


Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de las empresas públicas*

Interpretative autonomy of criminal law and the criminality of public companies

MERCEDES GARCÍA ARÁN

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona (España)

mercedes.garcia@uab.cat

 <http://orcid.org/0000-0002-9701-7559>

Resumen: El Código Penal español excluye a determinadas personas jurídicas de la responsabilidad penal o bien limita las penas que les son aplicables. Se trata de órganos del Estado y empresas creadas o controladas por el Estado que se utilizan para realizar determinadas prestaciones públicas, lo que difumina los límites entre el derecho público y el derecho privado y, a la vez, lleva conceptos de derecho administrativo al derecho penal. Esto plantea problemas interpretativos que el derecho penal debe solucionar con autonomía respecto del derecho administrativo. Este trabajo se dedica a analizar esos problemas planteados y a plantear argumentos para su interpretación.

Abstract: *The Spanish Criminal Code either excludes certain legal persons from criminal liability or limits the penalties applicable to them. These are State bodies and companies created or controlled by the State that are used to carry out certain public services, which blurs the boundaries between public law and private law and, at the same time, brings concepts of*

Recepción: 15/06/2022

Aceptación: 09/10/2022

Cómo citar este trabajo: GARCIA ARÁN, Mercedes. “Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de la empresa pública”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 261-291, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.09>

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación I+D “Prevención de la corrupción en el sector público empresarial”, Ref. D2020-117526RB-100, del que Miriam Cugat Mauri es investigadora principal.

administrative law into criminal law. This raises interpretative problems that criminal law must solve autonomously from administrative law. This paper is devoted to analysing these problems and putting forward arguments for their interpretation.

Palabras clave: responsabilidad penal empresas públicas, responsabilidad penal del Estado, potestad administrativa, servicios públicos.

Keywords: *criminal liability of public enterprises, criminal liability of the State, administrative authority, public services.*

Sumario: 1. LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA. 2. CLASIFICACIÓN DE PARTIDA: LOS ENTES DEL SECTOR EMPRESARIAL COMO PARTE DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL. 3. AUTONOMÍA Y ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL: UN TEMA CLÁSICO. 4. ANTECEDENTES EUROPEOS. 4.1. El necesario contexto de la evolución del derecho actual. 4.2. Alcance de la autonomía interpretativa. 5. LA RESPONSABILIDAD PENAL “DE” LAS EMPRESAS PÚBLICAS. ALGUNAS VÍAS INTERPRETATIVAS. 5.1. La irresponsabilidad penal de las Administraciones y entes estatales. 5.3. Las potestades administrativas a efectos penales. 5.4. La limitación de penas aplicables a algunas sociedades mercantiles públicas. 6. REFERENCIAS.

El artículo 31 quinquies del Código Penal español (CP) excluye a determinadas personas jurídicas de la responsabilidad penal. Junto a lo que son claramente órganos estatales, se incluyen también entidades empresariales con distinto tratamiento: las Entidades Públicas Empresariales (EPE), exentas de responsabilidad por el número 1 del artículo citado y las Sociedades Mercantiles Estatales (SME) que pueden tener responsabilidad penal, pero, en determinados casos citados en el número 2, pueden verse favorecidas por una restricción de las penas que les son aplicables. Unas y otras forman parte de los llamados “entes instrumentales”, a los que acude el Estado para realizar determinadas prestaciones, en un marco de difuminación de los contornos que separan el derecho público del derecho privado y, a la vez, de importación de conceptos administrativos por el derecho penal. A cómo abordar los problemas interpretativos que todo ello comporta se destinan estas páginas.

1. LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Entre los rasgos de la Administración Pública de nuestro tiempo está lo que ya ha sido denominado “huida del derecho administrativo” que se produce cuando el Estado recurre a la creación de entes instrumentales o especializados para la prestación de funciones o servicios o, simplemente, desarrollo de actividades de interés público. Dicha “descentralización funcional” pretende -se dice- una mayor eficacia en el desempeño de la actividad al evitarse los más rígidos controles del derecho administrativo, en tanto algunas de dichas entidades están total o parcialmente sometidas al derecho privado.

Como tendencia privatizadora no ha estado exenta de críticas, entre las que destaca la de PARADA VAZQUEZ, refiriéndose a tales entidades como “miríada de organizaciones públicas con personalidad jurídica propia a las que se encomienda un servicio o función

específica en aras de una presunta mayor eficacia en la gestión administrativa”¹. Efectivamente, como -no sin esfuerzo- intentaremos resumir, en el llamado sector público institucional se incluyen categorías a caballo entre el derecho público y el derecho privado que generan una casuística complicada, especialmente, cuando se trata de trasladar algunas de dichas categorías al derecho penal.

En la doctrina penal, GOMEZ RIVERO manifiesta su preocupación por que la huida del derecho administrativo se convierta también en una huida del derecho penal, en tanto la regulación privada de la gestión de intereses públicos lleve a ámbitos de responsabilidad más laxos². A ello se añade, como veremos, que el CP es colonizado por conceptos administrativos a veces evanescentes que en su origen no están pensados para fundamentar la responsabilidad penal y pueden terminar por hacerla difícilmente exigible. Por tal razón, el intérprete penal los contempla desde la relativa autonomía de los conceptos penales respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico, cuestión clásica que, en mi opinión, adquiere una nueva relevancia en la evolución actual del derecho penal y sus relaciones con el derecho administrativo.

2. CLASIFICACIÓN DE PARTIDA: LOS ENTES DEL SECTOR EMPRESARIAL COMO PARTE DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL

La autonomía interpretativa del derecho penal es relevante para abordar la delincuencia “en” los entes instrumentales, esto es, si la “miríada de organizaciones” de la que habla PARADA constituyen parte de la Administración Pública a los efectos del bien jurídico protegido y cómo cabe interpretar los elementos típicos manejados en la parte especial del CP, teniendo en cuenta las especiales características de dichas entidades³. En dicho análisis no entraremos aquí, sin perjuicio de alguna mención a problemas concretos de interpretación.

El objeto central de estas páginas es la delincuencia “de” las empresas públicas, esto es, su condición de posibles sujetos de responsabilidad penal a partir del art. 31 quinquies CP. Y en tanto se trata de delimitar sujetos, el primer problema al que se enfrenta el penalista es qué terminología utilizar para ubicar simplícidamente las entidades que nos ocupan, evitando hasta donde sea posible las farragosas y a veces entrecruzadas clasificaciones administrativas que, para la mentalidad sistemática del derecho penal, provocan un cierto desconcierto.

Aquí nos interesan las entidades mencionadas en el art. 31 quinquies CP arriba enunciadas (EPE y SME) que manejaremos a partir de su clasificación en el art. 3 de la Ley General Presupuestaria (LGP). Allí se incluyen en el denominado *sector público empresarial*, diferenciándolas de las integradas en el *sector público administrativo* (resumidamente,

¹ PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho administrativo*. I. Ediciones Universitarias, 2013, p. 22.

² GOMEZ RIVERO, C, “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*” 18-06, 2016, pp. 5 y 6.

³ Tales problemas, así como los derivados del concepto de autoría en estructuras organizadas como éstas de dedica el trabajo de GOMEZ RIVERO, “El castigo penal...” cit, pp. 11 y ss.

Administración General del Estado (AGE) y organismos que dependen o se vinculan a ella, así como algunos consorcios con un perfil mercantil menor) y el *sector público fundacional* (fundaciones del sector público estatal).

En mi opinión, la separación de estos tres sectores resulta más útil que la manejada en el art. 84 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) con el mismo contenido. pero con distinto criterio sistemático que no se basa en la función predominante (empresarial, administrativa) sino en la vinculación a organismos públicos. La elección de una u otra sistemática no es, a mi juicio, gratuita. En la LRJSP las EPE y las SME se separan en función de su vinculación a la Administración General del Estado lo que, siendo correcto, deja en segundo plano su carácter empresarial. Por otra parte, la LRJSP no diferencia clases de consorcios en función de su mayor o menor perfil empresarial lo que, como veremos (infra, V.1), resulta necesario para considerarlos o no incluidos en las entidades exentas de responsabilidad penal. En suma, al existir distintos grados de vinculación a la AGE tal criterio ofrece unas fronteras más difusas que las *funciones* predominantes en cada sector lo que, en cambio, favorece la interpretación material de los conceptos penales

Intentando superar el galimatías anterior -por el que pido disculpas-, resulta necesario resumir las diferencias entre EPE y SME para comprobar cuál es el fundamento de la exención de responsabilidad penal de las primeras y de la eventual reducción penológica de las segundas. Tal fundamento, a su vez, será necesario para interpretar conceptos como “ejercicio de potestades administrativas” (vinculado a las EPE) o “servicios de interés económico general” (vinculado a las SME), aunque, como veremos, no desprovisto de zonas oscuras.

Así, las EPE son entidades de derecho público, con patrimonio propio y autonomía de gestión que se financian con ingresos de mercado. Pueden ejercer potestades administrativas y también actividades prestacionales, de gestión de servicios o producción de bienes. (ver art. 103 LRJSP). En la clasificación general del art. 84.1 LRJSP están incluidas en la letra a) junto a los Organismos Autónomos y las Agencias Estatales y se crean por un acto normativo⁴

En cambio, las sociedades mercantiles estatales (SME), son sociedades mercantiles controladas por la Administración General o por alguna entidad del sector público institucional mediante una participación directa en el capital superior al 50%⁵ (art. 111 LRJSP). No requieren un acto normativo para su creación, sino sólo autorización del Consejo de Ministros. Se rigen por el derecho privado en la gestión de su patrimonio, pero el sometimiento al control público afecta a varias materias: actuación presupuestaria,

⁴ Sobre la caracterización de dichas entidades, VALEIJE ALVAREZ, I. “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 quinquies 2 CP)” en AA.VV. *Los lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Vazquez-Portomeñe (dir.)/ Sanjurjo Rivo (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 77.

⁵ Además, el control de la Administración se ejerce sobre las sociedades que están en el supuesto del art. 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores.

contable, contratación etc. En principio, no pueden ejercer potestades administrativas, aunque excepcionalmente la ley puede atribuírselas (art. 113 LRJSP).

En el bosque normativo al que están sometidas dichas entidades se entrecruzan también normas sobre contratación (Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público), protección de determinados sectores (por ejemplo, Ley 2/2022 de Economía Sostenible), normas autonómicas y locales etc., lo que provoca un caos conceptual notable⁶.

Nuevamente, entre la doctrina administrativista, PARADA VAZQUEZ es especialmente duro con el caos conceptual dominante en esta materia: así, se refiere a entes “disfrazados de sociedad mercantil” que, contando con capital íntegramente público se rigen por el derecho privado en sus relaciones con terceros, y al grupo “ciertamente asexuado” que incluye los EPE y las Agencias cuyo régimen no es ni totalmente público ni totalmente privado.⁷ Asimismo, CHINCHILLA MARIN destaca el carácter híbrido de las SME cuestionando abiertamente su caracterización como sometidas al derecho privado y criticando como extravagante que la ley permita atribuirles-si bien excepcionalmente- el ejercicio de potestades públicas⁸. Incluso hay quien cuestiona la constitucionalidad de tal derivación de potestades públicas por ser contraria a la noción constitucional de Administración Pública⁹.

En suma, nos enfrentamos a conceptos híbridos con escasas o nulas fronteras entre el derecho público y el derecho privado. Por ejemplo, una SME puede ser totalmente de patrimonio público (el 50% es sólo un mínimo) y seguir clasificada como sujeto de derecho privado. O una SME como miembro del sector público institucional puede crear, a su vez, otra SME, que pese a contar con la autorización del Consejo de Ministros, se encontrará probablemente más alejada de los fines públicos.

Lo cierto es que la inflación normativa y conceptual en el ámbito del derecho administrativo, no puede ser trasladada sin más a la interpretación del Código Penal. Es obvio que cuando se manejan términos de los que puede depender la responsabilidad penal, la exigencia de delimitación de los conceptos afecta al principio de legalidad penal y a las garantías que contiene¹⁰, como el principio de taxatividad. Ciertamente, ello está en crisis desde hace tiempo, pero precisamente por ello es necesario el esfuerzo clarificador.

⁶ Al respecto, MONTOYA MARTIN, E. “El plan nacional de empresas y derechos humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 49, 2014, pp. 180 y ss.

⁷ PARADA VAZQUEZ, *Derecho administrativo*. p. 23.

⁸ CHINCHILLA MARIN, C., “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, 203, 17-56, 2017.

⁹ MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JL., “El contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40/2015”, en AA.VV, *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las leyes de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público*. (Velasco Ruiz, C.I (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 27.

¹⁰ Esta es una advertencia frecuente acerca de las leyes penales en blanco como técnica que puede difuminar los contornos del delito perjudicando el mandato de determinación. Entre otros, CUERDA RIEZU, A., *Sobre la ley penal (de lege poenali)* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 129.

Por estas razones y como paso previo a algunas propuestas de vías interpretativas, conviene detenerse a plantear hasta qué punto la interpretación penal está vinculada a la regulación administrativa y con arreglo a qué criterios goza de autonomía interpretativa.

3. AUTONOMÍA Y ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL: UN TEMA CLÁSICO

3.1. Algunas precisiones conceptuales

Como es sabido, la cuestión de si el derecho penal es autónomo o accesorio respecto a otros sectores del ordenamiento jurídico es un tema clásico en el que, en síntesis, se ha discutido si la norma penal se limita a sancionar el valor o desvalor procedente de otros sectores del ordenamiento (carácter accesorio o secundario) o bien si el injusto penal debe obedecer a pautas valorativas propias del derecho penal (carácter autónomo)¹¹ lo que repercute en la interpretación posterior de la ley.

Ello afecta a la decisión del poder legislativo sobre qué comportamientos ya intervenidos, por ejemplo, por el derecho civil o administrativo deben ser acotados para integrarlos en un tipo penal. Y, específicamente en las *leyes penales en blanco* que exigen para la perfección típica la infracción de normas administrativas, sea centrándose exclusivamente en ellas, como por ejemplo en la financiación ilegal de partidos políticos del art. 304 bis CP (accesoriedad extrema), sea añadiendo elementos típicos propios de la misma norma penal, como por ejemplo en el delito ecológico del art. 325 CP (accesoriedad limitada)¹².

En el tema que nos ocupa, planteamos la cuestión acerca de los abundantes elementos normativos relativos a las empresas públicas, entendidos como elementos típicos procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico cuyo significado debe precisarse a partir de las normas extrapenales que regulen la materia¹³. Aquí interesa diferenciarlos de las citadas leyes penales en blanco *stricto sensu* en las que una infracción de la normativa extrapenal se incorpora a la tipicidad penal porque en ellas el margen interpretativo del penalista es relativamente estrecho y condicionado a la comprobación de si tal infracción extrapenal se ha producido o no, sin entrar ahora en los problemas que ello plantea¹⁴. En cambio, los elementos normativos como los que aquí nos interesan admiten un mayor margen de interpretación vinculado a las necesidades de aplicación de

¹¹ Entre las obras generales, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 11ª ed. 2022, pp.65-70. DIEZ RIPOLLES, JL. *Derecho Penal español. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed. 2020, pp. 51-52.

¹² La remisión a infracciones de normas extrapenales, si son de rango inferior al CP plantea problemas de inconstitucionalidad planteados y parcialmente solucionados en la STC 127/1990 de 5 de julio en los que no necesitamos entrar aquí.

¹³ Entre otros muchos, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, p. 67.

¹⁴ La comprobación de contravenciones administrativas para integrarlas en un tipo penal también admite varias interpretaciones como se ha desarrollado, especialmente, con relación al delito ecológico. Ampliamente, NAVARRO CARDOSO, F., *El delito de contaminación acústica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 90-98.

la norma penal¹⁵, constituyendo casos de la llamada “accesoriedad conceptual”. Es cierto que, como dice ROXIN, también los elementos meramente descriptivos (“sustraer”, “edificio”) pueden necesitar de una valoración a partir de la finalidad de la norma penal, de manera que la diferenciación respecto de los elementos normativos puede relativizarse porque prácticamente todos los elementos típicos son una mezcla de elementos descriptivos y normativos¹⁶. Sin embargo, aquí nos enfrentamos a conceptos cuyo punto de referencia son normas extrapenales que incluso manejan sistemáticas distintas de manera que la interpretación penal no sólo debe entrar en la complejidad intrínseca de los términos en cuestión, sino, además, mantener en sus conclusiones la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Y en tal tarea, la normatividad de los conceptos es prácticamente exclusiva.

En todo caso, los elementos normativos de carácter jurídico como los que nos interesan son casos de “accesoriedad de derecho” y no “de acto”¹⁷. La primera, como se ha dicho, parte de una remisión implícita a otra norma, mientras que la segunda depende de la existencia de un acto administrativo, como ocurre, por ejemplo, cuando el CP se refiere a la ausencia de autorización como elemento de la tipicidad penal (por ejemplo, “sin estar legítimamente autorizado” en las coacciones del art. 172 CP). Los elementos que veremos después son accesorios al derecho, aunque los casos de accesoriedad de acto pueden plantear cuestiones de incoherencia entre la decisión administrativa y la penal.

Como última precisión valga la siguiente: la accesoriedad (absoluta o relativa) del derecho penal respecto del derecho administrativo es un concepto independiente del llamado carácter *subsidiario* del derecho penal, esto es, del principio político criminal por el cual el recurso al derecho penal sólo debe producirse cuando resulten ineficaces otros instrumentos legales. La ley penal -teóricamente sólo en lo que es imprescindible-, puede acotar o individualizar sectores de la realidad que también están regulados por el derecho administrativo (por ejemplo, el medio ambiente) pero ello, si se parte del carácter no meramente sancionador del derecho penal, no significa que la interpretación penal deba asumir mecánicamente los conceptos administrativos sin pasarlos por el filtro de las necesidades autónomas del derecho penal.

De tales cuestiones nos ocupamos a continuación.

¹⁵ En un trabajo ya antiguo, llamé “remisión en bloque” a las que incorporan infracciones administrativas al CP y “remisión interpretativa” a las que coinciden con el concepto de elemento normativo. GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992/1993, pp. 66 y ss.

¹⁶ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, T.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, pp. 304-305.

¹⁷ Entre otros, ha desarrollado tal distinción GONZALEZ GUITIAN, L., “Sobre la accesoriedad del derecho penal en la protección del ambiente”, *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90, pp. 119 y ss.

3.2. La relativa autonomía de la interpretación penal. La cuestión de la prejudicialidad

De todo lo anterior se desprende, en mi opinión, que en esta materia -e incluso en la fase de evolución del derecho que estamos viviendo- penalistas y administrativistas estamos condenados a entendernos. Pero para ello es necesario un esfuerzo de aproximación mutua comenzando por el grado de autonomía de las distintas perspectivas.

Así, en la doctrina penal no se discute que la interpretación de términos propios de otros sectores jurídicos integrados en el injusto penal debe partir del sentido que tengan en la norma de procedencia, pero cabe dotarles de un contenido parcialmente distinto si ello es necesario para la funcionalidad de la norma penal. Como veremos, la doctrina administrativa matiza lo anterior, pero, en todo caso, la complejidad del derecho penal actual ha desbordado los problemas tradicionalmente planteados en este tema.

En efecto, antes de que la expansión del derecho penal alcanzara de lleno a otros sectores del ordenamiento jurídico y complicara extraordinariamente sus interrelaciones, especialmente, con el derecho administrativo, los ejemplos de la manualística en esta materia eran claros e indiscutidos: así, es pacífico que el concepto de “cosa mueble” del delito de hurto (art. 234 CP) parte de los conceptos manejados por los artículos 334 y siguientes del Código Civil, pero los adapta a las necesidades de aplicación penal para poder considerar objeto del hurto a cosas como estatuas, pinturas, etc. que pueden ser “sustraídas” pero que, para el derecho civil pueden ser cosas inmuebles por incorporación¹⁸.

En cambio, los conceptos administrativos relativos a las empresas públicas como parte de la Administración pública presentan, de entrada, unas complicaciones denunciadas como tales por los mismos especialistas en Derecho administrativo. Como hemos visto, incluso la enumeración de las entidades que nos interesan puede partir de dos clasificaciones legales distintas. Y el intérprete penal, en primer lugar, debe desentrañar un bosque normativo -a veces, con instrumentos dogmáticos distintos-, y, después, comprobar si la interpretación de la doctrina especializada -que también es heterogénea- resulta o no funcional para la aplicación de la norma penal, adaptándola a ésta si es necesario.

Mientras en la doctrina penal no se discute, sino que, se reivindica la autonomía relativa de la interpretación penal de los elementos normativos, en cambio, en la doctrina administrativista es frecuente la opinión según la cual la complejidad de los conceptos manejados, o bien no pueden dejarse exclusivamente en manos del juez penal, o bien deben ser abordados específicamente en una cuestión prejudicial. Aunque no siempre se dice expresamente, esta última opción suele referirse a la *cuestión prejudicial no devolutiva*, esto es, a resolver por el mismo tribunal penal al inicio del juicio oral. Nos detendremos brevemente en este extremo, en tanto afecta a la competencia del juez penal

¹⁸ Así, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20ª ed. pp. 329-330.

para decidir sobre los elementos típicos, renunciando a abordar la cuestión del *non bis in idem*, que desbordaría los límites de este trabajo¹⁹

En la doctrina administrativa MUÑOZ MACHADO sitúa correctamente el problema en la administrativización del derecho penal y, paralelamente, criminalización del derecho administrativo que lleva a una “mezcolanza institucional desasosegante” sin atención a la función de cada institución concreta²⁰. Según el mismo autor, ello supone un cambio de las circunstancias históricas que justificaron la tradicional preferencia de la jurisdicción penal y aconseja acudir a cuestiones prejudiciales, incluso sin temor a las dilaciones propias de las cuestiones prejudiciales devolutivas. Bien es cierto que el autor citado se refiere a casos en que la integración del tipo penal debe contar con la infracción de la normativa administrativa -que aquí hemos considerado leyes penales en blanco *stricto sensu*-, pero también pueden encontrarse opiniones que reivindican una más amplia prejudicialidad administrativa en el proceso penal. Así, BALLBÉ y PADRÓS, admiten la prejudicialidad en la accesoriedad conceptual, esto es, respecto a conceptos que aquí hemos incluido en la categoría penal de elementos normativos, tales como “acto administrativo” o el mismo concepto de funcionario -se entiende, el contenido en el art. 24 CP a efectos penales- dado el incremento de colaboradores de la función pública (por ejemplo, vigilantes de zonas azules de aparcamiento)²¹.

Los autores citados destacan la revitalización de la prejudicialidad administrativa en el proceso penal que ha mantenido el TC, si bien en ella se abordan supuestos que, en mi opinión, no son equiparables. En efecto, varias sentencias obligan a la prejudicialidad administrativa en asuntos que tienen una resolución pendiente en la jurisdicción contenciosa (en casos de homologación de títulos extranjeros a efectos del delito de intrusismo: SSTC 30/1996, 255/2000, entre otras), pero en cambio, la STC 170/2002, confirma la sentencia penal (SAP Alicante 180/1998) en la que se rechaza la cuestión prejudicial para valorar los términos civiles “depósito”, “comisión” “administración” a efectos del delito de apropiación indebida .

Lo que se plantea es la correcta inclusión del problema bien en el art. 3, bien en el art. 4 de la LECrim. El primero, establece “por regla general” la competencia de los tribunales penales para resolver cuestiones prejudiciales propuestas sobre conceptos civiles o administrativos, mientras que el art. 4, establece la excepción para casos en que la cuestión prejudicial “fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia”, en los que procede la cuestión devolutiva a “quien corresponda” con suspensión del procedimiento penal. Esta cuestión prejudicial devolutiva con suspensión del procedimiento, a resolver por la jurisdicción contenciosa, no se descarta totalmente en la opinión de MUÑOZ

¹⁹ Una completa exposición del tema en NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Colex, Madrid, 2001, pp. 34-43.

²⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, I*. Iustel, Madrid, 2006, pp. 79-80.

²¹ BALLBÉ MALLOL, M./PADROS REIG, C. *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2004.

MACHADO, para quien la devolución debe admitirse cuando es imprescindible para determinar la responsabilidad²².

A mi juicio, los problemas a considerar deben partir de la diferenciación de situaciones no siempre individualizadas en la doctrina administrativa, como las siguientes:

Por un lado, están los casos en que el juicio penal se celebra cuando existe un litigio pendiente y afectante al tema aun no definitivamente resuelto en la jurisdicción contenciosa. Tal es el caso de la homologación de títulos extranjeros que, en las SSTC citadas, había obtenido una resolución contenciosa favorable, pero estaba pendiente de casación. El TC recuerda que el “inconveniente” de sentencias contradictorias sobre los mismos intereses debe soportarse en aras de la independencia judicial, pero es legítima la prejudicialidad no devolutiva “como vía para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos” en los que se entrecruzan instituciones atribuidas a distintos órdenes jurisdiccionales (STC 30/1996 FJ 5, remitiéndose a la STC 171/1994).

El mismo problema de incoherencia entre dos decisiones estatales puede plantearse en los casos de accesoriadad de acto en los que el tipo penal depende expresamente, de la ausencia de autorización de un órgano administrativo o bien, cuando el tipo penal remite -a mi juicio, irresponsablemente- a cualquier infracción de la normativa extrapenal que puede consistir en una auténtica maraña normativa. Es lo que ocurre, por ejemplo, con “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente” del delito ecológico en el que se dan casos de condena penal (art. 325 CP) por un vertido autorizado administrativamente²³ lo que, a mi juicio, liquida sin compasión el derecho a esperar y obtener resoluciones judiciales previsibles y coherentes, esto es, a la tutela judicial efectiva. En casos como éstos en los que cabe calibrar la utilización de la cuestión prejudicial devolutiva, pese a que, como demuestra NAVARRO CARDOSO, plantea tanto ventajas como inconvenientes²⁴

En cambio, el tema de los elementos típicos en la delincuencia “de” las empresas públicas que aquí nos ocupa no contiene supuestos como los acabados de enunciar, sino ejemplos de un problema que *debe ser diferenciado en cuanto a su interpretación y respecto de la eventual prejudicialidad administrativa*. En efecto, lo que aquí hemos encuadrado en la categoría de elementos normativos merecedores de un mayor espacio para la interpretación penal, incluye conceptos como “potestades administrativas” (art. 31 quinquies I CP) y otros muchos dispersos en los delitos contra la Administración Pública (cargo público, servicio público, caudales públicos etc.) que necesitan conectarse con la compleja regulación de las empresas públicas. Planteamos ahora alguna precisión sobre

²² MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, cit. p. 85.

²³ BALLBÉ MALLOL, M./PADROS REIG, C., *La prejudicialidad*, cit. p. 55 recogen la SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 1996 condenando por un vertido autorizado administrativamente con el siguiente argumento: “...una norma administrativa no puede autorizar o consentir una acción capaz de perjudicar un bien jurídicamente protegido”.

²⁴ NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa*, cit. pp. 47-49.

la prejudicialidad, dejando para el apartado siguiente los criterios generales para su interpretación.

En cuanto a la cuestión de la prejudicialidad tal y como vimos se plantea en la doctrina administrativa, lo cierto es que los arts. 3 y 4 de la LECRim no resuelven plenamente la cuestión. Creo que la cuestión devolutiva mencionada en el art. 4 para los supuestos en que sea determinante de la “culpabilidad o inocencia”, si se interpreta formalmente conduce a resultados insostenibles: *todos* los elementos empleados en la definición de un tipo penal son imprescindibles para concluir la culpabilidad o la inocencia del acusado y su comprobación no puede ser remitida al orden contencioso-administrativo cuyo colapso se incrementaría paralelamente a la dilación insostenible del juicio penal.

Respecto a la cuestión prejudicial no devolutiva que puede haber sido planteada de acuerdo al art. 3 LECrim debe ser resuelta por el mismo tribunal penal “para el sólo efecto de la represión”, pero lo cierto es que carece de sentido llevar la interpretación de todos los elementos normativos procedentes del derecho administrativo o civil a la cuestión prejudicial. Recuperamos aquí la STC 170/ 2002 y el rechazo de la cuestión por la SAP Alicante 180/1998 sobre la existencia de título jurídico en que basar el delito de apropiación indebida. En ella se argumentó que, de admitirse, “en todos los supuestos de apropiación indebida cabría plantear una cuestión prejudicial suspensiva para determinar si existía título y la naturaleza de este título, determinante de la tenencia del dinero o cosa mueble, que el Código no reduce a un *numerus clausus*, sino que sigue un claro signo de *numerus apertus*”. Lo relevante aquí es que el TC considera que con la argumentación del rechazo de la cuestión se cumple suficientemente con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En suma, sobre muchos de estos elementos normativos (cosa mueble, depósito, documento etc.) y los afectantes al Título XIX del CP y los delitos contra la Administración Pública (funcionario, resolución administrativa, etc.) existe ya un corpus de interpretación doctrinal y jurisprudencial que puede ser y es manejado en la aplicación de los tipos penales sin necesidad de cuestión prejudicial alguna. Lo que nos ocupa ahora es cómo conformar un similar bagaje interpretativo de los elementos normativos afectantes a las empresas públicas, actualmente mucho menor que el disponible en los ejemplos anteriores puesto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se incorporó a nuestro CP en 2010 (LO 5/2010) y el vigente art. 31 quinquies CP fue incorporado en 2015 (LO 1/2015)

4. LA INTERPRETACIÓN RELATIVAMENTE AUTÓNOMA DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS AFECTANTES A LAS EMPRESAS PÚBLICAS

4.1. El necesario contexto de la evolución del derecho actual

La autonomía de la interpretación penal que se mantiene en estas páginas puede provocar una cierta inquietud cuando se basa en valoraciones materiales un tanto alejadas de los conceptos formales procedentes del derecho administrativo. Inquietud lógica que se inscribe en la indudable crisis del principio de legalidad, especialmente en lo que se

refiere al mandato de determinación de las conductas punibles, lo que, como recuerda PALAZZO, constituye ya un lamentable lugar común²⁵ y conduce a la tensión entre el principio de legalidad y la creación judicial del derecho, o si se quiere, en el llamado diálogo entre normas y jueces²⁶, que aquí no podemos abordar.

Sin embargo, a modo de explicación de lo arriesgado de algunas interpretaciones, creo útil advertir que los conceptos que aquí interpretaremos se inscriben de lleno en esas características del derecho penal actual que propician la crisis del principio de legalidad, al menos en su concepción tradicional. En efecto, los elementos normativos aquí abordados adquieren una especial dimensión cuando el derecho penal se expande y los ordenamientos en general, se complican (no olvidemos que estamos hablando de normas nacidas ya entrado el siglo XXI) porque los sectores en los que intervienen son, a su vez, más complejos. A ello se añade la superposición de ordenes normativos (comunitario, estatal general, autonómico, local) no siempre coherentes entre sí y frecuentemente hipertrofiados en su afán regulador. Todo ello conduce también -quizá inevitablemente-, al abandono del afán racionalizador y sistematizador de la codificación, advertido incluso en instancias oficiales²⁷.

No es descartable la influencia del pragmatismo anglosajón como generador de normas dispersas sobre asuntos aislados que afecta, cuando no anula, las construcciones dogmáticas de los sistemas continentales²⁸, pero ello no justifica la utilización de una técnica legislativa defectuosa, cuando no caótica, en virtud de la cual las normas se incorporan al Código Penal sin comprobar sus posibles confluencias o colisiones con otros sectores del ordenamiento jurídico cuya unidad se encuentra abiertamente puesta en entredicho, lo que conduce a la reivindicación de una teoría de la legislación que ponga un cierto orden en el caos actual²⁹.

²⁵ PALAZZO, F. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de *regla iuris*” *Revista Penal*, 25, 2010, p. 104. BERDUGO, I, *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 194. Un planteamiento completo de la evolución del principio de legalidad puede verse en los trabajos recopilados en AA.VV, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Montiel (ed.) Marcial Pons, Madrid, 2012, especialmente la introducción de MONTIEL, J.P. pp. 27 y ss.

²⁶ Ampliamente, CORRECHER MIRA, J. *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Aborda el estudio comparado del principio de legalidad penal en la cultura anglosajona y continental. La globalización del derecho y la convivencia de ordenamientos en la UE también ha contribuido a la tensión. Ver NIETO MARTIN, A., “Derecho Penal y Constitución en la era del *global law*”, en AA.VV, *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.) Gómez Martín (Coord.) Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 93 y ss.

²⁷ Así, la presentación de la Comisión de Codificación como órgano asesor del Ministerio de Justicia (mjusticia.gob.es) advierte que el “...término codificación parece llevarnos al pasado frente a la profusión y celeridad normativa de nuestros días...”

²⁸ Con todo, parece que se produce una cierta aproximación de la cultura anglosajona sobre el principio de legalidad a partir de la jurisprudencia del TEDH. Ver CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad*, cit, p. 182.

²⁹ A “contaminación legislativa” se refiere SARRABAYROUSE, E.C., “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración” en AA.VV, *La crisis del principio...cit.* p. 35-38, destacando la necesidad de construir una teoría de la legislación.

Visto el fenómeno desde la perspectiva de los juristas continentales, son frecuentes las apelaciones a los riesgos de exceso de algunas interpretaciones jurisprudenciales³⁰, lo que en nuestro caso puede ser un problema real porque cuando las normas extrapenales que se incorporan al derecho penal son dispersas, complejas y contradictorias, el espacio de interpretación que se ofrece a los jueces penales es mucho más comprometido que lo que deberían permitir garantías del principio de legalidad como la clara determinación de los comportamientos punibles.

4.2. Alcance de la autonomía interpretativa

Admitamos que la abundancia de elementos normativos es inevitable desde el momento en que el derecho penal decide intervenir en sectores con una previa intervención administrativa³¹, lo que, a mi juicio, conduce a admitir que es igualmente inevitable la autonomía de la interpretación penal. La cuestión, lógicamente, es hasta dónde y de qué manera ejercerla.

En la interpretación de los elementos normativos procedentes de otros sectores del ordenamiento, se ha dicho ya que debe partirse del concepto extrapenal y adecuarlo a las necesidades de la norma penal, lo que, ciertamente sólo es un punto de partida metodológico. Cabría añadir, en primer lugar, que esa adecuación debe hacerse acudiendo a alguno de los métodos de interpretación admitidos y que los argumentos deben expresarse en la motivación de la sentencia³². Se dirá que con la referencia a los métodos de interpretación admitidos llegamos a espacios igualmente discutidos como el contexto del término a interpretar, el fin de la norma penal y su función de protección de bienes jurídicos si se parte de este concepto, (lo que tampoco es unánime), pero en todo caso, con ello estamos ya en el terreno de interpretaciones admisibles y revisables en el sistema de recursos. Como dice LASCURAIN, en materia de interpretación la seguridad jurídica se vincula a la previsibilidad y ésta consiste en que la interpretación judicial sea “axiológica y metodológicamente razonable”³³

Una de las diferencias entre los elementos normativos que deben ser interpretados y las leyes penales en blanco *stricto sensu* que incorporan infracciones administrativas, es que la formalidad de dichas infracciones no puede ser desbordada por la norma penal, aunque

³⁰ Así, ALVAREZ GARCÍA, FJ., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.177. DEMETRIO CRESPO, E, *El derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Reus, Madrid, 2020, p.119. ORTIZ DE URBINA, I. “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal”, en AA.VV, *La crisis del principio...*”, cit, pp. 178 y ss.

³¹ Así lo entiende LASCURAIN SANCHEZ, A., en relación al delito ecológico en “Elogio del art.325 del Código Penal, en AA.VV , *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Jorge Barreiro (dir.) Comares, Granada, 2005.

³² FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid,2009, p. 209. QUINTERO OLIVARES, G ,“Legalità e iudice”, en Torre,V. (a cura di) *Il principio di legalità tra legislatore e giudice*, Pacini, Pisa, 2020, p. 29.

³³ LASCURAIN SANCHEZ, A. “La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal”, AA.VV ,*La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Perez Manzano/Lascurain Sánchez (dirs.) Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 123.

en ésta se exija un *plus* de ofensividad añadido a la infracción extrapenal. En cambio, en los elementos normativos que aquí interesan se plantea si la interpretación penal puede ir más allá del tenor de la normativa extrapenal de la que proceden. Así ocurre, desde luego, con el concepto penal de funcionario del art. 24 CP, mucho más amplio que el concepto propio del Derecho administrativo, ampliación *ex lege* que, si bien no sirve como ejemplo de interpretación judicial, confirma la posibilidad de que los elementos normativos penales procedentes del Derecho administrativo presenten contornos más amplios que los originarios.

Lógicamente, si no existe un concepto legal a efectos penales que habilite a ello (como hace el concepto de funcionario “a efectos penales”), el intérprete no puede llegar a conclusiones que desborden el sentido literal posible del término en cuestión. La fijación de tal sentido literal es, desde el punto de vista del método, la utilización del denominado método gramatical o formal, como punto de partida necesario pero no suficiente que necesita ser complementado con otros métodos y especialmente, el lógico sistemático que, en ocasiones, coincide con el teleológico³⁴.

Sin embargo, en el caso de los conceptos del 31 quinquies CP (potestad administrativa, servicios de interés económico general) tanto el método gramatical como el sentido literal posible poseen una relativa eficacia. Por un lado, la inconcreción del concepto extrapenal es tal que resulta difícil la misma precisión de su sentido literal, de manera que la clásica referencia al límite de la ley para su interpretación, aquí puede llevarnos a un razonamiento circular: no podemos apelar al límite de lo que dice la ley cuando, precisamente, estamos interpretando qué es lo que dice.

Por otro lado, suponiendo que le atribuyamos el máximo sentido literal posible, podemos llegar a soluciones incongruentes con la aparente voluntad de la ley penal. A mi juicio, la preferencia por interpretaciones restrictivas del concepto administrativo puede basarse en los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* del derecho penal, en tanto suponen el acotamiento de aquellos sectores respecto de los que son insuficientes otros instrumentos sancionadores, lo que normalmente llevará a ámbitos más reducidos que los abarcados por la norma administrativa.

Sin embargo, la aparente simplicidad de esta propuesta, forzosamente muy abierta, queda en entredicho cuando se acude a conceptos administrativos que deben ser pasados por el filtro de la interpretación penal, cuyos difusos contornos hacen que no siempre puede saberse si la interpretación penal restringe o extiende el concepto extrapenal interpretado. Por tanto, en conceptos muy formalizados en los que el tenor literal tiene un contenido claro para el derecho administrativo, dicho tenor puede jugar un papel de límite a la interpretación penal, pero en aquellos otros en los que el ordenamiento extrapenal y la doctrina que lo desarrolla ofrece, a su vez, amplios márgenes de valoración, los conceptos de interpretación restrictiva o extensiva pierden gran parte de su funcionalidad, lo que deja las manos más libres al intérprete penal para aplicar los métodos que contienen ya

³⁴ Punto de partida mantenido en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 138-139. En sentido similar, ORTIZ DE URBINA, I., “¿Leyes taxativas...” cit. pp. 200-201.

sus propios límites. Tendremos ocasión de comprobarlo en relación a los términos manejados en el art. 31 quinquies CP en los que existe una elaboración todavía escasa si se compara con la existente en los tipos de la parte especial del CP.

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL “DE” LAS EMPRESAS PÚBLICAS. ALGUNAS VÍAS INTERPRETATIVAS

A partir de lo dispuesto en el art.31 quinquies CP pueden establecerse tres grupos de supuestos: a) en el número 1 del art. 31 quinquies se incluyen las entidades que *no* pueden ser responsables penalmente: el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales (EPE), las organizaciones internacionales de derecho público ni aquellas otras que *ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas* (número 1 del art.31 quinquies CP); b) en segundo lugar, en el número 2 del art. 31 quinquies), se incluyen las Sociedades Mercantiles Públicas (SME) que *ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*: tienen responsabilidad penal, pero con limitación de las penas imponibles a las de las letras a) y g) del art. 33.7 y, por último, c) todas las personas jurídicas no incluidas en los números anteriores, tienen responsabilidad penal con el régimen penológico general (todas las penas del art. 33.7 CP). En este grupo se incluyen las SME no incluidas en el anterior, esto es, las que no ejecutan políticas públicas. GONZALEZ CUSSAC señala un último nivel en el que están las sociedades creadas fraudulentamente con el propósito de eludir la responsabilidad penal, claramente responsables y acreedoras del régimen penológico general (art. 31 quinquies 2, *in fine*)³⁵

La responsabilidad penal de *todas* las SME con uno u otro régimen penológico es evidente³⁶ . Si se interpretara que sólo tienen responsabilidad penal las citadas en el número 2 del art. 31 quinquies CP eximiendo de responsabilidad a las restantes éstas resultarían equiparadas a las del número 1, es decir, a las que ejercen potestades públicas, lo que resulta totalmente contrario a su condición puesto que ni siquiera se relacionan con políticas o servicios de interés general. Más abajo analizaremos si algunas pueden ser incluidas en el ejercicio de potestades administrativas para quedar exentas de responsabilidad penal.

5.1. La irresponsabilidad penal de las Administraciones y entes estatales

Las entidades citadas expresamente en el número 1 del art. 31 quinquies CP conducen al conocido tema de la irresponsabilidad penal del Estado. En este caso, se mencionan órganos de las Administraciones territorial e institucional a los que se asimilan los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas empresariales y las

³⁵ GONZALEZ CUSSAC, JL en González Cussac (dir.) Górriz/Matallín (coords.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209.

³⁶ La Circular 1/2016 de la FGE así lo reconoce, aunque con una redacción no absolutamente clara. En efecto, aunque vincula la limitación penológica y las características de las SME, la redacción puede interpretarse también en el sentido de que sólo con dichas características especiales tienen responsabilidad penal. “...la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP...”.

organizaciones internacionales de derecho público. El fundamento y función que se atribuya a esta exención es importante para aplicarlo a la interpretación del ejercicio de potestades administrativas que, como cláusula abierta, coloca a otras entidades en el mismo nivel de exención que se atribuye a dichos órganos estatales.

La exención de responsabilidad penal del Estado sigue el modelo francés por el que se planteó que el Estado, ejerciendo el monopolio de la sanción penal, no puede castigarse a sí mismo, autoimponiéndose consecuencias negativas que pueden perjudicar el mismo desarrollo de su actividad, impidiendo el desarrollo de sus funciones³⁷. Con todo, la progresiva descentralización de funciones estatales ha favorecido debates como el mantenido en Holanda respecto de municipios responsables de contaminación ambiental que concluyó con la declaración de su irresponsabilidad por el Tribunal Supremo pero sólo cuando se tratara de funciones que no podían ser ejercidas por particulares³⁸ y también opiniones de la doctrina española sobre la excesiva amplitud de tal exoneración que alcanza a espacios vulnerables a la corrupción como los Ayuntamientos³⁹ o a las Agencias y EPE⁴⁰

No desarrollaremos aquí tal debate que parece limitado sólo a la responsabilidad *penal*, puesto que en otros ámbitos no es extraño que determinados órganos del Estado ejerzan potestades sobre otros adoptando decisiones imperativas que les afectan. Por ejemplo, los tribunales pueden declarar la responsabilidad civil del Estado o anular decisiones administrativas en la jurisdicción contencioso-administrativa, sin olvidar que por RD 421/2006 de 7 de abril, el Consejo de Ministros, a petición de la Junta de Andalucía disolvió el Ayuntamiento de Marbella por su gestión dañosa para los intereses generales⁴¹. No resulta inimaginable, por tanto, que la sanción no penal de unos órganos estatales sobre otros, ya hoy posible, se amplíe algún día a la sanción penal.

Ello apoya, además, que los órganos hoy exentos de responsabilidad penal sean reducidos y reducida deba ser también la interpretación de una eventual ampliación basada en las “potestades administrativas” que menciona el art. 31 quinquies 1 CP. Tanto las Administraciones como el resto de organismos citados expresamente se definen por conceptos totalmente formalizados que vinculan al intérprete penal y, al mismo tiempo, no plantean dudas. Como Organismos Reguladores puede citarse la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Comisión Nacional de la Energía. Como Agencias

³⁷ Así, ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., “Societas delinquere potest”, en Zúñiga/Gorjón/Fernández García (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca, 2011, p.16. VALEIJE ALVAREZ, I., “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles...” p. 67.

³⁸ Recogido y explicado por VERVAELE, J., “Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 115/2007, CGPJ, Madrid, pp. 54 y ss.

³⁹ Así, NIETO MARTIN, A./MAROTO CALATAYUD, M., criticando la exoneración, por ejemplo, de Ayuntamientos corruptos en AA.VV, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Demetrio Crespo/Rodríguez Yagüe (Coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 561.

⁴⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, (5ª ed. adaptada a la LO 1/2015), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 604.

⁴¹ En aplicación del art. 61.1 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Estatales, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y la Agencia Estatal Antidopaje. Tampoco cabe dudar de cuáles son Entidades Públicas Empresariales porque el art. 103.3 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público obliga a que en su denominación figure la indicación “entidad pública empresarial” o su abreviatura (E.P.E).

Por tanto, lo que plantea dudas es el ejercicio de “potestades de soberanía o administrativas”, cajón de sastre con el que concluye el número 1 del art. 31 quinquies CP puesto que, en principio, puede eximir de responsabilidad a cualquier persona jurídica. Para ello, de acuerdo con el método tradicional, comenzaremos por ver cuál es el concepto de potestad administrativa que maneja el derecho administrativo.

5.2 El ejercicio de potestades de soberanía o administrativas en el derecho administrativo

Lo primero que llama la atención en los términos del CP es la colocación en el mismo nivel de dos conceptos vinculados al ejercicio del poder, pero de muy diferente aprehensibilidad: las “potestades de soberanía”, concepto abarcable teóricamente y las “potestades administrativas”, concepto de tal dispersión en el derecho administrativo que no puede ser trasladado como tal al derecho penal.

Comenzando por las potestades de soberanía, si ésta reside en el pueblo español y de ella emanan los poderes del Estado (art.1.2 CE), se corresponden con el poder legislativo, ejecutivo y judicial. Lógicamente, sus funciones no pueden ser desempeñadas por entidades distintas de los órganos que ejercen el poder ni, mucho menos, como recuerda MUÑOZ MACHADO, transformarse en actividades mercantiles mediante entidades del sector público empresarial. El mismo autor añade las atribuciones de autoridad reservadas constitucionalmente al Estado, lo que impide también la mercantilización de las relaciones exteriores, el ejército, la justicia o la policía. Sin embargo, advierte que el ejercicio de la función debe diferenciarse de la gestión de algunos aspectos de dichos servicios que pueden ser abiertos a la actividad empresarial⁴².

Claramente, las potestades de soberanía no pueden ser mercantilizadas, pero la observación sobre que una cosa es la titularidad de la función y otra la gestión de algunos de sus servicios conduce a antes que pueden intervenir en la organización de funciones propias de potestades estatales como las de policía o justicia en las que está creciendo la privatización de determinados servicios. Piénsese en las labores de vigilancia de aeropuertos o centros penitenciarios que se ejercen ya por empresas privadas de seguridad que, si bien el más amplio concepto administrativo de potestad quizá pueda considerarlas incluidas, no pueden ser consideradas exentas de responsabilidad penal suponiéndoles el ejercicio de potestades de soberanía.

Esto último puede plantearse también en relación con el ejercicio de “potestades administrativas”, que pueden ser atribuidas a entidades de muy distinto nivel. Por lo que

⁴² MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado*, cit. p.1066. Expresamente cita la prestación de servicios de policía y sistema penitenciario por empresas privadas en p. 1072.

aquí interesa, las SME pueden tener atribuidas potestades administrativas porque así se reconoce en el art. 2.2 LRJSP (en cuyo caso se someten a los principios de dicha ley) y en el art. 113 LRJSP cuando dice que tales entidades no “podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el *ejercicio de potestades administrativas*”

En efecto, como veremos, el concepto es tan amplio, que puede llevar a equiparar órganos del Estado y entidades de derecho privado en la exclusión de responsabilidad penal del art. 31 quinquies CP. Para calibrar su alcance, veamos en primer lugar, el concepto de potestad administrativa del que debemos partir.

Al respecto, resulta difícil encontrar en la doctrina administrativa un concepto claro y unánime de potestad administrativa. Es frecuente partir del manejado por Santi Romano que la identifica con ejercicio de un poder atribuido por la ley sin que implique otros sujetos obligados, sino sólo afectados y sometidos a dicha potestad. GAMERO CASADO partiendo de dicho concepto, lo desarrolla para alcanzar la siguiente definición: la potestad administrativa es un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional), que tiene como consecuencia la sumisión al derecho administrativo⁴³.

La consideración como *poder jurídico unilateral* significa que los ciudadanos pueden verse sometidos a él sin necesidad de un acto jurídico obligacional previo (por ejemplo, un contrato) lo que hace inevitable la referencia a la satisfacción del interés general. El concepto puede compartirse, pero el problema es que las leyes administrativas permiten “atribuir” tal potestad a entidades de perfil *mayoritariamente* privado.

En efecto, desde la óptica penal, es difícil admitir que entidades de derecho privado -pese a su parcial sumisión al derecho administrativo-, ejerzan potestades administrativas al mismo nivel que los órganos de la Administración, lo que apunta a la necesaria identificación de un espacio de potestades administrativas más reducido que el concepto general, del que constituirían una suerte de núcleo duro. En esta línea, GAMERO CASADO, identifica un espacio más reducido por el ejercicio de autoridad o *imperium*, en el que no se incluyen actividades atribuidas al sector privado (concesionarios, particulares ejercientes de funciones públicas)⁴⁴

El art. 113 LRJSP, arriba citado, introduce una distinción entre autoridad y potestad en el sentido de que las SME pueden tener atribuidas potestades, pero no el ejercicio de autoridad, distinción de la que ha dicho CANALS AMETLLER que dada su dificultad,

⁴³ GAMERO CASADO, E., “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 73. Asumiendo el concepto de Santi Romano, MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, cit. p. 523.

⁴⁴ GAMERO CASADO, E., “El ‘retorno’ al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista española de derecho administrativo*, 189, 2018, p. 2.

asegura la confusión”⁴⁵. Sin embargo, en mi opinión, con ello se apunta a dos niveles de ejercicio de potestades administrativas (con o sin autoridad) y, por tanto, a dos clases de entidades ejercientes de potestades administrativas. El concepto de autoridad no está desprovisto de problemas y tampoco puede decirse que sólo las entidades que la ejercen son las que ejercen potestades administrativas, pero con lo dicho puede bastar para mantener distintos grados de titularidad de las repetidas potestades, lo que permite considerar que tampoco todas las entidades mencionadas en el art. 31 quinquies CP son iguales a efectos penales.

Por otra parte, con ello se apunta a la distinción predominantemente *funcional* de los entes del sector público. En el apartado siguiente abordaremos la cuestión en el CP, donde comprobaremos la utilidad de atender a las funciones predominantes de las entidades a partir de la antes citada clasificación de los sectores públicos estatales en el art. 3 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria (*supra*, II). La reproducimos aquí de forma más completa.

En el *sector público empresarial* se incluyen las EPE, las SME y “cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados a la Administración General del Estado, los *consorcios* y los fondos sin personalidad jurídica *no* incluidos en el sector público administrativo.

En cambio, en el *sector público administrativo*, se incluyen

- a) órganos de la Administración General del Estado, universidades públicas no transferidas etc. que no son los entes instrumentales que aquí nos interesan y,
- b) “cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los *consorcios*...que cumplan con alguna de las dos características allí señaladas: resumidamente, que la actividad principal *no* consista en producción en régimen de mercado...sin ánimo de lucro, o bien, que *no* se financien mayoritariamente con ingresos comerciales obtenidos como contrapartida de entregas de bienes o servicios.

Obsérvese que los consorcios, en principio, forman parte del sector empresarial pero excepcionalmente pueden ser incluidos en el sector público administrativo O bien, al revés: forman parte del sector público administrativo cuando su actividad y su financiación mayoritaria no se ubican en el régimen de mercado y, residualmente, del sector empresarial cuando no reúnen los requisitos del sector administrativo, es decir, cuando presentan un perfil mayoritariamente mercantil.

Al respecto, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado ha entendido que todos los entes del citado *sector público administrativo* desempeñan potestades administrativas, con lo que se sitúa en el criterio funcional que aquí hemos compartido. Ello deja planteadas dos cuestiones:

⁴⁵ CANALS AMETLLER, D., “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, en *La potestad administrativa*, cit. Gamero Casado (dir.) p. 330.

1. Si están exentas de responsabilidad las SME a quienes en su creación se les ha atribuido excepcionalmente el ejercicio de potestades administrativas.
2. Si todos los organismos de derecho público incluidos en el sector administrativo (ciertos consorcios y también otros organismos de derecho público vinculados a la AGE) están exentos de responsabilidad penal porque ejercen potestades administrativas.

5.3. Las potestades administrativas a efectos penales

El ejercicio de potestades administrativas como criterio para ampliar la exención de responsabilidad en el art. 31 quinquies 1 CP es doblemente criticable: por la misma ampliación de una exención ya de por sí cuestionada y por la laxitud e indefinición del concepto que acabamos de ver. Por otra parte, mientras los órganos y entidades mencionados expresamente disfrutan de la exención por el mero hecho de ser lo que son, las entidades que hipotéticamente se vieran favorecidas por el ejercicio de potestades administrativas, lo serían en atención a las actividades desempeñadas y, por tanto, valoradas a estos efectos manejando el criterio funcional.

En lo que se me alcanza, la doctrina penalista no se ha detenido especialmente en esta cuestión, pero, a mi juicio, la enorme amplitud de los conceptos administrativos puede contar con algunos límites a efectos penales.

En primer lugar, en este punto no es asumible la cierta equiparación entre la potestad administrativa y la función pública que en ocasiones se encuentra en la doctrina administrativa, aunque se ha apuntado a la función como actividad dirigida a fin en el ejercicio de la potestad⁴⁶. En un intento de interpretación penal podría apuntarse que toda potestad incluye funciones como actividad, pero no todo ejercicio de funciones constituye ejercicio de potestad. La función pública, para el CP, no sólo es -en términos genéricos-, el bien jurídico afectado por los delitos contra la Administración Pública, sino, además, el concepto de referencia para la definición penal de funcionario público como aquél que “participa en el ejercicio de funciones públicas” (art. 24 CP), de manera que, de confundirse con la idea de potestad, llevaría al absurdo de que todos los funcionarios, en sentido penal, ejercen potestades administrativas.

En segundo lugar, el ejercicio de potestades administrativas como causa de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas, parte del concepto administrativo enunciado más arriba (poder unilateral, servicio al interés general etc.) pero debe ser interpretado sistemáticamente en relación al contexto que le acompaña en el art. 31 quinquies CP. Es decir, debe limitarse a personas jurídicas que se encuentren en un nivel similar a los entes estatales citados en el mismo precepto, esto es, administraciones públicas y entes asimilados respecto de los cuales opera la motivación clásica acerca de que el Estado no puede sancionarse a sí mismo ni afectar a su propio funcionamiento con las sanciones impuestas. Ya hemos visto que éste es un criterio discutible, pero en tanto sea dominante no debe incrementar sus problemas ampliándose todavía más. En otras

⁴⁶ En cambio, parte de la delimitación de tales conceptos NAVARRO GONZALEZ, R., “La atribución de potestades administrativas”, en Gamero Casado (dir.) *La potestad*..cit. pp. 231 y ss.

palabras, no son equiparables los órganos del Estado y sus entes instrumentales, aunque éstos estén total o parcialmente sometidos al derecho administrativo.

En tercer lugar, el ejercicio de potestades administrativas a efectos del art. 31 quinquies CP podría valorarse de dos maneras: atendiendo a si la entidad tiene, en general, atribuidas potestades administrativas o bien, en concreto, atendiendo a si en la actuación ilícita en cuestión se estaban ejerciendo las repetidas potestades. VALEIJE ALVAREZ plantea el tema con relación a las SME y los supuestos en los que la actuación pertenece a su giro societario privado ⁴⁷, pero podría plantearse también respecto de las EPE.

En mi opinión, la cuestión no operaría de manera igual o paralela en los dos números del art. 31 quinquies CP. En el número 1, el criterio concreto reduciría la eximente de los órganos estatales y las EPE, aplicándola sólo en aquellos casos de ejercicio concreto de potestades, es decir, se ampliaría su punibilidad cuando son los órganos y las empresas más claramente excluidas de responsabilidad penal. En cambio, en las SME en las que se parte indudablemente de su responsabilidad penal, se les proporcionaría una eximente en determinados casos, esto es, cuando ejercieran potestades administrativas defraudando el encargo extraordinario que se les haya hecho. En resumen, el criterio concreto perjudica a las EPE y beneficia a las SME, esto es, opera en dirección contraria a la distinción de los párrafos del art. 31 quinquies CP.

En el siguiente apartado nos detendremos en tal efecto para las SME, pero en este punto cabe pronunciarse por el eventual efecto perjudicial del criterio concreto para los órganos estatales y las EPE. En mi opinión, en el plano de los principios no existen especiales inconvenientes en reducir la exención prevista para los órganos estatales y las EPE, en tanto en cuanto, como se dijo más arriba, tal privilegio resulta discutible. Sin embargo, la comprobación del ejercicio concreto de potestades en el acto ilícito tropieza con dos inconvenientes: el primero, que el redactado del art. 31 quinquies 1 CP, menciona el ejercicio de potestades como atributo de otras entidades distintas de los órganos citados y las EPE (“...aquellas *otras* que ejerzan...”), no como un requisito de la actuación de las entidades citadas, a las que se les presume. De todas formas, de admitirse un forzamiento de la interpretación en el sentido indicado, el segundo inconveniente es el tropiezo con la indefinición y vaguedad del concepto de potestades administrativas que es inevitable soportar en relación a entidades no mencionadas expresamente en el número 1 del art 31 quinquies, pero puede resultar excesivo para todos los sujetos indicados en él.

Veamos ahora cómo abordar los interrogantes planteados más arriba en torno al sector público administrativo.

5.3. A. Las SME con potestades administrativas.

El primer interrogante de los arriba enunciados es el planteado por CARDONA BARBER acerca de si las SME que ejerzan potestades administrativas (lo que, como se ha visto, permite el art. 113 LRJSP) pueden incluirse en el número 1 del art. 31 quinquies CP y así

⁴⁷ Lo plantea VALEIJE ALVAREZ, I., “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles..” cit, p. 81.

resultar exentas de responsabilidad criminal⁴⁸. A mi juicio, la respuesta debe ser negativa. Como recuerda la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 de 22 de enero, la reforma penal de 2015 demostró la clara voluntad de recuperar la responsabilidad penal de dichas entidades excluida por la redacción legal anterior con lo que siguió la recomendación de la OCDE.

En mi opinión, la exención suprimida no puede ser desvirtuada subrepticamente asumiendo sin más la problemática extensión del concepto extrapenal de potestad administrativa. Ni mucho menos, puede incluirse a empresas privadas que colaboren en el ejercicio de potestades como las apuntadas más arriba en funciones de vigilancia, seguridad, etc. que, ni están totalmente sometidas al derecho administrativo ni cumplen los requisitos conceptuales apuntados. Si el ejercicio de potestades administrativas por las SME es “excepcional” según el art. 113 LRJSP pese a que están controladas por el derecho administrativo en algunos aspectos (normativa presupuestaria, contratación etc.), cuando se trate de empresas totalmente privadas no cabe admitirlo en ningún caso. En definitiva, si la propia doctrina administrativa cuestiona la atribución de potestades administrativas a entidades privadas en mano pública⁴⁹ con mayor razón cabe excluirlas en una interpretación forzosamente restrictiva en el ámbito penal. Por otra parte, el manejo de la valoración funcional evita plantear la restricción de las SME a estos efectos atendiendo al porcentaje de participación de capital público.

Un último argumento puede apoyar la exclusión de las SME de la exención prevista para las entidades que ejercen potestades administrativas: si uno de los fundamentos de la exoneración de las entidades del número 1 del art. 31 quinquies CP es evitar que su sanción provoque perjuicios en las actividades del Estado y determinados entes de derecho público, eso mismo puede evitarse acudiendo al número 2 del mismo precepto, por el que se limita la sanción de las SME que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, conceptos amplios que normalmente estarán presentes en aquellos casos de atribución de una igualmente amplia potestad administrativa. En tanto sólo pueden ser sancionadas con una multa o una intervención judicial destinada a salvaguardar los derechos de trabajadores o acreedores, no se perjudica la actividad que tuvieran encomendada.

Veamos ahora la aplicabilidad en estos casos del criterio concreto de comprobación del ejercicio de potestades en la actuación ilícita. Como se ha apuntado, no las SME “que” ejercen potestades, sino “cuando” las ejercen. Si se admite lo mantenido aquí, excluyendo a todas las SME de la exoneración de responsabilidad, ya no cabría plantearse la exoneración parcial en los casos de ejercicio de potestades, pero valga alguna consideración añadida: en mi opinión, esa exoneración parcial arrastra todos los problemas enunciados en la perspectiva anterior en cuanto a su equiparación a los órganos

⁴⁸ CARDONA BARBER, A., “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4,2021, p. 947.

⁴⁹ Así, GAMERO CASADO, E., “Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de derecho privado”, en AA.VV. *La potestad administrativa*, cit., Gamero Casado (dir.) pp. 445 y ss.

del Estado o la Administración y además, supone un trato privilegiado para una sociedad de personificación jurídica privada, a la que se han encomendado “excepcionalmente” potestades administrativas, precisamente cuando ha defraudado esa encomienda cometiendo actos ilícitos en su ejercicio. Para expresarlo con un ejemplo: imaginemos que una empresa privada de seguridad a la que se han encomendado funciones de control en un aeropuerto establece un sistema por el que recibe contraprestaciones ocultas a cambio de flexibilizar el control para permitir que otros lleven a cabo hechos de contrabando, lo que sin duda sería incardinable en el delito de cohecho pasivo que es uno de los que puede ser atribuido a personas jurídicas (art. 427 bis CP). En mi opinión, es posible negar el ejercicio de potestades administrativas en la prestación de determinados servicios de colaboración, pues no se olvide que, en los aeropuertos, el ejercicio de la potestad en sentido estricto está atribuido a la Guardia Civil. Pero si no se admite lo anterior, habría que eximir de responsabilidad penal a la citada empresa, también con el criterio de comprobación del ejercicio de potestades en el caso concreto lo que se antoja un privilegio insostenible.

5.3.B. Las entidades de derecho público dependientes de la AGE y los consorcios

Podría decirse que, con la interpretación restrictiva mantenida hasta aquí, el concepto de potestad administrativa en el art. 31 quinquies 1 CP puede resultar casi vacío de contenido, puesto que son pocas las entidades de derecho público distintas (“...y aquellas otras...”) de las mencionadas expresamente en dicho precepto a las que pueda aplicarse tal concepto. Al respecto, cabe insistir en que la exoneración por esta vía debe ser extraordinariamente restrictiva puesto que mediante un concepto tan amplio se pretende situar a determinadas entidades al nivel de entidades estatales de la máxima protección a estos efectos. Con ello apuntamos al segundo de los interrogantes arriba planteados sobre otras entidades de derecho público.

A mi juicio, en la línea de lo mantenido por la FGE, el ejercicio de potestades administrativas a los efectos del art. 31 quinquies 1 CP debe limitarse a los entes del *sector público administrativo* en la clasificación del art. 3 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria. Muchas de ellas ya están expresamente mencionadas en el CP y otras no poseen personalidad jurídica, pero subsisten entidades en las que no resulta anómalo atribuir ejercicio de potestades administrativas. Me refiero a las mencionadas en la letra b) del art. 3.1 de la citada ley: en primer lugar, los “organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado” en los que se incluyen Autoridades Portuarias, Consorcios de Zonas Francas y Grupos de Autoridades Portuarias⁵⁰, y, en segundo lugar, los consorcios -que podríamos denominar de perfil predominantemente público- que la misma ley incluye en el sector público administrativo cuando su actividad principal *no* se desarrolla en el mercado o *no* se financian mayoritariamente con ingresos comerciales. Se trata de entidades cuyo carácter público y encuadramiento en la Administración resulta mucho más claro que en las EPE,

⁵⁰ Listado proporcionado por el Ministerio de Hacienda en www.pap.hacienda.gob.es. Consulta en marzo de 2022, aunque los últimos datos aportados son de 2020.

por lo que no resulta extraño equipararlas a efectos de exención de responsabilidad penal, sin perjuicio de reiterar la crítica a su amplitud.

En cuanto a las fundaciones del sector público estatal e integradas en el llamado *sector público fundacional* la Circular 1/2016 de la FGE las considera exentas de responsabilidad penal, pese a no estar “expresamente mencionadas” en el CP, por su sometimiento al derecho administrativo (LRJSP, Ley 50/2002 de Fundaciones y Ley 47/2003 General Presupuestaria). El criterio del sometimiento administrativo es elástico puesto que, como ya hemos visto, las SME, pese a su personificación de derecho privado, se someten al derecho administrativo en muchos aspectos de su actividad, por lo que resulta más visible el argumento de la FGE en torno a su actividad siempre relacionada con competencias del sector público o su sometimiento a control por la Intervención General de la Administración del Estado.

5.4. La limitación de penas aplicables a algunas sociedades mercantiles públicas.

Los conceptos del art.31 quinquies 2 CP a desentrañar aquí son la *ejecución de políticas públicas* y la *prestación de servicios de interés económico general*. De concurrir en una SME que resulte responsable penal, sólo cabe imponerle la pena de multa o la intervención con el fin de proteger los derechos de los trabajadores o los acreedores, de manera que resultan inaplicables las penas de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades en las que se haya cometido el delito o inhabilitación para obtener subvenciones (art. 31 quinquies 2 con relación al art. 33.7 ambos del CP).

Podemos adelantar aquí que la amplitud de tales conceptos puede llegar a incluir a prácticamente todas las SME que se beneficiarían así de la restricción penológica. Es más, si no se consigue su restricción, deberíamos llegar a la conclusión de que en realidad no existen dos tipos de SME a estos efectos (las beneficiadas por la restricción penológica y el resto, que se somete al régimen penológico general). Sin embargo, la redacción del art. 31 quinquies 2 CP (“En el caso de las...que ejecuten...”), apunta claramente a que sólo algunas están contempladas en dicha norma.

La Circular 1/2016 de la FGE mantiene que “será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la *calificación y relevancia del servicio prestado*” sin encorsetarse en la categoría administrativa de servicio público (subrayado mío). Con ello, se opta por el análisis caso por caso, pero no se concreta qué deba entenderse por los conceptos manejados.

Comenzando por la ejecución de políticas públicas, si se atiende a los requisitos de constitución de una SME, resulta difícil imaginar casos en los que no se de tal requisito entendido en sentido amplio. La creación de una SME debe ser autorizada por el Consejo de Ministros previa justificación de la necesidad de su creación “por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades” y por resultar una forma jurídica más eficiente frente a la creación de un organismo público” (art. 114 1,a) y b) LRJSP). Por tanto, el poder ejecutivo las autoriza porque considera que resultan necesarias y eficientes para determinadas funciones, sin que exista otro ente

que pueda prestarlas, pero sin tratarse de régimen de monopolio, por lo que la SME concurrirá con otras empresas en el mercado.

Es de esperar que, en principio, todas las políticas de las que se habla en el Consejo de Ministros sean públicas, de manera que la autorización de una SME debe suponer la de su utilidad para ejecutar alguna política pública en la que, además, se invierten fondos públicos para la participación en el 50% del capital social, como mínimo. Sin embargo, los ámbitos en los que el Estado interviene mediante el control, de alguna SME son muy variados: la cultura (Museo del Prado), información y entretenimiento (RTVE), el ocio y el turismo (Paradores), la recaudación (Loterías y Apuestas del Estado), transportes y comunicaciones (Correos, Renfe) o ámbitos de difícil clasificación como el Hipódromo de la Zarzuela⁵¹. Aunque el hecho de participar con capital público puede interpretarse como una relación con el interés y las políticas públicas *lato sensu*, lo cierto es que no cabe valorar igual el interés estatal en crear una SME dedicada al transporte ferroviario y el que pueda tener, por ejemplo, en controlar el Hipódromo de la Zarzuela.

La mera repercusión social de unas y otras actividades permite diferenciar entre ellas, en la línea de la “relevancia” mencionada por la FGE. Como criterio valorativo es, sin duda, excesivamente amplio, por lo que debe intentarse su concreción a partir de la finalidad del precepto en el que se inserta esa ejecución de “políticas públicas”. Recuérdese que tal situación es la que permite al art. 31 quinquies 2 CP vetar que la SME en cuestión sea sancionada con penas que eliminen o dificulten seriamente su actividad. Es decir, se acude a uno de los argumentos tradicionales que niegan la responsabilidad penal del Estado, aunque aquí sea sólo para limitar las penas aplicables, esto es, la necesidad de mantener -o no limitar excesivamente-, la actividad de prestación en determinado sector.

Ciertamente, sigue siendo un criterio muy laxo, pero a mi juicio, la alternativa es interpretar las políticas públicas en el sentido amplio antes apuntado, con lo que prácticamente se vacía de contenido a estos efectos, puesto que resulta aplicable a todas las SME. Por otra parte, la valoración de las consecuencias “económicas y sociales” para imponer una pena distinta de la de multa ya está prevista en el art. 66 bis CP, para todas las personas jurídicas en general, con lo que podía lograrse el mismo efecto que con el art. 31 quinquies 2 CP, sin crear un nuevo e innecesario problema interpretativo.

Aunque algo más concreto, el concepto de *servicios de interés económico general*, (SIEG) tampoco ofrece especial seguridad a la hora de ser manejado por el derecho penal. En efecto, dicho concepto se acuña en el ámbito de la UE de forma paralela al proceso de liberalización de actividades económicas, en el que al tiempo que se relegan los contenidos monopolísticos de algunos servicios públicos, se acepta salvar la prestación de servicios de interés general (prestados en régimen de mercado) permitiendo en ellos algunas excepciones a las reglas de la libre competencia (ayudas públicas, obligaciones propias del servicio público)⁵². Se busca así un cierto contrapeso a la competitividad para

⁵¹ Listado proporcionado por el Ministerio de Hacienda www.pap.hacienda.gob.es. Véase la nota anterior.

⁵² TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, p. 202.

garantizar el acceso a servicios de interés general proclamado en el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵³. La UE pretende un concepto bajo el que quepan las versiones estatales de los servicios públicos, lo que en el caso español ayuda poco pues, como dice Tomas RAMÓN FERNANDEZ, nunca ha habido un criterio fijo ni una regla para establecer qué son o deben ser servicios públicos, pudiendo considerarse sólo un modelo teórico destinado a garantizar necesidades⁵⁴.

Aunque tampoco resulta transparente, puede ayudar la distinción entre servicios de interés económico general (SIEG) y los que son de interés general, pero no económico (SIGNE). Aquí incluye TORNOS los que denomina “personales”, como instrumentos de cohesión social basados en la solidaridad: sanidad, educación, servicios sociales, aunque reconociendo su difícil distinción⁵⁵. En cambio, según DIEZ PICAZO, si con el acceso a los SIEG se pretende promover la cohesión social y territorial de la UE (art. 36 Carta de Derechos Fundamentales de la UE), pueden incluirse ahí servicios cuya finalidad primaria no es empresarial como los acabados de citar, pero siempre que se produzcan “dentro del sistema económico”⁵⁶.

Vista la indefinición del concepto comunitario al que se remite nuestro CP, procede nuevamente denunciar la alegría e irresponsabilidad con que se llevan a la ley penal conceptos tan condicionantes y, a la vez, tan imprecisos que están pensados para finalidades distintas de la de fundamentar la responsabilidad penal o las penas aplicables. En efecto, el concepto comunitario puede resultar útil para lo que está previsto, es decir, para legitimar determinadas limitaciones de las reglas ultraliberales de la competencia admitiendo, por ejemplo, ayudas públicas y otros tratos diferenciados favorables para determinados servicios que interesan a la ciudadanía, pero es más que discutible trasladar tal trato privilegiado a las consecuencias penales aplicables a empresas semipúblicas, precisamente cuando se ocupan de tales intereses generales.

Por tanto, procede, nuevamente, iniciar el esfuerzo interpretativo que como penalistas nos corresponde, aunque en ocasiones resulte tarea tan voluntarista como discutible en sus resultados.

De entrada, si el art. 31 quinquies 2 CP se refiere a los SIEG como determinantes de la repetida limitación de penas, será porque parte de la base de que existen SIGNE, pese a las dificultades para distinguir unos de otros porque el interés “económico” es un concepto laxo que, como hemos visto, también puede interpretarse en el sentido amplio y favorecedor de la cohesión social. Pero si, como se desprende de nuestro CP, los SIGNE

⁵³ DIEZ PICAZO, L., “La idea de servicios de interés económico general”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2, 2002, p.252. Ver art. 86 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, (actual art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en el que se dice que las empresas encargadas de la gestión de SIEG se someten a las reglas de la competencia, en la medida en que ello no impida “de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”.

⁵⁴ RAMON FERNANDEZ, T., “Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, pp. 59-62.

⁵⁵ TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público...”, p. 209.

⁵⁶ DIEZ PICAZO, L “La idea de servicios.”, p. 252.

no se benefician de la restricción penológica y en ellos incluimos servicios como la educación, la sanidad o la asistencia social, la conclusión es demoledora: serían éstos los excluidos del trato penal beneficioso y por tanto, cabría disolverlos, suspender sus actividades etc. perjudicando a sectores amplios y generalmente más vulnerables de la ciudadanía. Recordemos de nuevo que tal perjuicio sólo podría evitarse acudiendo a la valoración de las consecuencias “económicas y sociales” de la elección de la pena (art. 66 bis CP).

El concepto de interés económico general es, en efecto, un intento de superación comunitaria de los conceptos clásicos de servicio público, pero ello no significa necesariamente la abolición de este concepto sino, como mantiene PAREJO ALFONSO, su actualización⁵⁷. Es posible identificar algunos elementos de tal concepto que, coherentes con la normativa comunitaria y con nuestro propio sistema, ayuden a explicar por qué determinadas SME prestadoras de determinados servicios quedan excluidas de penas que dificultarían o anularían su actividad.

En primer lugar, es obvio que el acceso a un servicio público (ahora, de interés general) es voluntario, lo que lo diferencia del ejercicio de potestades administrativas antes analizadas.

En segundo lugar, el hecho de que nos refiramos a sociedades mercantiles confirma que no es necesaria la titularidad pública del servicio en cuestión como ocurre en la tradición francesa de la que procede nuestro concepto de servicio público⁵⁸, bastando con la gestión del mismo.

En cuanto al interés en cuestión, el carácter económico del adjetivo que lo califica es el que menos ayuda a los efectos que aquí interesan y no sólo porque todos los servicios prestados por una sociedad mercantil pueden tener un interés económico en sentido amplio, sino porque su interpretación estricta dejaría fuera del trato privilegiado a los servicios más esenciales para la cohesión social.

En cambio, es el carácter general del interés -heredero del concepto de servicio público- el que puede dejar fuera del privilegio punitivo a SME que prestan servicios que pueden tener interés económico pero que no están “generalizados”, esto es, cuya prestación debe garantizarse para toda la ciudadanía en condiciones de accesibilidad, igualdad y calidad⁵⁹. Volviendo sobre ejemplos ya señalados, ello concurre en infraestructuras de comunicación o transporte, pero no parece que concorra en la SME Hipódromo de la

⁵⁷ PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 7,2004, p. 57, donde se mantiene que en el concepto de servicio de interés general de la UE caben las dos variantes del concepto clásico de servicio público, esto es, la funcional o amplia que atiende a la prestación en sentido objetivo y, dentro de ésta, la formal o estricta de reserva de monopolio en favor del sector público.

⁵⁸ Ampliamente, MALARET GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto” *Revista de Administración Pública*, 145, 1998, pp. 58 y ss.

⁵⁹ Son las notas del servicio público en el trabajo de TORNOS, “El concepto de servicio público...” cit. p. 200. Para DIAZ PICAZO, “La idea de servicios...” cit., p. 255, también son estas notas las que deben predicarse del concepto comunitario de servicios de interés general.

Zarzuela ni en otras de interés claramente económico como, por ejemplo, un puerto deportivo.

La finalización de este trabajo no puede sino dejar una cierta sensación de frustración respecto de los objetivos propuestos. Todas las interpretaciones que se mantienen en un estudio de cualquier disciplina jurídica -y, especialmente, de derecho penal-, presentan márgenes de inseguridad discutibles que el intérprete asume. Sin embargo, en este caso no se nos han presentado sólo los habituales espacios interpretativos sometidos a discusión desde otras perspectivas, sino la expresión de un fenómeno actual que he intentado describir como pérdida de contornos del derecho penal en relación a otros sectores del ordenamiento jurídico, confusión de lo público y lo privado y relajación del principio de determinación propio del principio de legalidad. La tradicional función de la dogmática en la descripción de categorías que garanticen la aplicación racional del derecho se encuentra claramente comprometida y este trabajo ha intentado aportar alguna línea argumentativa presidida por la necesidad de preservarla.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVAREZ GARCÍA, FJ, *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BALLBÉ MALLOL, M./PADROS REIG, C. *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2004.

BERDUGO, I, *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.

CANALS AMETLLER, D. “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CARDONA BARBER, A. “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4,2021.

CHINCHILLA MARIN, C. “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, 203, 17-56, 2017.

CORRECHER MIRA, J. *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CUERDA RIEZU, A. *Sobre la ley penal (de lege poenali)* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

DEMETRIO CRESPO, E, *El derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Reus, Madrid, 2020.

DIEZ PICAZO, L, “La idea de servicios de interés económico general”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2, 2002.

- DIEZ RIPOLLES, JL, *Derecho Penal español. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 4ª ed. 2016.
- FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2009.
- GAMERO CASADO, E, “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GAMERO CASADO, E. “El ‘retorno’ al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista española de derecho administrativo*, 189, 2018.
- GAMERO CASADO “Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de derecho privado”, en AA.VV , *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GARCÍA ARÁN, M. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992/1993.
- GOMEZ RIVERO, C. “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-06, 2016.
- GONZALEZ CUSSAC, JL en González Cussac (dir.) Górriz/Matallin (coords.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZALEZ GUITIAN, L, “Sobre la accesoriedad del derecho penal en la protección del ambiente”, *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90.
- LASCURAIN SANCHEZ, A en relación al delito ecológico en “Elogio del art.325 del Código Penal, en AA.VV *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Jorge Barreiro (dir.) Comares, Granada, 2005.
- LASCURAIN SANCHEZ, A. “La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal”, AA.VV *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Perez Manzano/Lascurain Sánchez (dirs.) Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MALARET GARCÍA, E. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto” *Revista de Administración Pública*, 145, 1998.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, (5ª ed. adaptada a la LO 1/2015), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JL, “El contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40/2015”, en AA.VV, *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las leyes de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público*. Velasco Ruiz, C.I (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017.

- MONTOYA MARTIN, E “El plan nacional de empresas y derechos humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 49,2014.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20^a ed.
- MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M, *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 11^a ed. 2022.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, I. Iustel, Madrid, 2006.
- NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.
- NAVARRO CARDOSO, F., *El delito de contaminación acústica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NAVARRO GONZALEZ, R. “La atribución de potestades administrativas”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NIETO MARTIN, A. “Derecho Penal y Constitución en la era del *global law*”, en AA.VV, *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.) Gómez Martin (Coord.) Marcial Pons, Madrid, 2012.
- NIETO MARTIN/MAROTO CALATAYUD, criticando la exoneración, por ejemplo, de Ayuntamientos corruptos en AA.VV, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Demetrio Crespo/Rodriguez Yagüe (Coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ORTIZ DE URBINA, I. “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal”, en AA.VV, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Montiel (ed.) Marcial Pons, Madrid,2012.
- PALAZZO, F. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de *regla iuris*” *Revista Penal*, 25,2010.
- PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho administrativo, I*. Ediciones Universitarias, 2013.
- PAREJO ALFONSO, L. “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 7,2004.
- QUINTERO OLIVARES,G. “Legalità e iudice”, en Torre,V (a cura di) *Il principio di legalità tra legislatore e giudice*, Pacini, Pisa,2020.
- RAMON FERNANDEZ, T. “Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, 150,1999.
- ROXIN, C. *Derecho Penal.Parte General, T.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, de Vicente Remesal), Civitas, Madrid,1997.

- SARRABAYROUSE, E.C. “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración” en AA.VV , *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Montiel (ed.) Marcial Pons, Madrid,2012.
- TORNOS MAS, J. “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, 200, 2016.
- VALEIJE ALVAREZ, I. “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 quinquies 2 CP)” en AA.VV. *Los lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Vazquez-Portomeñe (dir.) Sanjurjo Rivo (Coord.). Tirant lo Blanch, Valencia,2022.
- VERVAELE, J. “Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 115/2007.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. “Societas delinquere potest”, en Zúñiga/Gorjón/Fernández García (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca, 2011.