

LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO DE LA PERSONA JURÍDICA: RAZONES PARA LA ELIMINACIÓN DE UN REQUISITO DISFUNCIONAL EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES PENALES

Prof. Dr. Ramon Ragués i Vallès

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN: LOS “ELEMENTOS DE CONEXIÓN” EN EL DERECHO PENAL VIGENTE	2
II. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO: MARCO NORMATIVO E INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA	3
<i>II.1. Requisitos de pertenencia del hecho de la persona física a la persona jurídica.</i>	3
<i>II.2. La actuación en beneficio directo o indirecto: doctrina y jurisprudencia dominantes.....</i>	5
II.2.A. Principales interpretaciones posibles.....	5
II.2.B. La actuación en beneficio como aptitud del comportamiento delictivo	10
II.2.C. El concepto de beneficio	11
II.2.D. Atribución del beneficio al comportamiento delictivo	13
II.2.E. Balance.....	14
III. LAS RAZONES DE LA EXIGENCIA LEGAL DE LA ACTUACIÓN BENEFICIO: JUSTIFICACIONES EN LA DOCTRINA	14
<i>III.1. La exclusión de la punibilidad de las autolesiones.....</i>	15
<i>III.2. La necesidad de incentivar la prevención de ciertas conductas en particular..</i>	16
<i>III.3. La actuación en beneficio como criterio de especial pertenencia</i>	19
<i>III.4. Balance e insuficiencia de las justificaciones ofrecidas</i>	23
IV. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE ESTE PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	25
<i>IV.1. Los delitos inidóneos para beneficiar. En particular, el acoso sexual.....</i>	25
<i>IV.2. El problema de los beneficios fugaces o insignificantes.....</i>	29
<i>IV.3. ¿La interpretatio abrogans como solución aceptable?.....</i>	33

V. CONCLUSIONES	33
<i>V.1. Argumentos para la eliminación de este “elemento de conexión”</i>	33
<i>V.2. Posibles soluciones parciales</i>	38
BIBLIOGRAFÍA CITADA	39

LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO DE LA PERSONA JURÍDICA: RAZONES PARA LA ELIMINACIÓN DE UN REQUISITO DISFUNCIONAL EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES PENALES

*Prof. Dr. Ramon Ragués i Vallès **

I. INTRODUCCIÓN: LOS “ELEMENTOS DE CONEXIÓN” EN EL DERECHO PENAL VIGENTE

El art. 31 *bis* del Código Penal español, en su redacción vigente desde 2015, dispone que una persona jurídica es responsable de los delitos cometidos por determinadas personas físicas cuando estas hayan delinquido *en beneficio directo o indirecto* de aquella. La previsión de este elemento, como presupuesto de la llamada responsabilidad penal corporativa, supone una importante diferencia entre las razones del castigo de las personas jurídicas y las físicas. Así, en el caso de los seres humanos su responsabilidad penal depende, fundamentalmente, de la atribución de determinados daños sociales o individuales, asociados a sus acciones u omisiones, que las hacen merecedoras de respuesta penal; en cambio, en el caso de las personas jurídicas a dicha exigencia se añade la necesidad de que, además de la imputación de un estado de cosas valorado negativamente, sea esperable la obtención de un determinado provecho derivado del delito.

Como se expondrá en las siguientes páginas, la exigencia de este elemento adicional -la actuación en beneficio- resulta *perturbadora para una adecuada atribución de responsabilidad penal* a las entidades colectivas y *sería preferible su supresión* del texto de la ley. Para justificar esta afirmación, en la primera parte del trabajo se resumirá el marco legal aplicable y lo que hasta el momento ha dicho al respecto la jurisprudencia (II); seguidamente, se mostrarán las propuestas ofrecidas hasta la fecha en la doctrina para tratar de encontrarle un sentido a este elemento dentro del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (III); a continuación, se señalarán algunos problemas especialmente evidentes que la previsión de este requisito plantea en el Derecho vigente (IV); y, por último, se expondrán los argumentos por los que se considera que no existe una interpretación posible que, *de lege lata*, permita superar los problemas que plantea este elemento y,

* Catedrático de Derecho penal. Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

por lo tanto, sería preferible su eliminación del art. 31 *bis* CP para lograr una regulación más coherente de esta forma de responsabilidad penal (V).

En el presente trabajo no se ignora que, hoy por hoy, la necesidad de que el delito de la persona física se cometa “en beneficio directo o indirecto” de la jurídica es un requisito vigente que tiene un efecto limitador de la responsabilidad penal corporativa y, por tanto, el art. 31 *bis* CP *no puede interpretarse como si dicho elemento no existiera* sin entrar en conflicto con el principio de legalidad (art. 25.1 CE)¹. Sin embargo, el objetivo principal de estas páginas no será ofrecer una interpretación del Derecho vigente que resulte lo menos problemática posible -propuesta que ya se ha formulado en otro trabajo previo²-, sino exponer las razones por las que se considera que los problemas que plantea este requisito son insalvables con una interpretación judicial respetuosa con el texto de la ley y, por ello, conviene una actuación legislativa para garantizar la coherencia del modelo de responsabilidad vigente³.

II. LA ACTUACIÓN EN BENEFICIO: MARCO NORMATIVO E INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

II.1. Requisitos de pertenencia del hecho de la persona física a la persona jurídica

Aquellos ordenamientos jurídicos que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas exigen la concurrencia de determinados vínculos entre dichas entidades y la persona física que comete un delito para que las primeras sean condenadas por su relación con el hecho de la segunda. A estos vínculos se los puede denominar “elementos de conexión” y su concurrencia es fundamental, no solo en términos de atribución de responsabilidad, sino también para determinar hasta dónde alcanzan los deberes de vigilancia de la persona jurídica respecto de las actividades de sus miembros. Solo si una conducta (punible) de la persona física pertenece también a la jurídica tiene sentido que se condene a esta última por no haber controlado adecuadamente -e impedido o intentado impedir- el comportamiento de la primera. Fuera de este ámbito de pertenencia las personas jurídicas no solo *no*

¹ Se volverá, con más detalle, sobre esta cuestión específica *infra* IV.3.

² Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, especialmente, pp. 105-134.

³ En este texto se asumirá en sus ejes centrales el modelo vigente en España de responsabilidad penal de las personas jurídicas y se propondrán cambios para hacerlo más coherente con sus fundamentos. Con ello no se ignora que hay trabajos que cuestionan radicalmente dicho modelo y la propia existencia de responsabilidad penal corporativa.

tienen la obligación de controlar los hechos de la vida privada de su personal, sino que sería de dudosa legalidad que intentaran hacerlo.

Los “elementos de conexión” permiten determinar cuándo un delito pertenece a la actividad de una organización (y, por consiguiente, debe impedirlo) y cuándo es un hecho ajeno a esta (y, por ende, no está legitimada para controlarlo)⁴. En el Derecho español vigente estos *critérios de pertenencia* son los siguientes, según se desprende del tenor literal del art. 31 *bis* CP⁵:

1. En primer lugar, la persona física debe ocupar *determinados cargos o posiciones dentro de la estructura de la persona jurídica*. En tal sentido el Código Penal menciona a tres clases de sujetos en particular: *a)* Los representantes legales o aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de esta; *b)* Aquellos sujetos que tienen facultades de organización y control dentro de la persona jurídica, a los que en estas páginas se denominará “directivos”; y, por último, *c)* Aquellos sujetos que están “sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas”, a los que se hará referencia en lo sucesivo como “subordinados” o “dependientes”⁶. El denominador común a todos estos sujetos es la existencia de un acto previo de delegación por el que la persona jurídica o sus socios, titulares de la correspondiente estructura, han atribuido la capacidad de gestionar dicho ámbito de actividad y el sujeto en particular ha aceptado dicho encargo⁷. Ello permite descartar cualquier responsabilidad de una persona jurídica cuando, por ejemplo, quien delinque se hace pasar por directivo sin serlo, o es un sujeto que fue cesado o despedido con anterioridad a su actuación delictiva.

2. En segundo lugar, para que exista responsabilidad corporativa alguna de las personas físicas citadas tiene que cometer una conducta delictiva de las que puede dar lugar a dicha responsabilidad concurriendo alguno de los siguientes *contextos en su actuación*: *a)* Haber cometido la infracción actuando *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica en el caso de los administradores y los directivos; o *b)* Haber perpetrado la conducta punible obrando *en el ejercicio de actividades sociales y actuando por cuenta* de la persona jurídica en el caso de los

⁴ En palabras de Feijoo Sánchez, *REDEPEC*, 1 (2023), p. 56, estos elementos “son criterios para convertir el delito individual en un delito de la organización, es decir, en un hecho propio de la organización de la que es titular la persona jurídica”.

⁵ Desde la perspectiva de Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva*, p. 311, se trataría de indicios para justificar “la dimensión colectiva de la actuación del miembro individual de la empresa”.

⁶ Expresión utilizada, por ejemplo, en la STS 949/2022, de 13 de diciembre (ponente Martínez Arrieta) ((ECLI:ES:TS:2022:4493)).

⁷ Ragués i Vallés, *La actuación en beneficio*, p. 28.

subordinados⁸.

3. Finalmente, para que exista responsabilidad penal, tanto unos como otros sujetos tienen que cometer el delito *en beneficio directo o indirecto* de la persona jurídica: el requisito en el que se centrará el presente trabajo. Este elemento debe concurrir *además* de los anteriores y no de manera alternativa, como sucede en otros ordenamientos como el italiano o el chileno⁹. La gran diferencia con estos sistemas es que, mientras en estos la gestión en interés y la actuación en beneficio son elementos de la responsabilidad que se presentan unidos por una conjunción disyuntiva -y, por tanto, elementos de concurrencia alternativa-, en España es necesario que concurren ambos requisitos a la vez. Tal circunstancia impide una traslación automática a la discusión española de los argumentos que en estos dos países se proponen para interpretar los respectivos preceptos reguladores de la responsabilidad penal corporativa¹⁰.

Solo si concurren estos tres vínculos entre persona física y jurídica y, además, el delito de la primera ha tenido lugar por haberse incumplido las medidas de vigilancia, control y supervisión que la persona jurídica debía aplicar de conformidad con el art. 31 *bis* CP, la entidad colectiva deberá ser considerada penalmente responsable de aquellas infracciones penales para las que el legislador ha previsto la denominada responsabilidad penal corporativa.

II.2. La actuación en beneficio directo o indirecto: doctrina y jurisprudencia dominantes

II.2.A. Principales interpretaciones posibles

¿Qué significa que una persona física ha obrado en beneficio directo o indirecto de una persona jurídica? Al respecto parecen existir dos grandes interpretaciones posibles:

⁸ Cfr. sobre estos elementos, entre otros, Martínez-Buján Pérez, *REDEPEC*, 3 (2023), p. 68 s.

⁹ En Chile el art. 3.º de la Ley 20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, prevé que “Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1.º que fueren cometidos directa e inmediatamente *en su interés o para su provecho*, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”. Al respecto, cfr. García Palominos, *RChD*, 47 (2020), pp. 821-848. Por su parte, en Italia el art. 5 del Decreto Legislativo 231/2001 dispone que “l’ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio”. Para más detalles sobre este último precepto, Astrologo, *LIP*, 2003, pp. 649-666; y Selvaggi, *L’interesse*, p. 28 ss, quien apunta a que la obtención de una “ventaja” suele interpretarse como una presunción de que se actuó en interés de la entidad colectiva.

¹⁰ Según Feijoo Sánchez, *REDEPEC*, 1 (2023), p. 57, “la exigencia de requisitos cumulativos y no alternativos implica una ‘vinculación fuerte’ del delito con la organización”.

1. La primera, y más amplia, pasa por entender que un sujeto actúa en beneficio de otro siempre que el primero *no obra gestionando sus propios intereses, sino los intereses del segundo*. En esta interpretación, actuar en beneficio viene a ser lo mismo que actuar por cuenta o en interés de otra persona. La equivalencia entre estos términos se observa, sin ir más lejos, en el texto de numerosas directivas y decisiones marco de la Unión Europea que regulan los presupuestos de responsabilidad de personas jurídicas por hechos ilícitos de sus empleados: en las correspondientes traducciones oficiales las expresiones citadas se emplean de manera totalmente intercambiable¹¹.

Acogiendo esta interpretación afirma, por ejemplo, *Luis Chiesa* en Estados Unidos que “el énfasis no debe ponerse en si el acto delictivo en sí mismo beneficia a la compañía pues, después de todo, los delitos eventualmente pueden acabar perjudicándola. El foco debe situarse, más bien, en si la modalidad de conducta que el empleado ha realizado pertenece a aquella clase de actos que son aptos para beneficiar a la empresa”. A tal efecto este autor cita como ejemplo el caso *Vaughan and Sons Inc v. State*, resuelto en 1987 por la Corte de Apelaciones de Texas¹², en el que dos empleados causaron negligentemente una muerte en un accidente de tráfico. Desde su punto de vista, lo decisivo no es si el accidente benefició a la empresa -es evidente que la respuesta deberá ser negativa-, sino si “el acto de conducir en general, realizado por el sujeto cuando mató a la víctima, puede beneficiar a la compañía”¹³.

Esta interpretación permite sostener que prácticamente siempre que alguien comete un delito cuando está desarrollando las tareas que le ha encomendado su principal puede dar pie a la responsabilidad penal de este último si se trata de una persona jurídica. Con esta interpretación, por ejemplo, cabe sostener que existe responsabilidad de la persona jurídica en ciertos casos de la llamada “banca paralela”, como aquellos supuestos en los que un director de una sucursal bancaria engaña a los clientes para que le entreguen sus ahorros, asegurándoles que el capital está garantizado, a fin de invertirlos en productos financieros de alto riesgo que nada tienen que ver con los que la entidad bancaria

¹¹ Para más detalles Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, pp. 51-55. Si bien en los textos europeos se establece un único elemento de conexión –que en la versión inglesa suele aparecer como “for its benefit” y en la francesa “pour leur compte”- este ha sido traducido indistintamente al español como “en su provecho” o “beneficio”, pero también en ocasiones como “por su cuenta”, lo que invita a entender que tales expresiones pueden considerarse como sinónimas.

¹² Texas Court of Criminal Appeals, 737 S.W.2d 805 (1987).

¹³ Chiesa, *Substantive*, p. 426. Un punto de vista parecido se defiende en Walsh/Pyrich, *RLR*, 47 (1995), p. 623: “Si la acción se realizó con vistas a promover el negocio del principal o hacer algo por él, la expectativa o esperanza de beneficio, directo o indirecto, hace que el acto pertenezca al principal”.

comercializa¹⁴. Con arreglo a esta interpretación amplia, el banco es responsable penalmente, por cuanto la estafa cometida por el director ha tenido lugar en el contexto de su actividad profesional, que por lo general realiza en interés de la entidad bancaria y con los recursos de esta (en su oficina, con sus clientes etc.), y se trata de un riesgo que la persona jurídica debía controlar.

Esta interpretación supone la práctica equiparación entre los presupuestos de la responsabilidad penal corporativa del art. 31 *bis* CP y la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP, aplicable a “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”. Sin embargo, la asunción de semejante criterio plantea algunos problemas en el vigente Derecho español:

a) La exigencia de que el delito se cometa en beneficio resulta ser *redundante* respecto de otros elementos de conexión, como la necesidad de que el delito de la persona física se cometa actuando “en nombre” o “por cuenta” de la persona jurídica, así como en el ejercicio de sus actividades sociales.

b) Además, con semejante interpretación parece perder su sentido la previsión normativa de que el beneficio para la persona jurídica pueda ser *tanto directo como indirecto*. Esta precisión en el texto de la ley penal fue incorporada en 2015 -el texto inicial del art. 31 *bis* solo hablaba de que el delito se cometiera “en provecho”¹⁵- al objeto de dejar claro que la entidad colectiva también debe ser hecha responsable aunque la persona física no haya tenido el propósito de beneficiarla con su delito, si dicho beneficio es un efecto colateral de la infracción¹⁶. Para

¹⁴ Un buen ejemplo, aunque anterior a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede ser el caso resuelto por la STS 741/2010, de 26 de julio (ponente Sánchez Melgar) ((ES:TS:2010:4211)), que se ocupa del supuesto de un director de sucursal bancaria que, “aprovechando la confianza que los clientes depositaron en él, no solo desde el punto de vista personal y como director de la citada sucursal durante tantos años, sino también merced a lo duradero de la relación mercantil que les unía, se dedicó durante un periodo de tiempo sin concretar (...) a invertir el dinero que aquéllos le confiaban, en productos financieros distintos de los que realmente querían contratar, logrando su consentimiento mediante la promesa de tipos de interés superiores a los que de ordinario se abonaban en las operaciones en las que los depositantes querían invertir su dinero”. Otros casos más recientes, que presentan similitudes con el anterior, pueden encontrarse en la STS 343/2014, de 30 de abril (ponente Giménez García) ((ES:TS:2014:1877)); y también en la STS 374/2016, de 3 de mayo (ponente Colmenero Menéndez de Lúcar) (ES:TS:2016:1944).

¹⁵ Ya antes de la reforma de 2015 algún autor como Del Rosal Blasco, *CPC*, 103 (2011), p. 87, aludía a ambas expresiones como sinónimas y con posterioridad ha mantenido dicho criterio Feijoo Sánchez, *El delito*, p. 95; e Id. *Tratado*, pp. 81-82.

¹⁶ Una de las razones de la introducción de esta especificación legal en el art. 31 *bis* CP fue la voluntad de superar la crítica recibida por la regulación española anterior a 2015, según

que esta interpretación tenga sentido, es necesario que el beneficio sea un efecto -derivado o, al menos, esperable- del delito y no el contexto en el que se comete la infracción penal.

c) Además, como argumento sistemático adicional cabe observar que, en el caso de algunos delitos (como se desprende del art. 52.4 CP¹⁷), el Código tiene en cuenta el beneficio obtenido como *criterio de determinación de la pena de multa*, lo que exige que tal elemento sea en principio susceptible de cuantificación económica, algo que no es posible si se interpreta como la mera descripción de un contexto en el que se lleva a cabo un hecho delictivo.

2. La segunda y más estricta interpretación consiste en entender que el carácter beneficioso del hecho delictivo para la persona jurídica *debe concretarse en una consecuencia -al menos esperable- de la conducta realizada por la persona física*. Esta perspectiva permite tratar como dos requisitos distintos la actuación “en nombre” o “por cuenta” y la “actuación en beneficio” y, por ello, resulta más exigente que la anterior cuando corresponde asignar responsabilidades.

Así, volviendo al ejemplo antes mencionado de la “banca paralela”, en el caso propuesto *supra* no existiría responsabilidad alguna del banco, en la medida en la que este no puede esperar ningún beneficio del hecho de que un director de una sucursal engañe a los clientes

la cual parecía poder deducirse que solo las ventajas buscadas con la intención de beneficiar directamente a la persona jurídica podían dar lugar a responsabilidad de esta. Aunque tal interpretación fuera ciertamente discutible -pues la doctrina mayoritaria interpretaba este elemento, ya antes de la reforma, como una exigencia de idoneidad objetiva y no como un elemento subjetivo- era la acogida, por ejemplo, el Grupo de Trabajo de la OCDE en materia de lucha contra la corrupción: cfr. en tal sentido el documento “Phase 3. Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Spain”, p. 24, disponible en {<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf>}. En este texto se entendía que, con la regulación vigente entre 2010 y 2015, el Código español excluía la responsabilidad de los entes colectivos cuando el sujeto actuaba guiado por fines estrictamente egoístas, lo que se consideraba aceptable; pero también quedaban fuera del alcance del precepto situaciones en las que la impunidad era un efecto indeseado, como cuando el objetivo era beneficiar a terceras partes vinculadas (por ejemplo, cuando se pretendía un beneficio para una empresa subsidiaria), o cuando se buscaban, literalmente, “ventajas indirectas”, como las derivadas de la obtención de una mejor situación competitiva. Zugaldía Espinar, *Bajo-LH*, p. 700, atribuye a este criterio de la OCDE el que se decidiera cambiar la expresión “en provecho” por la que está actualmente en vigor.

¹⁷ Dice literalmente este precepto: “En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior; c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”.

para que estos inviertan sus ahorros en productos financieros de alto riesgo que la entidad bancaria no comercializa¹⁸. Semejante conclusión, por cierto, tiene también consecuencias respecto de los deberes de prevención, por cuanto con tal interpretación el banco queda liberado (cuando menos en términos jurídico-penales) de tener que incluir en su modelo de prevención de delitos medidas de vigilancia de las prácticas de banca paralela, sin perjuicio de que decida añadirlas para evitar riesgos civiles o reputacionales.

Esta segunda interpretación es la que ha acogido la doctrina dominante en España¹⁹ y también la jurisprudencia se ha decantado por ella: en tal sentido, ya en la Sentencia 830/2014, de 28 de noviembre (ponente Sánchez Melgar)²⁰, el Tribunal Supremo se enfrentó al caso de un coordinador de planta de un supermercado condenado por acoso sexual a dos empleadas y al posible deber de la empresa de responder civilmente *ex art. 120.4 CP*. Al respecto sostuvo la Sala que, para que pudiera apreciarse tal responsabilidad, era necesario: “a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c), consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo”.

Seguidamente añade *obiter dictum* el mismo Tribunal que, tratándose de un caso de acoso, “ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo

¹⁸ A esta conclusión se llega en el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 37/2018 (ponente Astray Chacón), en el caso de un agente de seguros que realizaba negocios paralelos: “En este caso, la persona jurídica, no obtiene dicho beneficio, aunque fuera interpretado en amplio sentido, por la actividad paralela desempeñada por el agente mediante realizando contratos fraudulentos. Por ello, e independientemente de lo que proceda ponderar en materia de responsabilidad civil, el Auto recurrido, aun en esta fase inicial de admisión de la ampliación de la denuncia, se revela ajustado a derecho y debe confirmarse”. Un caso parecido se aborda en la SAP:Tenerife 417/2021, de 30 de noviembre (Sección 5.^a, ponente Machado Machado) (ECLI:ES:APTF:2021:31), en la que se niega cualquier responsabilidad de un banco por la conducta fraudulenta de una gestora de la entidad que utilizó indebidamente tarjetas de crédito para extraer dinero de cuentas de clientes.

¹⁹ Entre otros Feijoo Sánchez, en *Estudios*, pp. 98-99 e Id., *REDEPEC*, 1 (2023), p. 58; o Díez Ripollés, *InDret*, 1/2012, p. 21, quien afirma que nos encontramos “ante una cualidad de la acción, y no ante una alusión al resultado ni ante un elemento subjetivo de lo injusto. En consecuencia, es irrelevante que el provecho se haya producido o que el representante o administrador actúen movidos primordialmente por lograr una ventaja para la empresa”. En el mismo sentido Martínez-Buján Pérez, *REDEPEC*, 3 (2023), p. 70 s; Sánchez Melgar, en *Aspectos prácticos*, p. 52; S. Bacigalupo, *ibidem*, p. 86; y Gómez Tomillo, *DLL*, 8747 (2016). ap. III. En la discusión chilena aboga por el mismo criterio García Palominos, *RChD*, 47 (2020), p. 834 ss.

²⁰ ECLI: [ES:TS:2014:5203].

de cómo hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado (...). Así, lo que claramente se desprende de esta sentencia es que, a juicio del Tribunal Supremo, los presupuestos vigentes de la responsabilidad civil y penal son distintos y que la diferencia radica, precisamente, en la exigencia de la actuación en beneficio en el caso de la segunda.

II.2.B. La actuación en beneficio como aptitud del comportamiento delictivo

Posteriormente, en su Sentencia de 2023 sobre el llamado “caso Pescanova”²¹, entre otras, el Tribunal Supremo ha confirmado el anterior criterio, señalando que “nuestro legislador penal ha resuelto que, de entre los referidos riesgos, las personas jurídicas únicamente respondan penalmente en los casos en los que dichos riesgos estén asociados a comportamientos aptos para beneficiarla, riesgos con relación a los cuales se ha entendido reforzado, particularmente exigible, su deber general de prevenirlos”. Partiendo de esta idea, precisa la Sala Segunda que “resulta indispensable así que la conducta delictiva resulte beneficiosa, contemplada ex ante y enmarcada en el proyecto delictivo de su autor, directa o indirectamente, para la persona jurídica, con independencia de que dicho beneficio llegue o no a materializarse”. Por su parte, la Fiscalía General del Estado entiende también que, con este criterio de imputación, “estamos pues ante una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, que conlleva la constatación de la idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuere directo o inmediato por ser, por ejemplo, una posibilidad futura que finalmente no tuviera lugar”²².

Esta interpretación de la “actuación en beneficio” como una aptitud del hecho delictivo y no como un efecto derivado resulta claramente preferible a un planteamiento *ex post*, que solo permitiría castigar en aquellos supuestos en los que la persona jurídica obtuviera de manera efectiva algún tipo de ventaja. La mayoría de delitos corporativos,

²¹ STS 89/2023, de 10 de febrero (ponente Puente Segura) (ECLI:ES:TS:2023:441). Existe un comentario a esta resolución por parte de Silva Sánchez *et al.*, en *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 3/2023, pp. 677-724. También algunos magistrados de la Sala Segunda se han declarado partidarios del enfoque objetivista *ex ante*: tal es el caso de Del Moral García, en *Maza Martín-LH*, p. 312.

²² Circular 1/2016 (apartado 2.4), citando la previa Circular 1/2011.

cuando se descubren, acaban siendo una auténtica ruina para la empresa responsable, que tiene que hacer frente a sanciones, responsabilidades civiles y costas procesales, además de padecer el correspondiente daño reputacional. De tal manera que acoger una perspectiva *ex post* de este requisito llevaría a convertir en prácticamente ilusoria la responsabilidad penal corporativa: delinquir casi nunca es beneficioso para quien acaba siendo descubierto. Ello además de ofrecer importantes problemas para la persecución del delito, pues el saldo total entre ventajas y perjuicios que para una empresa supone la comisión de un delito por parte de un directivo o empleado a menudo no puede determinarse hasta mucho tiempo después de su comisión.

La interpretación de la actuación en beneficio como aptitud objetiva de la conducta de la persona física también es *preferible a la interpretación subjetivista*, que considera que, para que la persona jurídica responda, la física tiene que actuar con el propósito específico de beneficiar a su principal²³. Semejante interpretación no solo deja fuera de la respuesta penal aquellos casos en los que el sujeto actúa por móviles egoístas -pero, sin buscarlo, beneficia colateralmente a su empresa-, sino que en España parece haber sido desterrada por el legislador desde el momento en que, a partir de la reforma de 2015, amplió este elemento de conexión a los casos de actuación en beneficio *indirecto* del principal. Tal sería el caso, por ejemplo, del visitador médico que, con el único propósito de incrementar su retribución variable, sobornara a varios facultativos para que recetaran determinados fármacos, provocando que su empresa incremente la facturación. Como afirma acertadamente la Fiscalía en su Circular de 2011, en caso de acogerse una interpretación íntegramente subjetiva costaría entender “las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja”²⁴.

II.2.C. El concepto de beneficio

En cuanto a la cuestión sobre *qué cabe entender por beneficio*, el Tribunal Supremo se ha declarado partidario de un concepto amplio. Así, en

²³ Con todo, esta interpretación subjetivista es defendida por autores como Dopico Gómez-Aller, en *Derecho penal económico*, pp. 139-140, quien describe la actuación en beneficio como un “elemento subjetivo específico que debe concurrir en la conducta de la persona física”, aunque admite que “no es necesario que la actuación en beneficio de la empresa sea la motivación principal del delito”.

²⁴ Apartado III.2. Con todo, algunos autores partidarios de interpretaciones subjetivistas conciben de otro modo el beneficio indirecto: tal es el caso de Dopico Gómez-Aller, en *Derecho penal económico*, p. 140, quien entiende que esta clase de beneficio permite abarcar los supuestos de ahorro de costes.

su Sentencia 154/2016, de 29 de febrero (ponente Maza Martín)²⁵, la Sala Segunda señaló -tras advertir que “se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates”- que “ese término de ‘provecho’ (o ‘beneficio’) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete”. Otros pronunciamientos judiciales abogan también por un entendimiento amplio de este concepto, que concurre, por ejemplo, cuando una empresa evita perder un cliente²⁶.

En la doctrina, por citar algunos ejemplos, *José Luis Díez Ripollés*, ha afirmado, respecto de la exigencia de una actuación en beneficio, que “la ventaja susceptible de lograrse no ha de ser necesariamente económica, y cuando lo sea puede concernir a un incremento de ingresos, ahorro de gastos, mejora de posición en el mercado o cualquier otro beneficio con traducción económica, incluso si no tiene relación funcional con el giro de la empresa”²⁷. Por su parte, *José Miguel Zugaldía* señala que “la actuación en beneficio de la persona jurídica (que puede ser compatible y compartido con el beneficio propio de la persona física) no debe entenderse solamente en términos estrictamente económicos (aunque será lo más usual), sino en el sentido de que la actividad delictiva facilite de algún modo el funcionamiento de la persona jurídica o la consecución de su objeto social (basta, por ejemplo, con la intención de conseguir una posición de ventaja para evitar la libre competencia logrando que los competidores retrasen el lanzamiento de un producto)”²⁸. En una línea parecida, en un trabajo anterior he defendido que concurre este elemento en “aquellas infracciones susceptibles de contribuir a la consecución de las finalidades de la persona jurídica, ya sea generando a ésta algún tipo de ventaja económica o de otra naturaleza, o siendo el desarrollo de determinadas políticas de incentivo o tolerancia de conductas ilícitas”²⁹. De manera más específica, el magistrado *Antonio del Moral* ha considerado que pueden concurrir también beneficios “electorales, políticos o

²⁵ ECLI: {ES:TS:2016:613}.

²⁶ AJCI4 de 4 de marzo de 2024 (ponente Calama Teixeira) ((ECLI:ES:AN:2024:2395A)).

²⁷ *InDret*, 1/2012, p. 21. En sentido similar, Feijoo Sánchez, en *Estudios*, p. 99.

²⁸ *CPC*, 121 (2017), p. 26.

²⁹ Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, p. 134.

propagandísticos”³⁰.

Con todo, algunos autores han manifestado sus dudas sobre las interpretaciones expansivas de este concepto. Tal es el caso, por ejemplo, de *Adán Nieto*, quien se ha mostrado crítico con las perspectivas que consideran que cualquier ahorro de costes ya supone una actuación en beneficio, así como con el criterio de la Fiscalía, expuesto en su Circular de 2016, que considera como un supuesto de responsabilidad corporativa el caso del “portero de una discoteca que, defectuosamente controlado por sus superiores, vende droga a los clientes en su propio beneficio económico lo que, indirectamente, puede redundar en beneficio de la sociedad a la que podría generar una mayor afluencia de clientes”. En palabras del autor citado, “todas estas extensiones resultan incongruentes con el modelo del delito corporativo y en algunos casos manifiestamente contrarias al principio de legalidad”³¹.

II.2.D. Atribución del beneficio al comportamiento delictivo

Finalmente, conviene precisar -como con acierto ha señalado el Tribunal Supremo- que el beneficio debe ser un efecto esperable derivado de la conducta delictiva y no de cualquier otro comportamiento. Así, se afirma en la STS 298/2024, de 8 de abril (ponente Del Moral García), que “el beneficio o interés de que habla el art. 31 bis CP ha de estar asociado al delito por el que se hace responsable penal a la persona jurídica: un beneficio que surgiría precisamente del delito, aunque no sea de forma directa. No basta que el beneficio aparezca de alguna forma relacionado con actuaciones anteriores que hayan revestido interés crematístico para la empresa. Es necesario que sea precisamente el delito el origen o causa, directa o indirecta, del beneficio”³².

En tal sentido, basta con que la probabilidad de beneficiar no sea irrelevante, aunque sea baja. Por ello, no puede compartirse la tesis recogida en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra 91/2016, de 22 de marzo (ponente Huarte Lázaro), sobre el denominado “caso Osasuna”, relativo a la imputación de este club de fútbol por una supuesta alteración de resultados deportivos acordada por sus directivos. Concretamente, en esta resolución se convalidó la decisión del juez instructor de archivar la causa seguida contra el club navarro, un archivo para cuya justificación se emplearon argumentos como los siguientes: “lo cierto es que la posibilidad de que Osasuna man-

³⁰ En *Maza Martín-LH*, p. 312.

³¹ Nieto Martín, *Mir Puig-LH*, p. 170. Añade este autor (*ibidem*) que “la interpretación como conductas que pertenecen a la actividad de la empresa confunde la exigencia de ‘actuar en provecho’ con el requisito de que el empleado actúe en el marco de su actividad que al final tiene un contenido similar”.

³² ES:TS: 2024:193.

tuviera la categoría era tan remota y dependía de tantas variables incontrolables y, a la par, estadísticamente improbables, que dicha circunstancia excluye que quepa considerar que los directivos y empleados de Osasuna... actuaran en provecho del club desde un punto de vista objetivo... no parece una situación objetivamente provechosa para un club arruinado el dedicar 900.000 € a pactar fraudulentamente unos resultados que no garantizaban de ninguna manera el objetivo presuntamente perseguido”.

Discrepando de dicho criterio cabe sostener que, *aunque la obtención del beneficio fuera en este caso poco probable, ello no excluye que la manipulación de los partidos aumentara de manera no insignificante las probabilidades de que el equipo mantuviera la categoría*³³. Tal incremento debería haber bastado para entender que los actos de corrupción se realizaron en provecho de club. Como acertadamente se afirmó en el recurso (desestimado) de la Liga de Fútbol Profesional, “los delitos de corrupción deportiva se llevaron a cabo para obtener un determinado resultado en la competición, lo cual beneficiaba al club ya por el solo hecho, no monetario, sino desde la propia competición futbolística, pues el beneficio recíproco que obtenía el club era una determinada situación para la competición futbolística y por tanto obviamente le suponía un provecho, no siendo necesario que ese provecho se consiguiese finalmente”.

II.2.E. Balance

Más allá de las discrepancias expuestas en las anteriores páginas, puede concluirse este apartado constatando cómo *reina un consenso bastante amplio*, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, acerca de concebir el presente requisito como la *aptitud relevante del comportamiento delictivo de la persona física de proporcionar algún tipo de ventaja relacionada con aquellas finalidades que la persona jurídica persigue*.

III. LAS RAZONES DE LA EXIGENCIA LEGAL DE LA ACTUACIÓN BENEFICIO: JUSTIFICACIONES EN LA DOCTRINA

Una vez expuestas las interpretaciones posibles de este requisito legal, así como aquella perspectiva que se considera mayoritaria, procede

³³ Se comparte, en consecuencia, la crítica de Ortiz de Urbina Gimeno, en *Penal Económico*, p. 175, que califica esta argumentación de “poco sólida”. También críticos Id./Cigüela Sola, en *Lecciones*, p. 86: según estos autores, la anterior argumentación “resulta endeble: de ser cierto que se hicieron los pagos, su finalidad era sin duda la de beneficiar de forma directa al referido club, y la probabilidad de éxito, aunque no fuera elevada, no resultaba tan escasa como para excluir la idoneidad *ex ante*”.

pasar ahora al estudio de las *principales razones* que se han esgrimido en el debate académico para justificar la presencia de dicho elemento en el texto del vigente art. 31 *bis* CP³⁴. Conviene precisar que estos fundamentos se proponen en algunos trabajos de manera aislada y en otros de modo cumulativo y que en muchos casos no se trata de un desarrollo teórico en profundidad, sino solo de breves comentarios formulados a propósito del fundamento de la responsabilidad penal corporativa en general.

III.1. La exclusión de la punibilidad de las autolesiones

Desde una primera perspectiva, con la exigencia de que la actuación delictiva se cometa en beneficio de la persona jurídica pretenderían *excluirse del ámbito de lo punible aquellos hechos en los que la persona jurídica es víctima del delito* cometido por la persona física. Sin duda, este planteamiento parece razonable, en la medida en que no tendría mucho sentido castigar a quien, en realidad, resulta perjudicado por el hecho delictivo que no ha logrado impedir³⁵. Como afirma *Íñigo Ortiz de Urbina*, lo que el art. 31 *bis* CP pretende sentar es “un modelo de imputación a la persona jurídica que le incentive a la evitación de delitos que puedan afectar a terceros, en el lógico entendido que ya tiene incentivos para protegerse a sí misma”³⁶.

Sin embargo, el problema de esta interpretación es que no se corresponde estrictamente con el alcance de la previsión legal analizada, pues, *para evitar que se castigue a la persona jurídica por hechos que la perjudican (o la puedan perjudicar), no es necesario reducir su responsabilidad solo a aquellos hechos susceptibles de beneficiarla*. Así, con este criterio, para lograr un objetivo ciertamente razonable acaba estableciéndose una restricción a la responsabilidad corporativa cuyos efectos van mucho más allá de los casos que supuestamente se quiere excluir del radio de acción de la intervención penal.

³⁴ Hay otras posibles explicaciones que, de manera explícita o implícita, parecen haberse ofrecido, pero que no se expondrán aquí con detalle. A tal efecto se remite a Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, pp. 80-90.

³⁵ Este es el papel que parecen atribuir a este elemento autores como Ortiz de Urbina Gimeno, en *Penal Económico*, p. 175; o Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Bajo-LH*, p. 631. De hecho, señala Bucy, *MLR*, 75 (1991), pp. 1149-1150, que en la práctica federal estadounidense el presente requisito se interpreta de manera tan sumamente amplia que la única función que, en realidad, le corresponde es dejar claro que una persona jurídica no puede responder de aquellos delitos de los que es la propia víctima.

³⁶ Ortiz de Urbina Gimeno, en *Penal Económico*, p. 175. Señalan este mismo autor y Cigüela Sola, en *Lecciones*, p. 81, que, “partiendo de la base de que la organización no puede controlar todo lo que ocurre en su ámbito, se entiende que una limitación razonable comienza con la exclusión de aquellas conductas que no la benefician, y por supuesto las que directamente la perjudican”.

Por otra parte, es discutible la necesidad de incluir expresamente en el texto de la ley la punibilidad de aquellas conductas en las que la persona jurídica es víctima cuando menos potencial, pues esta parece una consecuencia que viene prácticamente impuesta por el sentido común, aunque la ley no diga nada al respecto de modo expreso. Nadie se plantea seriamente, proponiendo una analogía con los delitos de comisión por omisión, que, si el propietario de un perro peligroso es mordido por este, deba responder por un delito de lesiones. Semejante conclusión se explica por el criterio general según el cual *el Derecho penal vigente no castiga las autolesiones*, ya sean estas infligidas activamente por el propio sujeto que las padece, o bien por omisión de los deberes de control de riesgos derivados de personas, animales u objetos peligrosos. En todo caso, dicho criterio no excluye la responsabilidad corporativa en aquellos casos en los que, además de causar una autolesión, el hecho de la persona física lesiona también a terceros: tal es el caso, volviendo al anterior ejemplo de la “banca paralela”, en el que el director con su engaño no solo perjudica al banco, sino también a sus clientes.

III.2. La necesidad de incentivar la prevención de ciertas conductas en particular

En ocasiones se ha señalado que la reducción legal de la responsabilidad penal corporativa a aquellos comportamientos delictivos aptos para beneficiar a las personas jurídicas se explica por la voluntad de *centrar los efectos del incentivo penal en la evitación de las actividades que dichas entidades tienen menor interés en prevenir*, como son aquellas que tienen capacidad de aportarles algún tipo de ventaja. De algún modo, con este planteamiento se da por hecho que las personas jurídicas por sí solas ya están suficientemente interesadas en evitar aquellas potenciales conductas delictivas de sus representantes, directivos o subordinados que no son aptas para aportar beneficios, de tal modo que el recurso a la pena puede limitarse a aquellos supuestos en los que falte tal interés porque los potenciales delitos pueden resultar provechosos³⁷.

Así, la pretensión de que las personas jurídicas *se involucren en la*

³⁷ Ver las consideraciones de Nieto Martín, *RXG*, 63 (2009), ap. 2: “esta estrategia de control parte de uno de los postulados básicos de la teoría de la organización empresarial: que la mejor forma de controlar a un colectivo es hacer responsable a sus dirigentes de lo que ocurra en su seno. En una empresa que ha recibido fuertes sanciones, lo que puede tener también un importante coste reputacional, los socios estarán mucho más interesados en que sus administradores implementen sistemas de cumplimiento normativo que eviten la imposición de sanciones. Un mundo sin derecho penal es ideal para socios que tienen todo que ganar si se cometen hechos delictivos que de algún modo benefician a la empresa y poco o nada que perder si son descubiertos”.

prevención de delitos -que, según muchos autores, late tras la decisión legislativa de sancionarles penalmente- *no tendría hasta la fecha un carácter absoluto, sino fragmentario*. Ello se desprende, sin ir más lejos, del sistema de incriminación en vigor, según el cual la persona jurídica solo responde cuando la persona física ha cometido alguno de los delitos que forman parte del catálogo de infracciones expresamente previstas por el Código Penal. Esta selección de delitos por parte del legislador genera, evidentemente, un efecto reductor de las obligaciones (jurídico-penales) de supervisión y control de riesgos por parte de las personas jurídicas. A resultas de la selección legislativa, *cuando las empresas establecen medidas de vigilancia pueden centrarse exclusivamente en los riesgos asociados a determinados delitos y despreocuparse* -por lo menos en términos jurídico-penales- *de todos los restantes*. Ello tiene consecuencias de naturaleza diversa, pero básicamente aligera las dificultades y los costes de implantación de los modelos de prevención de delitos.

Otro elemento importante que determina esta voluntad de intervención fragmentaria guarda relación con el hecho de que el art. 31 *bis* CP solo establezca el castigo para los casos de incumplimiento *grave* de los deberes de vigilancia, supervisión y control, una previsión que se complementa con la posibilidad de que la persona jurídica no sea declarada responsable si, efectivamente, contaba con tales medidas y el delito se produjo por razones difícilmente previsibles. Como sostiene una parte importante de la doctrina, no puede pretenderse una eliminación absoluta de todos los riesgos inherentes a la actividad empresarial, lo que ahogaría la libertad de empresa y generaría unos costes inasumibles, sino que solo cabe esperar una reducción razonable de los riesgos de criminalidad³⁸. No en vano, para eximir de responsabilidad el propio Código Penal se conforma, en el mismo art. 31 *bis*, con que los sistemas de prevención reduzcan significativamente el riesgo de producción de delitos, pero sin exigir la eliminación absoluta de cualquier peligro.

Partiendo de estas premisas, desde una perspectiva político-criminal cabe pensar en vincular también la cláusula “en beneficio directo o indirecto” con *esta voluntad de protección fragmentaria*. Así, en virtud de la previsión legal de este elemento *quedan limitados los deberes de prevención del delito solo a aquellos riesgos derivados de actividades aptas para generar algún tipo de ventaja para las personas jurídicas*. O, dicho en sentido inverso, tales entidades quedan eximidas de la obligación reforzada penalmente de implantar medidas de protección respecto de aquellas actividades de sus representantes, directivos o empleados que,

³⁸ Cfr., por todos, las interesantes consideraciones de Nieto Martín, *La responsabilidad*, pp. 148-149.

por su naturaleza, no son aptas para producir ningún tipo de beneficio para la propia entidad.

En palabras de *Richard S. Gruner*, “con la exigencia del beneficio se centran la responsabilidad penal corporativa y los incentivos para prevenir los delitos relacionados con ella en aquellas modalidades de criminalidad corporativa que, de no existir tal responsabilidad, los directivos tolerarían o, incluso, estimularían, porque proporcionan (o al menos tienen la capacidad de generar) provechos deseables para la empresa. Esto es, la limitación de la responsabilidad penal empresarial a los casos de beneficio responde a la voluntad de distinguir entre delitos de subordinados que los directivos normalmente intentarán controlar por iniciativa propia y sin la amenaza penal (es decir, aquellos en los que probablemente la empresa resultará perjudicada después de la infracción) y aquellos que los directivos tenderán a tolerar si su empresa no se enfrenta a la amenaza de la responsabilidad (es decir, infracciones realizadas en provecho de la organización)”³⁹. En España algunos autores como *Juan Antonio Lascuráin* han sostenido que la exigencia de tal aptitud para beneficiar se justificaría con el propósito de limitar la responsabilidad corporativa a aquellos supuestos en los que esta tiene sentido criminológico, concretamente, a aquellos “delitos que impulsan la competitividad propia de la actividad empresarial y que deban por ello ser desalentados con la sanción a los titulares económicos del patrimonio personificado”⁴⁰.

Si bien en la ya citada sentencia del “caso Pescanova” el Tribunal Supremo declara no querer decantarse por ningún fundamento en particular⁴¹, el ahora analizado es el que parece convencer más a la Sala Segunda. Así, se afirma en dicha resolución que “nuestro

³⁹ Gruner, *Corporate criminal liability*, § 3.06 [2]. El autor señala que una de las ventajas de esta interpretación es que la responsabilidad no depende de si el beneficio efectivamente se ha obtenido.

⁴⁰ *AdeD*, 9/03/2022.

⁴¹ Así, en un primer pasaje de la Sentencia se afirma respecto de este “elemento de conexión” que “en algún caso, su fundamento ha querido vincularse al propósito de restringir el conjunto de comportamientos con relación a los cuáles la persona jurídica tendría el deber de extremar sus controles internos de prevención. Se considera de este modo, que la organización no puede controlar cualquier acontecimiento que tenga lugar en el desarrollo de su actividad, entendiéndose como un razonable límite exigir únicamente que lo haga con respecto a las conductas que le son estructuralmente beneficiosas, quedando excluidas las que ningún beneficio podrían reportarle. Desde otras perspectivas, se ha venido entendiendo que la empresa tenderá a relajar sus controles con relación, precisamente, a aquellos comportamientos que pudieran reportarle beneficios, siendo precisamente ahí donde dichas prevenciones resultarán más necesarias. Y, en fin, también se han invocado consideraciones relativas a la teoría de la pena, observando que donde las conductas delictivas producidas en el seno de la organización se realizan ‘en beneficio o en interés’ de ésta, es donde tendrá más sentido atribuirle responsabilidad penal, compensando de ese modo el enriquecimiento pretendido”.

legislador penal ha resuelto que, de entre los referidos riesgos, las personas jurídicas únicamente respondan penalmente en los casos en los que dichos riesgos estén asociados a comportamientos aptos para beneficiarla, riesgos con relación a los cuales se ha entendido reforzado, particularmente exigible, su deber general de prevenirlos”.

Desde esta perspectiva, en la selección de aquellos comportamientos que pueden dar lugar a responsabilidad penal de las personas jurídicas *el legislador español no habría acogido la lesividad como principio rector* pues, si así hubiera sido, conductas como el homicidio, el secuestro o la violación, por ejemplo, tendrían que haber dado lugar a responsabilidad corporativa, al ser los hechos considerados más lesivos, como se desprende de sus propias penas. Al seleccionar los delitos, el legislador más bien habría optado, como regla general, *por recurrir a la incriminación en aquellos ámbitos en los que las personas jurídicas son intervinientes habituales* y, en la mayoría de los casos, *respecto de aquella clase de actuaciones aptas para proporcionarles determinadas ventajas*⁴². A la vista de este criterio –seguramente cuestionable, pero en todo caso admisible dentro de los amplios márgenes con los que cuenta el legislador para diseñar la política criminal⁴³– la adición del elemento del beneficio guardaría cierta coherencia, pues el recurso al Derecho penal queda entonces circunscrito a aquellos comportamientos relacionados con sectores de actividad en los que más a menudo intervienen las empresas y a propósito de aquellos comportamientos más necesitados de incentivos para su evitación.

III.3. La actuación en beneficio como criterio de especial pertenencia

Sin rechazar necesariamente las anteriores explicaciones, para algunos autores la exigencia de la actuación en beneficio como “elemento de conexión” *refuerza la idea de pertenencia del hecho de la persona física a la persona jurídica*: el delito ya no es algo que sucede *en la empresa*, sino que se trata de un hecho *de la propia empresa*⁴⁴. Este vínculo más intenso

⁴² En este sentido señala Nieto Martín, *InDret*, 3/2018, p. 18, que “la criminología, desde Sutherland, nos indica que el comportamiento que con más facilidad genera la empresa es el del empleado que atrapado por el espíritu criminal de grupo desea beneficiarla” y se pregunta: “¿No tendría sentido en este caso mantener un tipo de incriminación de la persona jurídica, con mayor contenido punitivo?”.

⁴³ Entre los que han manifestado sus dudas acerca del acierto del criterio de selección legislativo cabe citar a la Fiscalía General del Estado, que en su Circular de 2016 (apartado 2.2), cuestiona el hecho de que la incriminación se haya centrado sobre todo en delitos económicos cuando cabe imaginar perfectamente la comisión de graves delitos comunes cometidos en el contexto de “una encarnizada competencia empresarial, y cometidas en claro y directo beneficio de la entidad”.

⁴⁴ Sostiene Galán Muñoz, en *Nuevos instrumentos*, p. 531, en referencia al antiguo elemento “en provecho”, que esta expresión “determina que el deber de control que se les impone tampoco

complica la previsible voluntad de la persona jurídica de desvincularse de la actuación delictiva de la persona física apelando a que se trata de una actuación individual desligada de los intereses del ente colectivo⁴⁵. Además, los riesgos asociados a aquellas actividades que aportan beneficios a alguien por regla general deberán ser más fácilmente previsibles y evitables⁴⁶. Con esta clase de argumentos parece darse a entender que en tales situaciones existe un *mayor merecimiento de respuesta penal* para la persona jurídica en cuya estructura se ha cometido un delito atribuible a una prevención deficiente.

Aunque, en lo que se alcanza, estas ideas no han sido desarrolladas muy a fondo, permiten sentar las bases teóricas para *tratar de vincular el elemento de la “actuación en beneficio” con alguna de aquellas teorías que considera necesario que la responsabilidad de las personas jurídicas tenga un contenido propio* y distinto de la atribución de la mera infracción de los deberes de control de la propia entidad. Más concretamente, con

esté referido a cualquier forma de criminalidad que las personas físicas nombradas en el art. 31 bis CP pudiesen realizar desde su seno o aprovechándose de sus estructuras y medios, sino tan sólo a aquella que se hubiese efectuado para beneficiarla de alguna forma, lo que supone que los citados entes colectivos no tendrán que controlar ni deberán responder por la criminalidad que simplemente se venga a dar en su seno (*‘criminalidad en la empresa’*), ni tampoco por aquella que se pueda efectuar contra sus intereses (*‘criminalidad contra la empresa’*), sino tan sólo por la que se integre dentro del concepto de lo que la doctrina ha llamado *‘criminalidad de la empresa’* y que podrían y deberían haber evitado” (cursiva en el original).

⁴⁵ En tal sentido, por ejemplo, Feijoo Sánchez, en *Estudios*, p. 98, señala que, con esta exigencia, además de aclararse que la persona jurídica no responde por aquellos delitos de los que es víctima, se introduce “un criterio para que el hecho adquiriera una relevancia que exceda lo puramente individual”. También Id., *El delito*, p. 96; e Id., *Tratado*, p. 78, aunque en este último caso atribuyendo tal función a la totalidad de los llamados “elementos de conexión”. Más recientemente (Id., *REDEPEC*, 1 [2023], p. 57) señala este autor que, “cuando el Código Penal exige un beneficio directo o indirecto lo que está buscando es un criterio para seleccionar un hecho propio de la organización”, si bien matiza que “sería mejor haber recurrido a una expresión más neutra como ‘en interés’ para dejar claro que el delito ha de estar alineado con los intereses de la persona jurídica y que no se trata tanto de compensar el beneficio económico”. Por su parte, Gómez Tomillo, *DLL*, 8747 (2016), ap. 1, considera que con la exigencia de dichos elementos se asegura que la actuación de la persona física “sólo tenga un sentido social, empresarial, se enmarque dentro de los objetivos de la organización”. Con ello se garantiza, según el propio autor (*ibidem*), que “el hecho aparezca externamente como hecho de empresa”.

⁴⁶ Señala Gruner, *Corporate criminal liability*, § 3.06 [2], apartados c) y d), que, cuando un agente obra con la voluntad de beneficiarse solo a título personal, es altamente improbable que sus propósitos sean compartidos con otros miembros de la compañía, pues tal sujeto tenderá a ocultar sus acciones ilícitas. Por regla general, tales circunstancias reducirán las posibilidades de evitación del hecho. Mientras que, por el contrario, si sus actividades benefician a la empresa es mucho más probable que sean conocedores de ellas los más altos responsables de la entidad o, al menos, estos habrán tenido razones evidentes para preguntarse por qué medios se estaban obteniendo las ventajas. Según se desprende de los planteamientos de este autor, en el sistema federal estadounidense la exigencia de este elemento contribuiría a compensar los efectos de la pura responsabilidad vicaria, ya que dicha responsabilidad se acaba centrando en los supuestos con mayores probabilidades de prevención.

aquellos planteamientos doctrinales -o aquellas resoluciones judiciales, como la conocida STS 154/2016, de 29 de febrero⁴⁷- que buscan dicho contenido en una disposición permanente del ente colectivo a respetar o no la legalidad, lo que se asocia con elementos como la concreta cultura empresarial, las políticas corporativas de respecto a la ley, etc⁴⁸. En tal sentido, la petición legal de que el sujeto actúe “en beneficio” de su principal podría interpretarse como un indicio de que la conducta del sujeto pueda valorarse como una manifestación del “clima” imperante en la empresa en relación con el respeto a la legalidad⁴⁹. De tal modo que, si el acto delictivo fuera un hecho aislado y no la expresión de un determinado clima o política corporativos, el hecho no se podría imputar a la empresa como propio⁵⁰.

En alguna resolución estadounidense se aportan algunos mimbres que permitirían fundamentarla teóricamente⁵¹. Sin ir más lejos, en la

⁴⁷ Ponente Maza Martín (ECLI: {ES:TS:2016:613}), en la que se afirma que “la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos (...)”.

⁴⁸ Por citar algunos ejemplos, en los Estados Unidos defiende un planteamiento de esta naturaleza, por ejemplo, Bucy, *MLR*, 75 (1991), p. 1095 ss. En España, Fejoo Sánchez, en *La responsabilidad*, pp. 170-175, quien se declara partidario de exigir una “cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad insuficiente”. A su juicio, “no existe un ‘sujeto colectivo’ (que no sería más que un conjunto de individuos), sino que la organización empresarial y su identidad o personalidad son a partir de cierto nivel de complejidad una obra colectiva. Se otorga relevancia a que si esa obra es una obra defectuosa en virtud de una cultura, vocación o disposición corporativa de no cumplimiento u observación de la legalidad ello puede tener relevancia penal”. En sentido similar, Bajo Fernández, *Tratado*, p. 47, sostiene que el motivo de reproche en el que se basa la culpabilidad de la persona jurídica es “la creación de una cultura de infidelidad al derecho expresada en el hecho típico cometido por la persona jurídica”.

⁴⁹ Silva Sánchez, en *Criminalidad*, p. 25, argumenta, de modo sucinto, que la exigencia, en la versión de 2010 del art. 31 *bis* CP, de una actuación en provecho contribuye a fundamentar “la existencia de un vínculo objetivo *estructural* entre delito y persona jurídica”, si bien esta afirmación no necesariamente debe reconducirse a planteamientos que defiendan determinadas nociones acerca de la culpabilidad de las personas jurídicas. El propio autor reconoce (*ibidem*) que “no puede afirmarse que la idea de ‘actuación en provecho’ equivalga funcionalmente a un título convencional de imputación subjetiva” (cursiva en el original). Más críticas a estos planteamientos en *ibidem*, p. 37.

⁵⁰ El término “política” es ciertamente ambiguo y permite interpretaciones muy amplias, que lo asocien con todas aquellas instrucciones en cualquier sentido dadas por los órganos de gobierno de la persona jurídica. Si se interpreta de este modo, no podrá considerarse cometido “en beneficio” ningún delito que se oponga a cualquier instrucción dada por dichos órganos. A tal conclusión parece llegar, por ejemplo, Hernández, en *Responsabilidad*, p. 117.

⁵¹ Alude brevemente a la cuestión, no obstante, Gruner, *Corporate criminal liability*, § 3.06 [7],

Sentencia del caso *U.S. v. Hilton Hotels Corporation* –dictada en 1972 por el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito federal de los Estados Unidos⁵²- se emplean argumentos que pueden resultar interesantes a tal efecto. En este caso se había condenado a la compañía *Hilton* por una vulneración de la *Sherman Act* en materia de competencia por el hecho de que un empleado suyo hubiera exigido a determinados proveedores del sector hotelero de Portland que efectuaran donativos a una asociación patronal hotelera, para así atraer convenciones a la ciudad bajo la amenaza, en caso contrario, de reducir sus encargos. Uno de los principales argumentos de la defensa de *Hilton* fue que dicha actuación era contraria a la política general de la entidad y que en varias ocasiones se había exigido al concreto empleado por algunos superiores que dejara de formular semejantes exigencias. El trabajador reconoció tales afirmaciones y confesó haber amenazado a la empresa proveedora debido a un enfado personal con la persona que la representaba.

Pese a este reconocimiento, el Tribunal desestimó con los siguientes argumentos la alegación de la defensa de la compañía: “Las infracciones de la *Sherman Act* son una consecuencia probable de la presión para maximizar ganancias que habitualmente los empresarios ejercen sobre el personal directivo y, a su vez, sobre los empleados subordinados. Debido a esta presión, casi nadie se toma en serio las directrices generales de obedecer la *Sherman Act*, con el probable efecto en los beneficios futuros. Y, si efectivamente se produce una infracción de la Ley, es la empresa y no los agentes individuales quien hace suyos los beneficios de la actividad ilegal. En resumen, la identificación de los agentes particulares responsables de la infracción de la *Sherman Act* resulta especialmente difícil y su condena y castigo son particularmente inefectivos como acto disuasorio, mientras que la condena y castigo de la entidad empresarial es probable que resulte tan apropiada como efectiva”⁵³.

A partir de este pronunciamiento podría tratar de desarrollarse la idea –que ciertamente no se expresa con estas palabras en esta resolución- de que, aunque determinadas conductas de sus agentes se opongan a la política formal de una persona jurídica, podrán dar

quien considera plausible la interpretación según la cual el interés social viene definido por los directivos de la compañía a través de sus medidas de prevención del delito, si bien este autor finalmente solo parece aceptar que la existencia de un programa de cumplimiento efectivo y conocido puede resultar decisivo en aquellos casos en los que está en duda si la intención del empleado era beneficiar o perjudicar a su empresa.

⁵² F. 2d., vol. 467, p. 1000 ss. El caso es objeto de comentario y crítica en Bucy, *MLR*, 75 (1991), pp. 1103-1104, así como en Villegas García, *La responsabilidad*, p. 131.

⁵³ F. 2d., vol. 467, p. 1006.

lugar a responsabilidad si favorecen a la compañía en tanto que efecto derivado de una determinada cultura empresarial (la presión para maximizar ganancias). De este modo, actuación en beneficio sería todo aquel comportamiento delictivo singular que pueda interpretarse como un acto de concreción o desarrollo de una determinada forma de relacionarse con la legalidad por parte de un ente colectivo. Y, al a inversa, los actos aislados de empleados o directivos opuestos a la cultura de respeto a la legalidad que realmente impera en la empresa nunca podrían considerarse como realizados en su beneficio. En todo caso, las anteriores ideas responden más a elucubraciones propias sobre el rendimiento que podría extraerse a este fundamento que no a la descripción de planteamientos teóricos acabados que, en lo que se alcanza, no se han publicado.

III.4. Balance e insuficiencia de las justificaciones ofrecidas

Ninguna de las principales razones ofrecidas en el debate doctrinal para justificar la necesidad de este “elemento de conexión” ofrece una respuesta plenamente convincente y libre de objeciones que justifique la previsión legal de este requisito.

a) En primer lugar, y como ya se ha adelantado, la supuesta *pretensión de excluir los supuestos de autoperjuicio* no logra explicar por qué también deben quedar fuera del alcance de la responsabilidad penal aquellos hechos que no son aptos para beneficiar, pero tampoco para perjudicar, a la persona jurídica.

b) Por su parte, la justificación que trata de limitar los incentivos de la sanción penal a la prevención solo de aquellos *delitos que pueden aportar ventajas a la persona jurídica* no consigue explicar por qué este criterio debe pasar por delante de la necesidad de incentivar el control de las conductas potencialmente más dañinas, beneficien o no a su responsable. En tal sentido, puede haber riesgos en la actividad de una persona jurídica que no puedan proporcionar a dicha entidad beneficio alguno, pero que, por su elevado potencial lesivo, exista un gran interés social en mantenerlas bajo control. Este último parece ser el criterio que se aplica a las personas físicas respecto de la mayoría de comportamientos delictivos.

Ciertamente, respecto de algunos delitos clásicos de personas físicas el legislador ha considerado la motivación en busca de una ganancia como un factor de modulación de la pena. El ánimo de lucro, por ejemplo, que debe concurrir en el hurto o en la estafa, pero no en los daños, seguramente explica que los primeros dos delitos tengan atribuidas unas penas más graves que el tercero. Sin embargo, no es lo mismo considerar este elemento como un factor más de estimación

de la gravedad del hecho que convertirlo en el elemento clave para determinar la relevancia penal con independencia de cuáles sean los perjuicios ocasionados.

c) Finalmente, y en cuanto al criterio de *mayor pertenencia* de aquellos hechos cometidos en beneficio de la persona jurídica, cabe señalar que con semejante fundamento se introduce un elemento diferenciador con respecto a la responsabilidad de las personas físicas cuya justificación es poco clara. En efecto, en el caso de estas últimas lo que determina su responsabilidad penal son los daños ocasionados (o el riesgo de tales), con independencia de si tales daños generan algún tipo de provecho correlativo al sujeto o de cuál haya sido la trayectoria pasada de este en relación con el Derecho. Nunca se ha defendido -en lo que se alcanza- que la ausencia de beneficio deba ser un factor de exclusión de la responsabilidad cuando quien delinque es un ser humano. Por otra parte, el criterio de la mayor previsibilidad de las conductas beneficiosas tampoco resulta convincente: cabe imaginar perfectamente casos de delitos muy probables y fáciles de prevenir -en los que la ausencia de controles sea particularmente inexcusable para la empresa- y, sin embargo, que tales delitos no sean aptos para aportar ventaja alguna a la entidad en cuyo seno se cometen.

Es desde luego convincente la idea ya expuesta de que, para que exista responsabilidad corporativa, el delito debe poder considerarse un hecho *de la empresa* y no algo simplemente acontecido *en la empresa*. Sin embargo, es muy dudoso que la aptitud de determinados hechos para proporcionar beneficios a la organización sea una característica adecuada para trazar dicha distinción. Así sucede en aquellos casos, por ejemplo, en los que existe una absoluta indiferencia o tolerancia de los principales dirigentes de la estructura empresarial en la comisión de determinados delitos, pero estos no aportan ventaja alguna a la entidad⁵⁴. O, a la inversa, en aquellos delitos que sí aportan un provecho de manera accesoria (el citado caso del portero de discoteca, por ejemplo), no parece que tal circunstancia sea lo bastante relevante como para atribuirle la capacidad de transformar un hecho individual en un acontecimiento corporativo.

Por último, cabe señalar que algunos autores muy críticos con la responsabilidad penal de las personas jurídicas han apuntado a que dicha responsabilidad responde a un modelo de justicia distributiva en

⁵⁴ En Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, pp. 122-123, se admite que cabe considerar que existe una actuación en beneficio en “aquellos comportamientos que sean consecuencia de la política de una persona jurídica consistente en incentivar o tolerar determinadas actuaciones ilícitas”, pero siempre que tal tolerancia se explique “por ciertas razones que resultan de su conveniencia” [*scil.* de la persona jurídica], lo que puede no suceder en determinados casos.

el que la exigencia de beneficio desempeñaría un papel fundamental. En palabras de *Ricardo Robles*, “dado que la actuación de la persona física produce en todo caso un estado injusto en beneficio de la organización, a ésta le deben co-corresponder -desde el punto de vista de una justa distribución- los costes de prevención y, en su caso, de eliminación de tales situaciones jurídicamente indeseadas estrechamente vinculadas a aquella finalidad de obtención de beneficios a la que se consagra la masa patrimonial de sus titulares”⁵⁵. Con todo, el propio autor reconoce que esta posible justificación “no explica la complejidad del modelo adoptado por el CP español” y, en particular, “abandona todo esfuerzo por encontrar un desvalor en la organización que fundamente su responsabilidad en un sentido más fuerte y que, de no concurrir, la excluya, como parece suponer la eximente de los modelos de prevención de delitos acogida explícitamente por nuestro Derecho positivo”⁵⁶.

IV. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE ESTE PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Tras haber expuesto las dificultades que en el plano teórico plantean las explicaciones ofrecidas en el debate doctrinal para la exigencia de este concreto “elemento de conexión”, procede pasar ahora a mostrar diversos problemas en particular que, hoy por hoy, ya plantea su previsión legal en el Derecho vigente y en su aplicación judicial.

IV.1. Los delitos inidóneos para beneficiar. En particular, el acoso sexual

El sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como es ampliamente conocido, solo establece tal responsabilidad respecto de aquellos delitos que especialmente la prevén: el llamado sistema de *numerus clausus*. Ciertamente, la mayoría de delitos que se incluyen en la relación aprobada por el legislador parecen susceptibles

⁵⁵ *Queralt Jiménez-LH*, p. 335. Con todo, este autor reconoce que, “de este modo, a su vez, se incentiva la adopción de un sistema o modelo de prevención, de forma que permitirá distancias el patrimonio social del ilícito beneficio obtenido o pretendido.

⁵⁶ *Queralt Jiménez-LH*, p. 336. El autor acaba decantándose por una justificación de acuerdo con la cual “a la lógica del beneficio habría que añadir una segunda dimensión: el beneficio permite justificar al Estado que fomente o incentive que las empresas sean cuasi-funcionarias o colaboradoras activas en la prevención y detección del delito” (*ibidem*, p. 338). Con este planteamiento logra proporcionarse una explicación que tiene en cuenta que las empresas asumen riesgos en la persecución de beneficios en general; pero no acaba de explicarse por qué la aptitud de proporcionar beneficio tiene que ser una exigencia del concreto delito para su imputación a la persona jurídica.

de cometerse por un empleado o directivo de una entidad con la aptitud de beneficiar a su principal. Cabe imaginar perfectamente que un comercial estafe a clientes logrando que su empresa gane más dinero, que un directivo decida deducir indebidamente determinados gastos de la declaración tributaria de su compañía para que esta pague menos impuestos, o que un administrador soborne a un funcionario para que este no inspeccione a su sociedad ahorrándole las correspondientes sanciones.

Sin embargo, existen otros delitos cuya comisión en beneficio de una persona jurídica es difícilmente imaginable: uno de los casos más evidentes es el *delito de acoso sexual*⁵⁷. Cuando en 2010 se introdujo por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español, este delito no estaba entre aquellas infracciones penales que podían dar lugar a tal responsabilidad. Sin embargo, doce años más tarde la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, introdujo en el Código el art. 184.5 CP, un precepto que proclama que, “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años”. También se amplió tal punibilidad, dicho sea de paso, al *delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP*, cabe suponer que para combatir el fenómeno del llamado acoso laboral no sexual (*mobbing*), o ciertos supuestos del denominado acoso inmobiliario, aunque lo cierto es que nada se dice en el preámbulo de la ley para justificar ambas reformas⁵⁸.

Desde una perspectiva político-criminal esta decisión legislativa parece razonable por varios motivos. En primer lugar, el acoso sexual es una conducta que, muy a menudo, se comete en contextos laborales/empresariales, por lo que resulta difícil de entender que en su día no se incluyera entre aquellos delitos que podían dar lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con esta incriminación parecen generarse incentivos para que las empresas incorporen este delito a sus respectivos modelos de prevención y adopten medidas concretas para su prevención o para su denuncia y sanción, aunque antes de esta reforma muchas lo habían hecho ya, para evitar sanciones administrativas y reclamaciones civiles, además del correspondiente daño reputacional. Sin embargo, pese a estos aspectos positivos de la nueva regulación, el legislador parece no haber tenido en cuenta que, dados los criterios generales de imputación de responsabilidad

⁵⁷ Más a fondo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este concreto delito, Ragués i Vallès, en *Díez Ripollés-LH*, pp. 1625-1636.

⁵⁸ El caso del acoso inmobiliario ha sido citado por Goena Vives/Montaner Fernández/Núñez Miró, *La Ley Compliance Penal*, 10 (2022), pp. 2-3.

penal a la persona jurídica en el Derecho vigente, con el actual texto de la ley será imposible condenar a una sola entidad por hechos de tal naturaleza. Ello tiene que ver con la concurrencia de los elementos de conexión citados *supra* y, en particular, con la exigencia de que el delito se cometa en beneficio de la persona jurídica.

Tal como se define este delito en el art. 184 CP, el acoso sexual consiste en solicitar favores sexuales para uno mismo o para una tercera persona creando a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante (acoso horizontal). La pena prevista para este hecho puede agravarse si el delito lo comete el culpable “prevaliéndose de una situación de superioridad”, ya sea laboral o de otro tipo, con el anuncio expreso o tácito de causar al sujeto pasivo un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda albergar en el marco de su relación con el autor (acoso vertical).

Por regla general, cuando una persona somete a otra a las conductas constitutivas de este delito lo que pretende es conseguir que la víctima acabe cediendo a requerimientos de tipo sexual. Cuesta imaginar, francamente, supuestos de tal naturaleza que resulten mínimamente verosímiles y que puedan llegar a cometerse con la aptitud de proporcionar algún tipo de beneficio, ya sea directo o indirecto, a una persona jurídica⁵⁹. Al contrario: en los casos del llamado acoso horizontal esta conducta puede enrarecer sensiblemente el ambiente de trabajo y resultar muy perjudicial para el rendimiento laboral de la víctima y, por ende, para la compañía que le paga el sueldo. Por su parte, en los supuestos de acoso vertical –que supedita la estabilidad laboral o ciertas promociones profesionales a los deseos sexuales de quienes tienen poder de decisión al respecto– el acoso introduce un factor de evidente distorsión en los ascensos o mejoras laborales, que puede ser muy disfuncional para cualquier empresa, en la medida en que tales promociones, o la simple estabilidad, ya no dependan de los méritos de los trabajadores, sino de su capacidad de oponer resistencia a requerimientos de tipo sexual. De hecho, y como ya se ha expuesto anteriormente, en la citada STS 830/2014, que condenó civilmente a la sociedad titular de una cadena de supermercados por el acoso sexual de un director de planta a varias empleadas, se señaló *obiter dictum* por la Sala Segunda que, si bien en aquel caso era posible declarar responsable civil a la empresa titular, no habría sido viable, en cambio, declararla responsable penal por la falta de un beneficio esperable.

Algún autor como *Bernardo Feijoo* parece intentar explicar este mod-

⁵⁹ Así lo ven igualmente Goena Vives/Montaner Fernández/Núñez Miró, *La Ley Compliance Penal*, 10 (2022), pp. 3-4 y 6; Lascurain Sánchez, *AdeD*, 9/03/2022; o Sánchez Benítez, *Tratamiento jurídico-penal del acoso*, p. 223.

elo regulatorio apelando a la idea de fragmentariedad antes señalada y argumentando en tal sentido que “el criterio del beneficio permite que el Derecho Penal no quede convertido en un mero instrumento coactivo para forzar el cumplimiento de la regulación laboral”⁶⁰. Sin embargo, una fragmentariedad bien entendida debería llevar a centrar los deberes de prevención en aquellos supuestos más graves de acoso sexual -aquellos que es más necesario prevenir- lo que no depende necesariamente de que sean aquellos hechos susceptibles de generar alguna ventaja para la persona jurídica, si es que cabe imaginar alguno que sea mínimamente verosímil.

Algo parecido puede afirmarse respecto del supuesto de acoso laboral, aunque en este caso tal vez puedan imaginarse algunos ejemplos creíbles, como el de quien somete a un trabajador a acoso reiterado para lograr que abandone voluntariamente la empresa sin tener que abonarle indemnización alguna o con la pretensión de que rinda más en el desempeño de su actividad. También en los casos del llamado acoso inmobiliario son imaginables situaciones en las que directivos o empleados de personas jurídicas titulares de inmuebles recurran a actos de grave humillación de inquilinos para forzarles a abandonarla.

De todos modos, aunque en este último supuesto sean imaginables ejemplos más verosímiles, no deja de ser difícil justificar por qué en estos casos la persona jurídica deberá responder penalmente y no, en cambio, cuando el acoso tenga lugar sencillamente porque uno de los directivos desprecia profundamente a un empleado o le tiene envidia. Si lo que se pretende con la responsabilidad de estas entidades es incentivar la prevención de delitos que se cometen en contextos empresariales, resulta complicado entender por qué los primeros ejemplos requieren un mayor esfuerzo de prevención que los segundos cuando el daño que se acaba ocasionando a la víctima no debe ser necesariamente mayor en unos casos que en otros, ni tampoco cambia mucho el grado de previsibilidad del hecho. Con la regulación vigente cuestiones absolutamente accesorias, como los motivos del acoso, acaban determinando la existencia o no de responsabilidad penal para la persona jurídica.

Lo dicho respecto del acoso sexual puede valer *mutatis mutandis* para otros delitos como los daños informáticos (art. 264 *ter* CP) o la financiación o enaltecimiento del terrorismo (art. 580 *bis* en relación con arts. 576 y 578 CP)⁶¹. Ciertamente, respecto de estas conductas delictivas cabe imaginar ejemplos rocambolescos en los que su comisión

⁶⁰ REDEPEC, 1 (2023), p. 57.

⁶¹ Sobre los problemas que plantea este “elemento de conexión” en los casos de enaltecimiento del terrorismo cfr. León Alapont, *Los delitos de enaltecimiento*, pp. 122-125.

por parte de un representante, directivo o empleado sea apta para beneficiar a la persona jurídica por cuenta de quien actúa dicho sujeto. Sin embargo, parece difícilmente justificable que unos pocos casos de improbable comisión deban dar lugar a responsabilidad penal y, en cambio, *que los casos más prototípicos, dañosos y previsibles de un determinado delito queden fuera del alcance de dicha responsabilidad*. En el caso de los daños informáticos, por añadidura, llama la atención que el factor considerado por el Código Penal para graduar la pena no sea el beneficio obtenido por la persona jurídica responsable, sino literalmente “el perjuicio causado” a la víctima (art. 264 *ter* CP).

Sorprende, en cambio, que respecto de otros delitos la existencia de aptitud para beneficiar a la persona jurídica sea prácticamente automática. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social o de las insolvencias punibles: resulta complicado, por no decir imposible, imaginar un caso en el que un sujeto –actuando como administrador de hecho o de Derecho de una persona jurídica– cometa una defraudación tributaria en nombre de su principal y esta no sea apta *ex ante* para beneficiar a esta última, ya sea por el ahorro de costes fiscales o por la obtención de ventajas tributarias indebidas. La misma conclusión debe alcanzarse, a propósito de las insolvencias, si lo que hace dicho sujeto es ocultar bienes de la compañía que administra a fin de evitar su ejecución por parte de los acreedores. Llama la atención que, *mientras la exigencia de actuar en beneficio apenas limita la responsabilidad de la persona jurídica en lo que respecta a algunos delitos, en otros casos su previsión legal convierte en prácticamente inviable dicha responsabilidad*. La exigencia de este criterio convierte en imposible la tarea de intentar encontrar una cierta coherencia político-criminal en el vigente modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

IV.2. El problema de los beneficios fugaces o insignificantes

El ejemplo del acoso sexual ha permitido constatar cómo la exigencia de que el delito de la persona física se cometa en beneficio directo o indirecto de la jurídica acaba dependiendo en algunas infracciones penales de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas que no parecen suficientemente relevantes como para justificar que exista o deje de existir responsabilidad penal. Este mismo problema se plantea en el caso de los denominados beneficios fugaces o insignificantes.

a) Por beneficios *fugaces o transitorios* puede entenderse aquellos ingresos o ganancias que obtienen (o es previsible que obtengan) determinadas personas jurídicas a resultas de un delito, pero que no tienen como fin consolidarse en su patrimonio, sino trasladarse en un

breve lapso temporal a otra entidad. Por expresarlo coloquialmente, son aquellas ganancias que “tal como entran, salen”. En estos supuestos cabe interpretar que el beneficio ha existido, por cuanto es indiscutible que en un determinado momento la compañía ha experimentado un incremento patrimonial y la ley penal no exige en modo alguno que este se consolide para que concurra responsabilidad. No en vano, si en estos casos el administrador de la sociedad en cuestión decidiera impedir la salida de los activos recibidos, una vez los tiene en su poder, podría perfectamente hacerlo. Sin embargo, la fugacidad de la ganancia y el hecho de que la persona jurídica acusada no sea su último destinatario son dos datos que parecen entrar en contradicción con los diversos fundamentos que se han ofrecido en el anterior apartado para exigir la concurrencia de este elemento.

En la ya citada Sentencia del “caso Pescanova” el Tribunal Supremo absolvió del delito de frustración de la ejecución (art. 257 CP) a dos sociedades mercantiles pertenecientes al entorno familiar de los máximos responsables de la citada multinacional pesquera que fueron utilizadas para descapitalizar a esta (la española KIWI ESPAÑA y la portuguesa QUINTA DE SOBREIRO). Así, a través de las cuentas de estas empresas pasaron unas cantidades procedentes del Grupo PESCANOVA que debían acabar en otras cuentas de la esposa del máximo mandatario de dicho Grupo en Hong Kong. De este modo, las sociedades fueron empleadas -dice el Tribunal Supremo- como “como meras ‘coberturas formales’ con el propósito de eludir el pago de los créditos del primero, sin que se advierta que dichas mercantiles no ya obtuvieran con ello beneficio, directo o indirecto, alguno, sino tampoco que potencialmente pudieran alcanzar de ese modo ventaja o provecho de ninguna naturaleza; ventaja o provecho que, como ya se ha señalado, tampoco se describe de ningún modo ni en el relato de hechos probados de la resolución que aquí se impugna ni a lo largo tampoco de su fundamentación jurídica”. Por tal motivo el Tribunal Supremo decidió absolver a las dos mercantiles.

La decisión de la Sala Segunda de rechazar que exista un delito en beneficio de la persona jurídica en casos de obtención de ganancias transitorias respalda algunos pronunciamientos previos en tal sentido tanto en la doctrina de las audiencias provinciales como en trabajos académicos⁶². Además, con dicha interpretación se refuerza la tenden-

⁶² SAPMadrid 134/2019, de 4 de marzo (Sección 7.^a, ponente Acevedo Frías), en la que se niega la responsabilidad de una persona jurídica por blanqueo de capitales en un supuesto en el que fondos procedentes de delitos se ingresaban en una cuenta de la entidad y eran transferidos de modo prácticamente inmediato a China, así como Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, p. 147.

cia a rechazar la responsabilidad de las personas jurídicas en aquellos supuestos en los que se hace un uso meramente instrumental de tales entidades, como también se observa en pronunciamientos recientes en materia de «sociedades pantalla» o unipersonales. En todos estos casos la jurisprudencia está optando por una reducción teleológica del art. 31 *bis*, que en su tenor literal no establece semejantes distinciones. Se trata, seguramente, de una demostración palpable del desacierto que supuso en su momento la decisión legislativa de extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas a todas las entidades de tal naturaleza sin establecer límites que tomaran en cuenta su objeto real o sus dimensiones cuantitativas.

Con todo, en este concreto caso surgen algunas dudas sobre si realmente podía hablarse de beneficios meramente fugaces o transitorios: en primer lugar, porque, como se recoge en el relato de hechos, los fondos procedentes de PESCANOVA entraron en KIWI ESPAÑA en el mes de febrero de 2013 y no salieron de sus cuentas hasta el mes de agosto siguiente, es decir, medio año más tarde; y, en segundo término, porque, una vez que los fondos pasaron a QUINTA DE SOBREIRO S.L., cuando intentaban transferirse a Hong Kong quedaron bloqueados por la entidad bancaria en la cuenta de dicha mercantil y, como se explica en la resolución, al cabo de unos días el acusado pidió que se dejara sin efecto la transferencia. Por más que el dinero quedara en la cuenta de la sociedad contra los designios de su administrador de hecho y a merced de los acreedores, ello no impide afirmar que, en un sentido material, la acabara beneficiando.

Ni la literalidad del Código Penal ni los argumentos ofrecidos en la doctrina para justificar la necesidad de este “elemento de conexión” logran ofrecer criterios claros para decidir cómo debe resolverse el anterior dilema. Por una parte, es cierto que del hecho de que rápidamente entren y salgan de las cuentas de una sociedad determinadas cantidades de dinero, dicha entidad en poco o nada se beneficia. Pero también es verdad que en un determinado momento la sociedad en cuestión dispuso de una ganancia que, en caso de haberlo querido sus máximos gestores, la mercantil podría haber hecho suya. Que un delito se cometa en beneficio de una persona jurídica no necesariamente debe significar que la persona jurídica sea la última y única beneficiaria del delito: si el art. 31 *bis* CP se interpreta en estos términos difícilmente una persona jurídica podrá ser considerada jamás culpable, pues normalmente las ganancias que estas obtienen suelen acabar, en última instancia, en el bolsillo de sus socios o administradores.

b) Parecidos problemas plantean los beneficios aquí denominados *insignificantes*, es decir, aquellos que, ciertamente, tienen aptitud para

proporcionar una ganancia a la persona jurídica, pero el beneficio obtenido o esperable es cuantitativamente muy poco relevante. Por poner un ejemplo, cabría citar un supuesto de blanqueo de capitales en el que un empleado de banca hubiera aceptado realizar una transferencia altamente sospechosa a una cuenta en un paraíso fiscal a un cliente de alto riesgo⁶³. En tal caso la responsabilidad penal de la entidad bancaria dependería de la percepción o no por parte del banco de una comisión por llevar a cabo la citada operativa, de tal suerte que, si por algún motivo, al cliente se le condonara el coste de la transferencia, la entidad no respondería, a no ser que el concepto “beneficio” se difumine completamente y se considere subsumible en tal término una ventaja tan etérea como la que supone tener satisfecho a un cliente. En este punto puede traerse de nuevo a colación el ejemplo ya expuesto de la discoteca en la que trabaja un portero que vende droga: ¿realmente la responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento debe depender del precio de la entrada que pagan unos pocos clientes cuyo propósito es adquirir dicha sustancia?

Los supuestos de beneficios fugaces e insignificantes ponen de manifiesto cómo en el vigente art. 31 *bis* CP la existencia o no de responsabilidad de las personas jurídicas acaba dependiendo de la concurrencia o no de circunstancias a menudo anecdóticas, que no influyen en absoluto en la lesividad del hecho, ni tampoco en su previsibilidad. Resulta difícilmente justificable que *a tales elementos fácticos de segundo orden se les atribuya nada menos que la capacidad de convertir hechos acontecidos en el marco de la actividad empresarial en hechos pertenecientes a la empresa* como tal, con las consecuencias que ello supone desde el punto de vista de la atribución de la responsabilidad penal.

Ciertamente tal problema puede resolverse con una reducción teleológica consistente en negar que en ambos casos concorra responsabilidad penal: una opción que, como ya se ha expuesto, acoge el Tribunal Supremo en el “caso Pescanova” para los beneficios fugaces. Con este estricto criterio solo habría responsabilidad penal cuando el beneficio esperable fuera relevante en términos económicos y la persona jurídica fuera su beneficiaria final y no meramente transitoria. Sin embargo, quedaría sin respuesta la pregunta sobre por qué casos que no reúnen tales requisitos, pero causan un grave daño (personal o colectivo), pese a ser fácilmente evitables, deben quedar fuera del radio de acción del Derecho penal y porqué también deberían quedar al margen de la responsabilidad penal aquellos hechos (no pocos precisamente) en los que el beneficio no se pretende para la empresa en sí, sino para las

⁶³ Sobre la exigencia del presente elemento en el delito de blanqueo cfr. Casal Fernández, en *VI Congreso*, pp. 494-498, aunque sin entrar en el problema de los beneficios insignificantes.

personas físicas que rigen sus destinos.

IV.3. ¿La interpretatio abrogans como solución aceptable?

Ante todos estos problemas cabe plantearse si, tal vez, no convendría obrar como si este elemento no estuviera presente en el texto del Código Penal y entender que para la responsabilidad penal corporativa basta con que un sujeto cometa un delito en el contexto de su actuación para una persona jurídica. Se trataría de aplicar a la responsabilidad penal corporativa los criterios que ya vienen aplicándose desde hace décadas para fijar los límites de la responsabilidad jurídico-penal del empresario en tanto que garante de los riesgos propios de su actividad o el supuesto de responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP, por lo menos en el caso de aquellos delitos en los que, como ya se ha expuesto, la previsión de este elemento genera unos efectos jurídicos de muy difícil comprensión y justificación.

Sin embargo, como ya se ha expuesto anteriormente, la abolición *de facto* del citado requisito tendría como efecto incuestionable una ampliación del ámbito de lo punible, dudosamente compatible con el principio de legalidad. La reforma de 2015 -en la que el término “en provecho” se sustituyó por “en beneficio directo o indirecto”- es, además, una clara muestra de que el legislador quiso añadir este elemento como una exigencia diferenciada de la mera actuación de la persona física por cuenta de la persona jurídica o en el desempeño de los servicios encomendados por esta. De ahí que un juez o tribunal que prescindiera de este requisito y condenara a una persona jurídica sin explicar dónde radica la aptitud del hecho delictivo de la persona física para beneficiarla se expone a que su resolución sea declarada inconstitucional por vulneración del art. 25.1 CE. La actuación del legislador parece ser la única solución aceptable⁶⁴.

V. CONCLUSIONES

V.1. Argumentos para la eliminación de este “elemento de conexión”

Como ya se ha señalado en páginas anteriores, la lógica del Derecho penal es tratar de impedir las conductas más perjudiciales para los intereses personales o colectivos que pueden poner en riesgo la estabilidad social. La entidad de dicho perjuicio, junto al grado de evitabilidad

⁶⁴ Como señala Valverde Cano, *BFDUAM*, 2022, “aunque los juristas tengamos la tentación de darle al concepto de ‘beneficio’ un contenido que lo haga superfluo, por ejemplo, equiparándolo al ya existente ‘por cuenta’, ‘en nombre’, o ‘en ejercicio de actividades sociales’, una interpretación leal con una norma aprobada democráticamente nos debe llevar a excluir esta opción”. También parece apuntar en la misma dirección Nieto Martín, *InDret*, 3/2018, p. 17.

del hecho, son las principales razones de la incriminación y, a la vez, la medida de graduación de la pena asociada a cada delito. En dicha lógica no tiene mucho sentido exigir, adicionalmente, que el sujeto considerado responsable obtenga algún beneficio de su conducta delictiva, pues cabe imaginar conductas muy nocivas y fácilmente evitables de las que, sin embargo, no sea esperable que derive ningún tipo de ganancia o provecho para quien las lleva a cabo.

Por razones históricas que se han expuesto en otro trabajo con mayor detalle⁶⁵, la exigencia del elemento del beneficio en la responsabilidad penal corporativa parece explicarse por la traslación automática de criterios de imputación propios del Derecho civil de daños al Derecho penal, que se produjo a principios del siglo pasado en los Estados Unidos. Pero la lógica y los fines del Derecho civil (la reparación económica del daño y la asignación de los correspondientes costes al responsable, costes que, por cierto, pueden trasladarse a terceros mediante el contrato de seguro) no pueden ampliarse sin más al Derecho sancionador, en el que impera un enfoque retributivo y/o preventivo: sancionar (o no) a alguien porque se ha beneficiado de un hecho puede no ser respetuoso con la exigencia de merecimiento y/o no asegurar mejores niveles de prevención de hechos dañinos socialmente⁶⁶.

En este último sentido, con la exigencia de dicho elemento se dirige un extraño mensaje a aquellas empresas a las que el legislador pretende incentivar para que implanten sus modelos de prevención de delitos: así, en el diseño del correspondiente mapa de riesgos se les dice que pueden despreocuparse de aquellos peligros más graves para terceras

⁶⁵ Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, pp. 37-51.

⁶⁶ Para más detalles Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio*, pp. 60-74. En palabras de Feijoo Sánchez, en *La responsabilidad*, pp. 147-148, “este modelo que se basa en la identificación lleva marcado a hierro candente su impronta civilista (paradigmático el principio del respondeat superior sobre el que se construyó en Estados Unidos su modelo inicial de responsabilidad penal de personas jurídicas que tiene su origen en el derecho de daños o de responsabilidad civil extracontractual), por lo que, si bien sirve para fundamentar una responsabilidad civil vinculada a la reparación del daño (basada en el viejo axioma latino «cuius commoda, eius incommoda» o «qui sentit commodum sentire debet et onus»), representa un punto de partida endeble para fundamentar la imposición de un mal proporcional a la lesividad del hecho para la estabilización de la norma derivada de la infracción de la misma. No cabe duda de que en caso de que la persona jurídica no haya causado daños o perjuicios, sino que simplemente haya tenido un enriquecimiento ilícito este fundamento es suficiente también para fundamentar consecuencias como el comiso de ganancias, pero sigue siendo insuficiente para la imposición de un mal”. También Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad*, pp. 141-142, señala que la imposición de sanciones por el hecho de verse beneficiado se corresponde con una concepción que “difícilmente puede considerarse una lógica jurídico-penal”. Cfr. asimismo Gómez-Jara Díez, *Tratado*, p. 90. Dicha evolución es advertida también por Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría*, pp. 680-681; o, a propósito de los Estados Unidos, por Laufer/Strudler, en *Modelos*, p. 225.

personas derivados de posibles delitos de directivos o empleados cuando sea difícilmente imaginable que de tales delitos surja algún beneficio para la empresa. Por continuar con casos conocidos, se dice, por ejemplo, a los bancos, que no tienen que controlar las actividades de “banca paralela” aun siendo una conducta no infrecuente que tiene lugar en sus oficinas y que puede ser muy perjudicial para los clientes; o a las empresas en general se les viene a decir que no han de adoptar medidas para prevenir los supuestos más clásicos de acoso sexual o laboral.

Respecto de estos y otros muchos delitos *cabe imaginar conductas muy lesivas o peligrosas, fácilmente previsibles y evitables, pero que no sean aptas para generar provecho alguno*. En tales casos, pese a la potencial o efectiva dañosidad del hecho delictivo, este no generará responsabilidad penal corporativa de acuerdo con la regulación vigente. Sin embargo, a propósito de estas conductas resulta sumamente complicado justificar la conclusión de que no se impongan deberes de prevención (con refuerzo penal) a las personas jurídicas y que estas, en caso de incumplir tales deberes, no sean consideradas responsables cuando sí lo serán, en cambio, por otras conductas mucho menos lesivas o menos previsibles por el solo hecho de ser aptas para generar beneficios, aunque estos resulten de poca entidad.

Ciertamente, la exigencia del presente elemento limita los deberes de prevención, lo que, como ya se ha señalado *supra*, pueda verse tal vez como una saludable manifestación del principio de fragmentariedad. Pero dicha limitación se lleva a cabo a partir de una circunstancia -la aptitud para generar beneficio- que no guarda relación con la lesividad o evitabilidad del hecho que motiva la sanción. Dado que estos riesgos son el criterio por el que deben guiarse fundamentalmente los asesores de la persona jurídica cuando diseñan los modelos de prevención, lo más probable es que, en caso de duda, se establezcan de todos modos medidas generales de evitación de determinadas conductas, sin discriminar aquellas que pueden generar beneficio de aquellas otras que carecen de tal aptitud. Si esto acaba sucediendo, la (supuesta) pretensión de limitar los deberes empresariales de vigilancia se verá frustrada pues, *de facto*, los controles impuestos serán más estrictos de lo exigido por la regulación penal. A ello contribuirá, sin duda, la circunstancia añadida de que, por más que no sean aptas para proporcionar beneficio y generar responsabilidad penal, las conductas gravemente peligrosas exponen a la empresa al riesgo de consecuencias civiles y administrativas, por lo que de todos modos seguirán siendo

objeto de los modelos de prevención en sentido amplio⁶⁷.

Así las cosas, este elemento resulta perturbador porque *impide un diseño mínimamente racional tanto del sistema de atribución de responsabilidad como de las medidas de prevención de los potenciales delitos*: ser o no castigado acaba dependiendo de detalles absolutamente accesorios en términos de dañosidad y previsibilidad, es decir, los ejes centrales sobre los que se debe fundamentar y graduar la responsabilidad penal. En tal sentido es muy claro *Adán Nieto* cuando señala, en referencia a este concreto elemento de conexión, que es “tremendamente disfuncional y debería suprimirse en el futuro”, argumentando a tal efecto que “lo relevante no es si la empresa se beneficia o no por el delito, sino que el ordenamiento jurídico a través del derecho penal quiera que la empresa adopte medidas para prevenir y descubrir delitos, porque el desarrollo de su actividad genera este tipo de riesgos”⁶⁸. Unas afirmaciones en las que coinciden otros autores que han abordado la presente cuestión, como *Carlos Martínez-Buján*⁶⁹, *José León*⁷⁰ o *Ana Valverde*⁷¹.

Como han señalado *Javier Cigüela* e *Íñigo Ortiz de Urbina*, “el carácter problemático de este requisito se observa, de hecho, en que en cierto modo resulta disfuncional en relación con el objetivo general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas e incluso del *compliance*: si lo que se busca es que las empresas y otras organizaciones contribuyan a la prevención de comportamientos delictivos, no se entiende por

⁶⁷ La evidente necesidad de tener en cuenta no solo la normativa estrictamente penal en el diseño de los programas de cumplimiento es puesta de manifiesto por Nieto Martín, *La responsabilidad*, p. 29.

⁶⁸ Nieto Martín, *RXG*, 63 (2009), ap. III.2. Parece compartir estas críticas Zugaldía Espinar, en *Bajo-LH*, p. 700, quien señala que “quizás la expresión ‘en interés’, sinónimo de las anteriores, pueda ser más expresiva de lo que se quiere indicar”.

⁶⁹ *REDEPEC*, 3 (2023), p. 71, señalando que “comparto la idea de que, *de lege ferenda*, ‘seguramente sería una buena decisión legislativa’ suprimir el requisito típico de ‘la actuación en beneficio’ de la PJ, sobre todo si se asume que el modelo acogido por nuestro CP es, básicamente, uno de autorresponsabilidad y si se tiene en cuenta –entre otras razones– que cabe imaginar conductas muy lesivas que, sin embargo, no sean aptas para generar provecho alguno”.

⁷⁰ *Los delitos de enaltecimiento*, p. 125: “si de lo que se trata es de tutelar bienes jurídicos relevantes, no se entiende por qué esa protección solo se confiere cuando la actuación delictiva pudiera beneficiar o acabe beneficiando a la persona jurídica”.

⁷¹ *BFDUAM*, 2022: “el modelo español no obedece a uno vicarial, sino uno de autorresponsabilidad, aunque limitada por el hecho que comete la persona física, la exigencia de un ‘beneficio’ únicamente distorsiona el sistema y la razón por la que decidimos castigar a las personas jurídicas. No castigamos porque hayan obtenido un beneficio indebido (para eso está, entre otras cosas, el decomiso), ni, creo, para redistribuir, en un entendimiento de que la responsabilidad penal es un ‘coste’ más, o carga, que debe soportar quien se ha beneficiado de una determinada actuación de personas a su cargo. Castigamos porque no han cumplido bien su función de vigilantes: las empresas son fuentes de peligros que deben controlarse adecuadamente, como deber correlativo a la libertad de empresa que su existencia y actividad representan”. También crítico Carrera Horta, en *Cuestiones actuales*, p. 300 ss.

qué razón solo interesan aquellos que les sean beneficiosos. Piénsese en casos de acoso y maltrato laboral, casos de *bullying* o de desastres naturales, en fin, en cualquier otra conducta gravemente lesiva a la vez que previsible, y que en virtud de este requisito quedarían fuera en tanto no beneficiasen a la persona jurídica que los habría favorecido. Es esta crítica, junto con otras menos relevantes, la que ha hecho que buena parte de la doctrina sea favorable a la supresión de dicho requisito a la hora de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷².

La supresión del presente elemento aproximaría la regulación española a otras como la francesa, en la que se prefirió optar, como único “elemento de conexión”, por la expresión “por su cuenta”⁷³. Así, en el art. 121-2 del Código Penal se establece que “las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables (...) de las infracciones cometidas por su cuenta por sus órganos o representantes”. Según señala alguna comentarista, “al principio, la doctrina entendía por esa exigencia que la persona jurídica debía de haber sacado un provecho de la infracción cometida (...) De todas maneras, los jueces no se plantearon problemas con esta exigencia y consideraron que la infracción había sido cometida por cuenta de la persona jurídica en caso de provecho directo o indirecto. Puede reconocerse la responsabilidad de la persona jurídica por el simple hecho que la infracción ha sido cometida en el marco de su actividad, que haya o no sacado algún provecho. No será el caso si el autor de la infracción la ha cometido para su interés exclusivo, aunque fuese en el marco de sus funciones”⁷⁴. Otra opción sería aproximarse al *Derecho belga* (art. 5 CP), que exige que el delito de la persona física sea una infracción intrínsecamente vinculada al objeto de la jurídica o a la defensa de sus intereses o pueda demostrarse, a partir de datos concretos, que se ha realizado por su cuenta⁷⁵.

En realidad, con dicho cambio el Derecho español se acercaría también al contenido de las directivas europeas, a las que se ha aludido anteriormente (*supra* II.2.A), que establecen un solo elemento de conexión entre el hecho de la persona física y jurídica cuando se trata de sancionar a esta por los delitos de sus directivos o empleados⁷⁶. Sin

⁷² En *Lecciones*, p. 82.

⁷³ Poemans, *Eguzkilo*, 28 (2014), p. 114.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 120.

⁷⁵ Tampoco en la regulación neerlandesa aparece el elemento del beneficio: cfr. al respecto Vervaele, en *La responsabilidad*, pp. 533-534, si bien ha sido introducido por el Tribunal Supremo como criterio de atribución de delitos cometidos por personas físicas a entes colectivos (*ibidem*, p. 542).

⁷⁶ Como ejemplo reciente cabe citar el art. 6 de la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento

embargo, sería conveniente en las versiones españolas de dichos textos evitar la expresión “en beneficio” y optar por otras como “en interés de” o “por cuenta de”, que no parecen requerir al hecho delictivo la capacidad de aportar ventajas o provechos a las personas jurídicas, sino que simplemente indican que la persona física ha cometido el delito en el marco del ejercicio de aquellas funciones encomendadas por la primera y que esta tiene el deber de controlar.

En resumen: para la atribución de responsabilidad *debería bastar con la existencia de un acto de delegación-asunción de un haz de competencias a una persona física y la comisión por esta de un delito asociado a los riesgos propios de las funciones asumidas*. Por volver al ejemplo de constante cita, la persona que ha asumido el cargo de director de una sucursal bancaria y que, en el desempeño de sus funciones, se aprovecha de su contacto con los clientes para engañarles en la venta de productos financieros de alto riesgo, comete una estafa que debería generar la responsabilidad penal del banco si este no ha desplegado medidas de prevención de tales comportamientos, que son perfectamente previsibles. Y lo mismo cabe afirmar respecto de aquella empresa en la que, no solo ocasionalmente, se producen episodios de acoso -sexual o laboral- sin que exista medida alguna de prevención o detención de tales comportamientos, con independencia de que la empresa gane o pierda con ellos.

V.2. Posibles soluciones parciales

Tal vez la anterior solución se antoje demasiado radical para el legislador. En tal caso existen dos posibles soluciones intermedias para corregir, al menos parcialmente, los efectos menos justificables de la exigencia legal del presente “elemento de conexión”:

a) La primera opción pasa por la posibilidad de que el mismo legislador elimine este elemento de la cláusula general del art. 31 *bis* CP, pero, *a propósito de determinados delitos concretos*, pueda optar por mantener la exigencia de que el delito de la persona física sea apto para beneficiar a la jurídica, cuando en referencia a determinados sectores de criminalidad existan razones político-criminales que aconsejen limitar el alcance de dicha responsabilidad a tal clase de supuestos.

b) Una segunda opción, de alcance aún más limitado que la anterior, podría consistir en mantener la exigencia general de que concurra una actuación en beneficio en el art. 31 *bis* CP, pero *establecer excepciones a tal necesidad a propósito de delitos concretos* (por ejemplo, el acoso

Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la Protección del Medio Ambiente mediante el Derecho Penal, en la que se emplea un único elemento de conexión -a diferencia del art. 31 *bis* CP- pero se ha optado por la ambigua expresión “en beneficio”.

sexual) aprovechando los artículos del Código en los que se declara la incriminación expresa de las personas jurídicas a propósito de algunos delitos.

Sin embargo, los inconvenientes ya expuestos que ocasiona la presencia de este requisito en el art. 31 *bis* CP son tales que parece preferible claramente la primera opción de las dos propuestas o la eliminación absoluta de este requisito, haciendo que la responsabilidad penal gire en torno a los mismos ejes que en el caso de las personas físicas: la lesividad y la previsibilidad⁷⁷. En otras palabras, que la razón del castigo de las personas jurídicas sea la no evitación de los hechos delictivos más graves de sus representantes, directivos o subordinados, cuando tales hechos sean previsibles y evitables, sin que importe que sean aptos o no para proporcionar beneficios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Astrologo, Annamaria, “‘Interesse’ e ‘vantaggio’ quali criteri di attribuzione della responsabilità dell’ente nel d.lgs. 231/2001”, *L’Indice Penale*, 2003, pp. 649-666.

Bacigalupo, Silvina, “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en Zugaldía Espinar / Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2013, pp. 67-102.

Bajo Fernández, Miguel / Feijoo Sánchez, Bernardo José / Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.^a ed., Madrid, 2016.

Bucy, Pamela H., “Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability”, *Minnesota Law Review*, 75 (1991), pp. 1095-1184.

Carrera Horta, Andrés, “Política criminal y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Vázquez-Portomeñe Seijas (dir.), *Cuestiones actuales de política criminal*, Valencia, 2023, pp. 279-314.

Casal Fernández, Laura, “Actuar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica como criterio de imputación de su responsabilidad penal, en la comisión del delito de blanqueo de capitales”, en Abel Souto / Sánchez Stewart (coords.), *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, 2019, pp. 494-498.

Chiesa, Luis E., *Substantive Criminal Law. Cases, Comments and Comparative Materials*, Durham, 2014.

⁷⁷ Ello por no entrar en propuestas más ambiciosas de reconfiguración del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como la que presenta Nieto Martín, en *Mir Puig-LH*, pp. 167-177. En el modelo que propone este autor, basado hasta en cuatro modalidades de responsabilidad, la actuación en beneficio solo es relevante en una de ellas, la del denominado “delito corporativo”.

Cigüela Sola, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2015.

Cigüela Sola, Javier / Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución”, en Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2.^a ed., Barcelona, 2023, pp. 75-97.

Del Moral García, Antonio, “Responsabilidad penal de partidos políticos”, en VV.AA., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (cit. *Maza Martín-LH*), Madrid, 2018, pp. 299-318.

Del Rosal Blasco, Bernardo, “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, n.º 1, del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 103 (2011), pp. 41-94.

Díez Ripollés, José Luis, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, 1/2012, pp. 1-33.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo, “Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en de la Mata Barranco *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, 2018, pp. 129-168.

Feijoo Sánchez, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Madrid, 2011, pp. 65-141.

Feijoo Sánchez, Bernardo, *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Madrid, 2015.

Feijoo Sánchez, Bernardo José, en Bajo Fernández, Miguel / Feijoo Sánchez, Bernardo José / Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.^a ed., Madrid, 2016.

Feijoo Sánchez, Bernardo, “La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, 1 (2023), pp. 1-121.

Galán Muñoz, Alfonso, “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, en Romeo Casabona / Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada, 2012, pp. 502-548.

García Palominos, Gonzalo, “Relevancia del elemento ‘interés o provecho’ en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, 47 (2020), pp. 821-848.

Goena Vives, Beatriz / Montaner Fernández, Raquel / Núñez Miró,

Anna, “Más ley penal, más espacios para la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *La Ley Compliance Penal*, 10 (2022).

Gómez Tomillo, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, *Diario La Ley*, 8747 (2016).

Gómez-Jara Díez, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Barcelona, 2005.

Gómez-Jara Díez, Carlos, en Bajo Fernández, Miguel / Feijoo Sánchez, Bernardo José / Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.^a ed., Madrid, 2016.

Gruner, Richard S., *Corporate criminal liability and prevention*, Nueva York, 2005.

Hernández, Leyre, “El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica”, en De la Cuesta Arzamendi (dir.) / De la Mata Barranco (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2013, pp. 103-127.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, *Almacén de Derecho*, 9/03/2022, {<https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>}.

Laufer, William S. / Strudler, Alan, “Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria”, trad. C. Gómez-Jara Díez, en Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Cizur Menor, 2006, pp. 191-238.

León Alapont, José, *Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas*, Valencia, 2022.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, “La estructura de la infracción penal de la persona jurídica: el presupuesto (el déficit organizativo peligroso) y el resultado/condición objetiva de punibilidad (el hecho de conexión posterior)”, *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídica y Compliance*, 3 (2023), pp. 1-103.

Nieto Martín, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

Nieto Martín, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista Xurídica Galega*, 63 (2009), pp. 47-70 (se cita la versión disponible en {<http://resp-pj.blogspot.com.es/2011/03/la-responsabilidad-penal-de-las.html>}).

Nieto Martín, Adán, recensión a Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, publicada en *InDret – sección ex Libris*, 3/2018, pp. 16-18.

Nieto Martín, Adán, “La autoregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal”, en Silva Sánchez *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (cit. *Mir Puig-LH*), Madrid, 2017, pp. 167-178.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico” en Silva Sánchez / Miró Llinares (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013, pp. 463-502.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales”, en Ayala Gómez / Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Penal Económico y de la Empresa (Memento Práctico)*, Madrid, 2016, pp. 165-200.

Poelemans, Maiténa, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés”, *Eguzkilore*, 28 (2014), pp. 113-124. Disponible en {<http://www.ehu.eus/documents/1736829/3498354/06-maitena+poelemans+p.pdf>}.

Ragués i Vallès, Ramon, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2017.

Ragués i Vallès, Ramon, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas por acoso sexual como Derecho penal simbólico”, en Muñoz Sánchez *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico-penales, criminológicos y político-criminales. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés* (cit. *Díez Ripollés-LH*), Valencia, 2023, pp. 1625-1636.

Robles Planas, Ricardo, “Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal”, en Santana Vega *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez* (cit. *Queralt Jiménez-LH*), Barcelona, 2021, pp. 329-340.

Sánchez Benítez, Cristian, *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España*, Madrid, 2023.

Sánchez Melgar, Julián, “Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación”, en Zugaldía Espinosa / Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2013, pp. 31-66.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, “Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas”, en Bacigalupo Saggese *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (cit. *Bajo-LH*), Madrid, 2016, pp. 630-649.

Selvaggi, Nicola, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Nápoles, 2006.

Silva Sánchez, Jesús-María, “La responsabilidad penal de las per-

sonas jurídicas en Derecho español”, en Id. (dir.) / Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013, pp. 15-42.

Silva Sánchez, Jesús-María / Ragués i Vallès, Ramon / Robles Planas, Ricardo / Pastor Muñoz, Nuria / Montaner Fernández, Raquel / Coca Vila, Ivó / Estrada i Cuadras, Albert, “El ‘caso Pescanova’. Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero”, *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 3/2023, pp. 677-724.

Valverde Cano, Ana Belén, “De monos y calambres: ¿por qué condicionar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a que se actúe en su beneficio?”, *blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, {<https://www.blog.fder.uam.es/2022/11/16/demonos-y-calambres-por-que-condicionar-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-a-que-se-actue-en-su-beneficio/>}, 16/11/2022.

Vervaele, John A.E., “Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda”, en Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2014, pp. 523-570.

Villegas García, María Ángeles, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Cizur Menor, 2016.

Walsh, Charles J. / Pyrich, A., “Corporate compliance programs as a defense to criminal liability: can a corporation save its soul?”, *Rutgers Law Review*, 47 (1995), pp. 605-691.

Zugaldía Espinar, José Miguel, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (Análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, en Bacigalupo Saggese *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (cit. *Bajo-LH*), Madrid, 2016, pp. 693-712.

Zugaldía Espinar, José Miguel, “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, *Cuadernos de Política Criminal*, 121 (2017), pp. 9-34.