

RECENSIÓN DEL LIBRO DE MANUEL GÓMEZ TOMILLO, *INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL* *

Isidoro Blanco Cordero

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Alicante

BLANCO CORDERO, Isidoro. Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2011, núm. 13-r2, p. r2:1-r2:8. Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-r2.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 13-r2 (2011), 30 mar]

RESUMEN: La Ley Orgánica 5/2010 introduce uno de los cambios más importantes en la dogmática penal de las últimas décadas, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La obra de Gómez

Tomillo asienta los fundamentos y presupuestos de este tipo de responsabilidad (reservada sólo para ciertos delitos), y la encauza a través de una nueva vía penal, en semejanza a otras ya existentes como el Derecho Penal de la peligrosidad o el Derecho penal de menores.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal, personas jurídicas, responsabilidad civil, derecho administrativo sancionador.

Fecha de publicación: 30 marzo 2011

La obra de Manuel Gómez Tomillo *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español* fija las bases para la elaboración de una parte general del Derecho penal propia de las personas jurídicas. Para ello el autor considera necesario mantener un concepto de delito idéntico para personas físicas y jurídicas por razones formales (permanece la definición del art. 10 del CP) y materiales [de carácter garantista (p. 20)].

* Editorial Lex Nova 2010, 216 págs.

I. Aborda en primer término un aspecto indispensable cual es la determinación de los sujetos sometidos a este nuevo régimen de responsabilidad penal, esto es, la concreción de las **personas jurídicas** a las que se les puede imputar un delito (Capítulo IV). Son dos las posibilidades que existen para ello: por un lado, utilizar el criterio procedente de otras ramas del ordenamiento jurídico; por otro, optar por una elaboración autónoma en el ámbito penal, toda vez que existen entidades carentes formalmente de personalidad jurídica que, sin embargo, tienen capacidad material de afectar a bienes jurídicos penalmente protegidos (p. 36). Esta última es la perspectiva que adopta el autor, sobre la base de los fines propios del Derecho penal. Así, requiere el concurso de tres requisitos para que se pueda imputar un delito a una entidad: a) que posea alguna clase de reconocimiento por parte del Derecho (de forma que se pueda mantener su condición de persona «jurídica»); b) que tenga materialmente potencialidad para afectar al bien jurídico protegido por la norma penal; c) que posea capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa, la cual en el sistema posee un papel central (p. 37). Al hilo de lo expresado, analiza el art. 129 CP, que regula las medidas accesorias susceptibles de ser impuestas a empresas, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica. En ese contexto, denuncia el fraude de etiquetas que supone imponer formalmente tales medidas, cuando materialmente hay una coincidencia con las penas aplicables a las personas jurídicas del art. 33.7 al que se remite el art. 129 (p. 38).

II. El Capítulo V se dedica al estudio de la **acción**, elemento imprescindible a juicio del autor en la estructura del delito susceptible de ser cometido por las personas jurídicas, si se parte de la definición del art. 10 CP, conforme al cual aquéllos son siempre *acciones* u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley. Advirtiendo que se trata de una cuestión de escasa relevancia práctica, propone trasladar la definición de *Roxin*, de acuerdo con la cual la acción (concepto en el que no incluye el adjetivo de “humana”) constituye una manifestación de la personalidad del sujeto (personalidad que, evidentemente, no puede ser entendida en sentido psicológico).

III. Tras lo descrito, la monografía transita a lo que, sin duda, son los dos bloques centrales en los que se estructura. Por una parte, el relativo a la **tipicidad** y, por otra, el que se ocupa de la culpabilidad.

En cuanto a lo primero, es abordado en los capítulos VI, VII y VIII, donde comienza con un examen de la **tipicidad objetiva**. Ésta, sostiene, «requiere de un juicio de atribución de la responsabilidad derivado de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por medio de la realización de una acción típica descrita en la Ley», la cual, inevitablemente, deberá haber sido llevada a cabo por una persona física (p. 51). Tal juicio, estima, corre paralelo al de imputación objetiva en el Derecho penal tradicional. En general, para la afirmación de la tipicidad de una

actuación social, deben verificarse, sigue, al menos, dos extremos: en primer lugar, la actuación de una o más personas físicas, lo que en la doctrina alemana se viene llamando hecho de conexión (*Anknüpfungstat*); en segundo lugar, que tal actuación sólo tenga un sentido social, se enmarque dentro de los objetivos de la organización.

La exigencia del *hecho de conexión* se deriva de los arts. 31.bis 1 y 31 bis 3 y 52.4 CP, de los que se desprende la necesidad de que esté presente un «delito». Sin embargo, tal expresión no es interpretada en sentido estricto como acción típica, antijurídica y culpable. El sistema, argumenta, no exige la individualización del responsable y, sin ello, es imposible constatar, por ejemplo, si en el caso concreto la persona física actuó dolosa, imprudente o fortuitamente, o si la acción u omisión cursó al amparo de alguna causa de justificación. Por otra parte, el artículo 31 bis.3 parece aceptar expresamente la posibilidad de que la persona física actuante no sea culpable. Por ello, estima que «cuando el Código Penal utiliza la expresión «delito» en los citados artículos 31bis.1, 31 bis.2 y 52.4 se está refiriendo a la comisión de un hecho objetivamente típico» (p. 59).

En las páginas 60 y ss. aborda los diferentes modelos de imputación de acciones u omisiones de las personas físicas a las jurídicas. Para ello realiza una exposición de los diversos sistemas ideados: la llamada *identifikation Theorie* o teoría del *alter ego* (pp. 60-61), la que responde al estándar *respondeat superior* (pp. 62-64) y los sistemas mixtos (pp. 64-66). Para *Gómez Tomillo*, el modelo español parece acomodarse al más amplio estándar *respondeat superior*, de acuerdo con el cual la persona jurídica responde por todos los actos llevados a cabo por cualquier persona física (incluidos empleados) que actúe en nombre de la empresa o a favor de ella. El sistema de responsabilidad introducido por el legislador acepta que los actos de cualquier trabajador por debajo de quien realmente posee capacidad de decisión social determine la responsabilidad de la empresa (p. 66). No obstante, tal criterio se ve restringido por la necesidad de que en el caso de actuación del personal sin poder de dirección, no se haya ejercido sobre ellos «el debido control». Ello le lleva a estudiar los grupos de sujetos con capacidad para comprometer penalmente a la empresa: administradores de hecho (pp. 71 y ss.) o de derecho (pp. 69 y ss.), representantes legales (pp. 76 y ss.) y personal subordinado (pp. 79 y ss.). Entre las opciones a destacar, esta la de que, a su juicio, el concepto penal de administradores de hecho (que no debe vincularse automáticamente a las categorías mercantiles) incluye a los mandos intermedios (pp. 75 y ss.) porque poseen capacidad de tomar decisiones socialmente relevantes. De esa manera se cierra el paso a la impunidad social por una atomización de responsabilidades característica de las grandes empresas (pp. 75-6). La cuestión, advierte, no es irrelevante si se tiene en cuenta que si se les incluye entre los trabajadores subordinados, para la exigencia de responsabilidad a la persona jurídica se requeriría de un plus: la vulneración del debido con-

trol sobre ellos. Éste último es concebido como un elemento configurador de la culpabilidad, la cual, entendida como defecto de organización, determina la conclusión: lo coherente sería sostener que la prueba de su ausencia corresponde a quien lo alega (p. 82).

En el contexto de la tipicidad objetiva, se aborda la necesidad de que el hecho de conexión esté dotado de **sentido social**, cuestión que relaciona el autor con la exigencia legal de que tal hecho se lleve a cabo «en nombre o por cuenta» de la persona jurídica y «en su provecho» (*vid.* el análisis de las pp. 82 y ss.). Particularmente crítico se muestra con esta última exigencia, por cuanto literalmente admite muy diversas intelecciones (pp. 84-86). El autor se inclina por estimar que se «está requiriendo...la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio asociado a aquélla, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato, por ejemplo, por ser una posibilidad futura que, finalmente, no acaeciese. Como en el caso de las personas físicas, para verificarlo debería recurrirse al criterio de un espectador objetivo» (pp. 86-7).

Por último, dentro del bloque dedicado a la tipicidad, el Capítulo VII se ocupa de la **imputación de omisiones** a las personas jurídicas. A su juicio, «para la existencia del delito de comisión por omisión se requerirá una especie de doble posición de garantía, que debe concurrir tanto en la persona física realmente omitente, como en la persona jurídica. La cuestión apuntada es compleja, dado que la Ley no requiere individualizar al sujeto concretamente omitente para hacer responsable a la persona jurídica. Sin embargo, si no es habida tal persona difícilmente se podrá constatar su posición de garantía» (p. 92).

IV. El segundo gran bloque en el que se estructura el libro recensionado es el relativo a la **culpabilidad**, objeto de los capítulos IX a XII. En el primero de éstos, tras analizar el estado de la discusión dogmática (pp. 97 a 104), toma posición adoptando la conocida construcción de *Tiedemann*, conforme a la cual la culpabilidad debe concebirse como un *defecto de organización* (pp. 104 y ss.). La misma es coherente, dice, tanto con la idea de que en el juicio de culpabilidad se deben considerar los factores individuales de la infracción, ignorados en el juicio de antijuridicidad, como con el criterio de que se trata de una magnitud compleja y claramente graduable. No obstante, *Gómez Tomillo* discrepa del penalista alemán en cuanto a la imposibilidad de que la empresa se pueda librar de la sanción mediante una prueba de organización eficiente (*vid.*, especialmente, pp. 131-132). Del contenido complejo del juicio de culpabilidad, así entendido, el libro se centra en dos aspectos (a los que habría que sumar la falta del «debido control» sobre los operarios sin poder de dirección que, como ya hemos destacado, estima que es un elemento de la culpabilidad). Por una parte, en la repercusión que pueden tener en la culpabilidad de las personas jurídicas elementos tradicionalmente integrados el juicio de culpa-

bilidad de las personas físicas. Por otra, en la cuestión del dolo y la imprudencia (los arts. 5 y 10 CP siguen requiriendo ineludiblemente estos elementos).

En cuanto a lo primero, cuestiones como la conciencia de la antijuridicidad, la imputabilidad, la ausencia de causas de disculpa, estima que pueden repercutir en la **culpabilidad social**. Sin embargo, sostiene que no cabe llegar a conclusiones absolutas, puesto que dependerá de las circunstancias del caso concreto. Un error de prohibición puede ser indicio de un defecto de organización (toda vez que se pudo haber contratado a alguien con capacidad suficiente), pero puede determinar la exclusión de la culpabilidad de la empresa, si se debió a la complejidad de la normativa aplicable (vid. pp. 108 y ss.).

En cuanto al **dolo y la imprudencia**, tras analizar otras posibilidades (pp. 113 y ss.), acaba optando por tomar como punto de partida el carácter doloso o imprudente de las personas físicas realmente actuantes u omitentes (vid., especialmente, la argumentación de p. 117, donde emplea razones materiales y positivas). Desde un punto de vista dogmático, estima que el dolo y la imprudencia de las personas físicas deben considerarse como elementos del juicio de culpabilidad de las mismas, coherentemente con su idea de culpabilidad como defecto de organización, cuando el delito es cometido por una entidad de carácter colectivo. En sus palabras, «tal defectuosa organización será mayor, más reprochable, cuando la conducta del concreto sujeto físico que actúa sea intencional, que cuando sea meramente imprudente. Sin embargo, la presencia de dolo o, alternativamente, de imprudencia, debe entenderse como un factor irrenunciable, pero exclusivamente modulador de la responsabilidad, no cofundamentador de lo injusto» (p. 120). Siendo un elemento de la culpabilidad, podría presumirse su existencia, lo que expresa al hilo de la idea de que no es necesario individualizar al sujeto realmente actuante (pp. 122 y ss.).

El Capítulo XI es dedicado a la cuestión de la **carga de la prueba** de la culpabilidad. Aceptado que cabe acreditar una organización cuidadosa, sostiene que, como todas las cuestiones atinentes a la culpabilidad, la carga de la prueba de la concurrencia de circunstancias que la excluyen recae sobre la persona infractora. Así, se apoya en tres razones (pp. 133-134): 1) el carácter complejo del juicio de culpabilidad (no resulta realista pretender que en cada proceso penal se tengan que considerar todos y cada uno de los múltiples elementos que lo integran); 2) el dato de que no es factible que recaiga sobre la acusación la prueba de un elemento negativo: la ausencia de una organización defectuosa; 3) lo habitual será que, constatada la tipicidad y antijuridicidad de una acción u omisión imputable a una persona jurídica, se afirme que aquélla procede de un defecto organizativo, por lo que resulta razonable eximir la prueba de lo que resulta excepcional.

Por lo que respecta a la fundamentación jurídico positiva de la idea de culpabilidad como **defecto de organización**, es algo que se aborda en el Capítulo XII. Por una parte, encuentra apoyo a tal tesis en los artículos 31 bis.1 y 31 bis 3, cuando

requieren que se ejerza el «debido control» sobre los trabajadores. El que quienes ostentan un papel directivo no ejerzan ese «debido control», sostiene, es síntoma inequívoco de alguna clase de déficit de organización; «lo cual es patente si se contraponen defectuosa organización a organización que cierre el paso a la comisión de delitos. De ello se deduce que, ejercido el debido control, esto es, ausente ese defecto organizativo, no habrá responsabilidad...por ausencia de culpabilidad social» (pp. 41-2). Por otra parte, la culpabilidad como defecto de organización derivaría del art. 34.bis d), el cual dispone como circunstancia atenuante de la responsabilidad de las personas jurídicas «Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». Para *Gómez Tomillo*, no tendría ninguna lógica que si tal conducta tiene lugar con posterioridad a la comisión del delito, se atenúe la responsabilidad de la entidad y, sin embargo, si ésta acaece con anterioridad, carezca de toda relevancia jurídico-penal. Por otra parte, afirma que no puede olvidarse que el artículo 31 bis 3 excluye la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes, pero no la de circunstancias eximentes (p. 142). Por lo que respecta al reflejo que la ausencia de culpabilidad deba tener en la pena aplicable a la persona jurídica, en la medida en que la Ley no lo ha previsto expresamente, propone aplicar por analogía, siempre favorable al reo, las reglas características de las personas físicas (p. 145).

V. Concluido el bloque dedicado al estudio de la culpabilidad, los capítulos XIII a XV abordan lo que en el Derecho penal de las personas físicas serían las **formas de aparición del delito** y, especialmente, la tentativa, la autoría y la participación, aspectos todos ellos muy escasamente elaborados en la dogmática de las personas jurídicas. En síntesis, acepta la posibilidad de imputar una tentativa de delito a las personas jurídicas (p. 149 y ss.), así como los fenómenos de la autoría mediata y la coautoría. En cuanto a la autoría mediata, es aceptada entre sociedades cuando la «sociedad de delante» presente alguna clase de déficit, identificado con la ausencia de autonomía para tomar decisiones y por consiguiente, un dominio social en la «sociedad de atrás». De esta manera, se cierra el paso a sociedades pantalla, erigidas *ad hoc* para la comisión impune de delitos (p. 158). Precisamente es el dominio social el que permitiría diferenciar la autoría mediata de la inducción entre personas jurídicas (pp. 161 y 173 y ss.). Admitida esta última, no encuentra obstáculos para aceptar también la complicidad (pp. 176 y ss.).

VI. Finalmente cabe destacar tres ulteriores aspectos. Por una parte, en el libro se realiza un examen de los **finés de las penas** asociadas a las personas jurídicas (Cap. II), los cuales, desde la perspectiva del libro aquí recensionado, no pueden ser coincidentes con los característicos de las penas de las personas físicas, condicionados por la idea de dignidad de la persona (p. 25). A tal efecto, diferencia el ámbi-

to de la conminación legal, del de la imposición judicial y del de la ejecución de la pena. Si en el primer momento, destacarían los fines preventivo-generales, en la imposición judicial y en la ejecución, habría que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivo-especiales y generales, positivas y negativas (pp. 27 y ss.). Se trataría de un aspecto de máxima importancia si se considera que el fin del que se parta debe guiar, con carácter general, la aplicación que se haga del catálogo de sanciones previsto en el citado artículo 33.7 CP. Por otro lado, no puede olvidarse que mientras la pena de multa tiene un carácter imperativo, las demás sanciones se imponen sólo de forma potestativa (vid., por ejemplo, los artículos 310 bis, 319.4, 327, etc.), por lo que resulta imprescindible desarrollar criterios aplicativos que deben encontrarse orientados por la finalidad que se persiga al sancionar a las organizaciones. Finalmente, debe considerarse la regla del artículo 66.3, conforme a la cual «en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, procederán los Jueces o Tribunales según su prudente arbitrio, procurando observar las reglas establecidas en este capítulo». Ese «prudente arbitrio» al que alude la Ley debe encontrarse inspirado, concluye el autor, en criterios racionales y no en vagas consideraciones subjetivas.

Por otra parte, la obra concluye con un breve análisis de la **responsabilidad civil** dimanante de delito, cuando los hechos se imputan a una persona jurídica (Capítulo XVIII).

Por último, toda la obra se encuentra jalonada por frecuentes referencias a lo que viene acaeciendo en el **Derecho administrativo sancionador** (vid., por ejemplo, Capítulos III, XVI y XVIII), de cuya identidad material con el Derecho penal en sentido estricto parte. En la medida en que en aquel sector del ordenamiento jurídico hace años que se viene sancionando a las personas jurídicas, destaca el autor un curioso fenómeno, cual es el de la aplicación de principios o soluciones características del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal, cuando siempre había ocurrido a la inversa (se trata de una materia de la que el autor ya se había ocupado a lo largo de su obra: *Derecho administrativo sancionador. Parte general* (2ª ed. 2010).

VII. El libro de *Gómez Tomillo* objeto de esta recensión constituye una contribución fundamental al debate jurídico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde luego que se trata de una obra imprescindible para entender uno de los aspectos más novedosos (si no el más) de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce uno de los cambios más importantes en la dogmática penal de las últimas décadas y deja trasnochado el debate acerca de si la persona jurídica puede ser penalmente responsable. Esta obra asienta los fundamentos y presupuestos de este tipo de responsabilidad, algo imprescindible tras la situación de relativa inseguridad jurídica que genera la nueva y algo defectuosa regulación. De esta manera encauza esta forma de responsabilidad (reservada sólo para ciertos delitos) a través de una

nueva vía penal, en semejanza a otras ya existentes como el Derecho Penal de la peligrosidad o el Derecho penal de menores. Y todo ello en el contexto de los principios del Derecho Penal tradicional (propio de las personas físicas) y con las mismas garantías. Esta clara y precisa elaboración dogmática de las bases para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas proporciona al teórico y al práctico un instrumento de indudable valor para interpretar un texto legal con importantes deficiencias, que precisa de la elaboración de nuevas normas esencialmente en el ámbito procesal.