito contra la Hacienda Pública, respecto del que sí se previene la responsabilidad penal de la persona jurídica, o los delitos previstos en la Ley de Navegación Aérea o en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Segundo. Proporcionalidad respecto a la fijación de multas en relación con el delito cometido por la persona física cuando también lleva aparejada pena de multa y, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de moderar su importe, que ya hemos visto. Por ejemplo, en el delito fiscal en el que la persona física está castigada con multa del tanto al séxtuplo y la jurídica con multa del duplo al cuádruplo, sin entender muy bien cual es la razón de esa diferencia de penas cuando el desvalor será el mismo o menor en el caso de la persona jurídica. Con el problema práctico añadido de la tramitación de sentencias de conformidad, en las que si la persona jurídica no quiere prescindir de los servicios de la persona física que ha cometido el delito, tendrá que pagar su multa y la propia, encareciéndose mucho la posibilidad del acuerdo, puesto que los términos actuales de esta conformidad en el Protocolo suscrito entre la AEAT y la Secretaría de Estado de Justicia sólo permiten, de ordinario y salvo casos especiales, la rebaja de la pena un grado.

En tercer lugar, dando un paso más allá respecto de lo que el Profesor Zugaldía ha planteado en el sentido de que debemos tratar de adaptar la teoría del delito de la persona física a la persona jurídica, me hago la siguiente pregunta. Parece evidente que tenemos que conectar el principio de culpabilidad penal a la comisión del delito por parte de la persona jurídica. En el caso de que el que está actuando en nombre de la persona jurídica es el administrador de hecho o de derecho o el representante, ya hemos dicho que no parece que exista mucho problema porque la declaración de responsabilidad penal no es más que una traslación de la de la persona física. Pero, en el segundo caso, en el de la falta de control de los empleados que dependen de los anteriores, ¿no estamos hablando de verdad aquí de una responsabilidad por culpa in vigilando?, ¿y no nos encontramos con el problema de que el Código Penal solamente castiga las formas dolosas de comisión, salvo excepcionalmente algunas imprudentes?. ¿Cómo, entonces, estamos castigando a la persona jurídica?, ¿cómo coautor o como partícipe del delito?, ¿cómo coautor o partícipe a título de imprudencia en el delito cometido por otro coautor o por el autor sin más, dolosamente?. ¿Tiene esto lógica, por ejemplo, en el delito fiscal cometido por una sociedad respecto al Impuesto de Sociedades?. Si apostamos pues por la imputación como culpa in vigilando, tenemos varios problemas de comprensión dogmática que tendrá la doctrina que resolver, si procede. Aunque a lo mejor lo que sucede es que la regulación legal lo que está haciendo es regular una imputación a título de dolo eventual. Pero si es así –lo que casa mejor dogmáticamente, respecto a las preguntas que antes nos hacíamos–, a la persona jurídica no bastará con exigirle la objetiva falta de medidas de control o su inejecución (si se previeron), sino algo más, que alguno de sus órganos o personas que asuman la dirección (o específicamente la función de control) se haya representado como posible la comisión de un delito y no obstante, haya seguido adelante con la omisión del control, aceptando la hipótesis de la perpetración del delito. Presupuesto este que concede más posibilidades de defensa a la persona jurídica que en el caso anterior.

Planteo también la cuestión de que la regulación atribuye la decisión sobre si existen y se ejecutan adecuadas medidas de control empresariales para la prevención del delito, racionales, eficaces de acuerdo con una diligencia empresarial media a quien, por Ley, tiene prohibido el ejercicio del comercio, o sea, el órgano jurisdiccional. No le va a resultar, desde luego, tarea fácil y es evidente que en estos casos las periciales van a tener una gran importancia decisora.

Por último y ya termino, aunque me quedan en el tintero muchas otras cuestiones, planteo el asunto del plazo de prescripción de los delitos cometidos por la persona jurídica. Resulta, primero, que no hay un plazo de prescripción específico, con lo que todos los delitos cometidos por la persona prescribirán en el plazo residual, general, de 5 años, que ha establecido esta reforma, lo mismo si la persona física ha cometido un delito fiscal, un blanqueo o es una organización terrorista o un grupo u organización criminal estable. Y, en segundo lugar, tampoco se ha establecido una norma, que podríamos juzgar lógica, en el sentido de que el delito de la persona jurídica prescribiera en el mismo plazo que el de la persona física. Así, entonces, tenemos que como no existe responsabilidad penal de la persona jurídica ni en las faltas, ni en los delitos de injuria ni calumnia (pudiéndose haber previsto la del medio de comunicación, sin haberlo hecho), que son los únicos que tienen previsto un plazo de prescripción inferior al de 5 años tras la reforma, no es posible que prescriba el delito de la persona física y no lo haga el de la jurídica, salvo anómalos supuestos en los que la prescripción se haya podido interrumpir para uno y no para el otro. Al contrario, sin embargo, por ejemplo, en el blanqueo de capitales, que prescribe a los 10 años, nos encontraremos con la posibilidad de que el delito prescriba para la persona jurídica y siga vivo para la persona física.