

Trabajo Fin de Grado

LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Autora

Miriam Jiménez Martínez

Directora

Carmen Alastuey Dobón

Facultad de Derecho

Año 2014

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	1
I. INTRODUCCIÓN	3
II. VÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE ANTES DE LA LEY ÓRGANICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO	6
1. <i>PLANTEAMIENTO GENERAL</i>	6
2. <i>LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS</i>	9
2.1. <i>RESPONSABILIDAD DEL EJECUTOR MATERIAL DEL HECHO</i>	9
2.2. <i>RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS</i>	10
A) <i>PARTICIPACIÓN.....</i>	10
B) <i>AUTORÍA MEDIATA ACTIVA</i>	11
C) <i>COAUTORÍA</i>	15
D) <i>AUTORÍA EN COMISIÓN POR OMISIÓN</i>	16
3. <i>LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES COLECTIVOS: LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS</i>	25
III. VÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE TRAS LA LEY ÓRGANICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO	31
1. <i>LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS</i>	31
2. <i>LA RESPONSABILIDAD “PENAL” DE LAS PERSONAS JURÍDICAS</i>	31
2.1. <i>CONSIDERACIONES GENERALES</i>	31
2.2. <i>REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL (ARTS. 31 BIS Y 33.7)</i>	33
2.3. <i>EL ART. 327 DEL CP</i>	37
2.4. <i>NATURALEZA JURÍDICA: DISCUSIÓN Y TOMA DE POSTURA</i>	41

<i>3. PAPEL QUE DESEMPEÑAN ACTUALMENTE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS</i>	53
IV. CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	59

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>Cfr.</i>	confróntese
<i>Cit.</i>	citado
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Código Penal
<i>Et al.</i>	y otros (autores)
LO	Ley Orgánica
OMS	Organización Mundial de la Salud
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RTVE	Radio Televisión Española
STS	Sentencia Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
<i>Vid.</i>	véase

I. INTRODUCCIÓN

1. TEMA TRATADO Y RAZONES DE SU ELECCIÓN

Desde hace varias décadas la sociedad ha tomado conciencia, progresivamente, de la necesidad de proteger el medio ambiente como espacio natural en que la vida se desarrolla. Si la vida humana sólo es posible en el entorno de un medio ambiente adecuado, esto nos lleva a una conclusión muy simple: sin la existencia de un entorno inmediato adecuado la vida humana no es factible.

Una sociedad cada vez más avanzada tecnológicamente conlleva la aparición de nuevos riesgos que incrementan la peligrosidad. El problema de la necesidad de protección del medio ambiente y de los recursos naturales está directamente relacionado con el grado de desarrollo tecnológico de la sociedad. El derecho a un medio ambiente adecuado reviste una singular importancia, acrecentada en la “sociedad de riesgos”, industrializada y urbanizada de nuestro tiempo.

La protección del medio ambiente, y el aseguramiento de su preservación representan en la actualidad un objetivo social fundamental, en los ámbitos estatal e internacional.

A la hora de proteger el medio ambiente el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se complementan, puesto que el llamado Derecho penal del medio ambiente constituye la respuesta básica del ordenamiento jurídico a las más graves vulneraciones del equilibrio de los sistemas naturales, sin perjuicio del importante papel que en este orden de cosas desempeña el Derecho administrativo sancionador.

La protección penal que el medio ambiente tiene en nuestro texto punitivo es clara, y responde a una actual característica expansiva de protección de bienes relevantes para la sociedad a través del Derecho penal en vía primaria. Son varios los preceptos penales que se ocupan de la tutela ambiental como reflejo de unas líneas de actuación a favor de una mayor protección de intereses ecológicos que la sociedad reclama (arts. 325 a 331 CP).

Sin embargo, pese a este interés creciente en la tutela del medio ambiente, lo cierto es que no siempre resulta sencillo determinar quién es el sujeto concreto que debe

ser hecho responsable de un menoscabo de los elementos naturales que alcanza la entidad suficiente para requerir la intervención del Derecho penal. La razón principal de que nos encontremos con estas dificultades para imputar responsabilidad penal se basa en que el Derecho penal del medio ambiente forma parte del denominado “Derecho penal de la empresa”, dado que la mayoría de los delitos contra el medio ambiente proceden del ámbito empresarial. Pues bien, teniendo en cuenta las características de la estructura empresarial, organizada jerárquicamente y de acuerdo con el principio de división del trabajo, muchas veces es complicado identificar el sujeto que realizó la acción típica y, en otras ocasiones, una vez identificado este, se plantea la duda de si realmente es él quien debe responder, pues probablemente se tratará de un sujeto que se encuentre en los escalones más bajos de la organización, siendo otros quienes han trazado el plan delictivo.

Esbozada así la problemática ante la que nos encontramos, en este trabajo se pretende exponer cuáles han sido las vías de imputación de responsabilidad penal por delitos contra el medio ambiente cometidos en el ámbito empresarial exploradas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. A estos efectos, conviene distinguir entre la situación anterior a 2010 y la posterior a ese año, dado que hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 sólo era posible atribuir responsabilidad penal a las personas físicas, mientras que en la actualidad —al menos de forma nominal— también responden penalmente las personas jurídicas.

En efecto, la Ley Orgánica 5/2010 ha supuesto un cambio de paradigma en lo referente al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De un modelo basado en el principio *societas delinquere non potest* se ha pasado a otro en el que, a partir de un modelo mixto de imputación, se asume la responsabilidad penal de entidades con personalidad jurídica, y por consiguiente la posibilidad de imponerles penas.

De esta forma se acaba, al menos sobre el papel, la antigua discusión acerca de si el Derecho español debía dejar atrás el modelo legislativo tradicional y el debate sobre el método más adecuado para hacerlo. Ya no será necesario forzar una responsabilidad criminal de las personas jurídicas a través de preceptos como 31, 31.2 o 129 del Código Penal, pues, como afirma el preámbulo de la LO 5/2010, ahora «se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas».

En líneas generales, la mayor parte de la doctrina ha afirmado que la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, merece una valoración positiva. Se ha entendido que la admisión del modelo basado en *societas delinquere potest* era necesaria para, al tiempo que se satisfacían los compromisos internacionales, realizar mejoras en el sistema de responsabilidad del Derecho penal económico así como tratar de combatir la nueva delincuencia económica organizada.

Esta obra toma una postura diferente, sumándose así a la minoría doctrinal que no reconoce como penas las sanciones administrativas impuestas actualmente a las personas jurídicas.

En consecuencia, en este estudio se analizan tanto las vías de imputación de responsabilidad penal a las personas físicas, como la polémica cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tratando de sintetizar los aspectos más destacados del sistema instaurado tras la novedosa reforma de 2010. Es preciso señalar que gran parte de las consideraciones realizadas son de aplicación a otros sectores del Derecho penal de la empresa, si bien se pretende hacer hincapié en las particularidades del Derecho penal del medio ambiente.

Las razones que me han llevado a elegir este tema no son otras que la apreciable falta de consenso doctrinal en una cuestión de interés colectivo, y la benevolencia con la que es tratado el sujeto que comete el delito ecológico, bien sea el superior jerárquico o un subordinado. En nuestro país, el ejemplo que mejor refleja lo anterior es la catástrofe del Prestige, embarcación petrolífera que con su vertido y posterior hundimiento, arrasó la costa gallega en el año 2002; y cuya sentencia no ha encontrado responsables.

Pero no sólo los casos mediáticos han requerido mi atención. De manera específica el interés por conocer el estado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento viene justificado en las continuas emisiones de gases tóxicos que desde hace varios años sufrimos en mi localidad a consecuencia del refinamiento de aceite usado que una factoría lleva a cabo en una zona próxima, todo ello sin contar con los correspondientes filtros.

2. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Bajo la dirección de la profesora Carmen Alastuey Dobón, especializada en Derecho Penal ambiental, he podido seguir una rutina de trabajo enfocada a la búsqueda de la doctrina española en este asunto, antes y después de la reforma del 2010. A través de la lectura y estudio de libros, artículos doctrinales, revistas medioambientales y jurisprudencia he podido investigar en el tema, y con su orientación, seleccionar aquello que genera controversia.

Al hablar de un tema sin cerrar todavía en el plano doctrinal, el análisis de la jurisprudencia me ha permitido observar la evolución de los distintos órganos jurisdiccionales en función de si se basaban en la anterior regulación o en la actual.

En definitiva, este Trabajo queda estructurado en dos bloques distinguiendo por un lado, la responsabilidad penal en el ámbito empresarial por delitos contra el medio ambiente hasta el 2010 y posteriormente, los cambios acontecidos con la reforma del 2010, para lo cual me remito a lo explicado a continuación.

II. VÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE ANTES DE LA LEY ÓRGANICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El legislador penal español hasta el año 2010 había otorgado tradicionalmente reconocimiento al principio *societas delinquere non potest*. Rechazaba así la responsabilidad penal de las personas jurídicas y consideraba que en los casos de comisión de un delito en su seno, la responsabilidad criminal alcanzaba únicamente a las personas físicas que actuaban por la jurídica¹. La idea básica era que para determinar el sujeto de la acción, en el caso de que el hecho delictivo se hubiera dado en estructuras complejas empresariales, debía procederse igual que si la conducta fuera realizada al margen de dichas estructuras. Sin embargo, determinar la responsabilidad penal individual cuando el delito se lleva a cabo en el seno de una empresa presenta muchas más dificultades que en el ámbito de la delincuencia clásica. Así, en primer lugar, la

¹ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *Actualidad penal*, nº 39, 1993, pp. 583-610.

empresa funciona de acuerdo con el principio de división del trabajo, por lo que a menudo los distintos intervinientes desconocen las decisiones que toman los otros, lo que deriva en dificultades para localizar a los responsables individuales de las conductas. Por otra parte, la empresa es una estructura organizada jerárquicamente², lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal. La problemática a la que nos referimos tiene su fundamento en el fenómeno de escisión que se localiza en estos entes entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo. Ello provoca, con frecuencia, un traslado de la imputación personal (responsabilidad criminal) hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, lo que a su vez desemboca en un claro menoscabo en el efecto preventivo de las normas penales, según SCHÜNNEMANN³, por los siguientes motivos:

En primer lugar, los ejecutores materiales del hecho no se percatan plenamente del alcance de las consecuencias derivadas de su acción. En segundo lugar, ofrecen poca resistencia en la escala jerárquica ante una actitud criminal de grupo, es decir, habituales comportamientos irregulares de una empresa. Por último, son eminentemente fungibles.

Debemos partir, por tanto, de que la conducta puramente ejecutiva no es siempre la más relevante. Al formarse dentro de la empresa ámbitos de competencia diferenciada, estos abarcan la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Por ello, es adecuado efectuar una división elemental entre, por una parte, la cuestión de la responsabilidad del ejecutor material o inmediato del hecho y, por otra parte, la cuestión de la responsabilidad de quienes están situados jerárquicamente por encima⁴.

En lo que respecta a la responsabilidad del subordinado, veremos cómo generalmente su calificación no presenta dificultades, pudiéndose aplicar las reglas generales de autoría y participación, con especial consideración de la cooperación necesaria.

² Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 462 y ss.

³ Cfr. SCHÜNNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 529-558.

⁴ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, 2012, cit., pp. 462-463.

La responsabilidad de los superiores jerárquicos es la verdaderamente importante y la realmente complicada desde la perspectiva dogmática, ante la ausencia de eficacia preventiva que, por sí solo, posee el castigo de los ejecutores materiales de los hechos delictivos. Analizaremos las cuatro vías de imputación contempladas por nuestro legislador:

- La *participación*, en sus figuras de inducción, o cooperación necesaria. Conviene matizar que los problemas de autoría y participación no son privativos de los delitos socioeconómicos, sino de todas aquellas infracciones en cuya comisión interviene una estructura organizada de personas, basada en los principios de división del trabajo y de jerarquía.
- La *autoría mediata activa* (art. 28.1 CP) que, a diferencia de la autoría directa, exige que quienes realicen el hecho por medio de otro justifiquen la efectiva instrumentalización del subordinado mediante órdenes o indicaciones que dieran lugar a la producción del hecho; plantea importantes problemas de prueba que dificultan su aplicación.
- La *coautoría* (art. 28 CP), que alberga como requisito fundamental la realización conjunta, sobre la base de un dominio funcional del hecho, de tal modo que lo importante no es sólo la intervención en la ejecución del delito, sino el control o el dominio que unos o varios sujetos tengan sobre ella, sin que sea necesaria ni la presencia física, ni la ejecución material de algún acto de la conducta típica. No debemos olvidar, otro requisito esencial, el acuerdo de voluntades entre el subordinado y el superior jerárquico.
- La *autoría en comisión por omisión* (art. 11 CP), en la que es suficiente con acreditar que lo afecto se halla en la esfera de competencia del sujeto y que pudiendo, no adoptó las medidas adecuadas para la evitación del resultado.

Además, y por otra parte, aunque el Código penal de 1995 en su versión inicial no reconocía responsabilidad penal a las personas jurídicas, recogía un catálogo de *consecuencias accesorias* aplicables a entes colectivos, cuya naturaleza jurídica ha sido muy discutida, como veremos. Estas consecuencias accesorias⁵ estaban previstas, entre

⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, J. M. Bosch S.A, Barcelona 1995, pp. 368 y ss.

otros casos, para los delitos contra el medio ambiente de los artículos 325 y 326, en virtud de lo dispuesto en los artículos 327 y 129 del Código penal de 1995.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Las razones por las cuales un sujeto jerárquicamente superior decide utilizar a otro, en este caso personal asalariado, para la comisión de un hecho ilícito son muy diversas: desde la necesidad financiera de quien acepta la realización de tal conducta típica respondiendo así penalmente como mano ejecutora⁶ hasta el aprovechamiento de quien maneja las labores de administración mediante una intensa influencia por parte del socio único o mayoritario de la empresa.

La cuestión que debemos analizar en este momento radica en calificar la actuación de cada uno de ellos: el primero, el ejecutor material, que conoce el mencionado plan, participa y lo lleva a cabo; y el segundo, que domina de forma esencial todo el hecho típico, debido a que es él quien ha trazado todo el plan delictivo y quien posee pleno control sobre los medios e instrumentos, a través de los cuales se ha desplegado toda la actividad criminal⁷.

2.1. Responsabilidad del ejecutor material del hecho

La conducta puramente ejecutiva del subordinado de la empresa que ocasiona el hecho delictivo no ofrece dificultades de calificación dogmática, siempre que se trate de delitos comunes⁸.

Si el delito cometido no presenta ninguna particularidad en la autoría, se aplicarán las reglas generales de autoría y participación. Así, podrán ser calificados como autores directos, coautores o autores mediatos, en función de cada caso.

Es por ello que el ejecutor inmediato del hecho responderá como autor del mismo, independientemente de que dicha responsabilidad, en grado de autoría, pueda ser también imputada a sus superiores jerárquicos (teoría “autor detrás del autor” de Roxin, que explicaremos más adelante).

⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, José María Bosch, Barcelona, 1999, pp. 123 y ss.

⁷ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 199 y ss.

⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., p. 369.

Por supuesto, no existe ningún problema para sancionar, en su caso, como partícipes a aquellos subordinados que se limiten a contribuir a la realización de un hecho, ejecutado a título de autor por otra persona. En estos supuestos, nos encontraremos casos de complicidad. Resulta más difícil encontrar supuestos de inducción (art. 28.a) CP), ya que el interés en la realización del hecho delictivo no se encuentra, habitualmente, en los empleados. La particularidad del Derecho español es la contemplación de la cooperación necesaria, en virtud de la cual se puede castigar al órgano directivo con la misma pena que al ejecutor directo (art. 28, párrafo. 2º, b)⁹.

2.2. Responsabilidad de los superiores jerárquicos

Resulta imprescindible el papel de quienes, situados jerárquicamente por encima de los ejecutores materiales, alcanzan el control máximo de la empresa. La responsabilidad atribuible al órgano directivo por el comportamiento de los subordinados es realmente la cuestión compleja.

A) *Participación*

El énfasis que ha puesto la doctrina en sancionar a los sujetos que en la jerarquía empresarial se hallan ubicados por encima de los meros ejecutores materiales y, señaladamente, a los sujetos que componen la cúpula de la organización, queda encuadrado en las figuras admitidas en nuestro Derecho¹⁰.

Cuando el delito cometido directamente por los subordinados sea la consecuencia del plan diseñado por los órganos de dirección o, haya sido provocado o favorecido por éstos, podría pensarse en calificarlos como partícipes a través de sus diferentes formas (inducción o cooperación –arts. 28 y 29 CP-), además de la especial figura que recoge el Derecho español, la cooperación necesaria, en virtud de la cual se puede castigar al órgano directivo con la misma pena que al ejecutor directo (art. 28, párrafo 2º, b)¹¹.

Normalmente, en el ámbito de una entidad mercantil, el reparto de papeles, el carácter jerárquico y las distintas funciones y competencias que hay dentro del

⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, 2012, *cit.*, p. 463 y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 171 y ss.

¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad penal de las empresas...*, *cit.*, p. 369.

¹¹ Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, 2012, *cit.*, pp. 464 y ss.

organigrama empresarial, condicionan que sean unos los que tomen las decisiones, ya sea de modo externo o mediante órdenes internas, y otros los que las ejecuten. De este modo, sería absurdo mantener que los primeros, que, probablemente, en el ámbito empresarial son los más importantes, todo lo más son inductores o cooperadores necesarios de los actos que otros llevan a cabo, cuando, precisamente, éstos actúan siguiendo las instrucciones y el plan diseñado por aquellos¹².

Resultaría cuanto menos chocante negar la responsabilidad como autor del hecho a quien domina la realización del mismo, incluso desde la sede del actuar en lugar de otro, controla los medios, modos y formas de comisión del hecho, toma las decisiones y da órdenes en el seno de la empresa, en definitiva, a quien desde la sombra la dirige, por el simple hecho de que no haya exteriorizado esta situación. Sería tanto como *premiar* la conducta del que se oculta para realizar una acción. No concuerda la importancia del papel que desempeña en el ámbito de las organizaciones con la figura que aquí tratamos.

El recurrir a las figuras de la inducción o de la cooperación necesaria es algo que no se ajusta correctamente a este tipo de intervenciones o que rebaja su importancia a un lugar secundario, que no concuerda con el destacado papel que desempeña en el ámbito de las organizaciones¹³.

Por ello, consideramos que lo fundamental en la determinación de la responsabilidad del administrador de hecho es la asunción del dominio social, la efectiva dirección de la entidad, y no el hecho de que esta asunción se haya o no exteriorizado¹⁴.

B) *Autoría mediata activa*

Dentro del énfasis de la doctrina por sancionar a los sujetos que, en la jerarquía empresarial, se hallan ubicados por encima de aquellas personas subordinadas ejecutoras, encajamos esta segunda vía.

¹² Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 141 y ss.

¹³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 217 y ss.

¹⁴ Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 136 y ss.

La atribución de la condición de autores a estos «hombres de atrás», resulta relativamente fácil de fundamentar en el caso de que el ejecutor o ejecutores inmediatos se hallen en situación de error de tipo. Cuando sea efectiva la instrumentalización del subordinado mediante órdenes o indicaciones que dieran lugar a la producción del hecho hablaremos de autoría mediata¹⁵.

Aunque reconocida en el art. 28, párrafo 1º de nuestro vigente CP, no reina unanimidad en la ciencia penal a la hora de establecer su alcance y límites.

Normalmente si el ejecutor material actúa en una situación de error sobre el tipo se reconoce como autoría mediata; sin embargo, la cuestión comienza a ser discutida cuando el ejecutor inmediato obra al amparo de una causa de justificación o, sobre todo, cuando actúa en situación de inexigibilidad o de error sobre la prohibición.

En cuanto a su viabilidad práctica, hay que reconocer que la autoría mediata por provocación o aprovechamiento de un error puede ser relativamente frecuente, ya que son imaginables supuestos de sujetos que ocupan los escalones más altos de la empresa y que poseen una completa percepción de la real situación fáctica, de la que carecen los simples operarios que realizan las acciones típicas, por lo que podría producirse la instrumentalización característica de la autoría mediata.

En cambio, serán raras las ocasiones en que se instrumentalice a otro mediante coacción. En este último grupo situaba la doctrina supuestos en los que el empleado actuaba bajo coacción o miedo, conductas exentas en base a la eximente de obediencia debida que contemplaba el derogado Código Penal en su artículo 8, párrafo 12, y de especial aplicación en el ámbito funcional. Así, tenemos la Sentencia de 5 de marzo de 1988: *«no cabe la aplicación de esta eximente en el orden laboral, y menos aún en los supuestos de ilícitos penales; ya que las clasificaciones laborales y lo que puede llamarse jerarquía empresarial: directores, subdirectores, mandos intermedios, trabajadores,..., tienen una incidencia referida en este orden de cosas sólo al trabajo, sin que ninguno de ellos pueda alegar la obediencia debida si el mandato constituye una infracción penal»*¹⁶.

¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, 2012, cit., pp. 465 y ss.

¹⁶ STS de 10 de abril de 1992: sostuvo la operatividad de esta eximente de obediencia debida en el ámbito empresarial fundamentado de la siguiente manera: *«(...) concurren, la relación de subordinación laboral y la emisión por parte del superior de una orden al empleado, atinente a las funciones de ambos; en cuanto al elemento subjetivo, aun suponiendo que el acto ordenado tenga clara apariencia de ilicitud y*

Con independencia ya de los aspectos que puedan ser objeto de controversia, lo cierto es que el problema de la calificación jurídica del comportamiento del órgano directivo que actúa desde arriba se plantea en toda su dimensión cuando el subordinado que ejecuta directamente el hecho es un autor plenamente libre, responsable y doloso, con plena visión de la situación fáctica y jurídica. No resulta sencillo construir una autoría mediata activa en la actuación del órgano directivo que domina finalmente todo el acontecer delictivo, pero también es evidente que, dada la situación de amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho por parte de tales «hombres de atrás», parece que el principio de autonomía o autorresponsabilidad no puede operar aquí como barrera de imputación.

Cierto sector doctrinal¹⁷ ha tratado de solucionar el tema recurriendo a la estructura, elaborada por ROXIN¹⁸, del «autor detrás del autor». Esta teoría desarrollada en 1963 permite fundamentar la autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de hechos ilícitos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas.

Tres son los elementos que, según ROXIN, deben darse para fundamentar una autoría mediata de esta clase: el dominio de la organización por parte de los autores mediatos, la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del Derecho.

El problema que se plantea ahora es si esta teoría puede trasladarse a aquellos casos en los que el aparato de poder no está desvinculado del Derecho y, si la estructura propuesta, respecto de la autoría mediata, se puede aplicar en el ámbito de una estructura empresarial.

En el ámbito de estas organizaciones de carácter empresarial, en las que las actividades se realizan a través de un complejo organigrama, resulta evidente que el centro de gravedad de la responsabilidad por autoría no puede situarse solo o

resulte así antijurídico, puede no considerarse culpable, si el empleado se ve, caso de insumisión, en riesgo de represalia que puede incluir el privarle del empleo y resultar en su situación no exigible humanamente otra conducta distinta para la generalidad de las personas». Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 176.

¹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., p. 370.

¹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, 1998, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 483 y ss.

principalmente en el último eslabón de la cadena, es decir, en la fase ejecutiva, dejando en la periferia o incluso en la impunidad conductas no ejecutivas, pero tan importantes o más que las propiamente ejecutivas.

Evidentemente, el primer paso, en este sentido, implica la renuncia al tercer elemento de la teoría de ROXIN, es decir, a la desvinculación del Derecho de la organización, o que ésta se encuentre al margen del mismo.

Tal y como afirma MUÑOZ CONDE¹⁹, «es verdad que con ello se pierde un criterio que, en la teoría de ROXIN, tenía *prima facie*. Pero, al renunciar al requisito de la desvinculación al Derecho, debe asumirse este peligro y sólo pueden venir en consideración, para caracterizar el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder, los otros elementos de la teoría de ROXIN».

Resulta, posible prescindir del requisito de la desvinculación del Derecho de la organización, a la hora de aplicar la teoría de ROXIN a las estructuras empresariales. Sin embargo, tal como hemos puesto de relieve con anterioridad, es necesario comprobar la existencia de otros elementos, que configuran la teoría del “autor detrás del autor”, y especialmente, el que se refiere a la fungibilidad del ejecutor.

En estos ámbitos, a menudo el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible.

Pero posea o no estos conocimientos técnicos especiales, la mayoría de las veces no es más que un instrumento que actúa sin intención, limitándose a realizar la conducta, siguiendo las instrucciones que se le dan, sin que ello le suponga directamente ningún provecho personal, ni conciencia de participación en una operación delictiva.

Podemos decir, en la medida en que los que ejecuten las acciones delictivas concretas sean meros instrumentos irresponsables, que existe una coautoría mediata, combinando el criterio de coautoría con el de autoría mediata en sentido estricto, es decir, utilizando un instrumento no responsable, y no uno responsable pero en el ámbito

¹⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas al Derecho”?” en *Revista Penal*, nº 6, 2000, pp. 104-114.

de un aparato de poder, pues ya hemos dicho que la organización empresarial no es equiparable al aparato de poder de una organización criminal.

C) *Coautoría*

La coautoría, reconocida expresamente en el art. 28, primer párrafo del Código penal, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente²⁰, exigiéndose, tradicionalmente, dos requisitos para que pueda darse: un acuerdo de voluntades y la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito²¹.

Sin embargo, en el caso de entidades mercantiles y en los supuestos de subordinados ejecutores inmediatos, bien son estos quienes ejecutan materialmente las órdenes y acuerdos tomados junto con el administrador de hecho (superior jerárquico), bien la ejecución de las decisiones adoptadas entre ambos corresponde a otras personas (asesores, contables,...) que no tienen, ni directa ni indirectamente, control ni poder de decisión ninguno sobre la realización del hecho²².

MUÑOZ CONDE²³ elabora una teoría para intentar resolver esta cuestión diferenciando dentro de la coautoría entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del delito. De este modo, afirma correctamente que, para evitar esta paradójica situación, es necesario sustituir la coejecución por la realización conjunta, siempre que exista un plan común para la ejecución del hecho y un dominio funcional, aunque no intervenga en la fase ejecutiva propiamente dicha del delito tratado. De este modo, se pueden calificar como ejecutivos aquellos actos que, en principio, serían meramente preparatorios. Lo importante no es ya la intervención en la ejecución del delito o qué elemento del tipo realiza cada uno, sino el control o dominio que unos o varios sujetos tengan sobre la ejecución del delito, sin que sea necesaria ni la presencia física, ni la ejecución material de algún acto de la conducta típica, es por ello que no existe inconveniente alguno para afirmar la existencia de coautoría en estos casos, entre el subordinado-ejecutor inmediato y el superior jerárquico-hombre de atrás.

²⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 484.

²¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 151-160.

²² Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 140.

²³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 219.

Desde su punto de vista los requisitos para que consideremos la coautoría son el acuerdo de voluntades y la realización conjunta del delito. Si el superior jerárquico y el subordinado se han puesto de acuerdo elaborando el plan de actuación, y el «hombre de atrás» controla los medios, modos y formas de realización, ostenta el poder decisorio y en definitiva, tiene el dominio funcional del hecho, poco importa que no haya realizado materialmente el acto ejecutivo que lo ocasionó, o que ni siquiera haya estado presente en el mismo.

Optando, por tanto, por esta nueva consideración de la autoría, basada en el dominio funcional del hecho y en la realización conjunta, en los que ya no se exige la presencia efectiva de los coautores en la ejecución material, no existe inconveniente para afirmar la presencia de la figura de la coautoría en el caso que estamos analizando.

En realidad, a esta interpretación de la coautoría ya se está refiriendo el art. 28 del CP, en su apartado 1º, al tomar como referencia de la actuación conjunta, no ya la acción de ejecutar, sino la de realizar el hecho. Así, la ubicación de los casos de dominio funcional entre los genuinos supuestos de autoría resultaría plenamente justificado, en cuanto que también el coautor no ejecutivo ostenta el dominio del hecho.

No podremos apreciar la coautoría si la actuación del subordinado no responde a las instrucciones de un plan previo con su superior jerárquico²⁴.

D) *Autoría en comisión por omisión*

El comportamiento humano puede presentarse bajo la forma de acción o de omisión, y de ambas modalidades de conducta es posible que se derive responsabilidad penal. Ello se deduce ya de lo dispuesto en el art. 10 del Código penal, en virtud del cual, “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

En el reconocimiento de responsabilidad penal tanto por acción como por omisión se encuentra la función de protección de bienes jurídicos que corresponde, entre otros, al Derecho Penal. Lo hace con la ayuda de dos clases de normas: prohibiciones, las cuales no permiten la realización de ciertas acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos, de las que se derivan los delitos de acción; y los mandatos, en los que se ordena la realización de determinadas acciones dirigidas a conseguir un fin

²⁴ Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 188 y ss.

socialmente valioso o a evitar su menoscabo, de los que se derivan los delitos de omisión.

Dentro de los delitos de omisión, se distinguen dos grandes grupos: los delitos propios de omisión, o delitos de omisión pura, y los delitos impropios de omisión, también llamados de comisión por omisión.

En los primeros, se sanciona la mera no realización de una acción, no el resultado material.

En los segundos, forma parte del tipo la producción de un resultado material, que se imputa a quien no realizó la acción dirigida a evitarlo como si lo hubiera causado por acción. Hasta su incorporación en el Código penal de 1995 suscitaron una gran polémica. Se debatían los requisitos adecuados para su concurrencia y la necesidad de una regulación específica de la comisión por omisión en el Código penal.

Finalmente, el legislador de 1995 incorporó en el art. 11, una cláusula general, tal y como reclamaba un sector de la doctrina, en el que se especifican los requisitos que han de concurrir para que pueda considerarse realizada por omisión un delito de resultado. De acuerdo con el art. 11 del Código penal: “los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. Aunque se trata de un precepto confuso, se ha alcanzado un cierto acuerdo respecto a los dos requisitos que exige el precepto: en primer lugar, que el omitente ostente una posición de garante respecto del bien jurídico menoscabado, y en segundo lugar, que la omisión sea equivalente a la acción según el sentido del texto de la Ley²⁵.

En el seno de la aplicación de los delitos contra el medio ambiente encontramos claros ejemplos de imputación de responsabilidad por omisión en los términos expuestos:

²⁵ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, C., «Derecho penal ambiental: formas de imputación de responsabilidad criminal en los delitos contra el medio ambiente», LÓPEZ RAMÓN (coord.), en *Observatorio de políticas ambientales 2013*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 339-351.

Varias han sido las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha condenado por un delito contra el medio ambiente del art. 325 en comisión por omisión. En dicho artículo se describen una serie de conductas, en principio, activas (de emitir, verter,...) que han de incidir negativamente en los medios naturales, agua, suelo o aire. Pero la jurisprudencia considera que, también en este caso, el no evitar un menoscabo para un bien jurídico, aquí el medio ambiente, puede ser equivalente a la causación activa de ese perjuicio, con la consiguiente aplicación de las penas previstas en el citado precepto.

Dicho órgano judicial admite la responsabilidad penal en comisión por omisión dolosa por delitos contra el medio ambiente en dos grupos de casos: a los directivos o titulares de empresas por permitir la realización de actos de contaminación por parte de empleados de la empresa²⁶; y a responsables municipales por no evitar vertidos contaminantes derivados del incorrecto funcionamiento de instalaciones para cuya supervisión eran competentes²⁷.

En la STS número 1828, de 25 de octubre de 2002, confirmatoria a su vez de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de enero de 2001 se condenaba como autores de un delito contra el medio ambiente al director técnico y a miembros del Consejo de Administración de una empresa dedicada a la elaboración de calentadores de gas. La empresa vertía una parte de sus residuos tóxicos y peligrosos directamente al alcantarillado. Otra parte de los residuos era vertida personalmente por un empleado de la empresa, quien se encargaba de transportar una vez al mes una cuba cargada con aproximadamente 4000 litros de residuos, que eran vertidos en campos de cultivo.

En su fundamentación jurídica, el TS argumentó que “la organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia

²⁶ STC 62/1994, de 28 de febrero, ponente Gabaldón López: «desestimo el recurso de amparo interpuesto por el Director de una factoría de la entidad “Caolines de Vimianzo, SA” contra su condena por delito contra el medio ambiente en la AP de La Coruña. La condena al mismo se daba por la apertura de las válvulas del embalse sito en la factoría por persona no identificada vinculada a la misma, con la consiguiente producción de un vertido contaminante. El TC consideró aplicable al Director de la factoría una responsabilidad por omisión de ciertas exigencias técnicas en cuanto a la empresa y de la vigilancia debida que se traducen en no adoptar las medidas necesarias».

²⁷ STS número 45, de 29 de enero de 2007: Confirma la sentencia de la AP de Barcelona de 24 de mayo de 2006 que condena por delito del art. 325 CP en comisión por omisión al alcalde de un municipio que comprendía una urbanización cuyas aguas residuales fecales fueron vertidas durante años directamente a cauces fluviales (rieras) que desembocan en los ríos Tenes y Besós, resultando todos esos cauces gravemente contaminados. Se condena al acusado por no someter dichas aguas a tratamiento depurativo simple o primario y por no conectar los vertidos al colector general del municipio para que fuesen derivados así hacia una depuradora pública.

jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima”. Considera que esta cuestión debe resolverse a través de los delitos impropios de omisión, “pues normalmente el responsable del proceso contaminante, o los altos directivos que conocen la existencia del carácter contaminante de la actividad de su empresa no realizaran materialmente la acción de vertido o emisión que integra el delito medioambiental, sino que se servirán de operarios que habitualmente actuarán con al menos dolo eventual”.

En este caso, la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos basada en su posición de garante y en la omisión por su parte “de las actuaciones debidas para controlar el peligro derivado de la actividad industrial que se desarrolla dentro de su ámbito de dominio”, se considera que está amparada en el art. 11 CP, pues “resulta innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección. La posición de garante de aquel que tiene un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria no puede ser puesta en duda. En consecuencia, la omisión de las medidas que fácilmente podían haber sido puestas en práctica para la correcta eliminación de los residuos, determina la comisión como autor por omisión del delito medioambiental del art. 325 CP”.

En definitiva, el TS entiende que “corresponde a los responsables de producción, así como a los altos responsables de la dirección de las industrias que desarrollan actividades industriales potencialmente contaminantes la adopción de las medidas necesarias para neutralizar, conforme a las exigencias legales y reglamentarias, el peligro contaminante procedente de las mismas (art. 11. b) CP). Por ello, la falta de adopción de tales medidas y, en todo caso, la utilización de operarios subalternos para el vertido ilícito de residuos, equivale a la producción activa del vertido (arts. 11 y 325 CP)²⁸.

Atreviéndome a hacer una valoración jurisprudencial, la atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión a los directivos de empresas que no evitan los riesgos para determinados bienes jurídicos inherentes al desarrollo de la

²⁸ STS de 23 de abril de 1992, ponente Sr. Bacigalupo Zapater: En este caso el administrador aunque no ha realizado de manera directa la conducta delictiva, resulta igualmente punible por la omisión culpable de impedir la venta de géneros corrompidos, incluido en su deber de cuidado.

actividad empresarial y, en particular, que no evitan los hechos delictivos cometidos por subordinados plenamente responsables goza de amplio predicamento en la doctrina, si bien se discute sobre el fundamento material de su deber de actuar para evitar el resultado.

La idea del dominio, elaborada fundamentalmente por SCHÜNEMANN, ha sido asumida por parte de la doctrina española. SILVA SÁNCHEZ²⁹ subraya que dicha teoría comporta la exigencia de algo más que una genérica posición de garantía en el empresario u órgano directivo con respecto a los delitos que puedan ejecutarse en el seno de la actividad empresarial.

Tratándose de atribuir una responsabilidad penal, por omisión impropia, a estos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, siempre se deberá acreditar que el órgano directivo u *hombre de atrás* se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica³⁰.

La base de esta imputación es que la estructura jerárquica y de división funcional del trabajo genera unos ámbitos de competencia individual. Cada sujeto se hace responsable del ámbito de competencia que le pertenece y de todo lo que ocurra en esa esfera de dominio. Dicho así, asume frente al entorno organizativo y sus empleados un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos localizados en las actividades propias de la empresa y a hechos que él pueda evitar, como son la comisión de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa.

No todos los directivos van a responder por omisión de los hechos delictivos cometidos en el ámbito de la empresa³¹. Por lo que respecta a los delitos que nos ocupan, procede indicar que la mera ostentación de la condición de titular de una empresa cuyas actividades impliquen un riesgo de contaminación medioambiental no conlleva necesariamente una responsabilidad en comisión por omisión por los resultados no evitados. Sólo podrá ser hecho responsable de esos resultados quien posea

²⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 371.

³⁰ Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 188.

³¹ Así, señala SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 371, que esto es lo que ha ocurrido en la jurisprudencia española antes y después de 1983. Sobre todo, después de la reforma, se pretendió utilizar el art.15 bis como mecanismo de establecimiento de una especie de “responsabilidad objetiva” de los directivos por los hechos delictivos producidos en las empresas. La *STS de 3 de julio de 1993*, entre otras, ha puesto fin con claridad a tal forma de concebir la atribución de responsabilidad penal en el seno de la empresa.

competencia sobre los aspectos medioambientales concretos, pero no todos, únicamente incurrirá en responsabilidad por la contaminación relacionada con ellos³².

Sin embargo, otro sector de la doctrina entiende que el criterio general del dominio no puede ser el fundamento y límite de la responsabilidad omisiva del superior jerárquico.

Estos autores introducen una segunda idea rectora asentada en la estrecha conexión que ha de existir entre el hecho delictivo cometido y el “ejercicio de las facultades individuales de autoorganización”. Parte del principio general de libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este planteamiento asume la idea básica de que en los delitos omisivos el fundamento de la responsabilidad reside en las competencias de organización y las competencias institucionales, y que dicha responsabilidad no es más que el reverso del derecho a la propia libertad de determinación, en el sentido de que el ejercicio de la propia actividad no posee más límites que los que derivan del correlativo derecho de los restantes ciudadanos a ejercer su libertad³³.

De ahí que se proponga que el criterio del dominio debe ser completado con la idea de la aceptación de funciones de seguridad. El fundamento normativo de este segundo criterio que permite justificar plenamente la responsabilidad omisiva residirá en una ponderación de intereses, en virtud de la cual se decidirá si el sujeto ocupa una posición de especial competencia.

En nuestra doctrina, GRACIA MARTÍN³⁴ se ha manifestado escéptico a la hora de aceptar la viabilidad de la combinación de la teoría del dominio con el criterio funcionalista de la aceptación de funciones de seguridad, el cual, a su juicio, difícilmente podría añadir algo nuevo al criterio del dominio, puesto que en el seno de dicha teoría el dominio ha de ser necesariamente actual y no puede bastar con uno meramente potencial. Se deriva forzosamente el dato de que la aceptación del ámbito

³² STS número 600, de 5 de junio de 2009, que absuelve al gerente y jefe de planta de una empresa encargada de la explotación de una estación depuradora de residuos de procedencia urbana, previamente condenados por la Sentencia de 21 de noviembre de 2005 de la AP de Barcelona. El TS entendió, que no ostentaban posición de garante respecto de los vertidos de procedencia industrial, los cuales representaban el 80% del caudal del vertido, pues su posición de garante estaba limitada a los residuos de procedencia urbana.

³³ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, 2012, cit., p. 474.

³⁴ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Boldova et al (coord.), 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 201 y ss.

del riesgo de que se trate constituye un requisito necesario y una condición de posibilidad de ejercicio del dominio actual sobre la causa del resultado.

Entendemos que la exigencia expresa del criterio de la aceptación de funciones de seguridad como requisito independiente añadido al criterio del dominio pretende poner énfasis en el dato de que los deberes de garantía tienen que fundamentarse en última instancia en el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal. En definitiva, el criterio de aceptación justifica también por qué el especial deber jurídico se atribuye precisamente al obligado y no a otras personas.

El problema se centraría en dilucidar, en relación con la responsabilidad omisiva del órgano directivo de la empresa, en qué casos concretos concurre la estrecha conexión, entre el ejercicio de las facultades autoorganizativas del individuo y la conducta delictiva ejecutada por el subordinado. Incluimos dentro de esa responsabilidad especial el caso de los procesos de riesgo, generados directamente por la propia actuación del superior jerárquico³⁵ al igual que los derivados de objetos, procedimientos o personas que carecen de un margen de autonomía relevante en el seno de la empresa, y que pertenecen a la esfera de organización del órgano directivo³⁶.

Al margen de estos aspectos, en torno a la responsabilidad de los superiores jerárquicos cuando los subordinados actúan dolosa y responsablemente, quedan por analizar dos cuestiones de relieve: en primer lugar, los problemas relativos al contenido de los deberes objetivos de garantía del órgano directivo derivados de las especiales posiciones de responsabilidad; y de otro lado, los relativos a las posibles formas de ejercitar dichos deberes, y en concreto, el caso de cumplimiento de deberes en supuestos de delegación.

En lo que concierne a la primera cuestión, para la concreción del contenido del deber objetivo de garantía del órgano directivo se deberán tener en cuenta las normas formales reguladoras de la actividad empresarial de que se trate. En aquellos casos en

³⁵ El órgano directivo que, en ejercicio de su libertad, realiza determinada actividad empresarial para la que ostenta un poder de organización en el marco de una competencia específica, excluyendo en ese ejercicio la intervención de terceras personas a la hora de tomar la decisión, debe velar por que su actuación no implique peligros.

³⁶ Aunque inicialmente las investigaciones en torno a dicha responsabilidad se vinculaban sobre todo a procesos de riesgo para bienes jurídicos fundamentales, en la actualidad se proyectan también sobre bienes jurídicos de contenido económico, como el patrimonio ajeno, los derechos de los trabajadores, la Hacienda pública y otras instituciones del sistema económico. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal...*, 2012, *cit.*, pp. 473 y ss.

los que no exista una reglamentación específica se propone en la doctrina el recurrir a criterios generales indeterminados.

Por otra parte, el contenido del deber objetivo de garantía del directivo no aparece conformado solamente por los criterios de indemnidad del bien jurídico, reconocibilidad del riesgo y posibilidad de evitación, sino que dicho contenido habrá de ser perfilado en función de la gravedad del riesgo y de su utilidad y, por tanto, habrán de tomarse en consideración la observación de los deberes previos de cuidado y de aseguramiento.

Cuando, por razones de falta o de pérdida de utilidad o de aumento o exceso del riesgo, la actividad no es o deja de ser socialmente tolerable, la infracción de los denominados deberes de aseguramiento, al igual que la de los deberes de cuidado, origina los denominados deberes de evitación³⁷.

En lo que atañe a la segunda cuestión, o sea la referente a las posibles formas a través de las cuales el órgano directivo puede observar sus deberes objetivos de garantía, el titular de la empresa puede observar su deber de garantía de tres modos diferentes: inmediatamente, mediatamente o por delegación, siendo este último el más importante.

En cualquier estructura empresarial relativamente compleja, la constatación de la existencia o no de una delegación de funciones o competencias en materia medioambiental es fundamental para la determinación de la responsabilidad penal individual. Habiéndose producido una delegación de funciones sobre alguno de los aspectos de la gestión medioambiental de la empresa ya sea por parte de los administradores o por los altos directivos en terceras personas, serán estas últimas quienes en primera instancia responderán del delito. Y ello porque a través de una delegación de funciones las esferas de responsabilidad del delegante y del delegado se transforman, de tal forma que este último se convierte en el principal responsable (garante primario) de los efectos lesivos que puedan surgir del ámbito de competencia o función que haya asumido.

³⁷ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1995, pp. 209-227.

La realización de un acto de delegación de competencias con el necesario dominio en el seno de la empresa tiene como efecto inmediato modificar las situaciones de competencia de partida; de tal modo que semejante mecanismo hace surgir una nueva posición de garantía: el delegado. La infracción de dicho deber específico supone también la responsabilidad penal en comisión por omisión por el resultado producido.

Si revisamos la sentencia del ponente Gabaldón López (STC 62/1994) nos llama la atención que no se tuvo en cuenta si había funciones de delegación o no por parte del Director en los administradores de la compañía.

No obstante, esta delegación, tampoco significa que el delegante (director general, etc.) quede, exento de toda responsabilidad por el resultado lesivo que deriva de la función que había traspasado a un tercero. Al contrario, cabe que responda también sobre la base de la responsabilidad residual que permanece, como resto de la que fuera su posición originaria de garantía. Será de contenido variable pero no pudiendo llegar a convertirse en un dominio mediato. Su precisión habrá de fijarse con atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado³⁸.

Se propone calificar como autor y no como simple partícipe, en comisión por omisión al órgano directivo delegante que infringe dolosa e imprudentemente su deber de intervención o incluso su deber de vigilancia y que, con dicha infracción, ocasiona un hecho delictivo ejecutado materialmente por el delegado. Cabría matizar que cuestión diferente es que, en sus funciones de vigilancia, el omitente no ostente la configuración relevante del hecho, sino tan sólo un fragmento de éste. En tal caso, el omitente únicamente será partícipe, puesto que el origen del peligro reside en un tercero “configurador”, de tal manera que el deber de evitación es menos reprochable que el que corresponde a quien tiene el poder de configuración relevante del hecho.

³⁸ SAP GUIPÚZCOA, sección 1ª, 3 de junio de 2005, ponente Moreno Galindo donde dice que “el acto de delegación construye una posición de garantía sin cancelar la posición de garantía que ostentaba el delegante. (...) El delegante no se exonera de su deber de garantía sino que el mismo se mantiene sufriendo una transformación cualitativa”.

Eso sí debe poder constatar que ha vulnerado alguno de los deberes que integran tal posición originaria de garantía, por ejemplo, deberes de formación (SAP BARCELONA, sección 5ª, 4 enero de 2000): “confirma la condena por delito ecológico a los dos gerentes administradores de la empresa entendiendo que habían incumplido las funciones de supervisión y vigilancia que retenían aun tras la delegación”.

En todo caso queda claro que producida la delegación el responsable en primera instancia es el delegado y que la responsabilidad del delegante requiere acreditación de la vulneración de alguno de esos deberes de información o control.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES COLECTIVOS: LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Aunque la persona jurídica no tenía capacidad de cometer delito y no se le podían imponer penas en ningún caso, debíamos ser sensibles a la necesidad de prevenir y hacer frente al creciente fenómeno de utilización de sociedades y otras personas jurídicas en la delincuencia.

Frente a la respuesta del derecho anglosajón de introducir penas para las propias personas jurídicas, los proyectos españoles aplicaron otras medidas preventivas distintas de las penas.

No se las incluyó como medidas de seguridad porque no cumplían el presupuesto de la *peligrosidad criminal*, así que a propuesta de MUÑOZ CONDE³⁹ se creó una “nueva clase”, además de las penas y las medidas de seguridad, a las que se denominó «consecuencias accesorias», pasando finalmente a integrar el título VI del Libro I «De las consecuencias accesorias» (artículos 127-129) del Código penal de 1995.

Siguiendo a GRACIA MARTÍN⁴⁰ las podemos definir como todas aquellas consecuencias jurídicas de naturaleza no penal aplicables a los supuestos de hecho jurídicos no penales que eventualmente se realicen junto al hecho punible, entendiendo a éste como realización antijurídica de una acción u omisión penalmente típicas, y que se relacionan con él de un modo accesorio.

De aquí se deriva que el fundamento para su aplicación es el supuesto de hecho no penal que desencadena su aplicación y la relación de accesoriedad de éste con el hecho punible.

³⁹ Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del art. 129 CP: medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 22 y ss.

⁴⁰ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 370 y ss.

El catálogo recogido en el art. 129 CP establecía:

“1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo⁴¹. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años”.

Una interpretación restrictiva del precepto conllevaba su aplicación sólo a entes con proyección económica, con o sin ánimo de lucro, quedando fuera otras uniones de personas (p.ej. ciertas comunidades de bienes o propietarios, o ciertas colectividades). La interpretación extensiva que a nosotros nos parecía más acertada englobaba dentro del ámbito de aplicación del precepto a todo ente con proyección delictiva que *de facto* pudiera ser soporte o medio para la comisión de un delito, con independencia de su proyección económica⁴².

⁴¹ SAP Palencia 23/2000, de 9 de noviembre 2000: La AP condena al acusado por el delito contra el medio ambiente de los arts. 325, 327 y 129.1 CP 1995. Se trata de emisión de ruidos superior a 30 decibelios. El Tribunal puntualiza que el peligro para la salud de las personas no es un subtipo agravado, sino uno de los dos tipos básicos que recoge el artículo 325 CP 1995, sin que se requiera que concurra a la vez un peligro para el equilibrio de los sistemas naturales. El delito se configura por un elemento descriptivo, uno normativo y otro valorativo. El elemento descriptivo –emisión de ruidos en la atmósfera– plantea una cuestión probatoria: a tener en cuenta, las testificales y las mediciones hechas por la policía municipal, así como los informes médicos sobre los perjuicios del ruido. El elemento normativo es un precepto penal en blanco que debe integrarse con las disposiciones generales de protección del medio ambiente. Por último, el elemento valorativo, exige la producción de un riesgo de grave perjuicio a la salud. Se imponen dos años y tres meses de prisión, así como la clausura de la sala de fiestas por tres años. Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, cit., pp. 37.

⁴² Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, cit. pp. 42-43.

La comisión de los delitos regulados en los artículos 325 y 326 acarreaba, además de las penas manifiestas, la posibilidad de imposición de dos de las denominadas “consecuencias accesorias” a las empresas en las que se hubiesen producido. Así lo reflejaba el artículo 327: “En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores, el Juez o Tribunal podrá acordar alguna de las medidas previstas en las letras a) o e) del artículo 129 de este Código”⁴³.

En la letra a) de este precepto se preveía la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, definitiva o temporalmente, ésta última con un máximo de cinco años. En la letra e) se contemplaba la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores, igualmente con un límite de cinco años.

La clausura temporal a la que hacía remisión el art. 327, contemplada en el art. 129.1.a) permitía su adopción como medida cautelar por el Juez Instructor durante la tramitación de la causa. Esta adopción se hacía en base a los presupuestos de: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, además de existir indicios de la participación de la estructura organizativa de la empresa en el delito presuntamente cometido. El incumplimiento de la medida cautelar podría subsumirse en el delito de desobediencia a una resolución judicial (art. 556, 634 CP).

Entrando a fondo en la discutida naturaleza jurídica de estas medidas, inicialmente se trató de presentarlas como medidas de seguridad. Se argumentó de la mano de GARCÍA ARÁN⁴⁴ que la consecuencia accesoria, es eso, «accesoria» a la existencia de un responsable penal individual y físico, y por tanto, no existe de manera independiente ni supone una imputación directa a la persona jurídica, puesto que es necesario que la responsabilidad individual se encuentre conectada con la existencia de la organización o empresa. Parecía que las consecuencias accesorias eran medidas de seguridad *sui generis*, en el sentido de que pretendían evitar las condiciones materiales que propician, permiten o encubren el delito individualmente cometido.

⁴³ Según lo expuesto, las consecuencias accesorias se prevén para los casos de los artículos 325 y 326 CP, no hay consenso en sí la comisión imprudente del delito contra el medio ambiente, prevista en el artículo 331, debe admitirse o no.

⁴⁴ Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, cit., p. 87.

FEIJOO SÁNCHEZ⁴⁵ calificó las consecuencias accesorias también como medidas de seguridad en base a sus efectos preventivos de futuros peligros para bienes jurídicos bajo la idea de la peligrosidad.

GRACIA MARTÍN⁴⁶ consideraba también que la naturaleza de estas reacciones jurídicas partía del concepto de *peligrosidad objetiva* o de la cosa. La peligrosidad radicaba en la posible instrumentalización de la persona jurídica para la realización de actividades delictivas. Compartía con MIR PUIG la afirmación de que, mediante las consecuencias accesorias, se trata de privar a las personas físicas del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o de controlar su uso⁴⁷.

Respecto de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, entiende que deben establecerse medidas preventivas que pueden tener un carácter asegurativo o coercitivo:

- Las medidas preventivas de carácter asegurativo pretenden impedir que se consume una determinada violación del ordenamiento jurídico; se adoptan antes de producirse la violación y su efectividad va a estar en función precisamente de que aquella no tenga lugar. No obstante, para GRACIA MARTÍN, la efectiva realización del hecho antijurídico por la persona física que actúa para la jurídica no debe formar parte del supuesto de hecho de estas medidas, aunque normalmente aquella consistirá por lo general en un síntoma de peligro objetivo de la realización de futuras infracciones. Dentro de estas medidas podrían imponerse, como ejemplo, la clausura de locales y establecimientos, intervención judicial o gubernativa de la empresa, etc.⁴⁸.
- Las medidas preventivas de carácter coercitivo, al igual que las sanciones administrativas, se traducen en la utilización de instrumentos de fuerza y traen su causa del incumplimiento previo de una obligación. Se diferencian de las sanciones en su finalidad, pues tienden a vencer ese incumplimiento y a forzar el comportamiento efectivamente debido. Este tipo de medidas motiva a las personas físicas que rigen la jurídica para adoptar medidas de control interno y para hacer frente a la situación objetiva de peligro basada en el defecto de

⁴⁵ Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, cit. p. 44.

⁴⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, cit., p. 387.

⁴⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 363 y ss.

⁴⁸ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, cit., p. 389.

organización de empresa. Dentro de este grupo, el principal exponente será la multa⁴⁹.

Otra postura, encabezada por ZUGALDÍA ESPINAR⁵⁰, consideraba las consecuencias accesorias como penas utilizando una vía negativa. Criticaba todo lo dicho por los anteriores autores. En primer lugar, no podía tratarse de sanciones administrativas, dado que no sería lógico que éstas fueran aplicadas en un proceso penal como consecuencia de una infracción penal. En segundo lugar, tampoco podían ser calificadas como consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de carácter de sanción, por que de ser así, no tendrían por qué estar sometidas a las garantías constitucionales exigidas para el Derecho sancionador.

Entiende por tanto que las consecuencias accesorias deben ser consideradas penas.

En contraposición a esta corriente, FERNÁNDEZ TERUELO⁵¹ destaca uno de los principios fundamentales de las penas, el de la personalidad, es decir, que las penas sólo pueden ser impuestas a quien lleva a cabo las actividades delictivas. Así, y a tenor de lo establecido entonces en el artículo 129, el considerarlas penas comportaba que las consecuencias accesorias podían ser impuestas a personas físicas o jurídicas que, aun no habiendo llevado a cabo la actividad delictiva, habían sido sin embargo utilizadas para delinquir existiendo un pronóstico de continuidad en dicha utilización. Esto es contrario al citado principio de personalidad, dado que es evidente que una pena no puede ser impuesta a quien no ha llevado a cabo la actividad delictiva, cosa que sí sucede, según hemos expuesto, con las consecuencias accesorias.

Por otra parte, el artículo 129.3 CP indicaba los presupuestos para la aplicación de las consecuencias accesorias: la constatación acreditada de una participación de la estructura organizativa de la empresa en la propia realización del hecho, y su orientación a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y las consecuencias de la

⁴⁹ Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, cit., pp. 93-95.

⁵⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Empresa y delito en el nuevo CP*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 226-227.

⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP» en *Homenaje Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 273-294.

misma⁵². Se orientaban hacia la prevención de hechos futuros, antes que hacia el castigo de los ya sucedidos, desligándose así netamente del concepto mismo de la pena.

No obstante, también surgieron dudas respecto a cómo se debía justificar esa participación estructural ya que unos eran partidarios de la sola comisión del delito en el marco de una empresa para su consideración, mientras otros creían preciso establecer algún género de imputación del hecho a la estructura organizativa de la empresa. La discusión se zanjó a favor de la segunda opción.

La prevención en la continuidad delictiva⁵³ implicaba que el juez o tribunal imponía la medida para evitar que la estructura de medios fuese nuevamente utilizada para delinquir. A estos efectos el juzgador debía realizar un juicio de previsibilidad sobre las posibilidades reales, de que dicha estructura pudiera continuar siendo usada por el imputado o imputados, o por terceros que suplieran a aquéllos en la actividad delictiva. Los elementos que debía analizar eran: el carácter y entidad de los hechos delictivos realizados; la frecuencia de utilización de esos medios; si la estructura de medios había sido creada precisamente para facilitar la actividad delictiva; la existencia de otras actividades previas de control por parte de organismos administrativos; y la imposición previa de consecuencias accesorias cautelares.

El hecho de prevenir las consecuencias de la actividad delictiva estaba enfocado no sólo a la protección de las víctimas que hubieran sufrido el delito, sino también a la protección de terceros que, por su especial relación con la sociedad, hubieran podido sufrir las consecuencias directas o indirectas de la actividad delictiva. Los presupuestos a tener en cuenta eran: la finalidad preventiva de aumentar la actividad delictiva cuantitativa y cualitativamente; si la estructura de medios había sido creada para llevar a cabo el delito existiría la certeza de la producción de nuevos efectos; y por último, la naturaleza del daño producido.

Pese a su carácter preventivo, su aplicación ocasionaba importantes repercusiones de índole mercantil y laboral, en cuanto a la disolución judicial, la clausura del establecimiento e incluso de la propia empresa o la cesación de las relaciones laborales y la intervención judicial como máximo 5 años, algo que dificultó

⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 142 y ss.

⁵³ Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, cit., pp. 101-102.

su reconocimiento desde el principio. Para intentar paliar estos efectos y no provocar una situación de indefensión, la imposición de una de las mencionadas consecuencias accesorias requería la comparecencia de la representación de la empresa, a fin de que pudiera alegar cuanto estimase oportuno.

Ahora bien, entonces, se hacía discutible la función preventiva que pudieran desempeñar estas consecuencias puesto que sólo se incidía puntualmente sobre los sujetos más peligrosos. Es por ello que se consideró más realista añadir una inhabilitación especial de tales sujetos individuales para la actividad empresarial cuya duración habría que determinar proporcionalmente.

III. VÍAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE TRAS LA LEY ÓRGANICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Nada ha cambiado respecto a lo dicho en el punto II epígrafe segundo: la responsabilidad penal de las personas físicas, al cual nos remitimos.

2. LA RESPONSABILIDAD “PENAL” DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. Consideraciones generales

La creciente utilización de las sociedades como medio para delinquir hace palpable la necesidad de imponer mayores penas a las personas físicas o para algunos, introducir la responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Las razones que justifican esta idea son las indudables dificultades que presenta la persecución y castigo de las personas físicas que obran en el ámbito de la criminalidad empresarial, el reducido efecto preventivo que poseen las sanciones penales en personas con ausencia de conciencia de culpabilidad y por último, la propia necesidad político-criminal de que recaigan medidas directamente sobre la propia empresa en sí misma considerada como ente supraindividual.

La reforma realizada por la LO 5/2010 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal, en principio directa e independiente, de las personas jurídicas regulada en el nuevo artículo 31 bis del CP.

La Exposición de Motivos lo deja claro, “*la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física*”. Entendemos así que, persona física y persona jurídica están sujetas a una responsabilidad independiente, de tal manera que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas ni viceversa, sino que pueden acumularse. Es decir, por la comisión de un delito pueden responder tanto la persona física como la jurídica, pero igualmente es posible que responda únicamente la persona jurídica⁵⁴.

Representando ahora la opinión mayoritaria tenemos a ZUGALDÍA ESPINAR⁵⁵, quien determina que para establecer la responsabilidad criminal de la persona jurídica debemos fijar los criterios normativos de imputación que permiten poner a cargo de la persona jurídica, como propio de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno por una persona física.

Este sector doctrinal justifica la autorresponsabilidad o responsabilidad directa de la persona jurídica a través del modelo del hecho de referencia o del “hecho de conexión”, considerando a ambas personas (física y jurídica) como dos sistemas distintos pero que interactúan conjuntamente.

De todas formas, no se trata de transferir lo que ha hecho una persona física a otra que no lo ha hecho, la jurídica. Se trata de determinar bajo qué condiciones normativas se puede atribuir directamente el hecho a la persona jurídica como propio, como su autora.

Esta postura es criticada por numerosos autores. Así, GRACIA MARTÍN⁵⁶ entiende que el óbice fundamental y decisivo que se plantea a esta tesis es la imposibilidad de elaborar un supuesto de hecho específico de naturaleza penal, en el que la persona jurídica pueda aparecer como sujeto de una imputación específicamente

⁵⁴ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, 2012, cit., p. 521.

⁵⁵ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 61 y ss.

⁵⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pp. 386-387.

penal. Considera infundado el planteamiento de otorgar naturaleza penal a estas consecuencias por ser impuestas en un proceso penal, dado que, en primer lugar, el hecho de no concederles naturaleza penal no significa que no puedan estar rodeadas de garantías suficientes, y en segundo lugar, porque su sujeción a las garantías penales dotaría a éstas de un régimen jurídico no solo inadecuado sino escasamente funcional.

A las opiniones que defienden estos autores sobre la naturaleza de esta clase de responsabilidad nos referiremos más adelante en detalle.

2.2. Regulación en el Código penal (arts. 31 bis y 33.7)

Como se ha indicado anteriormente, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa y no se le puede atribuir la autoría ni la coautoría, puesto que requiere que una persona física haya cometido un delito, aunque ésta no sea responsable penalmente del mismo. En este sentido puede afirmarse la existencia de una accesoriedad restringida o limitada a la tipicidad y a la antijuridicidad de la conducta de la persona física, siendo irrelevantes para la responsabilidad penal de la persona jurídica la culpabilidad, la punibilidad y la perseguibilidad de la persona física (art. 31 bis 2 y 3)⁵⁷.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha calificado, erróneamente, esta responsabilidad de las personas jurídicas de “directa e independiente”, en la medida en que no se exige la previa determinación de la responsabilidad de una persona física, con lo que la solución española se aleja del régimen previsto para las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Se señala en el apartado 2 del art. 31 bis CP que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”, se suprimió el apartado 2 del artículo 31, que había sido introducido en la reforma de 2003.

En suma, persona física y persona jurídica estarían sujetas a una responsabilidad independiente, de tal manera que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluiría la de las personas físicas y, viceversa, la de éstas

⁵⁷ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 338.

tampoco excluiría la de aquéllas. Por lo demás, tampoco tienen por qué convivir. Este modelo finalmente se ve corroborado con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 31 bis, que analizaremos más abajo⁵⁸.

Consecuentemente, no existen delitos específicos de la persona jurídica, sino que esta responde del delito cometido por la persona física, aun de forma totalmente independiente, hasta el punto de no precisarse que la misma esté individualizada, bastando la sospecha de que alguien perteneciente al ámbito de la persona jurídica ha debido cometer el delito.

Estamos ante una responsabilidad penal vicaria (indirecta) limitada de la persona jurídica⁵⁹, lo cual implica que cuando un directivo o representante de una persona jurídica cometa un delito, este debe imputarse a la persona jurídica siempre que se haya actuado en el seno de la empresa y en beneficio de la misma (responsabilidad por rebote). Es decir, se trata de una responsabilidad que es reconducible a la figura del representante, en la que primero hay que evaluar el comportamiento delictivo del agente para luego asignar, sin más, este comportamiento y el reproche que suscita a la persona jurídica.

Con arreglo a ello, la persona jurídica es tomada en consideración dependiendo de cómo actúe en su seno la persona física: unas veces la persona jurídica es castigada además de la persona física por el delito que se haya cometido en su seno y otras veces entra en consideración para ser sancionada en vez de la persona física que ha delinquido en su seno y que no puede ser castigada por razones sustantivas o procesales.

A la vista de todo lo anteriormente indicado, la responsabilidad penal de las personas jurídicas da lugar a la existencia de una responsabilidad objetiva, por hechos ajenos, acumulativa, de doble incriminación, de doble valoración jurídica, y por todo ello de difícil encaje con las garantías del Derecho Penal moderno.

Estas características resultan fáciles de analizar:

- Doble vía de imputación: diferencia según se trate de un hecho realizado por los representantes o de un hecho realizado por un subordinado al que

⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico...*, 2012, cit., p. 522.

⁵⁹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit. p. 64.

no se ha controlado y que, por ejemplo, ha podido planificar y llevar a cabo un vertido tóxico a un río (art. 31 bis, 1, inciso 2 CP). A mayor implicación del alto directivo en el hecho ilícito, mayor debe ser el reproche en sede de la persona jurídica, por la falta de honestidad a su cargo.

- Responsabilidad penal acumulativa: la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, ni a la inversa, ya que no está enfocada para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras complejas.
- Responsabilidad penal directa: para su apreciación se debe constatar la comisión de un delito por quien ostente los cargos aludidos en el art. 31 bis, 1, aún cuando no haya sido individualizada la concreta persona física responsable⁶⁰.

En el apartado 3 del art. 31 bis se dispone que “la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Llama la atención que no se efectúe previsión alguna de eximentes para las personas jurídicas, lo único que se contiene en el art. 31 bis para modular la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la previsión de unas circunstancias atenuantes: confesar la infracción a las autoridades, colaborar en la investigación del hecho aportando pruebas, reparar o disminuir el daño causado por el delito, haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse. Ellas, según se indica en su apartado 4, sólo se aplicarán cuando las actividades descritas en las letras a-d del precepto se hubiesen realizado “con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales”. Se trata de atenuantes basadas en las ideas del arrepentimiento activo y de la reparación.

⁶⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*,..., cit. p. 104.

El apartado 5 del art. 31 bis CP enumera una lista de entes colectivos dotados de personalidad jurídica no sujetos a responsabilidad penal, se trata de personas jurídicas de Derecho Público.

Aunque no ofrece discusión la exclusión del Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales; organismos reguladores (Banco de España, CNMV,...); agencias estatales (BOE o el Instituto de la Mujer) o Entidades Públicas Empresariales (AENA, Loterías y Apuestas del Estado,...); organizaciones internacionales de Derecho Público (OMS, OIT,...) o de las sociedades mercantiles estatales (RTVE), el que inicialmente se incluyese en el listado de los no sujetos a responsabilidad penal a partidos políticos y a sindicatos creó debate. Sin embargo esta referencia ha sido suprimida en virtud de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Por tanto, también se extiende a ellos ahora la responsabilidad regulada en el art. 31 bis CP, tal y como reclamaba un sector de la doctrina⁶¹.

En lo que concierne a las penas aplicables, el art. 33.7 CP contiene un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose —respecto a las hasta ahora consideradas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos,...)—, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social.

Ello no obstante, hay que tener en cuenta que, tras asignar la pena de multa el legislador ha optado por un sistema abierto a la hora de fijar las restantes penas en las figuras delictivas de la Parte especial, esto es, no hay unas penas concretas establecidas para cada delito, sino que se faculta al juez para escoger la pena que considere conveniente entre las que se prevén en el art. 33.7 CP.

Por otra parte, cabe destacar que en el último párrafo del art. 33.7 CP se indica que “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

⁶¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., pp. 116 y ss.

Referente a la determinación de la pena aplicable a las personas jurídicas, el art. 66 bis contiene unos criterios específicos propios, además de remitirse también a las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del art. 66.1 CP.

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se completa con la disposición contenida en el art. 130.2, con la cual se pretende evitar que la persona jurídica eluda su responsabilidad mediante una transformación, fusión, absorción o escisión o mediante una disolución encubierta o meramente aparente.

2.3. El artículo 327 del CP

Más allá de las características generales de esta nueva forma de responsabilidad penal, a continuación analizamos sus peculiaridades en el marco de los delitos contra el medio ambiente.

El sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas es un sistema de *numerus clausus*, es decir, sólo se puede exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas respecto de un reducido número de delitos, incluyéndose ahí aquel contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 327 y 328 CP).

Como ya dijimos, antes de la LO 5/2010, de 22 de junio, el art. 327 CP albergaba la posibilidad de que tanto jueces como tribunales impusieran dos de las denominadas entonces consecuencias accesorias, previstas en el anterior art. 129 CP. Así pues, en caso de comisión de los delitos del art. 325 y 326, cabía la posibilidad de imponer la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, o la intervención de la empresa. Estas medidas eran accesorias a la pena que, en su caso, se impusiera al autor, siempre persona física, del delito. Aunque con la regulación actual sigue siendo posible la aplicación de las mencionadas consecuencias accesorias, sus presupuestos de aplicación han variado. A ello se atenderá más adelante.

En el nuevo art. 327 CP y en relación con el art. 31 bis CP se introduce de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos ecológicos⁶². No obstante, conforme a la redacción de este artículo, su aplicación se limita a los

⁶² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MONTANER, R., *Delitos contra el Medio Ambiente: reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 167 y ss.

supuestos de comisión del tipo básico del delito ecológico (art. 325) y a los casos en los que resulta aplicable alguno de los subtipos agravados del art. 326.

Teniendo en cuenta las dos vías de fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas recogidas en el art. 31 bis CP —..."*en su nombre o por su cuenta y en su provecho, por quienes sean sus representantes legales y administradores de hecho y de derecho; y [...] por los sujetos sometidos a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la empresa, los cuales han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*"- y atendiendo a las características del delito ecológico, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se establecerá, en la mayoría de los supuestos, sobre el incumplimiento del debido control por parte de la persona jurídica sobre sus empleados.

La fundamentación de la segunda vía no genera discusión en el ámbito empresarial, pues las personas físicas responsables de la comisión delictiva son, normalmente, aquellas situadas por debajo del órgano de administración de la empresa. Es por ello que la empresa ostenta un deber de garante que se proyecta sobre la actuación de sus empleados.

Ahora bien, si éste es el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica por el delito medioambiental cometido, será necesario demostrar una relación de imputación entre esa infracción del deber de control y el delito cometido por el empleado, es decir, constatar previamente si ese delito se explica también por la infracción del mencionado deber de control organizativo o estructural.

Si, tras las averiguaciones, llega a afirmarse la responsabilidad de la persona jurídica por el delito ecológico cometido, la duración de la consecuencia jurídica atribuible a aquella, esto es, la pena de multa, variará en función de la gravedad del delito cometido por la persona física. De este modo, un delito castigado con una pena de prisión superior a cinco años, tendrá una pena atribuible a la persona jurídica de multa de dos a cinco años. Si la pena de prisión es inferior o igual a cinco años, la pena de multa atribuible a la persona jurídica será de uno a tres años. De este modo, el legislador se ha posicionado a favor de un sistema de multa por cuotas.

Además, el art. 327 CP prevé la posibilidad de que los jueces y tribunales impongan algunas de las penas previstas en las letras b) a g) del nuevo art. 33.7 CP. Son las siguientes: la disolución de la persona jurídica (b), la suspensión de sus actividades (c), la clausura de sus locales y establecimientos (d), la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (e), la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (f) y, por último, la intervención judicial (g). La mayoría de estas penas, antes consecuencias accesorias, ya estaban en el antiguo art. 129 CP, a excepción de la inhabilitación. Además el Código Penal ha ampliado el catálogo de penas que, de manera potestativa, puede imponer el juez o tribunal en el ámbito de la delincuencia medioambiental. En efecto, con la regulación anterior, las únicas consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas por los delitos ecológicos cometidos eran, por un lado, la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos y, por otro lado, la intervención de la empresa. Con la regulación actual todavía es posible aplicar estas dos clases de penas pero, además, también son susceptibles de aplicación cuatro clases más. De entrada, no existe problema en la imposición simultánea de más de una de estas penas, siempre que su propia naturaleza lo permita.

Conforme al art. 33 CP, con la pena de disolución de la persona jurídica ésta pierde de forma definitiva su personalidad jurídica, su capacidad de realizar cualquier actividad, aunque sea lícita. Se trata de la pena de “*muerte civil*” de la persona jurídica y, justamente por ello, debe reservarse para los casos extremos. En segundo lugar, con la pena de suspensión, simplemente se paralizan, durante un plazo máximo de cinco años, las actividades que desarrollare la persona jurídica condenada. En ese plazo puede entenderse de manera total o afectar sólo a algún sector de la actividad.

En tercer lugar, cabe la aplicación de la clausura de los locales y establecimientos de la persona jurídica de manera temporal o definitiva, eso sí, no excediendo nunca de cinco años si es temporal.

La prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito es otra de las posibles penas a aplicar a la persona jurídica. Puede tener carácter temporal, no excediendo de los quince años, o ser definitiva. La diferencia fundamental entre suspensión y prohibición descansa en el

carácter temporal: la suspensión tiene un límite de cinco años, mientras que la prohibición puede llegar hasta los quince⁶³. La relevancia práctica de esta pena queda vinculada con el volumen de actividad que tenga la persona jurídica y con el número de actividades que estén vinculadas de una u otra forma con la actuación delictiva. En algunos supuestos, puede comportar la paralización de toda la actividad de la persona jurídica.

Como pena de nuevo cuño tenemos la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o cualquier tipo de beneficio de la Seguridad Social. El Juez puede imponer una de ellas o varias. El elemento primordial lo constituye la prevención especial, de modo que la persona jurídica dedicada a una actividad delictiva, resulte privada de determinadas ayudas e intereses estatales. Si bien la duración de ésta se puede dar con un plazo de quince años.

Dentro de la variedad manifiesta, la comisión de los tipos del art. 325 o 326 también puede comportar la aplicación de la pena de intervención judicial para la persona jurídica, por un plazo de hasta cinco años. Su finalidad primordial es la de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Esto ha determinado la variación con la que el juez o tribunal puede decretarla, bien que afecte a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de las instalaciones. Según el nuevo CP, en su art. 33.7 g), cabe la posibilidad de modificar o suspender la intervención, requiriéndose para ello previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.

Conviene señalar otro de los cambios introducidos con la reforma que afecta a esta pena de intervención judicial. Conforme al último párrafo del art. 33.7 CP cabe imponer también como medida cautelar la clausura, la suspensión de actividades y la intervención judicial. Si bien en la regulación anterior ya estaba prevista la posibilidad de aplicar la clausura y la suspensión como medidas cautelares, es algo que no se preveía para la intervención judicial. Si lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva, se deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades⁶⁴.

⁶³ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, ..., cit., p. 137.

⁶⁴ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, ..., cit. p. 139.

A los efectos de que los órganos jurisdiccionales se decidan por la imposición y extensión de dichas penas aplicables de forma potestativa, deberán valorar los factores que recoge el art. 66 bis 1ª CP.

Finalmente, la imposición en la sentencia de una de las mencionadas penas, requerirá la comparecencia de la representación de la empresa, partiendo de que su comparecencia en el juicio será en calidad de imputado.

2.4. Naturaleza jurídica: discusión y toma de postura

Llegados a este punto, y una vez expuesta la reciente solución del legislador español de admitir la responsabilidad penal, independiente y directa, de las personas jurídicas, no se puede concluir este epígrafe sin efectuar una referencia a las tesis doctrinales que en los últimos años han tratado de ofrecer fundamento dogmático a dicho reconocimiento.

Hasta 2010 la doctrina mayoritaria en España se había manifestado en contra de admitir dicha responsabilidad, pero existía un sector que venía abogando por el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁵.

Diversos penalistas españoles (entre los que cabe destacar a ZUGALDÍA⁶⁶) habían coincidido en señalar, por un lado, la imperiosa necesidad político-criminal de imponer penas directamente a las personas jurídicas y entes colectivos, o sea, a la empresa en cuanto tal, en el supuesto de que se hubiera cometido un delito en su seno, y, por otro lado, la conveniencia de revisar las categorías dogmáticas tradicionales (principalmente las categorías de la acción y de la culpabilidad) para poder afirmar que la empresa “ha cometido” realmente un delito. Es más, según se puso de manifiesto más arriba, algunos autores españoles venían entendiendo que, tras la introducción de las consecuencias accesorias en el CP español de 1995, los arts. 129 y concordantes del texto punitivo permitían replantear ya de *lege lata* la posibilidad de que las personas jurídicas pudiesen ser consideradas también penalmente responsables.

En esencia, los argumentos esgrimidos por estos autores se construyen sobre la base de razones de diversa índole: 1) que en las personas jurídicas está presente la

⁶⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico...*, 2012, *cit.*, p. 528.

⁶⁶ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», *Revista del Poder Judicial*, n°46, 1997, pp. 327-342.

capacidad de pena, porque con relación a las mismas concurren también tanto los fines de prevención general y especial como la retribución en sentido amplio; 2) que la persona jurídica también puede llevar a cabo las acciones y omisiones características del Derecho penal, puesto que también ella es destinataria directa de las normas de conducta, o sea, de mandatos y prohibiciones; 3) que también se puede acreditar en ellas una capacidad de culpabilidad en el sentido de una responsabilidad social, lo que se suele denominar culpabilidad por defecto de organización; 4) que el castigo de las personas jurídicas al lado del castigo de la persona física no comporta una vulneración del principio constitucional del *non bis in idem*, siempre que se conciban como autores distintos, sobre la base de entender que concurre realmente una autoría de la propia persona jurídica, aunque el hecho haya sido realizado por otro (persona física), del mismo modo que sucede en la coautoría y en la autoría mediata, figuras en las que se imputan al coautor y al autor mediato hechos no realizados por ellos mismos, sino por otro coautor o por el instrumento.

Sin embargo, la entonces doctrina mayoritaria (GRACIA⁶⁷, FEIJOO⁶⁸ o SILVA⁶⁹, entre otros) se oponía a los argumentos esgrimidos por el citado sector minoritario, y en particular se mostraba contraria a la fundamentación de una culpabilidad de la propia persona jurídica por no haber adoptado las medidas de precaución exigibles tendentes a asegurar una normal organización de la actividad empresarial. Se razonaba, que la “culpabilidad por defecto de organización” debía tener también como presupuesto imprescindible la realización de un hecho típico, porque, en caso contrario, lo que se está haciendo realmente es aceptar la vigencia de una culpabilidad sin antijuridicidad. En otras palabras, la idea de una culpabilidad propia de la persona colectiva en dicho sentido continúa siendo una ficción, puesto que la organización defectuosa no puede ser llevada a cabo por la propia persona colectiva, sino por sus órganos.

Ahora bien, a la vista de todo lo que antecede, se ha venido reconociendo que la discusión ha sido fructífera, puesto que, aunque la opinión mayoritaria no se hubiese mostrado conforme con la idea de la legitimidad constitucional de imponer auténticas

⁶⁷ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, cit., p. 370-389.

⁶⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007, p. 57 y ss.

⁶⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MONTANER, R., *Delitos contra el Medio Ambiente...*, cit., p. 40.

penas criminales a las propias personas jurídicas, sí ha admitido en cambio que los argumentos invocados por el sector doctrinal minoritario citado pueden ofrecer una fundamentación dogmáticamente adecuada para imponer a las personas jurídicas medidas de seguridad y consecuencias accesorias.

MARTÍNEZ-BUJÁN⁷⁰ considera que esta discusión sirvió para iniciar una vía intermedia a través de la cual se propuso fundamentar un sistema propio de medidas de intervención jurídica frente a las personas jurídicas, desvinculado de la responsabilidad penal individual y basado en instituciones y principios diferentes a los que disciplinan el Derecho penal clásico; en definitiva un modelo de medidas de seguridad que, combinando elementos represivos y preventivos, sirva como base legitimadora de sanciones complejas a las personas jurídicas.

Con el art. 31 bis CP queda clara la voluntad inequívoca del legislador, estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las correspondientes penas para éstas, de introducir dicho reconocimiento asentado en lo dispuesto por el, hasta entonces, sector minoritario. Pero hay que preguntarse cómo puede fundamentarse dogmáticamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de los postulados que hemos citado.

De acuerdo con la doctrina, ahora, minoritaria, que niega este reconocimiento, argumentamos que el *nomen iuris* dado por el legislador es un dato indiciario de la naturaleza de las consecuencias jurídicas del delito ya que, a veces, éste hace un uso incorrecto e inapropiado del lenguaje. Únicamente mediante el análisis de los contenidos de una regulación jurídica, y en virtud de los resultados, será posible conocer con certeza la verdadera naturaleza jurídica del objeto o de los objetos de la regulación jurídica que entra en consideración. Así lo ha venido declarando reiteradamente el Tribunal Constitucional.

Según GRACIA MARTÍN⁷¹, la terminología legal no puede tratarse como dato decisivo donde pueda apoyarse la afirmación de que en nuestro Derecho las personas jurídicas sean penalmente responsables ni que sean auténticas penas las consecuencias jurídicas previstas para ellas; por eso mismo, cuando cualquier argumentación se

⁷⁰ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico...*, 2012, cit., p. 532.

⁷¹ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, 2012, cit., pp. 213 y ss.

encamine en esa idea tiene que ser rechazada con contundencia. Además, esta incapacidad demostrativa ya fue declarada por los antes y ahora defensores de la responsabilidad penal y de las sanciones penales para personas jurídicas, ya que a ello recurrieron con la introducción de las consecuencias accesorias en el Código penal de 1995 alegando que el *nomen iuris* legal del art. 129 CP tenía realmente la naturaleza de «penas».

Por que ahora se hable de responsabilidad penal y de penas para personas jurídicas, no ha cambiado la necesidad de comprobación y de verificación de la verdadera naturaleza jurídica de la regulación. Quienes consideraron admisible defender la naturaleza material de «penas» de las antes denominadas consecuencias accesorias, tendrán que considerar posible ahora la defensa de que lo que el Código Penal denomina, sólo formalmente «penas», tenga, sin embargo, la naturaleza de consecuencias accesorias desde el punto de vista material.

La postura minoritaria que defendemos junto a GRACIA MARTÍN es que ni la persona jurídica puede ser sujeto activo del delito, ni las consecuencias jurídicas que se prevén para ellas pueden tener naturaleza penal sino administrativa, como las anteriores consecuencias accesorias.

Las únicas consecuencias jurídicas específicas del delito son la pena y las medidas de seguridad. Para considerar que posee naturaleza jurídica de «pena» deberá tener su fundamento y medida en un supuesto de hecho del que sea parte constitutiva la culpabilidad, y, para la «medida de seguridad», la peligrosidad criminal. A su vez, sólo pueden ser aplicadas a la persona que ha realizado el hecho desencadenante de la consecuencia como respuesta ya que tienen carácter personal.

Explicado esto, carece de naturaleza penal toda consecuencia jurídica en que no estén presentes los caracteres de culpabilidad o peligrosidad criminal personales descritos; o que no supongan una actuación directa e inmediata sobre la voluntad de la persona que realizó, ella misma, el hecho desencadenante de la consecuencia. Dado que estos caracteres están ausentes en las consecuencias accesorias, podemos afirmar que no poseen naturaleza penal y ni siquiera sancionatoria —pues, conforme a la tesis que me parece más acertada, les falta el fundamento y la medida, y por ello requisito necesario,

de toda sanción: la culpabilidad—. Tampoco son medidas reparadoras de daños o de indemnización de perjuicios⁷².

Podemos decir, siguiendo a GRACIA MARTÍN, que se trata de medidas de aseguramiento, desprovistas de todo carácter punitivo, y pertenecientes al ámbito del Derecho administrativo. Deben encontrar su principio legitimador únicamente en el peligro de que se realicen con posterioridad otros nuevos delitos y concretamente en la necesidad de protección de bienes jurídicos; y no en la comisión real del hecho típico y antijurídico previo. A mi entender, la efectiva realización de un hecho típico y antijurídico previo como hecho de conexión, es un presupuesto necesario de la aplicación de las consecuencias accesorias, pero el mismo no debe formar parte del supuesto de hecho propiamente dicho de tales medidas. El hecho antijurídico previo constituirá normalmente un síntoma del peligro objetivo de realización de futuras infracciones.

Es por ello que, pese al *nomen iuris* dado por el legislador, las consecuencias jurídicas previstas para personas jurídicas en el art. 33.7 CP no son penas, sino simples consecuencias accesorias del delito, ya que encajan en los requisitos explicados anteriormente -desprovistas de todo carácter y finalidad punitivos, e incluso sancionador en sentido estricto-, que se aplican en el proceso penal, y por el juez penal competente para la substanciación de éste, a un supuesto de hecho no penal que se constituye como accesorio de la realización antijurídica de un hecho penalmente típico por una persona física.

El supuesto de hecho jurídico de estas consecuencias accesorias no está constituido por la comisión de un hecho por la persona jurídica- de ocurrir así, no tendríamos duda acerca de su naturaleza penal- sino por la conexión y una relación determinada de la persona jurídica con un hecho punible que tiene que haber sido realizado necesariamente por alguna persona física. El art. 31 bis, 1, así lo establece, al decir que la responsabilidad penal de la persona jurídica lo es por delitos que se hayan cometido “en nombre o por cuenta de las mismas” por “sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”, por delitos que se hayan cometido “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas” por sujetos subordinados a los anteriores cuando no se ha ejercido sobre ellos el debido control, o

⁷² Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, 2012 cit., p. 203.

por delitos que “hayan tenido que cometerse por alguna de estas personas físicas” mencionadas aunque no estén identificadas e individualizadas o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ninguna de ellas.

Es evidente que una persona jurídica no puede realizar ni uno solo de los elementos constitutivos del supuesto de hecho de una pena (culpabilidad, peligrosidad objetiva), de forma que la naturaleza de las consecuencias jurídicas que les sean aplicables tiene que ser por la fuerza distinta a la de una pena.

Con la interpretación del nuevo artículo 31 bis cabe decir que una responsabilidad por el hecho de otro no tiene cabida en absoluto en el Derecho penal y no puede ser el fundamento de dicha responsabilidad ni de las consecuencias de ésta, pues se estaría reconociendo y dando validez a una responsabilidad penal por hecho ajeno.

Sin embargo, esta responsabilidad sí es posible fuera del Derecho penal. En el Derecho civil se distingue claramente entre deuda y responsabilidad. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad es muy frecuente en el Derecho administrativo. Resulta claro que la naturaleza de semejante responsabilidad es de tipo jurídico-administrativo y en modo alguno penal. La llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas no es, pues, materialmente una de naturaleza penal, sino una responsabilidad objetiva de naturaleza administrativa.

Representando al ahora, sector mayoritario seguido por el legislador, está ZUGALDÍA ESPINAR⁷³ quien justifica la admisión del principio *societas delinquere potest* en el cumplimiento de la demanda internacional para establecer una respuesta penal clara contra las personas jurídicas.

Intenta desmontar el argumento tradicional de que las personas jurídicas no pueden delinquir porque son incapaces de acción y de culpabilidad, y exigirles dicha responsabilidad violaría los principios constitucionales de personalidad de las penas y de culpabilidad, pues se le imputaría una acción y una culpabilidad que no es suya, sino de la persona física que la dirige o que la gestiona.

⁷³ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 59 y ss.

Argumenta que, en efecto, las personas jurídicas son incapaces de acción pero sólo si a la acción se la define exclusivamente como comportamiento humano; lo son también respecto a la culpabilidad siempre que se la entienda en clave psicológica; y son incapaces de pena, si a ésta se la concibe como castigo retributivo del mal uso de la libertad humana.

Cree haber solucionado el problema defendiendo la existencia de unos conceptos de acción y culpabilidad propios de la persona jurídica sobre los que es posible exigirle responsabilidad criminal sin violar ningún principio constitucional.

Con el actual Código Penal, las personas jurídicas son capaces de acción en cuanto que son destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas, de ello se deduce que, al mismo tiempo, pueden ser autoras de una infracción.

Respecto de la culpabilidad, cabe hablar de una culpabilidad propia de la persona jurídica orientada a categorías sociales y jurídicas, y que permite elaborar modelos de autorresponsabilidad de las personas jurídicas.

En realidad, el cuestionamiento que se ha hecho en este contexto en relación a los conceptos de acción y culpabilidad lo encuentra directamente vinculado al cuestionamiento de la noción del sujeto mismo y no al concepto concreto de la acción o de la culpabilidad. ZUGALDÍA afirma que, por esta razón, no se pueden considerar vulnerados los principios básicos de imputación jurídico penal, el principio de imputación subjetiva (art. 5 CP), y la propia definición de delito (art. 10 CP), tal y como los recoge el Código penal⁷⁴.

Esta problemática ha ocasionado la incorrecta ubicación de la responsabilidad penal en el actual Código penal. Nada tiene que ver la consideración de la persona jurídica como sujeto del Derecho Penal con los problemas de la participación criminal o con los problemas dogmáticos de imputación que generan los delitos especiales propios. El conocer quién es el sujeto debe hacerse con carácter previo, pues condiciona las categorías de la teoría del dominio.

⁷⁴ Por el contrario, en doctrina mayoritaria se entiende que el legislador introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas vulnerando los principios de imputación básicos del Derecho Penal, como son acción, omisión, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 38 y ss.

Los sistemas dogmáticos para exigir responsabilidad a las personas jurídicas son reconducibles a dos grandes modelos:

1) El modelo de la *co-responsabilidad o sistema vicarial*, siendo una responsabilidad extensible a la figura del representante. Al contrario de lo que dijimos más arriba y siendo éste el modelo defendido por GRACIA MARTÍN, ZUGALDÍA⁷⁵ entiende este modelo como un beneficio a las grandes empresas y un perjuicio a las pequeñas, el llamado “efecto perverso de la responsabilidad vicarial”.

Sin embargo, siguiendo a GRACIA MARTÍN el sistema vicarial es el idóneo ya que la responsabilidad directa, en primer lugar, atribuye responsabilidad criminal a la persona jurídica con total y absoluta independencia de que se identifique o no a la persona física que ha actuado en su seno; en segundo lugar, la responsabilidad de la persona jurídica no sólo la determina la actuación delictiva del superior, sino también la de los subordinados; y en tercer lugar, es independiente la culpabilidad de la persona jurídica de la de la persona física que realiza el hecho de referencia o de conexión (art. 31 bis, 3 CP).

2) El *modelo de responsabilidad directa o de autorresponsabilidad*, defendido por el legislador y ZUGALDÍA⁷⁶ entre otros, pese a sus múltiples posibilidades de configuración parece decantarse –tal y como hemos dicho antes- por el “hecho de conexión”, considerando que la acción típica de la persona jurídica se integra por la realización, por parte de una persona física, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal en el que se admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre y cuando el hecho se lleve a cabo en unas condiciones tales que permitan afirmar que es una acción propia de la persona jurídica.

Así como GRACIA MARTÍN lo considera importante pero no lo introduce en el supuesto de hecho, ZUGALDÍA concreta el objeto de imputación en el hecho típico de conexión o de referencia de la persona física. La persona jurídica será culpable siempre que haya omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad de empresa.

Para su defensa se basa: en la referencia a la culpabilidad como defecto de organización, implícita en el art. 31 bis, 1, párrafo 1º, y expresa en el párrafo 2 de ese

⁷⁵ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., p. 64.

⁷⁶ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., p. 68.

mismo artículo al señalar que es necesario que el hecho se haya podido cometer “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control”; y a la apreciación de que la gravedad del delito y de la pena depende de la gravedad del hecho de conexión.

La justificación que da ZUGALDÍA⁷⁷ para el hecho de que la persona jurídica responda por su propia acción y por su propia culpabilidad viene centrada en la trascendencia fundamental que tienen, en primer lugar, en el ámbito constitucional, ya que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una responsabilidad objetiva por el hecho ajeno, tal y como dice GRACIA MARTÍN⁷⁸, y, en segundo lugar, a nivel dogmático, porque para poder imputar un delito a una persona jurídica se precisan los criterios de imputación del hecho de referencia a la persona jurídica para considerarlo como propio de ella; y desde el punto de vista procesal, ya que para ejercitar la acción penal indistintamente contra la persona física, contra la persona jurídica o contra ambas es fundamental la autorresponsabilidad.

Según esta corriente, no existe obstáculo alguno para considerar que el modelo del hecho de conexión o del hecho de referencia es un modelo de “transferencia de responsabilidad” de la persona física a la persona jurídica, si bien entendiendo que la responsabilidad criminal de la persona jurídica es propia y que dentro de los delitos que admiten la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se podrán contemplar dos planos de responsabilidad: el individual y el colectivo, dándose entrada así a la responsabilidad autónoma y directa de la persona jurídica. Y no por derivación de la responsabilidad personal de un sujeto concreto, sino como autorresponsabilidad de la propia persona jurídica. El problema radica en determinar bajo qué condiciones, y en virtud de qué relación existente entre uno y otra, el hecho de la persona física es al mismo tiempo un hecho de la persona jurídica⁷⁹.

La regla general es: 1. Que una persona física, directivo o subordinado, lleve a cabo un hecho de referencia que se adecue a un tipo penal con responsabilidad penal de las personas jurídicas; 2. Que ese hecho se pueda imputar a una persona jurídica sobre la base de su propia culpabilidad.

⁷⁷ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., p. 72.

⁷⁸ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...*, cit., p. 205.

⁷⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, 2011, pp. 2 y ss.

Para entender el primer punto, dividimos la imputación como ilícito en dos tareas: por un lado, analizar la tipicidad del hecho; y por otro, las posibles causas de justificación.

Como parte de este estudio de la tipicidad, hemos dicho que para considerar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una persona física debe realizar tanto la vertiente objetiva del tipo penal como la subjetiva.

Para la vertiente objetiva es necesaria la existencia de una o varias personas físicas competentes vinculadas a la persona jurídica. Pero no es suficiente con que delinca quien se encuentra en el vértice de la empresa, sino que la persona competente debe estar enmarcada de algún modo en la estructura societaria, y su comportamiento sólo puede adquirir sentido en el contexto societario.

Si volvemos a la doble vía, encontrar el hecho de conexión en delitos cometidos por representantes legales y administradores de hecho o de Derecho, recogido en el art. 31 bis núm. 1, párrafo 1º, nos obligará a distinguir a quiénes incluimos y a quienes no: administrador de Derecho será quien determine la legislación y el encargado de ejecutar las decisiones de la Junta General o del Consejo de Administración; el administrador de hecho será cualquier persona que, vinculada a la sociedad, tenga capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes. Caben tres grupos: personal de alta dirección, administradores ocultos, y administradores y directivos de la empresa madre en relación a las filiales. Para la vía de los delitos cometidos por empleados o dependientes, que prevé el art. 31 bis, núm. 1, párrafo 2º, el criterio es más amplio alcanzando a todo sujeto que opere integrado bajo el ámbito de dirección de los administradores⁸⁰.

Entenderemos cumplida la vertiente objetiva cuando la persona o personas físicas competentes la realicen con todos los elementos del tipo exigidos (acción, resultado, imputación objetiva). Ejemplo de ello son la infracción de deberes como miembros de la empresa, el haber vulnerado los deberes de la persona jurídica en el ejercicio de las actividades sociales, denominado *giro de empresa*; la actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica, con la posible extralimitación en el mandato que la haga ser tenida en cuenta a la hora de valorar la trascendencia o intrascendencia de la conducta de la persona física en sede de la persona jurídica. El requisito de esta

⁸⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., pp. 77 y ss.

actuación es que la persona jurídica solo responderá de los hechos que los administradores o empleados hayan llevado a cabo dentro del marco de actuación empresarial, todo lo que exceda será imputable a ellos en particular.

La actuación en provecho de la persona jurídica es otro ejemplo de elemento del tipo objetivo. Un vertido contaminante ha podido beneficiar a la empresa a corto plazo al eliminar un problema para ésta. Sin embargo, a largo plazo, la apertura del procedimiento penal, afecta de tal forma a la misma que puede considerarse que la acción no fue positiva. Resulta irrelevante que el beneficio se haya obtenido o no efectivamente. Se requiere la previa constatación de la conducta beneficiosa para la empresa, aunque luego no se dé.

Para SCHÜNEMANN⁸¹ la distinción está clara, no es lo mismo criminalidad “de” empresa que criminalidad “en” la empresa. Según él, sólo la primera debería generar responsabilidad de la persona jurídica.

Además, no tiene que reducirse todo a nivel económico, cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho. Comprobar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho de referencia y el enriquecimiento es vital, y que ese enriquecimiento esté dentro del fin de protección de la norma vulnerada por el hecho de conexión.

Dejando la vertiente objetiva, hay discusión sobre qué hacer con el dolo a la hora de cumplir la vertiente subjetiva del tipo penal puesto que es una categoría elaborada desde y para exclusivamente la persona física y por lo tanto, incompatible con las personas jurídicas. Se han barajado tres posibilidades: prescindir del dolo; elaborar un concepto propio para la persona jurídica o el existente referirlo a las personas jurídicas.

Para ZUGALDÍA⁸², la persona jurídica responderá dolosamente o imprudentemente según el conocimiento (dolo) o desconocimiento evitable (imprudencia) de quien realiza el hecho de referencia. Una persona jurídica puede actuar con dolo siempre y cuando éste se fije de acuerdo con criterios sociales. Si la persona física realiza un hecho imprudente no punible aun con culpa por falta de control de la empresa, ésta última también permanecerá impune. Así se evita que la persona jurídica sea peor tratada que la persona física.

⁸¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., p. 86.

⁸² Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., p. 90.

El no saber si un hecho típico se ha dado de forma dolosa o si encaja en una imprudencia, nos hace distinguir entre: si no sabemos quién ha realizado el hecho, imputación del hecho a la persona jurídica; y si no sabemos cuál ha sido el hecho, regirá el principio *in dubio pro reo*.

Terminado el análisis de la tipicidad, la antijuridicidad es más sencilla. La persona jurídica está exenta de responsabilidad criminal si concurre a favor una causa de justificación. ZUGALDÍA⁸³, bajo mi punto de vista de manera errónea, llega a considerar justificación una extrema situación de necesidad de la persona jurídica –ej. actual crisis económica–.

El otro rasgo para la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hemos citado al principio de este epígrafe ha sido la culpabilidad. Ésta requiere la comprobación de que la persona jurídica ha omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control —defecto de organización— que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal de la actividad de empresa.

Al contrario que en la teoría jurídica del delito de la persona física en la de la persona jurídica, es la actitud reprochable del autor lo que permite imputar a la persona jurídica el hecho ilícito, realizado por una persona física, que lesione o ponga en peligro, dolosa o imprudentemente, un bien jurídico⁸⁴. Faltará por consiguiente la culpabilidad de la persona jurídica en aquellos casos en los que la persona jurídica haya puesto toda la diligencia necesaria en orden a evitar que se cometieran delitos en su interior.

La gravedad de la culpabilidad es graduable por lo que no es lo mismo, en lo que a la falta de adopción de medidas de precaución se refiere, no haber sido conscientes de su necesidad, no haberlas adoptado por considerarlas equivocadamente innecesarias, que las adoptadas hayan resultado insuficientes o no haber ejercido las previstas para hacer posible la comisión del delito. También puede ser más grave la culpabilidad de la persona jurídica que permite cometer en su seno delitos dolosos que la de que hace posible la realización de delitos imprudentes.

⁸³ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., p. 91.

⁸⁴ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, cit., pp. 92 y ss.

Desde luego, la culpabilidad de la empresa (y de sus directivos) y la culpabilidad de las personas físicas que actúan en su nombre representándola son perfectamente divisibles. No así la del representante que afirma el contrato actuando bajo un error de prohibición invencible (art. 14.3 CP).

Además del defecto de organización, la infracción del deber y el dolo son cuestiones que tienen que predicarse respecto de la acción de la persona física que realiza el hecho de referencia⁸⁵.

Por el contrario, la culpabilidad de la persona jurídica se refiere a las medidas que dejaron de adoptarse de forma contraria al deber. Solamente en este sentido se puede decir que la persona jurídica sea garante y sólo en este sentido puede decirse que la persona jurídica infringió un deber.

3. PAPEL QUE DESEMPEÑAN ACTUALMENTE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

La reforma realizada por la LO 5/2010 ha mantenido en el Código penal el art. 129. No obstante, da la sensación de que estas consecuencias accesorias se siguen conservando exclusivamente para mantener con contenido dicho artículo, en la medida en que constituyó una de las novedades más importantes del nuevo CP de 1995 en la línea de situarse a medio camino entre la irresponsabilidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Llegados a este punto, todo lo hasta aquí expuesto acerca de la naturaleza jurídica es trasladable, *mutatis mutandis*, a las consecuencias accesorias que permanecen en dicho artículo tras la reforma. Y ello porque las medidas que permanecen son materialmente análogas a las que se contenían en el texto anterior, eso sí, con la importante salvedad de que ahora las consecuencias accesorias no son aplicables en el caso de las personas jurídicas sino exclusivamente en el de “empresas,

⁸⁵ La empresa FREM, S.A., que se dedicaba a la elaboración de productos químicos acuerda un plan de reducción del gasto que comprendía, dejar en suspenso la adquisición de diez contenedores-cisterna y verter los residuos tóxicos a un terreno próximo propiedad de la empresa, produciéndose filtraciones a manantiales del río X, próximo a la zona. Como hemos tenido ocasión de ver, la responsabilidad criminal de los ejecutores materiales del hecho, de los mandos intermedios y de los directivos que las dieron no necesita ser fundamentada, en ningún caso, en el art. 31 CP –actuación en nombre de otro- al ser el delito ecológico un delito común. Se trata de un caso de coautoría ya que cuando se aprovechan las estructuras jerárquicamente organizadas para cometer delitos, con división de funciones, es difícil negar, en cada fase, el dominio del hecho y que el mismo se ha realizado “conjuntamente” (art. 28.1 CP).

Pero lo verdaderamente importante es que dichas responsabilidades individuales no impiden tener que analizar la posible responsabilidad penal de la propia empresa. Para ello deben comprobarse los criterios de imputación de un delito a una persona jurídica analizando si concurren los requisitos del art. 31 bis CP.

organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código”, algo lógico si se ha reconocido responsabilidad penal a las personas jurídicas y penas específicas para éstas. Al igual que la regulación anterior, la imposición de estas consecuencias accesorias a la pena que se imponga al autor del delito es de naturaleza potestativa, además el órgano judicial está obligado a motivar expresamente por qué recurre a una sanción de esta índole⁸⁶.

Parece que en nuestro Derecho se han quedado como consecuencias accesorias en sentido estricto las de este artículo, no teniendo naturaleza penal, pues esas se contemplan en el art. 31 bis CP bajo la voluntad inequívoca del legislador.

En este sentido, y a diferencia de lo que se prevé en el art. 31 bis para las personas jurídicas, las medidas del art. 129 CP únicamente se pueden imponer una vez que se ha cometido un hecho delictivo por parte de una persona física, a la que ya se le impone una pena, y con respecto a la cual dichas medidas se presentan entonces como “accesorias”. Otra distinción respecto del art. 31 bis, es que el art. 129 no exige una actuación realizada para favorecer a las entidades a las que se refiere, sino que se contenta con que una persona física haya cometido delitos o faltas, bien sea “en su seno”, bien sea “con la colaboración, a través o por medio de” dichos entes sin personalidad jurídica. Por tanto, la entidad a la que se impondrán las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 puede aparecer como el marco en el que se cometieron las infracciones, como el instrumento de éstas o como una colaboradora, de tal manera que en algunos supuestos la entidad puede ser una víctima más del delito o falta⁸⁷.

Así las cosas, hay que señalar que el art. 129 sigue ofreciendo una regulación bastante flexible de las consecuencias accesorias, respetuosa con la naturaleza secundaria que deben poseer. Hay que tener en cuenta que el órgano judicial podrá elegir entre cinco consecuencias diferentes, que, tras la reforma realizada por la LO 5/2010, son las previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, precepto que ahora recoge “las penas aplicables a las personas jurídicas”.

⁸⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MONTANER, R., *Delitos contra el Medio Ambiente...*, cit., pp. 177 y ss.

⁸⁷ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, 2012, cit., p. 510.

Si bien, tras la reforma realizada por la LO 5/2010 se amplía significativamente el número de delitos a los que pueden ser aplicadas las consecuencias accesorias.

En el marco de los delitos contra el medio ambiente, siguen siendo aplicables las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP.

No obstante, la imposición recae, o bien en que el Código así lo prevea expresamente, o bien que se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el Código permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Para el caso de los delitos contra el medio ambiente, aunque en el art. 327 no se alude de forma expresa a la imposición de consecuencias accesorias en caso de empresas sin personalidad jurídica, sí se hace referencia a entes con personalidad jurídica por los delitos del art. 325 y 326. Por tanto, acogiéndonos a esta segunda posibilidad, también en este ámbito de delincuencia cabría la aplicación de las consecuencias accesorias a las que se refiere el art. 129.

Con esta ampliación, la modificación del art. 129 CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, supone la eliminación de lo establecido en el antiguo apartado tercero, el cual determinaba que las consecuencias accesorias previstas en esta norma estarían “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”. Actualmente y con la sola exigencia de colaborar, la constatación de cierta participación de la empresa en la actividad delictiva carece de sentido.

Remitiéndonos de nuevo al art. 33.7 CP, en concreto, a las letras c) a g), excepto la disolución de la persona jurídica, todas las penas mencionadas anteriormente podrán adquirir la forma de consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica.

Además, en el art. 129.1 *in fine* se establece que, para estas empresas, organizaciones... sin personalidad jurídica, el juez o tribunal también podrá acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Por último, al igual que para las personas jurídicas, la clausura temporal, la suspensión de las actividades y la intervención judicial, también podrán adoptarse como medidas cautelares por el Juez Instructor durante la tramitación de la causa (art. 129.3 CP). Conviene mencionar que, con la regulación anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias aplicables en el ámbito de

los delitos ecológicos como medidas cautelares sólo estaba prevista en relación con la clausura temporal.

IV. CONCLUSIONES

Desde el principio, se presenta un Trabajo estructurado en dos bloques claramente diferenciados. Por un lado, la regulación de las vías de imputación de responsabilidad penal en el ámbito empresarial por delitos contra el medio ambiente contempladas hasta 2010, y posteriormente, las modificaciones que sufren éstas tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

En un primer bloque, las vías de imputación penal en el ámbito empresarial por delitos contra el medio ambiente distinguen entre la responsabilidad exigible a las personas físicas y la responsabilidad de los entes colectivos.

Analizando lo regulado para las personas físicas, debíamos diferenciar entre la responsabilidad penal exigida al ejecutor material del hecho, quien respondería generalmente como autor, y la responsabilidad del superior jerárquico, donde nos encontrábamos con un amplio catálogo de posibilidades de imputación de responsabilidad penal (partícipe, autor mediato activo, coautor o autor en comisión por omisión) de tal manera que no resultaba sencillo determinar en cada caso cual era la vía de imputación más adecuada.

Respecto a los entes colectivos, el art. 129 CP de 1995 introdujo como novedad una serie de consecuencias accesorias al delito cometido en el seno de la empresa (clausura del establecimiento, disolución de la sociedad, suspensión de la actividad o intervención judicial) que provocó una amplia discusión doctrinal. Su naturaleza jurídica no estaba clara: la mayoría defendía su carácter administrativo, a diferencia de unos pocos que las consideraba de naturaleza penal. Nuestra postura mayoritaria por entonces argumentaba el carácter asegurativo de las mismas mostrando la conexión existente con el Derecho Administrativo sancionador. A consecuencia de estas dudas, sólo se aplicaban cuando el juez o tribunal motivase su utilización.

En un segundo bloque, podemos observar como las vías de imputación penal en el ámbito empresarial por delitos contra el medio ambiente tras la LO 5/2010 no varían

en lo que respecta a las personas físicas (se mantienen tanto las del ejecutor material como las del superior jerárquico).

El cambio se experimenta con la introducción de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas. Si antes teníamos las consecuencias accesorias, ahora el legislador amplía el Código penal en su art. 31 bis, reconociendo expresamente la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas.

Amparándose en la exigencia internacional de un mayor castigo a los infractores, el legislador español hace caso a la posición, ahora mayoritaria, que defendía el carácter penal de las consecuencias accesorias. El profesor GRACIA MARTÍN, con quien me identifiqué, sigue manteniendo su tesis asegurativa y no otorga rigor jurídico a que dicho precepto ponga de manifiesto el reconocimiento de las antes consecuencias accesorias como penas.

Además, la mayor parte de las penas que se recogen en el actual art. 33.7 CP ya estaban contempladas con anterioridad, solo que con distinta naturaleza jurídica. No obstante, la discusión sigue abierta.

Centrándonos en los delitos contra el medio ambiente, las penas exigidas en la mayor parte de los casos se contemplan por el incumplimiento del debido control en las instalaciones. Por ello, para fijarlas correctamente debemos comprobar la ausencia de vigilancia, averiguando la relación existente entre la infracción del deber de control y el delito cometido, en su gran mayoría, por el empleado de la sociedad. Sólo así podremos establecer la responsabilidad de la persona jurídica y fijar la duración de la pena de multa; seguido de la posibilidad de que el juez o tribunal aplique potestativamente alguna de las otras penas recogidas en el art. 33.7 CP, bien de manera temporal o definitiva.

Habiéndose establecido la responsabilidad penal para las personas jurídicas, el papel actual de las consecuencias accesorias sigue contemplándose en el art. 129 CP pero dista mucho del que les fue otorgado en 1995, ahora sólo se aplican a entes sin personalidad jurídica.

Finalmente, a pesar de los cambios no parece que el Derecho penal del medio ambiente esté siendo un instrumento eficaz para combatir los ataques más graves contra bienes ambientales ya que de nada sirve la conciencia ecológica de la ciudadanía ni

incluso el Derecho penal, si la Administración pública no fija una programación de todos los delitos que pueden suponer un peligro para el medio ambiente y lo hace cumplir, sin excepciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, C., «Derecho penal ambiental: formas de imputación de responsabilidad criminal en los delitos contra el medio ambiente», LÓPEZ RAMÓN, F., (coord.), en *Observatorio de políticas ambientales 2013*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 339 y ss.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Derecho penal. Parte general. Introducción Teoría jurídica del delito*, Romeo et al (coord.), Comares, Granada, 2013.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- DÍAZ G.-CONLLEDO, M., «La autoría mediata. Con una especial referencia a los derechos socioeconómicos y contra el medio ambiente»; en *Documentos penales y criminológicos*, volumen 1, a, 2001, pp. 261 y ss.
- DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010» en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, 2011, pp. 3 y ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP» en *Homenaje Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 273 y ss.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Sujetos responsables en los delitos societarios» en *Revista penal*, nº 1, Huelva, 1997, pp. 21 y ss.
- GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, José María Bosch, Barcelona, 1999.
- GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas» en *Actualidad penal*, nº 39, 1993, pp. 583 y ss.
- GRACIA MARTÍN, L., (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Boldova et al (coord.), 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho Penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1995, pp. 209 y ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Iustel, Madrid, 2012.
- MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F., «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 151 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas al Derecho”?» en *Revista Penal*, nº6, 2000, pp. 104 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, G., *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, 2011.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa» en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 529 y ss.
- SESSANO GOENAGA, J. C., «La protección penal del medio ambiente» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4, 2002, pp. 329 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español» en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Schünemann-Figueiredo Dias (coord.), Barcelona, 1995, pp. 357 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos contra el Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MONTANER, R., *Delitos contra el Medio Ambiente: reforma legal y aplicación judicial*, Atelier, Barcelona, 2012.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Empresa y delito en el nuevo CP*, CGPJ, Madrid, 1997.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», *Revista del Poder Judicial*, nº46, 1997, pp. 327 y ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.