

RAMON RAGUÉS I VALLÈS

**LA ACTUACIÓN EN
BENEFICIO DE LA
PERSONA JURÍDICA COMO
PRESUPUESTO DE SU
RESPONSABILIDAD PENAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2017

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	13
PRESENTACIÓN	15
CAPÍTULO I. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO COMO «ELEMENTO DE CONEXIÓN»	19
1. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO: CONTEXTO LEGAL, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	19
2. OTROS REQUISITOS DE ATRIBUCIÓN DEL HECHO DE LA PERSONA FÍSICA A LA JURÍDICA.....	23
2.1. La actuación en nombre de la persona jurídica	28
2.2. La actuación por cuenta de la persona jurídica.....	30
2.3. El ejercicio de actividades sociales.....	32
3. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO COMO EXIGENCIA ADICIONAL.....	35
CAPÍTULO II. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO DE LA PERSONA JURÍDICA: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COMPARADA ...	37
1. INTRODUCCIÓN.....	37
2. LOS ORÍGENES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	37
3. EVOLUCIÓN DEL DERECHO FEDERAL ESTADOUNIDENSE	42
4. INTENTOS DE SUPERACIÓN DEL MODELO FEDERAL DE IMPUTACIÓN	48
5. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES	51
6. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO	55

	Pág.
6.1. Ordenamientos jurídicos que contienen menciones expresas a la actuación en beneficio	56
6.2. Sistemas jurídicos que <i>no</i> contienen alusiones expresas a la actuación en beneficio como elemento de responsabilidad.....	60
7. VALORACIONES COMUNES.....	61
CAPÍTULO III. LA OBTENCIÓN DE BENEFICIO COMO FACTOR DETERMINANTE DE RESPONSABILIDAD PENAL	63
1. LA OBTENCIÓN DE BENEFICIO COMO FUENTE EXCLUSIVA DE RESPONSABILIDAD.....	63
2. LA INSUFICIENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA OBTENCIÓN DE BENEFICIOS EN EL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD.....	69
3. LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL	74
4. ¿TIENE LA «ACTUACIÓN EN BENEFICIO» UN SENTIDO PROPIO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?	80
5. UNA POSIBLE RESPUESTA: LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO COMO CRITERIO POLÍTICO-CRIMINAL DE DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LOS DEBERES DE VIGILANCIA, CONTROL Y SUPERVISIÓN	91
5.1. Razones de política criminal	91
5.2. Traducción dogmática del fundamento político-criminal.....	99
6. EXCURSO: SOBRE LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO Y EL BENEFICIO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA DE MULTA.....	102
CAPÍTULO IV. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO DIRECTO O INDIRECTO: UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA.....	105
1. ¿QUÉ SIGNIFICA BENEFICIAR A OTRO?	105
2. NATURALEZA OBJETIVA DE LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO	108
3. EL CARÁCTER «DIRECTO O INDIRECTO» DEL BENEFICIO.	115
4. CONCRECIÓN DE LA CONDUCTA QUE ES OBJETO DEL ANÁLISIS DE IDONEIDAD	118
4.1. Supuestos en los que cabe sostener la existencia de una actuación en beneficio.....	121
4.2. Supuestos en los que <i>no</i> concurre una actuación en beneficio de la persona jurídica	124
5. ACTUACIÓN EN BENEFICIO Y POLÍTICAS DE EMPRESA ...	127

	Pág.
6. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO Y SU DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTROS «ELEMENTOS DE CONEXIÓN»	129
CAPÍTULO V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA Y VALORACIÓN FINAL	135
1. LA «ACTUACIÓN EN BENEFICIO» APLICADA A GRUPOS DE DELITOS	135
1.1. Clasificación de delitos a partir de la más o menos probable concurrencia del presente elemento de conexión	136
1.2. Balance de conclusiones	139
2. LA «ACTUACIÓN EN BENEFICIO» APLICADA A CASOS CONCRETOS.....	140
2.1. Los casos de sabotaje.....	140
2.2. Los casos de «banca paralela»	142
2.3. Otras conductas fraudulentas de empleados en relación con clientes	144
2.4. En cuanto al blanqueo de capitales	145
2.5. Corrupción en los negocios y en el sector público.....	147
2.6. En particular: los actos de corrupción para incrementar las retribuciones variables	150
2.7. Financiación ilegal de partidos políticos	151
3. BALANCE FINAL: ACERCA DE LA NECESIDAD DE REPENSAR UNA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA LIMITADA A LOS DELITOS COMETIDOS EN SU BENEFICIO	152
BIBLIOGRAFÍA.....	159

PRESENTACIÓN

La introducción en 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español ha suscitado un encendido debate académico, aunque la nueva regulación haya tenido hasta la fecha una incidencia todavía muy limitada en la práctica penal, con un escaso número de juicios y condenas. Dicho debate se ha caracterizado por una intensa discusión a propósito del acierto de la decisión legislativa de establecer esta nueva forma de responsabilidad y la doctrina se ha dividido entre los partidarios de esta novedad legal y quienes la rechazan con el apoyo de diversos argumentos, tanto constitucionales como dogmáticos o político-criminales.

Tras la posterior reforma de 2015 todo parece apuntar, no obstante, a que la apuesta del legislador por la responsabilidad penal de las personas jurídicas es firme y que el nuevo sistema ha llegado para quedarse. Tal vez el indicio más evidente de ello sea que las regulaciones de 2010 y 2015 han sido aprobadas por mayorías parlamentarias de distinto signo político y no se tiene constancia de que en el programa electoral de los partidos más votados figure a día de hoy la supresión de estos preceptos. Tanto los operadores jurídicos como las propias empresas han empezado lentamente a tomar conciencia del cambio que supone el nuevo marco normativo y a obrar en consecuencia: de manera creciente los fiscales y las acusaciones están incorporando las personas jurídicas a sus querellas, a la vez que los empresarios empiezan a preocuparse del diseño de sus modelos de prevención de delitos. A principios de 2016 el Tribunal Supremo dictó su primera resolución sobre la materia¹.

En tales circunstancias resulta especialmente conveniente que, sin dejar de lado el debate —seguramente eterno— sobre el acierto de la decisión legislativa y, en general, sobre la conveniencia de que las personas jurídicas respondan penalmente, empiecen a estudiarse también con detalle los elementos singulares que configuran esta forma de responsabilidad. Se trata, desde luego, de una tarea inaplazable para aportar criterios interpretativos que guíen en su actuación profesional a los abogados, jueces y fiscales que tengan que operar con los correspondientes preceptos, tanto desde

¹ STS 154/2016, de 29 de febrero (ponente: Maza Martín).

un punto de vista procesal como, también, en el diseño de los modelos de prevención de delitos. A su vez, el estudio de los elementos singulares que conforman el sistema proporcionará, a buen seguro, elementos de juicio adicionales para valorar la oportunidad del nuevo modelo en su conjunto, tanto desde una perspectiva dogmática como político-criminal.

En tal contexto, este trabajo pretende centrarse en un concreto requisito que el art. 31 bis del Código Penal prevé para determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica a partir del delito cometido por una persona física, a saber, que esta última haya obrado *en beneficio directo o indirecto* de la primera. A este presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica —que ya aparecía en la regulación inicial de 2010, aunque con una terminología diferente («en provecho de»)— cabe augurarle una frecuente alegación por parte de quienes defiendan a las empresas y otras entidades jurídicas. Semejante pronóstico se justifica porque los sujetos suelen cometer delitos pensando ante todo en sus intereses particulares, y no en los de su empresa, y porque, no pocas veces, el hecho de que un representante, directivo o empleado de una persona jurídica cometa un delito acarreará a esta última más perjuicios que ventajas, si finalmente es encausada y sancionada. Tales circunstancias pueden dar pie a que, de modo frecuente, en la práctica se acabe esgrimiendo la ausencia de este elemento para intentar negar la responsabilidad corporativa, argumentando que, a fin de cuentas, la persona jurídica no habrá obtenido ningún beneficio derivado del delito, sino solo desventajas.

En tal sentido, un magistrado del Tribunal Supremo español ha llegado a afirmar, literalmente, que «con la correcta exigencia de este requisito parece que se evitarán la mayor parte de los asuntos con empresas»². Y la importancia de la presente cuestión ha sido subrayada también por la Sala Segunda en su primera sentencia sobre la materia (STS 154/2016), en la que se afirma que la determinación de cuándo se actúa en beneficio de otro «se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates». Si bien, por las razones ya expuestas, se coincide en este último vaticinio, no puede asentirse, en cambio, en la afirmación de que el casuismo sea la única vía para enfrentarse a la presente cuestión. Como no puede ser de otro modo tratándose de un elemento de imputación de responsabilidad penal, deberán ser un análisis político-criminal y un abordaje dogmático riguroso de dicho requisito los que permitan precisar adecuadamente sus contornos.

En particular, desde el punto de vista dogmático conviene advertir, de entrada, que la obtención de beneficio es un criterio totalmente ajeno al mo-

² SÁNCHEZ MELGAR, en *Aspectos prácticos*, p. 53.

delo de responsabilidad penal de las personas físicas, lo que impide resolver el problema tratando de trasladar sin más a las entidades jurídicas, con las consiguientes adaptaciones, el correspondiente elemento de la tradicional teoría del delito. De hecho, la mera presencia de este requisito en el texto del vigente Código Penal parece un evidente obstáculo para quienes proponen diseñar el sistema de imputación de las personas jurídicas por analogía al de las personas físicas. La atribución de responsabilidad a quien ha obtenido determinados beneficios es algo habitual en Derecho civil, pero resulta un criterio de imputación extraño para el Derecho sancionador y su empleo en el art. 31 bis CP obliga a revisar algunas de las premisas básicas de la responsabilidad jurídico-penal, a fin de garantizar un encaje adecuado de esta concreta pieza en el conjunto del sistema.

Por todas estas razones, y algunas más que se expondrán en los capítulos siguientes, el tema elegido reúne todas las condiciones necesarias para que merezca el análisis monográfico que se le dispensará con esta obra. Un estudio que, aun partiendo de la regulación española, puede resultar de interés para otros ordenamientos jurídicos, pues el elemento en cuestión está presente en otros códigos penales, aparece asimismo en el articulado de numerosas directivas y decisiones-marco europeas y, como se verá en el segundo capítulo, es un requisito clásico en el sistema estadounidense de responsabilidad corporativa.

* * *

Este libro empezó a escribirse en la sede de la State University of New York en la ciudad de Buffalo en el verano de 2015, gracias a la hospitalidad de mi querido colega y amigo Luis Chiesa, que me acogió en el Buffalo Criminal Law Center del que es director y me proporcionó unas condiciones ideales para trabajar y acceder a las fuentes estadounidenses. Con su afecto, Luis y su esposa Karla hicieron que la estancia de mi familia en su ciudad fuera una experiencia inolvidable, a lo que sin duda contribuyeron también las queridas colegas Raquel Roso y Marina Mínguez, con quienes compartimos grandes momentos. Mi gratitud también para Keith Polanski, que nos guió en el proceso de adaptación a la vida estadounidense con gran hospitalidad y simpatía: una parte importante de este libro se escribió en su casa de Highgate Avenue, que fue nuestro hogar durante el verano de 2015.

La redacción de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa» financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y ejecutado por los profesores del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra. Una primera versión de este texto fue presentada al equipo investi-

gador en mayo de 2016 y sus comentarios han sido muy tenidos en cuenta para la redacción del texto final. Mi gratitud a todos los intervinientes y, en especial, a mi maestro Jesús Silva, por sus interesantes observaciones. Finalmente, un agradecimiento especial merecen también Emanuela Fronza, Raquel Montaner, Rocci Bendezú y Joan Carles Seuba por sus comentarios y sugerencias bibliográficas.

En Altafulla, a 28 de agosto de 2017.

CAPÍTULO I

LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO COMO «ELEMENTO DE CONEXIÓN»

1. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO: CONTEXTO LEGAL, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas presupone la comisión de un hecho delictivo por parte de determinadas personas físicas. Así, según dispone desde la reforma de 2015 el primer apartado del art. 31 bis CP:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Según se desprende de este precepto, solo existirá responsabilidad de la persona jurídica si, además de cumplirse los restantes requisitos contenidos en estos preceptos, las personas físicas aludidas han obrado delictivamente «en beneficio directo o indirecto» de dicha entidad. Esta expresión —que algunos autores califican de «ambigua»—¹ ha sustituido la exigencia de que la persona física actuara «en provecho» de la jurídica, que aparecía en la redacción de 2010 del mismo precepto, aunque no parece que esta modificación terminológica haya de tener ninguna consecuencia sustancial, dado

¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado*, p. 81.

el carácter —prácticamente— sinónimo de ambas expresiones². En este enunciado legal, la concurrencia de una actuación en beneficio es necesaria con independencia de que el hecho delictivo de la persona física haya sido cometido por los máximos responsables de la persona jurídica, por cargos intermedios o por subordinados a los anteriores.

El art. 31 bis CP prevé que la persona jurídica puede llegar a ser penalmente responsable por la actuación de tres clases de sujetos cuando estos obran en nombre o por cuenta de aquella y en su beneficio directo o indirecto³: *a)* sus representantes legales o aquellos sujetos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de ella; *b)* aquellos sujetos que ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica; y *c)* quienes están sometidos a la autoridad de los anteriores individuos cuando obran en el ejercicio de actividades sociales⁴. A fin de facilitar la comprensión del texto, y partiendo de que en la práctica la mayoría de las imputaciones a personas jurídicas tendrán como destinatarias sociedades mercantiles, en las siguientes páginas se aludirá respectivamente a estos grupos de sujetos como: *a)* representantes o administradores; *b)* directivos; *c)* empleados. Ciertamente estas denominaciones pueden resultar poco rigurosas en algunos contextos (por ejemplo, dentro del último apartado seguramente pueda incluirse a ciertos empresarios autónomos; del mismo modo que no es muy preciso, también por ejemplo, hablar de administradores respecto de ciertas entidades jurídicas, como las fundaciones), por lo que, cuando sea necesario, se efectuarán las matizaciones oportunas.

Si bien en Derecho español se carece todavía de experiencia relevante sobre la interpretación judicial de la cláusula «en beneficio directo o indirecto», cabe constatar cómo, de entrada, *su mera previsión parece tener un efecto limitador de la responsabilidad de las personas jurídicas*. Así, de acuerdo con una aproximación todavía muy provisional a la redacción del art. 31 bis CP,

² No en vano, la primera acepción que el Diccionario de la Real Academia ofrece de «provecho» es, precisamente, «beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio». Ya antes de la reforma de 2015 algún autor como DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, 103 (2011), p. 87, aludía a ambas expresiones como sinónimas y con posterioridad ha mantenido dicho criterio FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito*, p. 95; e *id.*, *Tratado*, pp. 81-82. Tras la reforma GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios*, pp. 163-164, apunta a que este cambio puede tener un efecto ampliatorio de la responsabilidad, por la especificación legislativa de que el beneficio sea «directo o indirecto». En términos parecidos se pronuncia el Dictamen 358/2013 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, que culminaría en la Ley Orgánica 1/2015. Por su parte, S. BACIGALUPO, en *Aspectos prácticos*, p. 86, atribuye al término «provecho» una connotación exclusivamente económica que, a su juicio, no tendría la expresión «beneficio». También SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, p. 368, argumenta que el cambio supone «una relajación de dicho vínculo económico». La interpretación que aquí se considera más acertada será desarrollada *infra*, en el cuarto capítulo.

³ Sobre estos sujetos, FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado*, pp. 76 ss.

⁴ Sobre el alcance concreto de estas previsiones cfr. el apartado 2.3 de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. Cfr., asimismo, aunque referido al texto vigente entre 2010 y 2015, DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, 103 (2011), p. 54.

no cabrá hacer responsable a una persona jurídica de aquellos hechos cometidos por una persona física que, aun reuniendo las restantes condiciones exigidas por dicho precepto (actuación en nombre o por cuenta y/o en el ejercicio de actividades sociales), pueda considerarse que se han realizado en perjuicio del principal o, en todo caso, sin propósito o aptitud para ocasionar beneficio alguno. La ausencia de dicho elemento parece conllevar, asimismo, la *imposibilidad de sancionar a la persona jurídica aun cuando esta no haya dispuesto, respecto a la actuación del sujeto en cuestión, las medidas específicas de vigilancia y control* previstas en el citado art. 31 bis CP para la prevención de ciertos comportamientos delictivos. De ello parece extraerse la llamativa conclusión, que habrá desde luego que confirmar a lo largo de este trabajo, según la cual, si una clase de delitos no es apta en absoluto para beneficiar a una persona jurídica, esta no tiene tampoco el deber de prevenir su comisión a efectos penales.

La persona jurídica sí puede tener, en cambio, la necesidad de prevenir tales hechos si no quiere responder civilmente por los resultados dañosos derivados de un eventual comportamiento delictivo. En tal sentido conviene tener presente que el ordenamiento español ya cuenta, en Derecho civil, con criterios de atribución a las personas jurídicas de daños ocasionados por sus agentes. Entre estos preceptos destaca, por su inequívoco interés para la jurisdicción penal, la regla de responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4° CP. Este precepto establece que «son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente [...] las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». La evidente analogía entre ciertos elementos de este precepto y del art. 31 bis CP tiene como consecuencia el que, a lo largo del presente trabajo, se preste una especial atención a las apreciaciones de los tribunales a propósito del art. 120.4° CP, que, a diferencia del art. 31 bis, cuenta para su interpretación con un sólido cuerpo de jurisprudencia.

Desde el punto de vista de los potenciales responsables, las estrategias para eludir la responsabilidad o paliar sus consecuencias pueden variar en función de si su interés por prevenir un daño es únicamente evitar la responsabilidad penal o también la civil: algunas estrategias válidas para salvar los efectos de la segunda (por ejemplo, la contratación de un seguro) no son útiles para la primera. Hay que tener en cuenta, asimismo, que mientras el art. 120.4° CP se aplica a cualquier delito susceptible de causar daño, la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede dimanar de aquellas conductas delictivas que la prevén expresamente.

¿Qué significa actuar en beneficio de otra persona? Es esta una pregunta que, a poco que se reflexione sobre su contenido, no tiene una respuesta tan sencilla como pudiera parecer a primera vista. De entrada, se plantea un primer dilema al respecto: para actuar en beneficio de alguien,

¿es necesario actuar con la voluntad de que dicho sujeto obtenga alguna clase de provecho?, ¿o basta con proporcionarle efectivamente una ventaja aunque no se haya deseado tal efecto?; en otras palabras: ¿hay que centrar la respuesta a dicha cuestión en la búsqueda de un elemento eminentemente motivacional o subjetivo?, ¿o más bien la solución tiene que ver con la aptitud objetiva de determinados actos para generar algún provecho para otros? A partir de estas preguntas iniciales se suscitan otras: ¿puede afirmarse que alguien está obrando en beneficio de otro cuando actúa contraviniendo las instrucciones recibidas por parte de este?, ¿tiene que ser el beneficio proporcionado o pretendido de naturaleza necesariamente económica?, ¿quedan abarcadas también ventajas de otro tipo?, ¿qué sucede si la conducta finalmente acaba perjudicando a quien se supone que debía beneficiar?

Además de buscar respuesta para todas estas preguntas, el objetivo último de las presentes páginas es contribuir a determinar una cuestión dogmática fundamental dentro del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber, la relativa a *cuándo un hecho delictivo cometido por una persona física debe considerarse, a su vez, como perteneciente también a una persona jurídica*. Como señala José Miguel Zugaldía, «para poder imputar un delito a una persona jurídica es necesario establecer los criterios normativos de imputación del hecho de referencia (el de la persona física) a la persona jurídica para considerarlo como propio de ella, como su autora»⁵. O, en palabras de Bernardo Feijoo, se trata de determinar bajo qué condiciones o requisitos un delito de una persona física se convierte o adquiere al mismo tiempo el significado de «hecho de la persona jurídica»⁶.

La decisión acerca de cuándo el llamado «hecho de referencia» o «hecho de conexión» de la persona física es imputable a la persona jurídica es una cuestión previa y distinta de otra que hasta la fecha ha preocupado más a la doctrina, a saber, la relativa a qué deberes de control tiene una persona jurídica con respecto a los hechos que llevan a cabo las personas físicas que actúan en su ámbito de organización. Ello es así por cuanto la determinación de tales deberes de control presupone que ciertas actuaciones de los administradores, directivos o empleados de una persona jurídica en particu-

⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, p. 65. El término «hecho de referencia» suele emplearse en la doctrina española para aludir al hecho delictivo de la persona física que se imputa a la jurídica. Así, por ejemplo, ORTIZ DE URBINA GIMENO, en *Penal Económico*, p. 173, quien también alude a la expresión «hecho de conexión», que es empleada asimismo, entre otros, por S. BACIGALUPO, en *Aspectos prácticos*, p. 81; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción*, p. 78; o DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, 103 (2011), pp. 41 ss, así como en la STS 221/2016, de 16 de marzo (ponente: Marchena Gómez). Esta última expresión es empleada también en Italia (cfr. DE SIMONE, *DPC*, 2012, p. 3) y en Alemania (*Anknüpfungstat*), donde tiene su origen.

⁶ FEJOO SÁNCHEZ, en *Estudios*, pp. 98 ss. Por su parte, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad*, p. 311, considera que estos requisitos de conexión sirven para determinar «la dimensión colectiva de la actuación del miembro individual».

lar *pueden considerarse como propios de esta última*. Pues es evidente que si el hecho de la persona física resulta absolutamente ajeno a la jurídica, esta no tendrá ningún deber de control, ni podrá derivarse de su comisión una responsabilidad penal en un sistema jurídico que no se base en la responsabilidad meramente objetiva.

Por poner un ejemplo: es evidente que una empresa no puede ser considerada penalmente responsable por el hecho de que uno de sus directivos, en su tiempo libre, soborne a un empleado municipal para que le otorgue una licencia irregular para construir una piscina en su vivienda particular. Y, en cambio, parece mucho más razonable que pueda establecerse algún tipo de responsabilidad para la misma empresa si el directivo soborna a funcionarios para conseguir que su compañía pueda ampliar la planta de producción al margen de la normativa urbanística.

El presente trabajo se propone dar respuesta a las cuestiones planteadas. Para ello, tras este primer capítulo centrado en analizar en general los «elementos de conexión» del hecho de la persona física a la jurídica (I), se dedicará un segundo capítulo a exponer las raíces históricas de esta previsión legal, que están en el Derecho penal federal de los Estados Unidos de América, así como las diversas variantes de esta previsión establecidas en otros países que también cuentan con responsabilidad penal de las personas jurídicas (II). En este capítulo se dedicará una especial atención, asimismo, al texto de diversos instrumentos normativos europeos, que son el antecedente más inmediato de la regulación española. Seguidamente, se analizará el sentido que puede tener este elemento típico desde una perspectiva político-criminal y dogmática al efecto de precisar adecuadamente sus contornos (III). A la luz de las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior, se propondrá una interpretación sobre la cuestión planteada que permita resolver aquellos problemas aplicativos que, previsiblemente, se producirán más a menudo en la praxis forense (IV). Y, finalmente, un último capítulo (V) se ocupará de analizar de manera individualizada algunos supuestos con relevancia práctica en los que puede resultar especialmente interesante o compleja la aplicación de los criterios interpretativos anteriormente propuestos. Este último capítulo se cerrará con una valoración crítica de la vigente regulación y algunas consideraciones *de lege ferenda*.

2. OTROS REQUISITOS DE ATRIBUCIÓN DEL HECHO DE LA PERSONA FÍSICA A LA JURÍDICA

En el vigente Derecho español la actuación en beneficio no es el único elemento que debe concurrir para hacer responsable a una persona jurídica por el hecho delictivo de una persona física, sino que, como ya se ha adelantado, el Código Penal exige otros elementos adicionales o «elementos de

conexión»⁷. Así, para el caso de los representantes y directivos se establece que, además de actuar en beneficio directo o indirecto de su principal, estos sujetos hayan obrado, al cometer el delito, «en nombre o por cuenta» de la persona jurídica; mientras que, en el caso de los empleados o, en general, de las personas sometidas a la autoridad de las anteriores, se exige que actúen «en el ejercicio de actividades sociales» y «por cuenta» de su principal. Seguidamente se propone una aproximación inicial a estos elementos típicos, cuyo contenido acabará de perfilarse en capítulos posteriores en función del sentido que se atribuya al elemento de la actuación en beneficio (cfr. *infra* cap. IV.6).

Distintos son los criterios de atribución de responsabilidad que el art. 129 CP prevé para «empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis». Para la aplicación de las consecuencias previstas en este precepto es suficiente con que se constate que se ha cometido un delito *en el seno, con la colaboración o a través* de alguno de los citados entes. Estos criterios de imputación, de naturaleza eminentemente fáctica, no serán objeto del presente trabajo.

Antes de pasar a analizar estas exigencias conviene plantearse respecto de ellas su *naturaleza objetiva o subjetiva*. Tal necesidad se explica por el hecho de que algunos autores parecen haber interpretado que la posibilidad de afirmar que alguien ha actuado «en nombre» o «por cuenta» de otro depende fundamentalmente de una cuestión subjetiva y, más concretamente, de la motivación con la que haya obrado dicho sujeto⁸. Esta interpretación, sin embargo, plantea algunas dudas. Para que una persona deba responder penalmente de las actuaciones realizadas por otra parece que necesariamente debe exigirse que la primera haya tenido algún tipo de intervención —activa u omisiva— en la actuación de la segunda, que sirva como base para atribuirle como propias las consecuencias que esta última pueda ocasionar. Cuando tal intervención no se ha producido, no parece del todo compatible con el principio de culpabilidad, ni con los presupuestos de la teoría de la imputación en general, que se atribuya respon-

⁷ Expresión empleada, entre otros, por FEJOO SÁNCHEZ, en *Estudios*, p. 98.

⁸ Así, por ejemplo, Díez Ripollés, *InDret*, 2012, p. 21, argumenta: «ese sujeto activo ha de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Son dos elementos subjetivos de tendencia, de carácter alternativo, cuya concurrencia es materialmente compatible con eventuales comportamientos imprudentes expresamente previstos como punibles». No obstante, en un pasaje posterior el mismo autor parece objetivar su posición afirmando que «el sujeto actuará en nombre de la sociedad cuando su comportamiento se acomode a la política o directivas de la empresa previamente fijadas, y se comportará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de esta determinados autónomamente en el marco de sus funciones sociales, aun cuando contradiga la política o directivas empresariales. No se dará la tendencia exigida si en el ejercicio de sus funciones sociales persigue de forma predominante intereses propios o si, al margen de sus funciones sociales, realiza actuaciones en interés de la empresa». En sentido similar, Boldova Pasamar, *EPC*, XXXIII (2013), p. 241.

sabilidad al primer sujeto solo por la motivación con la que haya obrado el segundo.

Por ejemplo, si un empleado decide, con la voluntad de vengarse de sus superiores, enviar a una empresa competidora —sin que nadie en esta última compañía se lo haya pedido—, un mensaje de correo electrónico con información confidencial, no parece legítimo que se atribuya responsabilidad a la empresa receptora aunque dicho empleado infiel haya obrado en la convicción de que tal conducta le sería agradecida efusivamente por quienes recibieran el mensaje.

En Derecho penal una decisión absolutamente unilateral de una persona física no puede convertir sus actos en propios de una persona jurídica, sino que *deben darse elementos que permitan fundamentar que esta última tenía el deber de controlar las actuaciones de la primera*. Ciertamente, la existencia de posición de garante del empresario con respecto a la actuación de aquellos sujetos que obran en la esfera de organización de la empresa está, con más o menos matices, ampliamente aceptada en la doctrina, pero dicha posición presupone —salvo en los pocos casos de designación legal o judicial— la existencia de un acto previo de delegación, aunque sea tácito⁹. De ello se deriva la necesidad de que a la actuación «en nombre» y «por cuenta» *le preceda siempre un acto objetivo, expreso o tácito, por el que la persona jurídica haya encomendado determinadas funciones a una persona física* y, a la vez, haya asumido como propios los efectos de la actuación que esta última realice en el cumplimiento de dichas funciones¹⁰.

Dicho acto de delegación debe tener lugar a través del correspondiente nombramiento y aceptación en el caso de los representantes, en el momento de perfección del contrato en el caso de empleados o directivos, o de realización del encargo en el supuesto de los mandatarios, pudiendo discutirse en todo caso si en tales casos es necesario cumplir con las exigencias de otros sectores del ordenamiento jurídico o si quedan abarcadas también las meras delegaciones *de facto* o situaciones de simple tolerancia (al respecto cfr. *infra* 2.2). Solo en algunos casos excepcionales dicha asunción podrá venir impuesta por la ley o, en aplicación de esta, por parte de una decisión judicial (por citar un ejemplo, en el supuesto de nombramiento de administradores concursales)¹¹.

⁹ Sobre el estado de la cuestión, cfr. ROXIN, *Parte general*, §32, núm. marg. 134 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte general*, p. 513; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad*, pp. 91 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, pp. 140 ss., todos ellos con referencias adicionales. Sobre el debate acerca de las fuentes de dicha posición de garantía SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría*, pp. 62-66; *id.*, *Fundamentos*, p. 195; y HERNÁNDEZ BASUALTO, en *Derecho penal económico*, pp. 232 ss.

¹⁰ Se coincide en este punto con GONZÁLEZ SIERRA, *La imputación*, p. 267. En general, sobre el compromiso de control de riesgos como elemento básico para la atribución de responsabilidad en la empresa cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Sistema europeo*, pp. 371-372.

¹¹ En Derecho privado se distingue, a tal efecto, entre representación legal y voluntaria. Cfr., por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, *La representación*, pp. 48-51, pp. 288-289, quien sostiene que «le son