



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Alumno: Macarena Moreno Serna

Mayo, 2016

RESUMEN

En este trabajo se analizan las cuestiones más importantes de la actual regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haciendo un breve recorrido histórico de su regulación y de las posiciones doctrinales contrapuestas que genera este tema. Se examina la situación legal que queda tras la reforma de la LO 1/2015 en comparación con la norma anterior y su aplicación jurisprudencial

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica, responsabilidad penal, programas de organización y gestión.

ABSTRACT

This work analyzes the most important questions about the actual regulation of criminal liability of legal entity. It makes a short historical path about its regulation and the opposed theories about this topic.

It examines the legal situation after the reform by Law 1/2015 and it compares both previous and actual situation and the jurisprudential application.

KEY WORD: Legal entity, criminal liability, compliance programs.

OBJETIVOS, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

El principal objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación española tras la última reforma del Código Penal en 2015. Tras este estudio, se pretende realizar una comparativa entre la situación actual y las anteriores, para ver la dirección de la política criminal de esta figura y poder emitir un juicio de valor fundamentado. Por último, se intentará establecer una comparativa de los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la regulación actual.

El método de trabajo empleado consiste en el estudio de manuales, de artículos doctrinales y de revistas jurídicas. La combinación de estos con sentencias de tribunales españoles, legislación española y europea y otras publicaciones diversas permite la obtención de suficiente información para satisfacer los objetivos planteados y generar una opinión propia. El método de trabajo no solo consistirá en la recopilación de esta información, sino que se realizarán contrastes y comparaciones entre diversas situaciones que permitan una visión global de la regulación de esta figura.

Siguiendo esta metodología, se ha creado un trabajo estructurado en tres pilares fundamentales: En primer lugar, y tras la introducción que se realiza en esta misma sección, se analiza el recorrido histórico de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, así como de las posiciones doctrinales que han ido acompañando esta evolución. En segundo lugar, siendo ésta la sección principal del trabajo, se aborda la actual regulación penal de la responsabilidad de la persona jurídica. Por último, sabiendo que la teoría queda vacía de contenido sin una aplicación práctica, se analizará la aplicación jurisprudencial de la responsabilidad de la persona jurídica desde su introducción en el Derecho penal.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO	4
2.1. PERSONA JURIDICA Y REPOSABILIDAD PENAL.	4
2.2. DERECHO COMPARADO.....	9
2.3. DERECHO ESPAÑOL	10
3. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ...	16
3.1. SISTEMA <i>NUMERUS CLAUSUS</i> DE RESPOSABILIDAD PENAL	16
3.2. PERSONA JURÍDICA.....	18
A. CONCEPTO LEGAL DE PERSONA JURIDICA	18
B. EXCLUSIONES.....	21
3.3. VÍAS DE IMPUTACIÓN	23
3.3.1. RESPONSABILIDAD POR ACCIÓN DIRECTA.....	23
A. PERSONAS FÍSICAS CAPACES DE TRANSFERIR RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA	23
B. EN NOMBRE O POR CUENTA DE LA PERSONA JURÍDICA.....	26
C. EN SU BENEFICIO DIRECTO O INDIRECTO	27
3.3.2. RESPONSABILIDAD POR ACCIÓN DESCONTROLADA	27
3.4. RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPOSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	30
3.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN.....	31
3.4.2. MODELO GENERAL EXIGIDO POR EL CÓDIGO PENAL. CONDICIONES Y REQUISITOS.....	33
3.4.3. PERSONAS JURÍDICAS DE PEQUEÑA DIMENSIÓN	37
3.5. CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN LA RESPONSABILIDAD PENAL	37
A. CONFESIÓN.....	38
B. COLABORACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN.....	38
C. REPARACIÓN O DISMINUCIÓN DEL DAÑO	39
D. ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN	39
3.6. PENAS	39
A. MULTA.....	40
B. DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.....	41
C. SUSPENSIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE LA PERSONA JURÍDICA	42

D.	CLAUSURA DE LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS	42
E.	PROHIBICIÓN DE LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES.....	42
F.	INHABILITACIONES ADMINISTRATIVAS.....	43
G.	INTERVENCIÓN JUDICIAL	43
3.7.	REGLAS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS.....	43
3.8.	BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL.....	45
4.	SUPUESTOS REALES VALORADOS POR LOS TRIBUNALES.....	47
5.	CONCLUSIONES.....	51

1. INTRODUCCIÓN

La figura de la persona jurídica está presente en la mayoría de ámbitos del Derecho español. Su incorporación como posible sujeto activo de delitos en nuestro ordenamiento jurídico, la relación que existe entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y de las personas físicas que la componen, así como la nueva regulación, que incide sobre la organización empresarial hacen que éste sea un tema más que apropiado para la realización de un trabajo final de una doble titulación en materia jurídica y empresarial.

La persona jurídica se configura dentro del Derecho como una ficción, una *fictio iuris* que mediante el cual el legislador transforma una determinada asociación en un sujeto relevante para el Derecho al que dota de algunas capacidades que hacen que sea sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo, ésta carece de voluntad inteligente, de consciencia y de capacidad de actuación. Dentro del amplio abanico de derechos y obligaciones de los que es sujeto la persona jurídica, cabe preguntarse si también es sujeto de obligaciones penales, es decir, si de sus actos puede derivarse responsabilidad penal. Por este motivo, una de las cuestiones más debatida en la doctrina penal actual y más diversa en cuanto a su estudio en el Derecho comparado es la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La doctrina tradicional, así como la antigua legislación española, han sido contrarias a la posibilidad de admitir tal responsabilidad, manteniendo como criterio firme el de “*societas delinquere non potest*”, defendiendo hasta el último extremo la exclusiva responsabilidad de las personas físicas en el ámbito penal.

La dogmática clásica nace y se desarrolla, en torno al delito entendido, como apunta CARBONEL MATEU, como “*aquella acción llevada a cabo por una persona física*”¹. Por lo tanto, admitir la posibilidad de que una persona jurídica cometa delitos sería introducirla en un sistema ajeno a ella, en el que las penas están pensadas para las personas y están sostenidas en la acción y la culpabilidad. Es decir, solo se impondrá la pena cuando haya acción y culpabilidad.

¹ CARBONELL MATEU, J.C. (2010) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”. *Cuadernos de política criminal* nº 101, p.13

Sin embargo, desde 2010 se introdujo en el Derecho español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificada en 2015 y debatida y criticada por la doctrina, no por su introducción en el Derecho Penal, sino también por la propia regulación.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

Antes de empezar a abordar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se deben establecer las bases históricas y doctrinales que giran en torno a esta figura. En esta sección se analizará, en primer lugar, qué se entiende por persona jurídica y por responsabilidad penal de la persona jurídica, así como de las diferentes posiciones doctrinales que hacen referencia a este asunto. Después, se realizará una comparativa en la regulación de esta responsabilidad en otros países para finalizar con un recorrido histórico de la regulación de su responsabilidad, penal o no, en el Derecho Español haciendo especial referencia a las dos últimas reformas (de 2010 y de 2015) llevadas a cabo en esta materia.

2.1.PERSONA JURIDICA Y REPONSABILIDAD PENAL.

Muchos han sido los autores que han intentado dar respuesta a qué se debe entender por persona jurídica. Las primeras teorías (como la teoría de la ficción, la teoría del patrimonio para un fin, la teoría de la persona colectiva real o la teoría de la voluntad de GIERKE) evolucionaron para dar paso a otras más modernas (como la realista, la individualista o la de la organización). Centrando la atención en estas últimas, se entenderá por persona jurídica, como así lo hace FERRARA, una forma jurídica y no un ente, es decir, una forma de regular la ciertos fenómenos organizativos o asociativos que son relevantes para el derecho². SANCHEZ BERNAL la define como un ente con individualidad, responsabilidad y capacidad de obrar propias y diferentes a las de los elementos que la componen³.

Por lo tanto, si se afirma que la persona jurídica tiene una responsabilidad y capacidad que le son propias, cabe preguntarse si también tiene responsabilidad penal.

² FERRARA, F., (2006), “*Teoría de las personas jurídicas*”. Granada, Comares, pp. 234 a 259.

³ SÁNCHEZ BERNAL, J., (2012), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Cuadernos del Tomás*, N°4, pp. 124-126

Se puede definir como acción penalmente relevante aquel hecho llevado a cabo por una persona, que tiene transcendencia en el exterior y que está conducido por su voluntad. Desde este punto de vista, cabría concluir que sólo las personas físicas poseen capacidad de actuar, ya que las personas jurídicas carecen de voluntad independiente e inteligente y solo pueden actuar a través de sus órganos de gobierno.

Además del requisito de acción, se exige que la conducta con relevancia penal esté motivada por la voluntad, de la cual adolece la persona jurídica ya que sólo es capaz de exteriorizar sus actos a través de sus representantes físicos. Dicho de otra forma, la persona jurídica no tiene capacidad de formar una voluntad propia distinta a la de sus miembros.

Por lo tanto, al negar la existencia de acción y de voluntad, no cabría más opción que negar también la posibilidad de aplicar penas a las personas jurídicas. Además de por estos motivos, porque la finalidad de la pena, ya sea la reinserción, la prevención o la coacción psicológica, no tendrían sentido en las sociedades.

En este sentido se manifiesta LACRUZ BERDEJO, afirmando que las personas jurídicas carecen de conciencia y voluntad y, por lo tanto, de capacidad de autodeterminación. En la misma dirección sostiene MUÑOZ CONDE que la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona física. También BAJO FERNÁNDEZ considera que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, culpabilidad ni pena⁴.

Surgen así dos importantes teorías: La de la ficción y la de la voluntad legal. La primera, defendida por SAVIGNI, afirma que las personas jurídicas no tienen conciencia ni voluntad y que, por tanto, no pueden ser consideradas sujetos del Derecho Penal. La segunda, sostenida por MICHOUD, defiende que la persona jurídica no tiene voluntad natural sino legal, por lo que solo puede tener responsabilidad civil⁵.

Sin embargo, no toda la doctrina considera que las categorías del Derecho penal deban ser monopolizadas por las acciones humanas, sino que creen que el delito puede modificarse o

⁴ ESTEPA DOMÍNGUEZ, F. (2012) "La responsabilidad penal en la persona jurídica". *Universidad Internacional de Andalucía*. p. 7

⁵ GUERRA GARCÍA, J.M, (2005), "Breve introducción al tema de: la responsabilidad en las personas jurídicas". *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Nº. 23, pp. 135-140.

complementado por otras formas que permitan atribuir a las personas jurídicas hechos delictivos.

Por lo tanto, existen dos posibles líneas de pensamiento: por un lado, aquellos que consideran a las personas jurídicas incapaces de cometer delitos y, por otro, los que afirman que se debe elaborar una teoría jurídica del delito donde quepa su imputación. Estas dos posturas, en palabras de CUADRADO RUIZ, pueden resumirse de la siguiente forma: Por un lado, los que piensan que la persona jurídica no tiene capacidad de acción y, por tanto, *“faltaría el actuar ético-socialmente reproable de la persona colectiva como tal, que es necesario para los hechos punibles”*; por otro lado, los que defienden que *“si pueden comprar, vender, contratar, arrendar, asumir responsabilidades, pueden hacerlo también fraudulentamente, afirmándose, así, la capacidad de acción de las personas jurídicas”*⁶.

Se han explicado las razones de la primera posición, ahora se van a estudiar los argumentos de la segunda.

Los defensores de esta posición parten de una diferencia básica enunciada por SANCHEZ BERNAL: la criminalidad de la empresa y la criminalidad en la empresa. La primera se refiere a los delitos cometidos por la empresa, pero la segunda lo hace sólo a aquellos delitos cometidos en su seno, con el objetivo de beneficiar solo a unos pocos y que, normalmente, la perjudican⁷. Por lo tanto, como alternativa a las teorías de la ficción y de la voluntad legal, surge una tercera posibilidad: la teoría de la voluntad real, segura por BESELER, DERNBURG y BIERKE y que afirma que la persona jurídica, al ser objeto de derechos y obligaciones, puede ser también responsable penal⁸.

Este planteamiento defiende que se deben presentar otras formas en la Teoría General del Delito que, o bien integradas a las existentes o añadidas de forma diferenciada, permitan la imputación de las personas jurídicas y la atribución de responsabilidad penal. Surgen en esta posición dos posturas:

⁶ CUADRADO RUIZ, M.A., (2007), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un paso hacia delante... ¿un paso hacia atrás?” *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 12, pp. 134-135

⁷ SÁNCHEZ BERNAL, L. J., (2012), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Cuadernos del Tomás*, Nº. 4, p. 127.

⁸ GUERRA GARCÍA, J.M, (2005), “Breve introducción ...” pp. 135-140.

Por un lado, se sitúan aquellos que consideran que la concepción de la acción y la culpabilidad orientada a la persona física es compatible con las personas jurídicas. En este sentido, JAKOBS afirma que la acción y la culpabilidad no son sólo nombres comunes en ambas teorías del delito, sino que constituyen formas dogmáticas iguales. Para él, la persona jurídica, al igual que la persona física, está compuesta de cuerpo y mente, es decir, de órganos y estatutos, y que con las actuaciones de sus órganos con respecto a los establecido en sus estatutos se configura la acción propia de la sociedad. Pero no sólo se puede identificar la acción, sino que, desde una perspectiva negativa, considera que hay actuaciones de la persona jurídica que han de disculparse al considerar las condiciones internas de acción⁹.

Por otro lado, existe una parte de la doctrina, representada en este caso por ZUGALDÍA y TIEDEMANN que sostienen que se deben crear nuevos conceptos de acción y culpabilidad para las personas jurídicas. Para estos autores las personas jurídicas son destinatarias de normas jurídicas y tienen capacidad de producir los efectos contenidos en dichas normas, es decir, tienen capacidad de acción que se manifiesta a través de sus órganos o representantes, pero que deben ser directamente atribuibles a ella. Con respecto a la culpabilidad, ésta se configura como un juicio de reprochabilidad, es decir, una culpabilidad por defecto de la organización¹⁰. Firmemente en contra de esta posibilidad se sitúa BOLDOVA PASAMAR quien defiende que *“Modificar estos conceptos para adaptarlos a las personas jurídicas implica una normativización de los mismos que impide alcanzar un concepto único, válido y común para depurar la responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas de acuerdo a unas mismas reglas y presupuestos”*.¹¹

Por lo tanto, y a modo de resumen, puede decirse que la evolución de las diferentes posturas referentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede agruparse en tres bloques: La irresponsabilidad, que niega la posibilidad de que las empresas cometan delitos ya que no tienen capacidad de culpa; la heterorresponsabilidad, las personas jurídicas no cometen delitos *per se* sino que necesitan a una persona física cuyos actos le puedan ser imputables; la autorresponsabilidad, la empresa es responsable de los delitos cometidos en el seno de su organización por personas físicas, al darse un defecto de control de la primera

⁹ JAKOBS, G. (1997) “Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación” pp. 183-184

¹⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2003) “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica” *CPC* n° 81 pp. 549 y ss.

¹¹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., (2013), “Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, p. 228.

sobre las segundas. Como se verá con posterioridad, esta última postura es la que impera en la legislación actual.

Nos encontramos ante una situación, la de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de difícil solución dogmática y cuyos remedios plantean más dificultades que arreglos y mantienen las principales objeciones que se hacen a este sistema. Por este motivo no debe entenderse la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un avance del Derecho ni lo contrario como una inmovilización en el pasado sino que, en palabras del profesor RODRIGUEZ MOURULLO, la defensa de la propuesta tradicional del *societas delinquere non potest* responde a “*principios legales y constitucionales cuya eficacia normativa se ha dejado intacta y que evidencia que nuestro sistema penal está configurado exclusivamente para la responsabilidad de la persona física*”¹².

Sin embargo, no se puede derivar de esta reflexión que no sea necesario la puesta en marcha de soluciones legales, incluso en Derecho Penal, que aborden este asunto. Estas soluciones pueden ser¹³:

- Responsabilidad civil de la persona jurídica por los delitos cometido por sus empleados.
- Sanciones administrativas.
- Empleo de medidas de seguridad.
- Uso de sanciones casi penales que deben ser consideradas como sanciones pero que, a su vez, deben ser impuestas por jueces penales sobre parámetros semejantes a los del Derecho Penal.

De entre todas las posibilidades a disposición del legislador, considero que la más apropiada es la de establecer una solución intermedia entre las dos posturas principales consistentes en excluir o aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, un correcto uso del artículo 129 del Código Penal, llevando a cabo una integración de la persona jurídica dentro de la esfera punitiva sin someterla a la culpabilidad ni a la

¹² RODRIGUEZ MOURULLO, G. (2011) “Hacia una responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 38, pág. 259.

¹³ MORILLAS CUEVA, L. (2011). “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” *Anales de Derecho*, nº 29 p.8

peligrosidad y considerándola como un mero instrumento para la comisión del delito por parte de la persona física.

No se debe perder de vista que la capacidad de obrar de las personas jurídicas es una ficción del Derecho para, en definitiva, facilitar el tránsito jurídico-mercantil que llevan a cabo las personas a través de estos instrumentos y que llevar su “existencia” más allá sería contraproducente con su finalidad.

Dicho esto, y una vez que se ha admitido por la legislación española la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se deben encuadrar los modelos legislativos de derecho comparado en tres grandes grupos de imputabilidad que son:

- Modelo vicarial o de transferencia de responsabilidad: la responsabilidad penal de la persona física que ha actuado en nombre de la empresa es transferida a esta a través de la Teoría de la identificación, es decir, cuando la persona física cometa un delito representando a una persona jurídica, también lo estará cometiendo la persona jurídica sin necesidad de fundamentar reproche alguno por su parte.
- Modelo de culpabilidad de la empresa: La persona jurídica será responsable cuando existan fundamentos de responsabilidad en hechos (o la ausencia de ellos) que tienen que ver con la propia empresa.
- Modelo mixto: Parte de la transferencia de la responsabilidad como criterio de imputación, pero gradúa la sanción a través de la culpabilidad de la empresa.

2.2.DERECHO COMPARADO

El Derecho continental tiene una amplia tradición en la negación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. En el extremo opuesto está el Derecho anglosajón.

En lo que se refiere al Derecho Europeo, el abanico de posibilidades de integración de la persona jurídica en el Derecho penales muy amplio y ha ido evolucionando, del mismo modo que en España, conforme las formas de relaciones comerciales lo han hecho.

Por un lado, existen países que prevén sanciones propias para la persona jurídica como pueden ser Holanda, Francia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Austria o Suiza. En Francia se sigue un modelo de transferencia de responsabilidad basado en la previa concreción de la responsabilidad de la persona física y la declaración de su culpabilidad como

presupuesto legal para poder imputar a la persona jurídica el delito. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se incorporó en Austria a través de la Ley de responsabilidad de la persona jurídica por hechos delictivos de 1 de enero de 2006 que mantiene un modelo de culpabilidad de empresa y en la que se afirma que las personas jurídicas responderán cuando el hecho se ha cometido en beneficio de la persona jurídica o cuando ésta haya incumplido los deberes a los que estaba obligada. El modelo de Suiza se basa en el modelo de culpabilidad de empresa y establece un sistema de responsabilidad subsidiaria que sólo entra en juego cuando no es posible determinar la responsabilidad de la persona física.

Existe otro grupo de países que regulan sanciones administrativas para las sociedades como hacen Alemania, Italia o Portugal.

Por último, hay países que utilizan medidas de carácter accesorio como Suecia o Polonia.

Merece mención aparte Estados Unidos, cuya legislación se basa en un modelo de responsabilidad mixta y en el que se sigue la doctrina del “*respondeat superior*”, es decir, que la culpabilidad de la persona jurídica se produce cuando se cumplen tres condiciones: (1) el directivo o empleado ha actuado de forma culpable, (2) la actuación se encuentra comprendida por los fines de su empresa y (3) ha tenido como objetivo beneficiarla.

2.3.DERECHO ESPAÑOL

El sistema penal español ha rechazado tradicionalmente la integración de la persona jurídica dentro de la Teoría General del Delito. Sin embargo, en un corto periodo de tiempo se han llevado a cabo reformas penales que han concluido en la admisión total de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Se podría decir que la primera vez que se introdujo de algún modo la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue en 1971, tras la reforma del Código Penal de la época efectuada por la Ley 44/1971¹⁴ que introdujo un nuevo capítulo relativo a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, en cuyo (único) artículo 499 bis se disponía *in fine* que “*Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la*

¹⁴ Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal

empresa”. Posteriormente, mediante la Ley 8/1983¹⁵ se insertó en el artículo 15 bis¹⁶ la regla de las “actuaciones en nombre de otro” con el objetivo de que se “*amplíen los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual artículo 14*”¹⁷. De este modo, se extendía las condiciones cualificantes que integran el tipo a personas en las que no concurre, pero que actúan en nombre de otras en las que sí.

Este criterio fue nuevamente plasmado en el artículo 31 del Código Penal de 1995 que entró en vigor mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y al que se le añadió un apartado 2¹⁸ mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal y cuyo criterio de política criminal se basa en “*abordar la responsabilidad de las personas jurídicas*” y la “*mejora técnica*” de algunos delitos¹⁹. Tras esto, se configura la regulación de las personas jurídicas a través de la introducción de una regla específica de responsabilidad penal sin clausula general precia que habilite dicha responsabilidad.

Por lo tanto, desde la exclusiva responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, al entender el legislador que carecía de capacidad de acción y culpabilidad, se evolucionó a la posibilidad de responder solidariamente de la pena impuesta a su administrador en aquellos casos en los que fuera necesario acudir al 31.1. Por lo tanto, cuando el administrador (1) actué en nombre y por cuenta de la entidad, (2) tenga poder de decisión sobre la acción y (3) cumpla los requisitos de culpabilidad, se extiende la capacidad de autoría a la persona jurídica, eludiendo los formalismos que las reglas de autoría y participación imponen en delitos especiales²⁰. Se entiende, por eso, que la finalidad de esta modificación, más allá de la expresada en la exposición de motivos, es la de evitar fraudes de ley que hicieran posible que algunos delitos quedasen impunes por la ausencia en la persona del autor de los requisitos exigidos por la norma penal.

¹⁵ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

¹⁶ “El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”

¹⁷ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983.

¹⁸ “*será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó*”

¹⁹ Exposición de motivos II l) y III i).

²⁰ MORALES, O. “La persona ...” p.144.

Junto a esta regulación, existía en el Código Penal un sistema de consecuencias accesorias²¹ aplicables a las personas jurídicas que hacía posible que éstas respondieran penalmente sin necesidad de considerarlas sujeto activo del delito. Así mismo, se contenían tipos penales, como en el delito previsto en el artículo 262²², en los que explícitamente se imponía una pena directa a la persona jurídica no prevista en la parte general y que resultaba contraria al principio de legalidad y culpabilidad²³.

En resumen, hasta ahora, la persona jurídica puede participar del proceso penal mediante tres vías:

- Como responsable civil (ya sea directo o subsidiario).
- Como responsable directo y solidario de la pena de multa.
- Como sujeto de consecuencias accesorias.

Sin embargo, en 2010 se reformó nuevamente el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010²⁴ introduciendo una importante modificación a través de la cual se admitió la posibilidad de que las personas jurídicas fueran criminalmente responsables en torno a la idea de infracción de deberes de control o déficit de la organización en contraposición de los tradicionales dolo y culpa de los que deriva la responsabilidad de la persona física. Es decir, tras la reforma de 2010 *societas delinquere potes*.

El propio legislador explica el contenido de la reforma y los motivos de su puesta en marcha en la exposición de motivos, apartado VII, de la Ley. En cuanto a los motivos, hace referencia a los “*numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente*”

²¹ Ver sección 3.8 del trabajo.

²² “...se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá...”

²³ QUINTERO OLIVARES, G. (2008) “Comentarios al Código Penal español”, Aranzadi, t. III, p. 354 y ss.

²⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Sin duda, el legislador está haciendo referencia a todas aquellas Directivas o Decisiones Marco²⁵ en los que el Estado español se obliga a incorporar en su legislación un régimen suficiente de responsabilidad de las empresas. Sin embargo, de su lectura y análisis no se deriva la necesidad de que esa responsabilidad deba ser configurada por el Derecho penal y podrían haberse puesto en marcha otras vías legales, igualmente (o más) eficaces y disuasorias para las empresas.

El Derecho Internacional hace patente el aumento de la delincuencia denominada de “cuello blanco”, llevada a cabo por grandes empresas multinacionales que, ayudándose de los avances tecnológicos de las comunicaciones, ponen en riesgo determinados bienes jurídicos, sin que puedan ser disuadidos por la pena, por las especiales características de quienes los cometen (contactos políticos, alto nivel económico, etc.)²⁶.

En lo que se refiere al contenido de la reforma, quedan reflejados en el preámbulo los cambios más relevantes en la regulación de la responsabilidad de las empresas:

- Sistema de números clausus de delitos que las personas jurídicas pueden cometer.
- Doble vía de imputación de delitos a las empresas: Delitos cometidos en su nombre y delitos cometidos como consecuencia de no haber llevado a cabo el debido control.
- La persona jurídica responde con independencia de que se haya individualizado la responsabilidad de la persona física.
- Las penas previstas para las personas jurídicas se contienen en un catálogo independiente al de las personas físicas, siendo la pena de multa la “*común y general*” y reservándose las otras para los supuestos cualificados, teniendo en cuenta el “*interés general y los puestos de trabajo*”.

²⁵ Véanse, entre otros, el Convenio de la OCDE, de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de agente públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (que obliga a que se persiga penalmente a las personas física pero solo habla de la necesidad de imponer “sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias” a las personas jurídicas, el Convenio Penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa o la Convención de las Naciones Unidas Contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

²⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., (2003), “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, Navarra, Thomson Aranzadi, pp. 76 - 100.

- Será considerado como atenuante, además de la confesión y la reparación del daño, el “*establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”.
- Se regulan los casos de disolución encubierta o aparente.

Poco más de 5 años después de la entrada en vigor de esta importante reforma, tras pequeñas reformas anteriores y sin que los tribunales hayan tenido apenas tiempo de aplicar (y mucho menos de consolidar) los nuevos preceptos, se vuelve a reformar el Código Penal con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 con la que, en palabras del legislador²⁷ se intenta “*llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*” para “*delimitar adecuadamente el contenido del «debido control»*”

Continúa el legislador justificando su reforma fundamentándola en las “*dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación*”. Sin embargo, como ya ha quedado apuntado y como bien establece GONZALEZ CUSSAC, la aplicación de la norma ha sido escasísima²⁸ y ninguna nueva norma internacional avala la necesidad de la reforma²⁹.

Por otro lado, se deriva que no es la intención del legislador modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino disipar las dudas de interpretación del anterior. Sin embargo, las modificaciones que se efectúan no responden sólo a esta motivación y han sido objeto de crítica, no solo de la doctrina como se verá a continuación, sino también de órganos estatales como la Fiscalía General del Estado³⁰, del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial³¹.

Las críticas se derivan, como afirma QUINTERO OLIVARES, de que se excede de la finalidad de clarificar el anterior precepto hasta el punto de hacer casi imposible la imputación de las personas jurídicas y porque favorece la implantación de *compliance programs* en beneficio de los que se dedican a esta actividad³².

²⁷ Ver la exposición de motivos de la Ley, apartado III.

²⁸ Ver sección 4 de este trabajo.

²⁹ QUINTERO OLIVARES, G. (2015) “*Comentarios a la reforma penal de 2015*” Aranzadi pp.151- 155

³⁰ Ver punto 1 de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

³¹ Cuyos informes al Anteproyecto de Ley Orgánica, de 27 de junio de 2013 no fueron positivos.

³² QUINTERO OLIVARES, G. (2015) “*La reforma ...*” Aranzadi, p.80.

En este sentido, las modificaciones que se han llevado a cabo son³³:

- Modificación de los criterios por medio de los cuales una persona física es capaz de comprometer penalmente a la persona jurídica a través de la nueva redacción del artículo 31 bis 1, apartados a) y b) que sustituye al artículo 31 bis 1).
- Establecimiento de las condiciones que se han de dar para considerar exenta de responsabilidad penal a las personas jurídicas en los casos en los que el delito sea cometido por sus directivos³⁴ (artículo 31 bis 2) o por sus empleados (artículo 31 bis 4).
- Concreción de la norma explicada en el punto anterior para aquellas personas jurídicas de pequeña dimensión, a través de la introducción del artículo 31 bis 3.
- Enumeración de los requisitos que debe cumplir todo “*compliance program*” eficaz e idóneo para que sea capaz de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica que lo lleve a cabo introduciendo el artículo 31 bis 5.
- Reproducción del antiguo artículo 31 bis apartados 2 y 3 en el nuevo artículo 31 ter sin modificaciones.
- Reproducción de las circunstancias atenuantes que antes se contenían en el artículo 31 bis 4 en el artículo 31 quater sin modificaciones.
- Reproducción de las personas jurídicas exentas de responsabilidad penal desde el anterior artículo 31 bis 5 al actual 31 quinquies añadiendo un apartado segundo que se refiere a los límites a las penas de las sociedades mercantiles públicas.
- Introducción de una nueva limitación temporal en las penas del artículo 66 en los casos en los que la actuación del directivo no tenga la consideración de grave.
- Se ha ampliado el catálogo de delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas.

Además, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales.

³³ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2015) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” *Elderecho.com* pp. 2-3.

³⁴ Este término se explicará con más detenimiento y se precisará en el punto 3.3.1.A

3. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Código Penal regula la responsabilidad penal de la persona jurídica principalmente a través de los artículos 31 bis, ter, quarter y quinquies, que se completan a través de lo dispuesto en los artículos 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota de las multas), 52.4 (sustitución de la multa proporcional), 66 bis (determinación de la pena a aplicar), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (transformación y fusión de las sociedades). En el artículo 129, se regulan las consecuencias accesorias que son de aplicación a las personas jurídicas.

En esta sección se verá, en primer lugar, qué delitos son susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas para que después se pueda analizar, sobre la base de ese panorama, qué personas jurídicas son relevantes para el Derecho Penal, qué vías de imputación existen, las exenciones, atenuantes y penas que regula el Código y la regulación en la transmisión de la responsabilidad penal. Para terminar, se realizará un análisis de las consecuencias accesorias del artículo 129.

3.1.SISTEMA *NUMERUS CLAUSUS* DE RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 31 bis del Código Penal prevé que será un listado acotado de delitos los susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, de forma que sólo en aquellos ilícitos penales (sólo delitos, nunca faltas³⁵) en los que esté expresamente previsto por el Código se podrán generar responsabilidad jurídica para las empresas.

De esta forma, las personas jurídicas solo pueden incurrir en los delitos incluidos en la Tabla 1:

TABLA 1. Delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas

DELITO	ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis 3
Trata de seres humanos	177 bis 7

³⁵ Ver sección 4 de este trabajo

Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución (antiguo alzamiento de bienes)	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quater
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis 5
Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social	310 bis
Colaboración con la inmigración clandestina	318 bis 5
Construcción, edificación o urbanización no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
De riesgo provocado por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública (no relacionados con el tráfico de drogas)	366
Contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viajes	399 bis
Cohecho	427 bis
Trafico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

Fuente: Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado, p. 11

A pesar de la inclusión de nuevos delitos en este catálogo, el legislador sigue dejando fuera algunos delitos económicos susceptibles de la comisión por personas jurídicas, como los delitos contra los trabajadores, que en su mayoría se cometen dentro del ámbito empresarial³⁶ u otros que, si ser económicos, también se le podrían atribuir como, por ejemplo, un homicidio como consecuencia de una fuerte competencia empresarial y con el objetivo de obtener un beneficio económico superior de una determinada empresa.

³⁶ DÍAZ GÓMEZ, A, (2011), “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 13-08 pp. 08-13.

En este sentido, cabe destacar una de las últimas novedades legislativas en lo que se refiere a explotación de personas para obtener mayores beneficios empresariales. El 12 de noviembre de 2015 entró en vigor la “*Modern Slavery Act 2015*”, una ley británica que obliga a las grandes empresas (de una forma similar a como regula el Sistema Penal Español los *compliance program*) a elaborar una memoria sobre la gestión de la producción en cadena de sus productos, de forma que se hagan responsables de las condiciones de trabajo de aquellas personas que participan en cualquier punto de su cadena de producción. A demás de la elaboración del programa, la ley obliga a tomar medidas que aseguren que no se utilizan esclavos para la fabricación de sus productos y aumenta considerablemente las penas para aquellas empresas que lleven a cabo estas prácticas prohibidas. Así mismo, existe un proyecto de ley en EE.UU. que tiene como objetivo aumentar la transparencia de la gestión de la cadena de suministro de las empresas. Contrasta de forma significativa la legislación penal española que, lejos de regular de forma específica el proceder aceptable que las empresas deberían tener en esta materia, ni siquiera incluye los delitos contra los derechos de los trabajadores como susceptibles de ser cometidos por las empresas, de forma que éstas no tendrán por qué tener en cuenta este aspecto en su programa de cumplimiento penal.

La decisión del legislador de incluir esta limitación de delitos es corta de miras ya que centra en los delitos económicos o de empresa que, si bien son en los que las personas jurídicas tienen una capacidad de acción mayor, no son, como se ha dicho antes, los únicos en los que se podría derivar responsabilidad penal a las personas jurídicas. Una vez que se han aceptado las capacidades de acción y culpabilidad de la empresa, no tiene sentido limitar éstas a un determinado número de delitos por el mero hecho de referirse al ámbito donde se mueve la empresa naturalmente, más aún cuando no se incluyen todos ellos, sino que se dejan fuera algunos de los más importantes.

3.2.PERSONA JURÍDICA

Tras la lectura detenida del artículo 31 bis cabe que se planten dos cuestiones: La primera, qué entes colectivos tienen personalidad jurídica con respecto a nuestro ordenamiento jurídico; la segunda, cuáles de estos entes tienen responsabilidad penal y cuáles no.

A. CONCEPTO LEGAL DE PERSONA JURIDICA

En el artículo 31 bis del Código Penal se considera a las personas jurídicas como sujetos potencialmente responsables de la comisión de delitos que se cometen en el seno de su organización. El legislador utiliza un término genérico sin hacer alusión a lo que debe ser entendido como persona jurídica a efectos penales.

El artículo 297 del Código establece una enumeración de lo que se entiende por sociedad. Sin embargo, no es posible ceñirse a tal precepto y aplicar ese concepto al de persona jurídica del artículo 31 bis. Es, por tanto, necesario definir qué entes son penalmente considerables como persona jurídica.

El Tribunal Constitucional³⁷ afirma que la persona jurídica debe reconocerse por ser un instrumento más de los que el Derecho pone a disposición de las personas físicas para que puedan actuar en el tráfico jurídico. Según esto, para obtener un concepto legal de persona jurídica debemos estar a lo dispuesto en la legislación civil, mercantil y societaria.

Así, en el artículo 35 del Código Civil se establece que “*son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.*”

También, en el artículo 116 del Código de Comercio se dice que “*el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.*”

Por lo tanto, una vez cumplidos los requisitos constitutivos de las diferentes formas societarias regladas en nuestro ordenamiento jurídico, puede decirse que el sujeto en cuestión goza de personalidad jurídica y cumple, por tanto, el primer requisito imprescindible para que un ente colectivo sea penalmente relevante.

Así lo ha señalado también la Audiencia Nacional³⁸ indicando que las sociedades que no estén inscritas en el Registro Mercantil quedarán “*excluidas del sistema de responsabilidad penal que para las personas jurídicas establece el artículo 31 bis del Código Penal [...] siendo aplicable en su caso, las denominadas “consecuencias accesorias” contenidas en el artículo 129 del Código Penal, expresamente previstas para ese tipo de entidades jurídicas*”

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1998, de 2 de junio

³⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional 2/2015, de 23 de enero

Esta afirmación debe ser matizada con las siguientes ideas.

En primer lugar, se habrá de estar a la legislación nacional de las personas jurídicas extranjeras en lo relativo a capacidad, constitución, representación o demás aspectos relevantes a efectos penales.

Por otro lado, el legislador considera especialmente en el apartado 2 del artículo 130 del Código Penal los casos de transformación, fusión, absorción o escisión de las personas jurídica que implique una disolución encubierta o aparente. Tales actuaciones no extinguirán su responsabilidad jurídica ya que se da mayor importancia al contenido organizativo de la empresa que a “*consideraciones meramente formales*”³⁹ cuyo único objetivo es la elusión de la responsabilidad penal.

Dicho esto, se debe tener en cuenta que no basta únicamente con que una persona jurídica está válidamente constituida para poder imputarle un delito y que forme parte activa del proceso penal, sino que ésta debe tener suficiente sustrato material. Por lo tanto, podemos diferenciar, sobre la base de su responsabilidad organizativa, cuatro categorías de sociedades:

- Las que operan en el mercado de forma común. Son penalmente imputables.
- Las que desarrollan una actividad principalmente ilegal. Son imputables ya que tienen, aunque sea mínima, actividad legal y desarrollo organizativo.
- Las que tienen un carácter instrumental y su única finalidad es delictiva. Son inimputables. El Tribunal Supremo⁴⁰ ha declarado que han de quedar al margen de responsabilidad “*dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución*” aunque considera útil imponer la disolución de la misma ya que, una vez que se agota su actividad delictiva motivo de su constitución pierde sentido su existencia. En el mismo sentido, aclara la Audiencia Nacional⁴¹ que “*solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante*

³⁹ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p. 1298

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

⁴¹ Auto de la Audiencia Nacional, de 19 de mayo de 2014

personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputable”

- Las sociedades en las que existe una absoluta identidad entre el gestor y la persona jurídica, siendo las voluntades de ambos en realidad una sola. No será necesario imputar a la persona jurídica, sino que, a través de la doctrina del levantamiento del velo, se podrá descubrir a la persona física que debe ser objeto de reproche penal para evitar así una doble incriminación y la vulneración del principio penal recogido en la idea de non bis in ídem.

B. EXCLUSIONES

Se establecen en el artículo 31 quinquies del Código Penal una serie de entes colectivos que, si bien ostentan personalidad jurídica, no están sujetos a responsabilidad penal.

Tras su entrada en vigor en 2010, el precepto ha sido objeto de reformas, reduciendo el círculo de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal. En primer lugar, se eliminó del listado a los partidos políticos y sindicatos⁴², así como a todas las fundaciones o entidades con personalidad jurídica vinculados a ellos. Posteriormente, se excluyó a las sociedades mercantiles públicas que, aunque pueden ser imputadas, tienen una limitación en cuanto a las penas que se les pueden imponer⁴³ cuando ejecuten políticas públicas o servicios de interés general.

Las personas jurídicas que tras la reforma se encuentran excluidas del régimen de responsabilidad penal son:

(a) Estado y administraciones públicas territoriales e institucionales

La exclusión del estado encuentra su justificación en el absurdo que sería hacerlo responsable penal a la vez que titular del *ius puniendi*, viéndose obligado a ejercitarlo sobre sí mismo.

⁴² A través de la LO 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

⁴³ Sólo podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del artículo 33.7 del Código Penal.

(b) Organismos reguladores

Se trata de una expresión ajena a nuestro ordenamiento jurídico por lo que la doctrina ha tenido que hacer una interpretación de tal precepto, considerando que se refiere a las “administraciones independientes” como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de Competencia, etc⁴⁴.

(c) Agencias y entidades públicas empresariales⁴⁵

Se trata de órganos excluidos de responsabilidad penal por encontrarse integrados dentro de la administración pública institucional. Tras la reforma, se excluyen de esta categoría aquellas empresas creadas por sus fundadores con el propósito de eludir la ley penal.

(d) Organizaciones internacionales de derecho publico

(e) Organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y potestades administrativas

Se corresponde con los organismos autónomos⁴⁶ que cumplan dos requisitos fundamentales:

- Tener participación mayoritaria estatal en los términos en los que lo exige la ley.
- Que ejecuten políticas públicas o lleven a cabo servicios de interés general.

Por lo tanto, no deben entenderse excluidos los colegios profesionales ya que sus fines principales se corresponden con la defensa colectiva, pero privada, de los intereses de los miembros de un determinado sector.

Sí entran dentro de esta exclusión las Cámaras de comercio o la Agencia Española de Protección de Datos, entre otros.

Pese a la dificultad y la oscuridad del precepto, no ha sido objeto de reforma.

⁴⁴ Como así lo ha considerado la Fiscalía General del Estado en su circular 1/2011 pp. 1296-1298

⁴⁵ Las Agencias Estatales se encuentran reguladas en las Leyes 28/2006, de 8 de julio de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos y en la 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

⁴⁶ Regulados en la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

3.3.VÍAS DE IMPUTACIÓN

Desde su introducción en el Código Penal tras la reforma del 2010, la responsabilidad de la persona jurídica responde a un sistema de imputación mixto en el que las sociedades imputables pueden responder tanto por las acciones directas que las personas con poder de decisión en ellas han realizado, como por las acciones descontroladas, cuando el delito se comete como consecuencia de la falta del ejercicio de los dirigentes sobre sus subordinados del control al que estaban obligados. Por lo tanto, la ley prevé dos hechos de conexión para que surja responsabilidad penal para la empresa: el primero, llevado a cabo por las personas físicas con mayor responsabilidad en la empresa; el segundo, generado por las personas indebidamente controladas por las primeras.

En este apartado se estudiará, en primero lugar, el contenido de la responsabilidad directa, después la responsabilidad por acción descontrolada y, por último, la relación que existe entre la responsabilidad de la persona física y jurídica.

3.3.1. RESPONSABILIDAD POR ACCIÓN DIRECTA

Para que entre en juego esta responsabilidad se requiere que en el delito de referencia⁴⁷ se cumplan los siguientes requisitos:

- Que haya sido realizado por las personas físicas capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica (A).
- Que se haya realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica (B).
- Que sea en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (C).

Se pasa a analizar a continuación cada requisito.

A. PERSONAS FÍSICAS CAPACES DE TRANSFERIR RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

El Código Penal incluye como conductas típicas aquellas llevadas a cabo por un gran número de personas integradas en el seno de la empresa, con el objetivo de evitar lagunas de impunidad. Es este uno de los preceptos que el legislador ha decidido modificar con el

⁴⁷ Se considera delito de referencia a aquel cometido por la persona física y del que se deriva la responsabilidad de la persona jurídica.

objeto de aclarar qué personas físicas se entienden capaces, desde el punto de vista penal, para comprometer con sus actos a la persona jurídica a la que representa.

En su anterior redacción⁴⁸, el Código Penal se refería a representantes legales y administradores de hecho. Sin embargo, con la nueva redacción⁴⁹, se amplía el círculo de personas físicas capaces de transferir esta responsabilidad a dos grupos:

(a) Representantes legales

Se trata de un concepto no recogido por la legislación penal ni mercantil ya que en las sociedades de capital la representación orgánica corresponde a los administradores. Por este motivo, se entiende que tal precepto se refiere a la representación voluntaria⁵⁰.

(b) Aquellos que actúen individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica y que estén autorizados para tomar decisiones en su nombre

Dentro de este grupo se pueden incluir, a su vez, a los administradores de derecho, los administradores de hecho y aquellos que forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones.

En cuanto a los administradores de derecho, se deberá estar a lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Capital⁵¹ y a criterios jurisprudenciales resumidos en el requisito de “tener un título jurídico válido para administrar la sociedad o, en general, pertenecer al órgano de administración”.

Para determinar qué es un administrador de hecho debe atenderse a distintas posiciones doctrinales que intentan aclarar el asunto. Por un lado, surge la postura privatista que señala como administradores de hecho aquellos a los que les falta algún requisito formal para serlos de derecho. En segundo lugar, una postura más amplia señala como administrador de hecho a todo órgano que realice actos de administración. Por último, una tercera posibilidad, seguida

⁴⁸ “... por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.”

⁴⁹ “... por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.”

⁵⁰ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado pp. 1309-1312

⁵¹ Artículo 209 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: “*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley*”

por QUINTERO OLIVARES y asumida por la Fiscalía General del Estado⁵² se centra en abandonar este criterio mercantilista propios del Derecho Privado y considera administrador de hecho sólo a aquellos órganos que tienen capacidad de imponer su voluntad y ejercer verdaderamente las funciones de gestión o administración de la sociedad. Es decir, se tienen en cuenta a aquellos órganos que tienen una función de dirección real, siendo indiferentes para el Derecho penal si cumple los requisitos o formalidades de Derecho Privado para su nombramiento.

Sin embargo, continua QUINTERO OLIVARES, *“no todas las personas físicas pueden determinar con su conducta la responsabilidad de la persona jurídica”*. Si se admitiera esta posibilidad, se crearía una vulnerabilidad excesiva de la persona jurídica con respecto a sus empleados. Por lo tanto, el citado autor considera necesarios el cumplimiento de dos requisitos que han de ser determinantes para considerar que el acto de una persona física deba sea considerado como penalmente relevante para la persona jurídica, por tratarse el primero de un administrador de la segunda. Estos requisitos son los siguientes:

- El dominio del hecho sobre la concreta decisión que haya dado lugar a la puesta en peligro del bien jurídico en cuestión. No basta, por tanto, de un dominio de los hechos generales.
- El suceso penalmente relevante debe haber acontecido en un ámbito de decisión normal del supuesto administrador

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo⁵³ definiendo al administrador de hecho como *“toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra”* no pudiendo ser nunca un mando intermedio ya que *“debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión.”*

⁵² En la circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, pp. 1309-1312

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 598/2012, de 5 de julio y Sentencia del Tribunal Supremo 59/2007

En contraposición con la anterior redacción del Código, los administradores de hecho no aparecen claramente incluidos⁵⁴ aunque debe entenderse que la autorización para tomar decisiones que estos poseen es tácita.

Sobre este tema cabe hacerse, además, dos cuestiones que pueden ser controvertidas: En primer lugar, qué sucede en los supuestos de extralimitación de las funciones de los administradores; en segundo lugar, qué responsabilidad han de tener aquellos consejeros que hubieran votado en contra de los actos adoptados por los consejos de administración.

La primera pregunta debe ser resuelta a través de la idea de que de los delitos cometidos a través de la extralimitación de las funciones de un administrador debe responder la persona jurídica (en el caso en el que se cumplan, además, el resto de requisitos) ya que basta con entender que tal actuación se comprende dentro del concepto de personas que ostenten facultades de organización y control o, según la antigua redacción, los administradores de hecho.

La segunda, más complicada, pasa por delimitar si aquel miembro hizo todo lo posible por evitar o reducir el peligro. De lo contrario, respondería del delito en comisión por omisión⁵⁵.

B. EN NOMBRE O POR CUENTA DE LA PERSONA JURÍDICA

Este requisito legal exige que el administrador lleve a cabo el hecho delictivo en el ejercicio de sus funciones representativas. Por lo tanto, requiere que exista un contenido formal y material del mandato a la persona física que permita valorar la trascendencia o intrascendencia de la conducta de la persona física con respecto a la persona jurídica.

Esta afirmación no es incompatible con la imposibilidad de establecer rígidamente que conductas entran dentro o no de este requisito, sino que han de valorarse las circunstancias del caso concreto con el objetivo de no crear zonas de irresponsabilidad penal mediante la ley.

⁵⁴ Encajarían en el requisito de “autorizados para tomar decisiones” pero no en el de “ostentar facultades de organización y control”.

⁵⁵ Regulada en el artículo 11 del Código Penal.

C. EN SU BENEFICIO DIRECTO O INDIRECTO

El legislador ha tenido a bien modificar la redacción del artículo con respecto a la anterior reforma en la que se establecía que el hecho delictivo debía haber sido “en provecho”⁵⁶ de la persona jurídica.

De esta forma, se aclara la duda que antes se planteaba en cuanto al tipo de “provecho” que debía entenderse obtenido por la empresa para que se cumpliera este requisito. Ahora queda claro que el beneficio puede ser directo o indirecto, es decir, que puede ser medido en función de distintas variables, no solo económicas, sino también de prestigio, imagen, reputación de la marca, etc. Además, se permite extender la responsabilidad a las personas jurídicas cuyo objeto social no persiga obtener beneficios económicos.

El Tribunal Supremo⁵⁷, pese a los pocos casos que han llegado hasta él, declara que el beneficio al que hace alusión el legislador es *“cualquier tipo de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto a otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete”*.

La Fiscalía General del Estado define las acciones subsumibles en este “beneficio directo o indirecto” como aquellas *“tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad”* excluyendo expresamente las conductas que *“sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto”*.⁵⁸

3.3.2. RESPONSABILIDAD POR ACCIÓN DESCONTROLADA

Como se ha dicho antes, esta letra es objeto de reforma por la LO 1/2015 en lo que se refiere a su estructura y a su contenido. El principal cambio se refiere a la introducción del adverbio “gravemente” que hace que queden fuera del ámbito penal los incumplimientos

⁵⁶ *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”*

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero de 2016

⁵⁸ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p.18

leves de acuerdo con el principio de intervención mínima. Esos incumplimientos deberán ser objeto de sanción o corrección por otras vías ajenas a la penal.

La norma en cuestión guarda muchas similitudes con la recogida en la letra a)⁵⁹ aunque con una importante diferencia: el sujeto que tiene capacidad de comprometer penalmente a la empresa. Si bien en el artículo 31 bis 1. a) se hacía referencia a aquellos trabajadores que estaban “*autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”, en esta letra b) se alude a los trabajadores que se encuentran sometidos a la autoridad de estos, es decir, que estos empleados sea los autores físicos del ilícito penal.

Sin embargo, el legislador, consciente de la gravedad de tal disposición, añade un requisito más⁶⁰: que exista por parte de los trabajadores a los que se refiere la letra b) del apartado primero del artículo 31 bis⁶¹ un fallo de supervisión en relación con sus subordinados. Es decir, se hace referencia a los trabajadores de la letra a), que son aquellos a los que les es exigible la conducta de supervisión vigilancia y control sobre los segundos, por dolo o imprudencia grave.

Determinado, por tanto, quién es el responsable del debido control al que se refiere esta norma, cabe hacerse dos preguntas más: La primera, qué debe entenderse por debido control y, la segunda, cuándo debe entenderse que se ha incumplido a efectos penales.

Ha entendido la doctrina mayoritaria (resumida por la Fiscalía General del Estado) que el debido control es un “*concepto normativo que habrá de dotarse de contenido valorativamente a través de la actividad probatoria [...] resultando útiles la política corporativa o la llamada organización empresarial [...] como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor*”⁶².

⁵⁹ Se mantiene la estructura del artículo 31 bis 1. a) en lo que se refiere a el resultado (“en beneficio directo o indirecto”) y la forma de llevar a cabo las actividades presuntamente delictivas (“por cuenta”)

⁶⁰ “... *por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*”

⁶¹ A pesar de que la redacción del legislador se hace de una manera impersonal, se entiende que el fallo en la supervisión debe ser imputable a las personas físicas mencionadas en la letra a) o, dicho de otra forma, Los deberes de supervisión, vigilancia y control le son exigibles a los trabajadores a los que se refiere la letra a) del apartado primero del artículo 31 bis y no directamente a la persona jurídica.

⁶² Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado pp. 1307-1317

En segundo lugar, se debe plantear la cuestión de qué omisión del deber de control deberá determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, entiende nuevamente la Fiscalía General de Estado que no basta con una “*mera ejecución defectuosa del control debido*” sino que será preciso acreditar que se ha omitido por parte del gestor o por algún miembro de la cadena de delegaciones el control debido respecto de su actividad.

Por último, incidir en la incoherencia del legislador en cuanto a la limitación de la pena que se recoge en el párrafo tercero del apartado 2º del artículo 66 bis⁶³ para los casos en los que el incumplimiento del deber de control “no tenga carácter grave”. Sin embargo, este carácter grave es un requisito imprescindible para la propia responsabilidad de la persona jurídica (“... *por haberse incumplido gravemente...*”). Por lo tanto, es un precepto carente de toda lógica y que jueces y magistrados no podrán aplicar.

Se extiende a esta vía de imputación todo lo dicho en la anterior en lo que se refiere a los requisitos de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto.

3.3.3. RELACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA FÍSICA Y LA PERSONA JURÍDICA.

Cuando se habla de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se puede decir que esta sea autónoma ni independiente, sino que el legislador ha optado por un sistema de heterorresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas “indirecta o subsiguiente”⁶⁴ que hace que la empresa sea responsable de los delitos cometidos por las personas físicas que en el precepto se describen.

El Código Penal establece un vínculo normativo mediante el cual las personas jurídicas serán también penalmente responsables cuando las personas físicas cometan infracciones penales determinadas⁶⁵. Por tanto, no existe un mecanismo que impute directamente un delito a una persona jurídica cometido “por ella misma” sino que se debe partir de la conducta delictiva de una persona física para que este vínculo entre en juego. Así lo entiende también la

⁶³ “Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años”

⁶⁴ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p.1303

⁶⁵ Ver sección 3.1 del trabajo

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁶⁶ al afirmar que la responsabilidad penal de la empresa se fundamenta en la *“previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad”*. Sin embargo, continua la Sala diciendo que *“el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”*. Por lo tanto, se puede afirmar que el Código Penal tiene *“una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio”*.

Es decir, si bien no es independiente, se trata de una responsabilidad autónoma, ya que es posible que se aprecie de forma exclusiva o acumulativa con la responsabilidad de las personas físicas cuya actuación ha sido penalmente relevante para la empresa. Esta posibilidad tiene un doble efecto: Por un lado, evita las lagunas de derecho que posibilitan la comisión impune de delitos y, por otro, impide que se deslicen responsabilidades penales entre las personas físicas y jurídicas en cualquier sentido.

Por lo tanto, esta responsabilidad sólo se derivará con respecto a las personas jurídicas cuando se constate la comisión de un delito por parte de quien cumpla los requisitos legales, pero no es necesario que sea conocido o determinado. Por eso, la doctrina critica la vulneración del principio de presunción de inocencia que se deriva de la necesidad de partir del presupuesto inicial del autor, a pesar de ser desconocido, cumple los requisitos previstos por el precepto legal. En el extremo opuesto, QUINTERO OLIVARES defiende esta posición legal ya que, de no ser así, la dificultad para individualizar a un responsable físico sería determinante para la impunidad de la persona jurídica.

3.4. RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal tal y como se regula hoy en día tiene su base en el criterio del debido control que exige a la empresa (a través de sus representantes legales). Por lo tanto, para evitar que la sociedad incurra en responsabilidad penal, se deberá dar un estricto cumplimiento a esta obligación mediante la implementación de programas de prevención de delitos o *compliance program*.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

De esta forma, se pretende promover por parte del legislador penal una cultura de ética empresarial para que, de forma proactiva, las sociedades eviten la comisión de delitos, autorregulándose a través de la adopción y ejecución de medidas de control idóneas para conseguir que, o bien no se cometan, o bien se reduzcan de forma significativa las posibilidades de la comisión del delito.

Por lo tanto, podría afirmarse que el principal objetivo de la exención de implantar en la sociedad modelos de organización y gestión no es evitar la sanción penal sino conseguir que las empresas adquieran esta nueva cultura organizativa. Por eso, algunos autores apuntan que se corre el riesgo de que *“en el seno de la entidad, los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal”*⁶⁷.

En este apartado se estudiará el debate que existe en la Doctrina sobre la naturaleza jurídica de la *compliance*, el régimen de exención que plantea el legislador (doble régimen de exención, uno para los delitos cometidos por los administradores y otro para los cometidos por sus subordinados, aunque son sustancialmente iguales), las condiciones y requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión para que puedan ser considerados como una “eximente” así como las especialidades que se deben tener en cuenta con respecto de las empresas de pequeña dimensión.

3.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Tras la reforma, el Código Penal regula una causa de exención de la responsabilidad de las personas jurídicas, cuya naturaleza ha sido muy discutida por la doctrina y por la (escasa) jurisprudencia, y que está estrechamente unida a la naturaleza del modelo de atribución de responsabilidad penal a los entes colectivos. Resulta un tema especialmente dificultoso ya que los dogmas penales están contruidos sobre la base de acciones individuales, no colectivas, por lo que se deberá hacer una abstracción aun mayor que la que se debería hacer en cualquier otro caso.

La responsabilidad de las empresas se basa en un hecho ajeno, como es la comisión de un delito por parte de las personas físicas con capacidad para comprometer penalmente a la persona jurídica a la que representan. Cuando se den las condiciones legales, se producirá una

⁶⁷ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, P. 40

transferencia de responsabilidad. La cuestión de si esa responsabilidad se transfiere de forma automática o no es la clave para determinar la naturaleza jurídica de la exención.

Con base en esta cuestión, el Tribunal Supremo ha indicado que existen tres alternativas entre las que pivota la naturaleza jurídica del precepto, y que la relacionan con (1) el tipo objetivo, (2) con la exclusión de la culpabilidad o (3) con una causa de justificación.

A continuación, se verán los fundamentos de cada posición.

La primera, que relaciona la exención con la tipicidad, considera que el fundamento de la imputación de una persona jurídica debe ser la ausencia de un programa de cumplimiento penal o la implantación de uno defectuoso. De esta forma, acreditando que existe un *compliance program* adecuado en el seno de la organización, desaparecerá un elemento básico del tipo y no habrá delito. Por lo tanto, la responsabilidad no se transfiere de forma automática, sino que será necesaria la ausencia o defecto penalmente relevante del programa implantado. Así lo entiende el Tribunal Supremo⁶⁸ cuando dice que “*la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física*”.

La segunda, que considera que la transferencia se produce de forma automática y que con el nacimiento del delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica, relaciona la exención con la exclusión de la culpabilidad. Desde esta posición, se considera que la persona jurídica que ha implantado con anterioridad a la comisión del delito un programa de cumplimiento penal según las exigencias legales no merecerá reproche penal, operando una excusa absolutoria como causa de exclusión (y no supresión) de la pena. Habiendo responsabilidad por parte de la persona jurídica, se excluye su punición.

Más complicado es la posición de aquellos que consideran que la exención es una causa de supresión de la punibilidad ya que, como considera la Fiscalía General del Estado⁶⁹ éstas están reservadas para “*comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes*”.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

⁶⁹ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado p.56

En adelante, se va a considerar que la exención se configura como verdadero elemento del tipo, de forma que para que la persona jurídica incurra en la comisión de cualquier delito con base en el artículo 31 bis, deberá carecer de un programa de cumplimiento penal que cumpla con las exigencias penales.

3.4.2. MODELO GENERAL EXIGIDO POR EL CÓDIGO PENAL. CONDICIONES Y REQUISITOS

En el apartado 2 del artículo 31 del Código Penal⁷⁰ se regulan cuatro condiciones que las sociedades deben cumplir para quedar exentas de responsabilidad penal. De estas cuatro, solo tres son comunes para los individuos indicados del apartado a) y b) del párrafo primero del artículo 31 bis, excluyéndose el requisito del fraude en la forma de actuar, que solo se aplicará a las personas físicas de la letra a).

A pesar de que el legislador detalla mucho más las medidas en los delitos cometido por los administradores, de la lectura del precepto completo se puede entender que la mayoría de exigencias, con la excepción ya indicada, son comunes a los dos.

Cuando estos requisitos no se puedan acreditar de forma completa⁷¹, el Código Penal establece la posibilidad de que sean tenidos en cuenta para la atenuación de la pena⁷².

⁷⁰ “Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2º la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3º los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4º no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª”

⁷¹ No se está refiriendo el legislador a defectos en la forma de probar la existencia y adecuación del *compliance program* sino al caso en el que el modelo presente algunos defectos, pero tenga una intensidad suficiente para ser considerado como atenuante de la pena.

⁷² Artículo 31 bis, apartado 2 in fine “En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”

A. COMPLIANCE PROGRAM

La primera condición impuesta por el legislador es que se haya adoptado por parte de la empresa un programa de organización y gestión. Con respecto a este aspecto, se regulan tres tipos de requisitos que debe cumplir el programa: de tiempo, de contenido y de resultado.

En cuanto al requisito de tiempo, el legislador exige que el programa sea adoptado y ejecutado antes de la comisión del delito. Se da respuesta así a las exigencias de la doctrina que demandaban una norma penal más acorde con el principio de proporcionalidad ya que en la anterior legislación⁷³ era un atenuante la implantación de estos programas una vez cometido el delito, sin favorecer de ninguna manera a aquellas empresas que lo tenían con anterioridad.

Por lo que se refiere al requisito de contenido, el Código lo regula de forma específica en el apartado 5 del mismo precepto⁷⁴, estableciendo una serie de puntos imprescindibles que todo *compliance program* debe tener para ser considerado como relevante a efectos penales:

- (1) La persona jurídica deberá identificar y gestionar adecuadamente sus riesgos reales y potenciales, es decir, conocer qué sectores de la empresa están en condiciones de realizar actividades que puedan derivar en alguno de los delitos que se encuentran en el catálogo de posibles para las personas jurídicas.
- (2) Fijar protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en lo que se refiere a la formación de la voluntad de la persona jurídica y su ejecución.
- (3) Disponer de modelos de recursos financieros que impidan la comisión de delitos.

⁷³ “Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”

⁷⁴ “5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

- (4) El programa deberá tener capacidad suficiente para detectar conductas con relevancia penal de las que se tendrá que informar a quien corresponda, asegurando la protección del denunciante y la confidencialidad de sus comunicaciones.
- (5) Contará con un sistema disciplinario sancionador para el incumplimiento de las medidas adoptadas por el programa.
- (6) Se deberá verificar periódicamente y, en su caso, inmediatamente después de una infracción.

El último requisito, de resultado, exige que el programa sea adoptado y ejecutado con eficacia. Cabe plantearse si esta última exigencia tiene sentido ya que, de haberse implantado eficientemente, desde un punto de vista estricto, no se cometería conductas delictivas. Sin embargo, esta eficacia también debe ser considerada cuando se ha reducido de forma significativa el riesgo de comisión del delito. Es decir, que su comisión no invalida necesariamente el programa de prevención, sino que deberá ser el juez quien tendrá que realizar un juicio hipotético sobre la evolución de la posibilidad de cometer delitos antes y después de la implantación del programa por parte de la empresa. Así lo entiende también el Tribunal Supremo⁷⁵ afirmando que este requisito se traduce “*en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización*”, por lo tanto, habrá que estar a “*si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho [...] que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica*”.

En este sentido la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016 elabora una serie de criterios que podrán tener en cuenta jueces y fiscales para valorar la eficacia del modelo de organización y gestión, entre los que cabe destacar el cumplimiento de requisitos legales, el compromiso de la alta dirección con el programa o su capacidad de detección de delitos.⁷⁶

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

⁷⁶ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pp. 51 y ss.

B. CREACIÓN Y ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A UN ÓRGANO ESPECÍFICO

La segunda condición exige que se haya atribuido la competencia de la supervisión del modelo a un órgano determinado creado específicamente para que cumpla esta función. Éste deberá contar con un cuerpo propio de profesionales con conocimientos y experiencia suficientes para llevar a cabo sus funciones, así como de acceso a la información y a los procesos internos necesarios para cumplir con su objetivo. No existe inconveniente en que el órgano sea contratado de forma externa siempre que se cumpla lo anterior.

C. FRAUDE DEL AUTOR DEL DELITO

La persona jurídica solo eludirá su responsabilidad penal cuando acredite que el trabajador actuó fraudulentamente. Este requisito solo es exigible para aquellos casos contenidos en la letra a) del apartado primero del artículo 31 bis, es decir, que el marco de exención de la responsabilidad penal es más amplio para los delitos cometidos por los subordinados, de forma que la empresa no deberá acreditar este actuar fraudulento cuando la persona física que ha cometido el delito sea un empleado. Sin embargo *“difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrantado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude”*⁷⁷

D. AUSENCIA DE DEFECTUOSO CONTROL

Para que la empresa pueda eximir su responsabilidad penal por los delitos cometidos por las personas físicas que la componen deberá acreditar que el sistema de prevención y control no tiene ningún fallo y que las personas encargadas de llevarlo a cabo lo han hecho de una forma adecuada. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁷⁸ afirmando que la persona jurídica deberá probar *“la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”*.

⁷⁷ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, P. 42

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

3.4.3. PERSONAS JURÍDICAS DE PEQUEÑA DIMENSIÓN

Las personas jurídicas de pequeña dimensión son tenidas en cuenta por el legislador en el apartado 3 del artículo 31 bis⁷⁹, considerando como tales aquellas que está autorizadas, según los criterios contables⁸⁰ a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Las que cumplan estos requisitos serán sociedades exentas del cumplimiento de la segunda condición que impone el Código para que entre en juego la exención de responsabilidad del punto 2 del artículo 31 bis, es decir, la obligación de crear un órgano con poder autónomo que tenga la finalidad de supervisar la eficacia de los controles internos de legalidad.

La organización y los medios de estas pequeñas empresas no puede compararse con aquellas multinacionales que cuentan con una organización compleja y que hace necesario la existencia de un órgano propio y exclusivo de este asunto. Sin embargo, no se les exime del total cumplimiento del precepto, sino que tendrán que demostrar su compromiso con la legalidad mediante la adaptación de su organización y dimensión a los requisitos formales del apartado 5 del 31 bis.

3.5. CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

Dentro del sistema de responsabilidad penal se incluye una relación independiente de circunstancias modificativas o atenuantes, que son exclusivas y específicas para las personas jurídicas. Tales circunstancias conforman un listado cerrado de posibilidades de atenuar la pena impuesta por los delitos cometidos por las empresas y que excluye la posibilidad de aplicar las atenuantes genéricas del artículo 21 del Código Penal.

Sin embargo, la doctrina se cuestiona la eventual aplicación de aquellas circunstancias que responden a conductas no humanas, tales como la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas y la de análoga significación recogidas en los apartados 6º y 7º del artículo 21. Podría aplicarse, en tales casos, la interpretación análoga *in bonam parte* que permitiera, en el caso en el que concurran las exigencias jurisprudenciales para su aplicación, el empleo de dichas circunstancias.

⁷⁹ “En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”

⁸⁰NECA 4º: “las sociedades en las que a la fecha de cierre del ejercicio concurran, al menos, dos de las circunstancias siguientes: (a) Que el total de las partidas del activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo del balance. (b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. (c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 250.”

Todas las atenuantes tienen en común dos cosas: La primera, que responden a hechos que se realizan de forma posterior a la comisión del delito; la segunda, que tienen como objetivo la participación de la empresa en el proceso de investigación.

La aplicación de dichas circunstancias no afectará en modo alguno a la responsabilidad penal de las personas físicas y tampoco en el caso contrario.

Las atenuantes previstas en el Código Penal para las personas jurídicas son las siguientes.

A. CONFESIÓN

Se aplicará tal circunstancia a aquella empresa que confiese la infracción que ha cometido antes del conocimiento del proceso judicial abierto contra ella.

El legislador ha utilizado expresiones excesivamente abiertas que hacen que se planteen dos problemas en su interpretación: cuándo se entiende que la empresa conoce la existencia de un procedimiento abierto contra ella y ante que autoridades debe producirse la confesión.

Por un lado, no está claro el momento en el que se considera que una persona jurídica tiene conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial dirigido contra ella. Una interpretación amplia sería entender que basta para su exclusión la acreditación, mediante cualquier medio de prueba, de que los representantes u órganos de gestión estaban enterados de tal circunstancia. Sin embargo, siguiendo a GOMEZ JARA DIEZA, no se excluye si el conocimiento es de un empleado cualquiera de la empresa.

Por el otro, no se concreta ante que autoridades se ha de producir la confesión. Siguiendo aquí también lo enunciado por GOMEZ JARA DIEZA, debe ser suficiente la confesión ante autoridades administrativas y/o policiales.

B. COLABORACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN

Se apreciará esta atenuante cuando la empresa, en cualquier momento del proceso, colabore en la investigación del delito aportando pruebas nuevas o decisivas para esclarecer los hechos.

No basta con que se aporten pruebas de carácter accesorio o que clarifique hechos ya probados, sino que debe ser material probatorio de contenido inédito y que acredite un determinado hecho relevante en la investigación.

Se busca producir una tensión procesal entre la persona física y jurídica que facilitará la investigación y la resolución de casos dirigidos contra las empresas y que se traduce en un favorecimiento de la persona jurídica en detrimento de los derechos procesales de las personas físicas.

C. REPARACIÓN O DISMINUCIÓN DEL DAÑO

Producida en cualquier momento del proceso, se trata de una circunstancia atenuante casi idéntica a la recogida por el Código Penal para las personas físicas en su artículo 21.5 y cuya doctrina jurisprudencial puede trasladarse sin ningún problema.

D. ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN

Se podrá aplicar esta circunstancia cuando la empresa organice una actividad nueva preventiva, o en su caso investigadora, de hechos delictivos cometidos en el seno de su organización. Debe valorarse en abstracto la idoneidad de tales medidas para prevenir o detectar la comisión de delitos, siendo insuficientes las medidas llevadas a cabo para mejorar la imagen empresarial.

Si la aplicación de tales programas antes de la comisión del delito es una de las circunstancias que exoneran a la persona jurídica de responsabilidad, el mismo hecho realizado con posterioridad a la comisión del delito implica una circunstancia atenuante que se tendrá en cuenta a la hora de imponer la pena.

3.6.PENAS

Desde la entrada en vigor de la reforma de 2010 del Código Penal, se recoge en el artículo 33.7 del mismo un amplio catálogo de penas que pueden imponerse a las personas jurídicas. Las bases para los límites, tanto mínimos como máximos, y otras reglas de determinación de la pena específicas para estos delitos se encuentra recogido en el artículo 66 bis.

Todas las penas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas tienen siempre la consideración de penas graves, hecho que tiene incidencia en el plazo de prescripción de los delitos cometidos por personas jurídicas, que será a los diez años tal y como se establece en el apartado primero del artículo 133 del Código Penal. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que un mismo delito tenga un plazo de prescripción diferente en función de que su autor sea persona física o jurídica.

Este extraño suceso constituye una opción de política criminal que, si bien no está explicado o motivado en la Exposición de Motivos de la Ley, es asumible a la luz de los principios del Derecho Penal.

A continuación, se procederá a realizar un análisis de cada una de las penas previstas especialmente para las personas jurídicas.

A. MULTA

La pena de multa se sitúa en el Código Penal como pena principal a imponer a las personas jurídicas y es susceptible de ser impuesta en todo caso cuando se las castiga.

Hay varias razones que justifican la importancia de esta pena:

- Su potencial utilidad para contrarrestar el beneficio económico indebido (y el consecuente perjuicio a la víctima del delito) derivado de la actividad delictiva.
- Es la que menores costes estatales asociados a la ejecución implica.
- Es la medida más disuasoria para las empresas, quienes controlan cada coste efectuado con el objetivo de maximizar su beneficio.

A la regulación de la pena de multa se dedica la Sección 4ª del Capítulo I del Título III del Código Penal (artículos 50 y siguientes). En general, se aplican los mismos parámetros que a las personas físicas con algunas puntualizaciones.

Con base en el artículo 33.7 a) del Código Penal, la pena de multa podrá imponerse en dos modalidades:

- (1) Por cuotas: Deben tenerse en cuenta los límites impuestos en el Código tanto para las cuotas (entre 10 días y 5 años) y para el importe que, si bien se habrá de estar a la capacidad económica de la empresa, deberá estar entre 30€ y 5.000€
- (2) Proporcional: Está regulada en el artículo 52 y debe calcularse teniendo en cuenta “*el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo*”.

Como último límite a la pena de multa, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 31 bis punto 2 que prevé que “*no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física*”.

B. DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Es la pena capital que prevé el Código Penal para las Personas Jurídicas por lo que está reservada para casos extremos como los delitos especialmente graves, los que tengan una gran repercusión social o para los llamados “delito masa”.

La disolución supone la pérdida definitiva de la personalidad jurídica de la empresa y, por lo tanto, de su capacidad de obrar en el tráfico jurídico. Por este motivo, el artículo 66 bis establece que la imposición y la extensión de esta pena deberá atender a:

- Su necesidad para prevenir la continuación del delito o sus efectos.
- Las consecuencias del delito, especialmente para los trabajadores de la empresa.
- El nivel jerárquico de aquella persona que incumplió el deber de control.

Además, será necesario acreditar una de las dos circunstancias siguientes:

- Que concurra la circunstancia agravante de reincidencia según lo establecido en el artículo 66.1.5°.
- Que la actividad ilegal de la empresa supere en relevancia a la actividad legal.

Este último requisito ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo⁸¹ a la hora de excluir la pena de disolución de la sociedad por entender que el hecho de que la persona jurídica fuera utilizada por a persona física *“para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente [...] que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP, sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad”*. Sin embargo, surge en este mismo caso la dificultad de la imposición de esta pena a las personas jurídicas con nacionalidad extranjera y que en la práctica habrá de traducirse en la prohibición de operar en

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero.

España, ya que no existen instrumentos que prevean la posibilidad de que un estado solicite a otro la ejecución de ciertas penas que se aplican a las personas jurídicas⁸².

La disolución se llevará a cabo a través de los trámites de las legislaciones civil, mercantil y societaria.

C. SUSPENSIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE LA PERSONA JURÍDICA

El silencio por parte del legislador sobre qué actividades pueden suspenderse en virtud de la imposición de la pena, hace que una interpretación literal del precepto nos lleve a la suspensión de todas las actividades de la empresa. Esto puede equivaler de facto a la imposición de la pena de disolución sin necesidad de observar las exigencias asociadas a tal pena. Por este motivo, la doctrina entiende que el órgano judicial que imponga esta pena deberá concretar el sector de actividad que deba suspenderse que deberá ser aquel vinculado con la actividad delictiva llevada a cabo por la empresa.

El plazo de suspensión de las actividades no podrá exceder de 5 años.

D. CLAUSURA DE LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS

El mismo argumento que en el punto anterior sirve aquí para concluir que debe hacerse una interpretación del precepto que permita clausurar solo aquellos locales o establecimientos que tengan relación con la actividad delictiva.

Al igual que en el caso anterior, no puede exceder de 5 años.

E. PROHIBICIÓN DE LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES

Se le podrá prohibir a la persona jurídica la realización de cualquier tipo de actividad relativa a un sector determinado. Por lo tanto, esta pena puede conllevar una modificación del objeto social de la empresa.

Puede imponerse con carácter temporal, cuyo límite máximo es de 15 años, o definitivo.

⁸² NEIRA PENA, A.M. (2016) “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica” *Diario La Ley*, nº 8736 p. 5.

F. INHABILITACIONES ADMINISTRATIVAS

Se trata de un precepto penal que incluye un conjunto de penas, todas ellas con una misma razón de ser: que el sector público no colabore con aquellas empresas que han llevado a cabo una actividad delictiva.

Este fin puede conseguirse de dos maneras:

- Inhabilitando a la persona jurídica para contratar con el sector público.
- Inhabilitando a la persona jurídica para obtener subvenciones o ayudas públicas.

El juez podrá imponer una de ellas o varias teniendo en cuenta el límite temporal máximo de 5 años.

G. INTERVENCIÓN JUDICIAL

La finalidad de esta pena es que se salvaguarden los derechos de los trabajadores y acreedores de una empresa que ha cometido un hecho delictivo. Por lo tanto, si para poner fin a la actividad delictiva se ponen en riesgo intereses sociales, se deberá optar por la intervención de forma prioritaria a otras penas como la suspensión de actividades o la disolución.

La amplitud y duración de la intervención, así como la persona que se hará cargo de ella, deberá establecerse en la sentencia de forma precisa y motivada atendiendo al caso concreto y limitándose a 5 años de duración máxima.

3.7.REGLAS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

Con el objeto de lograr una verdadera independencia del estatuto jurídico de las sociedades, entiende el legislador que deben establecerse unas reglas especiales a la hora de aplicar las penas, también independientes y separadas de las aplicables para la persona física.

Para ello, desde la reforma operada por la ley 5/2010 se introduce en el Código Penal español el artículo 66 bis.

De forma general, son aplicables las previsiones del artículo 66 de Código Penal, reglas 1º, 4º y 6º a 8º⁸³. Pero, además de esta remisión a lo previsto para la persona física, el Código establece reglas específicas para la persona jurídica.

La primera regla particular se encuentra en el apartado primero del artículo 66 bis, donde se establece que para la aplicación de las penas contenidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 del Código Penal a aquellos delitos previstos en el libro segundo del Código se deberá tener en cuenta lo siguiente.

- a) La necesidad de la aplicación de las penas para prevenir la continuidad de la actividad delictiva y de sus efectos.
- b) Las consecuencias económicas y sociales que su aplicación conllevará, especialmente para los trabajadores.
- c) El puesto jerárquico que en la estructura de la persona jurídica ocupaba la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

A pesar de la necesidad de la inclusión de este artículo para la modulación de las penas más graves, se valora la necesidad de realizarlo desde un punto de vista menos abstracto, estableciendo proporcionalidades en las penas aplicables concretas (pena en su mitad inferior, por ejemplo, cuando quien ha incumplido el deber de cuidado ha sido un simple empleado), de forma que el legislador concrete un criterio apropiado que deban usar los jueces y magistrados.

Por otro lado, es de destacar el acierto del legislador a la hora de introducir la obligación de que el órgano decisor tenga en cuenta las consecuencias económicas y sociales, en especial

⁸³ “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior. 6.ª Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. 8.ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.”

a los trabajadores, que las penas impuestas pueden tener, salvaguardando en la medida de lo posible los intereses en juego y respetando el principio de proporcionalidad del Derecho Penal.

3.8.BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL

A pesar de la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha mantenido tras la reforma el sistema de consecuencias accesorias, contenido en el artículo 129. Por lo tanto, conviven en el Código Penal un sistema de responsabilidad penal accesoria y otro de responsabilidad directa.

Las medidas accesorias del 129 se aplicarán a los entes que, tengan o no de personalidad jurídica, tienen un carácter meramente instrumental para la comisión de los llevados a cabo por parte de las personas físicas o jurídicas autoras del delito. Además, estas medidas se contemplan también para los delitos incluidos en la Tabla 2:

TABLA 2. Delitos en los que se pueden aplicar las consecuencias accesorias del 129

DELITO	ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL
Relativos a la manipulación genética	162
Alteración de precios en concursos o subastas publicas	262
Negativa a actuaciones inspectoras	294
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Falsificación de moneda	386.4
Asociación ilícita	520
Organización y grupos criminales terroristas	570 quater

Fuente: Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado, p. 12

A pesar de lo defendido por PORRES ORTIZ DE URBINA, quien ha entendido que ambos sistemas deben aplicarse de forma diferente (se aplicarán las consecuencias accesorias del artículo 129 para aquellas organizaciones cuya actividad central sea la comisión del delito; se aplicará la responsabilidad penal del 31 bis cuando una persona jurídica se vea inmersa en un delito cometido en el seno de su organización de forma ocasional o fortuita⁸⁴), lo cierto es que la mayoría de la doctrina no entiende los criterios que el legislador establece para el uso

⁸⁴ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2015) “Responsabilidad...” p. 1.

de ambas vías y se critica, incluso por parte de la Fiscalía General del Estado, los casos⁸⁵ en los que, asombrosamente, coexisten ambos sistemas, incluso después de las reformas llevadas a cabo en el Código.

Finalmente, cabe destacar que mientras que en el régimen del artículo 31 no es necesario que la persona física autora del hecho delictivo haya sido condenada para poder aplicar las consecuencias accesorias⁸⁶, este requisito es imprescindible para aplicar las consecuencias accesorias del 129.

3.9. CONCLUSIONES SOBRE LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA REFORMA.

A pesar de que en la sección 2.3. de este trabajo se hizo una enumeración de los cambios que había supuesto para el Código Penal la Ley Orgánica 1/2015, considero que cabe ahora, tras el estudio de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, hacer un análisis de lo que supone para las empresas españolas, en la práctica, tales modificaciones.

Pues bien, es obvio que el catálogo de delitos se ha ampliado y las personas jurídicas tienen ahora una esfera delictiva más amplia que con la anterior regulación, pudiendo ser autores de los delitos de frustración a la ejecución, de financiación ilegal de los partidos políticos, los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas y los de falsificación de moneda además de los previstos por la anterior regulación. Pero no solo se ha ampliado la lista de delitos, sino que también se acrecienta el repertorio de personas jurídicas no eximidas de responsabilidad penal (o, dicho al contrario, se reduce el número de entes exentos) y el de personas físicas con capacidad de comprometer penalmente a las personas jurídicas. En cuanto a lo primero, salen del catálogo de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal los partidos políticos, los sindicatos y las sociedades mercantiles públicas. En lo que a personas físicas se refiere, el Código Penal incluye ahora a cualquiera que forme parte de órganos sociales y tenga capacidad para tomar decisión, además de los mandos intermedios, apoderados o cualquier persona en la que se hayan delegado funciones.

De lo anterior se podría deducir que la reforma es especialmente dura con las personas jurídicas y que se amplía la responsabilidad que tenían con la anterior redacción. Sin embargo, ésta incluye dos aspectos con una importancia tal que podrían hacer que el Derecho

⁸⁵ Artículos 386 puntos 3 y 4, relativos a la falsificación de moneda

⁸⁶ Como se indica en la sección 3.3.3 del trabajo.

penal solo se recaiga sobre las personas jurídicas que lleven a cabo actos de una gran entidad, dejando el resto de situaciones para las normativas administrativa y civil. Si bien esta consecuencia es coherente con el principio de intervención mínima, no lo es con la finalidad que el legislador indica que tiene la ley en la exposición de motivos. Estos dos aspectos son:

- El incremento de importancia que se le da a la implantación de un programa de prevención penal, que pasa a ser considerado una eximente, siempre y cuando se cumplan los requisitos ya estudiados.
- La inclusión del requisito “gravemente” para que se considere que se han incumplido los deberes de vigilancia y control por parte de las personas físicas definidas en la letra a) del apartado primero del artículo 31 bis.

4. SUPUESTOS REALES VALORADOS POR LOS TRIBUNALES

Desde que se reconoció por primera vez en el Código Penal la responsabilidad de las personas jurídicas, pocas han sido las resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre este aspecto, y muchas menos las que han aplicado las disposiciones introducidas por la reforma del 2015.

Sin ánimo de exhaustividad y para tener una visión global del papel de las empresas en el Derecho Penal, procede hacer un análisis de esta escasa jurisprudencia, analizando algunas de las resoluciones judiciales emitidas desde la reforma de 2010 y con el objetivo de advertir cuales son los delitos cometidos, qué penas (en su caso) son impuestas, y cualquier otro aspecto de interés que merezca ser destacado.

Pasado poco más de un año desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2015, la Audiencia Nacional⁸⁷ imputó a cinco empresas, además de cinco personas físicas relacionadas con ellas, por un delito contra la salud pública recogido en el artículo 368 del antiguo Código Penal. La Audiencia Nacional⁸⁸ dictó sentencia en 2014, declarando culpables a tres de las empresas imputadas (se consiguió demostrar que las otras dos empresas habían tenido relación con la actividad delictiva circunstancial y sin conocimiento de la misma), condenando a dos de ellas a su disolución y la tercera a la prohibición de realizar actividades comerciales en España durante 5 años. Así mismo, a cada una de las tres se le condenó al

⁸⁷ Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, de 11 de octubre de 2011. Nº recurso 19/2011

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional 51/2014, de 3 noviembre

pago de una multa de 775683.44 €. Dicha resolución fue objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁸⁹, cuyas manifestaciones ya han sido recogidas en este trabajo, y que dictó sentencia el 29 de febrero de este año excluyendo la pena de disolución de una de las empresas mercantiles ya que, según entiende el Tribunal, dicha pena no está suficientemente motivada en la Sentencia de la Audiencia.

Sin embargo, del estudio del caso se desprende que estas empresas no tenían prácticamente actividad legal, sino que se centraba en la “importación” de maquinaria desde Venezuela en las que se introducía cocaína para traerla a España. Así se indica por la sentencia posterior notando que *“se trata de una empresa carente de actividad, que no está ubicada en el lugar de destino de la maquinaria, por lo que abunda esta circunstancia en el hecho de ser pantalla con apariencia de formalidad en el tráfico ilícito”*. Por lo tanto, su imputación podría haber sido evitada, empleando la doctrina del levantamiento del velo y aplicándole, en su caso, las consecuencias accesorias del artículo 129.

El 8 de mayo de 2015, la Audiencia Provincial de Cáceres⁹⁰ dictó sentencia condenatoria contra una empresa inmobiliaria en la que trabajaba el otro acusado, un empleado que cerraba contratos de compraventa a un precio superior al pactado con el vendedor apropiándose la diferencia. Fue condenada por un delito de estafa agravada a la pena de clausura y cierre del local donde operaba (con el consecuente cese de las actividades) durante 6 meses y multa de 24000€. La empresa interpuso Recurso de Casación contra ésta y el Tribunal Supremo absolvió al considerar que la prueba practicada por el fiscal (en lo que se refiere al incumplimiento grave de los deberes de supervisión) no tenía suficiente entidad para vulnerar el principio de presunción de inocencia que tienen las personas jurídicas.

Cabe destacar, así mismo, otros pronunciamientos judiciales como el Auto de la Audiencia Nacional⁹¹, que viene a confirmar la imputación de una persona jurídica por un delito de corrupción en transacciones comerciales internacionales, contra la Hacienda Pública y blanqueo de capitales; el auto⁹² en el que se acordó la imputación del Futbol Club Barcelona, acusado de un delito de fraude fiscal y el auto⁹³ por el que se le imputan al Partido

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 203/2015, de 8 de mayo

⁹¹ Auto de la Audiencia Nacional 260/2014, de 17 de diciembre

⁹² Auto del Juzgado Central de Instrucción número 5, de 20 de febrero de 2014

⁹³ Auto del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, de 23 de marzo de 2015

Popular acusado de un delito contra la hacienda pública, un delito de falsedad documental y un delito de apropiación indebida.

Por último, se debe señalar que existen casos en los que, si bien están revocados en segunda instancia, han condenado a personas jurídicas por faltas, pese a que el Código Penal no lo prevé. En este sentido, cabe destacar la Sentencia en instrucción en la que se condenó a Vodafone por una falta de estafa⁹⁴. Condena que fue revocada ya que “*no cabe una aplicación extensiva o analógica de la incriminación de las personas jurídicas a casos no previstos expresamente, por impedirlo la exigencia de lex stricta comprendida en el principio de legalidad y plasmada en el artículo 4.1 del Código Penal*”. Pese a que con la reforma del Código Penal de 2015 se eliminan las faltas y no cabría, por tanto, confusión, hay que advertir que se trataría de una aplicación extensiva o analógica *in malam partem* prohibida por el Código Penal. Por el mismo motivo, el juzgado de instrucción de Sanlúcar de Barrameda y, posteriormente, la Audiencia provincial de Cádiz⁹⁵ absolvieron a una empresa de recobro de deudas de una falta de coacciones.

⁹⁴ Ver Sentencia del Juzgado de Instrucción número 2 de Marchena, de 10 de octubre de 2012 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 562/2013, de 5 de noviembre.

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 81/2014, de 17 marzo

5. CONCLUSIONES

I

Existen dos posiciones doctrinales con respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por un lado, se encuentran aquellos que no aceptan tal responsabilidad, al pensar que las empresas son entes que carecen de capacidad de acción y culpabilidad y, por lo tanto, a los que no se les puede aplicar una pena. Esta posición aboga por medidas alternativas a la responsabilidad penal, como las que se derivan del Derecho administrativo o civil. En el otro extremo se sitúan aquellos que aceptan la responsabilidad penal de las sociedades basándose en el concepto de “criminalidad de la empresa”, ya sea admitiendo que a la persona jurídica se le aplique las mismas categorías penales que a las físicas o, por el contrario, defendiendo que éstas deben ser diferentes. Admitida la responsabilidad penal de la persona jurídica, caben tres modelos de responsabilidad: el vicarial, el de culpabilidad de la empresa y el mixto.

II

La responsabilidad penal de la empresa en el Código Penal español ha ido forjándose a través de sucesivas reformas, de las que destacan las de 2010 y 2015. Desde un primer momento, en el que sólo se admitía la responsabilidad civil y mercantil de las personas jurídicas, se evoluciona ampliando los sujetos en los que deben darse las condiciones cualificantes recogidas en algunos delitos, considerando a la persona jurídica responsable solidaria de los delitos cometidos por sus administradores, admitiendo la posibilidad de imponerle consecuencias accesorias sin considerarla aún sujeto de Derecho penal y, por último, admitiendo la posibilidad de que cometan delitos.

Cabe destacar que todas y cada uno de las reformas que se han detallado en esta evolución siguen, de una manera u otra, vigentes hoy en día, dándose situaciones en el Código Penal de auténtica confusión al convivir dentro de él diferentes modelos de responsabilidad.

III

El legislador ha optado por introducir un sistema de *números clausus* para la responsabilidad penal de la empresa, en el que ha olvidado introducir delitos tan importantes que se pueden cometer en el seno de una organización como el delito contra los derechos de los trabajadores.

IV

Son personas jurídicas relevantes para el Derecho penal aquellas que están correctamente constituidas en función de su legislación nacional. Sin embargo, no todas ellas deben ser imputables, sino que deberán tener, además, un suficiente sustrato material. Por eso, no se deberán imputar a las personas jurídicas que carezcan de toda actividad legal o aquellas en las que su voluntad está totalmente confundida con la de su administrador, a las que los órganos judiciales deberán aplicarles la doctrina del levantamiento del velo y, en su caso, las consecuencias accesorias del 129.

V

La regulación actual de la responsabilidad penal de la persona jurídica se lleva a cabo mediante un modelo mixto de responsabilidad: En primer lugar, una responsabilidad directa, en la que deberá evaluarse si la persona física que cumple los requisitos exigidos por el Código lleva a cabo un acto por cuenta de la empresa y en beneficio de ésta (entendido este beneficio en un sentido amplio); en segundo lugar una responsabilidad por acción descontrolada en los que se deberá estar al incumplimiento grave por parte de los sujetos del apartado anterior de sus deberes de control con respecto a sus subordinados.

VI

El Código establece un doble régimen de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para cada uno de los modelos de responsabilidad anteriores, aunque su contenido es prácticamente el mismo, y que se configura como un auténtico elemento del tipo penal. Se basa en el previo establecimiento de un programa de prevención penal (cuyo contenido está regulado por el Código) que, al menos, disminuya el riesgo de la comisión de delitos. Además, se deberá crear un órgano exclusivo encargado de esta misión y demostrar que el delito ha sido cometido por fraude del empleado (sólo si este es una persona física incluida en la letra a) del apartado primero del artículo 31 bis) y que el modelo no tiene ningún error que haya permitido la comisión del delito.

VII

El legislador ha incluido un sistema específico, exclusivo y excluyente de circunstancias atenuantes, penas y reglas de aplicación de la pena para las personas jurídicas. Cabe destacar que las penas que se imponen a la persona jurídica son siempre graves y que la pena de multa es la prioritaria.

VIII

Conviven en la regulación actual dos sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas: el directo (regulado, principalmente, en el artículo 31 bis) y el de responsabilidad accesoria del 129. Pese a la dificultad que se encuentra para establecer cuando se debe usar uno u otro, se podría concluir que las consecuencias accesorias se usarán en exclusiva para aquellas empresas que se han utilizado a modo de instrumento (como, por ejemplo, una pistola en el homicidio o una palanca en el robo con fuerza) para la comisión del delito y cuya finalidad no era otra que su comisión.

IX

Tras la reforma, se ha ampliado el número de delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas y las personas (físicas o jurídicas) cuya actuación puede desembocar en responsabilidad penal para las empresas. Sin embargo, la inclusión de la eximente en términos tan generales (basta con que el programa de prevención haya reducido el riesgo de comisión de delitos) y la exigencia de que el incumplimiento del deber de control que tienen los administradores sobre sus subordinados sea grave, posibilitan que la responsabilidad penal de la empresa quede prácticamente vacía de contenido y se limite a los hechos delictivos más graves.

X

La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de la persona jurídicas ha sido muy breve y la mayoría de los casos podrían haber sido resueltos con las consecuencias accesorias del 129. En todas las sentencias condenatorias se impone pena de multa y la pena de disolución queda relegada a aquellos casos en los que las circunstancias del caso lo exijan, siempre previa motivación exhaustiva el órgano judicial. La jurisprudencia ha reiterado que las personas jurídicas nunca podrán ser autoras de faltas penales.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, S. (1998) “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Barcelona, Bosch, Casa editorial
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., (2013), “Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII
- CARBONELL MATEU, J.C. (2010) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”. *Cuadernos de política criminal* nº 101
- CUADRADO RUIZ, M.A., (2007), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un paso hacia delante... ¿un paso hacia atrás?” *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 12
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2015), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *El Derecho*.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2016) “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular nº 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”. *Diario LA LEY*, nº 8732 de 1 de abril de 2016.
- DÍAZ GÓMEZ, A, (2011), “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 13-08
- ESTEPA DOMÍNGUEZ, F. (2012) “La responsabilidad penal en la persona jurídica”. *Universidad Internacional de Andalucía*.
- FERRARA, F., (2006), “*Teoría de las personas jurídicas*”. Granada, Comares
- GÓMEZ-FRAGA, A. (2014) “¿De dónde venimos y a dónde vamos? Sobre la proyectada reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el nuevo delito de administradores”. *Actualidad jurídica Uria Menendez* pp. 13-30.
- GUERRA GARCÍA, J.M, (2005), “Breve introducción al tema de: la responsabilidad en las personas jurídicas”. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº. 23

- JAKOBS, G. (1997) “*Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*”, Madrid, Marcial Pons
- JUAN PECES, Á. (2010) “Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación Jurídico Penal del Empresario”. *El Derecho*.
- LOPEZ-DIEGUEZ PIÑAR, R. (XXXX), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una responsabilidad sin delito”. *Diario Jurídico*.
- MORAL, M.T. Y GONZÁLEZ, B. (2015), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y corporate compliance”. *Cuatrecasas, Goncalves Pereira*.
- MORALES, O. (2011) “La persona jurídica ante el Derecho y el Proceso Penal”. *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*
- MORILLAS CUEVA, L. (2011). “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” *Anales de Derecho*
- NEIRA PENA, A.M. (2016) “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica” *Diario La Ley*, nº 8736
- PÉREZ C. Y BUXADERAS, S. (2015) “Reforma del Código Penal: Obligación de las empresas de implementar un programa de cumplimiento penal”. *VLex*.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2008) “*Comentarios al Código Penal español*”, Aranzadi, t. III
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010) “*Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios*” Aranzadi
- QUINTERO OLIVARES, G. (2015) “*Comentarios a la reforma penal de 2015*” Aranzadi
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (2011) “Hacia una responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 38
- SÁNCHEZ BERNAL, J., (2012), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Cuadernos del Tomás*, Nº. 4

VILLEGAS GARCÍA, M.A. (2016) “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS 154/2016, de 29 de febrero”. *Diario LA LEY*, nº 8721 de 14 de marzo de 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2003) “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica” *CPC* nº 81

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., (2003), “*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*”, Navarra, Thomson

RESOLUCIONES JUDICIALES

Auto de la Audiencia Nacional 260/2014, de 17 de diciembre

Auto de la Audiencia Nacional, de 19 de mayo de 2014

Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, de 11 de octubre de 2011.
Nº recurso 19/2011

Auto del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, de 23 de marzo de 2015

Auto del Juzgado Central de Instrucción número 5, de 20 de febrero de 2014

Sentencia de la Audiencia Nacional 2/2015, de 23 de enero

Sentencia de la Audiencia Nacional 51/2014, de 3 noviembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 203/2015, de 8 de mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 81/2014, de 17 marzo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 562/2013, de 5 de noviembre.

Sentencia del Juzgado de Instrucción número 2 de Marchena, de 10 de octubre de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1998, de 2 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 59/2007

Sentencia del Tribunal Supremo 598/2012, de 5 de julio

REFERENCIAS LEGALES

Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010

Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015