



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

Tesis doctoral

Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

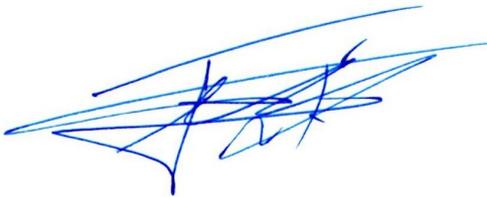
**El estatuto de la responsabilidad penal de
las personas jurídicas: aspectos de Derecho
material**

Clara Gutiérrez Muñoz

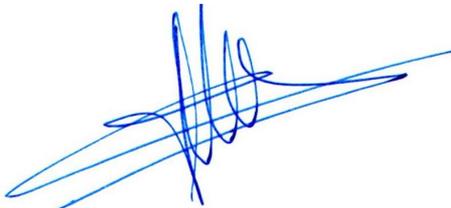
Dr. Fermín Morales Prats
Catedrático de Derecho penal de la UAB
Director

**El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:
aspectos de Derecho material**

Tesis doctoral presentada para la obtención del grado de Doctor por
Clara Gutiérrez Muñoz, bajo la dirección del Doctor D. Fermín Morales
Prats



D. Fermín Morales Prats
Director



Clara Gutiérrez Muñoz
Doctoranda

Universidad Autónoma de Barcelona
Departamento de Ciencia Política y Derecho Público
Programa de Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídicopolítica
2016

INTRODUCCIÓN

El principio "*societas delinquere non potest*" ya no constituye un principio vertebrador del Derecho penal; el referido aforismo ya quedó relativizado en el texto originario del Código Penal de 1995 (artículo 129 CP). Posteriormente, el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del CP de 2007 y los sucesivos textos prelegislativos posteriores (Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008) acogieron propuestas que suponían su erradicación. Con la Reforma del CP de 22 de junio del 2010, se introdujo en el Código Penal el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis CP, cuyas controvertidas particularidades evidenciaron, a ojos de la doctrina, un más que cuestionable modelo normativo elegido por el legislador. Finalmente, con la Reforma del CP de 2015 se incorporaron modificaciones parciales al referido estatuto, que a pesar de haberse concebido para superar las carencias verificadas en la anterior regulación, comportaron la inserción de novedosos elementos hasta entonces desconocidos para el Ordenamiento jurídico penal, lo que trajo como causa que el modelo de responsabilidad de los entes continuara en entredicho. En definitiva, la responsabilidad penal ya no sólo se concibe con respecto a las personas físicas, sino que a partir de la Reforma del CP de 2010, se puede hablar de una responsabilidad directa e independiente de las personas jurídicas.

La Unión Europea apuesta por un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, y así lo ha reflejado en sus Decisiones Marco y sucesivas Directivas. De igual forma, diferentes legislaciones europeas, han ido introduciendo en sus ordenamientos la responsabilidad de las personas jurídicas, como en el caso de Francia, Italia u Holanda, que

pueden haber servido de modelo de referencia para el caso español en la Reforma del CP de 2010. Asimismo, la evolución de los ordenamientos en los países anglosajones ha sido favorable a la admisión de la responsabilidad penal de los entes; particularmente, en Estados Unidos que ya tiene una consolidada regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De esta cuestión trataremos en el apartado de legislación comparada.

Hasta hace unos años, el hecho de exigir responsabilidad a un ente jurídico, se contemplaba en el plano conceptual únicamente para los casos de lucha contra el crimen organizado tradicional, como el terrorismo o el narcotráfico, pero como ya hemos apuntado, actualmente ya es posible hacer recaer, de forma directa e independiente, una responsabilidad de carácter penal a todo tipo de persona jurídicas. La Reforma del CP de 2010 fue ambiciosa, por cuanto el artículo 31 bis CP contempla el estatuto de responsabilidad de los entes con personalidad jurídica, mientras que el artículo 129 CP, que opera en el plano de las consecuencias accesorias, prevé el estatuto de responsabilidad de entes o agrupaciones sin personalidad jurídica.

A lo largo de este trabajo, trataremos de explicar las novedades legislativas en cuanto a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se analizarán los efectos que puedan derivarse de esta nueva regulación, haciendo especial referencia a los fundamentos de la atribución de la responsabilidad penal y a la materia del *Compliance* Penal como eje central sobre el que versarán las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Asimismo, se formularán valoraciones político-criminales a la vista de posibles

inconvenientes e incongruencias suscitados por las últimas Reformas penales. Por consiguiente, el presente trabajo abordará tanto cuestiones que se ubican en el plano dogmático como en el que es propio de la política criminal.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: MARCO REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Marco teórico para la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España	12
1.1 Antecedentes normativos en España. La incapacidad de acción de las personas jurídicas y la teoría del actuar por otro	21
1.2 Normativa europea	32
1.3 Modelos teóricos en la legislación comparada	39
2. La Reforma del CP de 2010: superación del principio <i>societas delinquere non potest</i>	49
3. La Reforma del CP de 2015: Alcance de las modificaciones operadas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas	63
4. Análisis jurisprudencial	72

CAPITULO II: FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Fundamento de la imputación: problemas conceptuales y problemas de garantías	78
1.1 Modelos de determinación de la responsabilidad penal	98
2. Vías de imputación de la persona jurídica	102
2.1 Los sujetos activos del hecho típico	109
2.2 Presupuestos para la atribución de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP	118
3. El beneficio obtenido por la persona jurídica como presupuesto necesario para la atribución de responsabilidad penal	123
4. El principio de culpabilidad de las personas jurídicas: su traducción en capacidad para infringir deberes jurídicos propios	131
4.1 El defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica	144
4.2 La Declaración de responsabilidades penales independientes	159
5. Ámbito de aplicación de la norma y exclusiones	165
6. Casos complejos para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas	182
6.1 La representación o administración de de una persona jurídica por otra	183
6.2 Los grupos de empresas y empresas en formación	186
6.3 Los casos de: fusión, absorción, escisión y transformación de personas jurídicas	188

CAPÍTULO III: COMPLIANCE PENAL

1. Aproximación al concepto y fundamentos de los <i>Compliance programs</i> o programas de cumplimiento empresarial	192
2. Origen y regulación de los <i>Compliance programs</i>	207
2.1 Autoorganización frente al intervencionismo como punto de partida	207
2.2 La autorregulación regulada y la responsabilidad social corporativa	215
2.3 Programas de cumplimiento en Derecho comparado. Especial referencia a los casos norteamericano e italiano como países pioneros en la materia	220
2.4 Programas de cumplimiento en España antes y después de la entrada en vigor de la Ley 1/2015	232
3. Contenido mínimo de los <i>Compliance programs</i>	241
3.1 La evaluación de riesgos y el control interno como elementos principales	243
3.2 Códigos de conducta	254
3.3 Canales de denuncia y protección de denunciantes o <i>whistleblowers</i>	258
3.4 La figura del <i>Compliance Officer</i>	263
3.5 El proceso de revisión y actualización del programa de cumplimiento	268
4. El deber de vigilancia del empresario y su posición de garante. La delegación de funciones	271

CAPITULO IV: SISTEMAS DE SANCIONES PREVISTOS PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS

1. Consideraciones generales al régimen de sanciones de las personas jurídicas	282
2. Clases de sanciones. Especial referencia a la pena de multa	288
3. Criterios de modulación de las sanciones	301
4. Principio de proporcionalidad de las penas	305
5. Las consecuencias accesorias	309
6. Responsabilidad civil derivada de delito	316

CAPÍTULO V: CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de la personas jurídicas	322
1.1 Las circunstancias atenuantes: comportamientos posteriores al hecho delictivo. Especial alusión a la acreditación parcial de las condiciones merecedoras de atenuación de pena	323
1.2 Eximentes	332
1.3 Las circunstancias agravantes del artículo 66 bis CP	336
2. Inversión de la carga de la prueba	337
3. Medidas cautelares	341
CONCLUSIONES FINALES	346
Índice bibliográfico	370
Referencias jurisprudenciales	382

CAPÍTULO I

MARCO REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Marco teórico para la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

El Derecho penal está basado fundamentalmente en conductas humanas, en el comportamiento humano. Sólo las personas individuales gozan de cualidades suficientes y únicas para realizar acciones de forma voluntaria y libre, acciones consentidas que, de ser tipificadas en el Código Penal, constituyen delito. Por tanto, el delito deriva de un comportamiento típicamente humano¹.

En este marco resulta difícil atribuir la responsabilidad penal a otros entes de naturaleza distinta a la humana, puesto que si no gozan de esas mismas cualidades, tales como la conciencia o la voluntad en la realización de sus actos, se desvirtúa la esencia del Derecho penal.

Las personas jurídicas, al igual que en el caso de las físicas, pueden ser sujetos de derechos y obligaciones, pueden realizar actos y negocios jurídicos de toda índole, pueden nacer y extinguirse, pero, sin duda, no pueden ser sometidos el mismo tratamiento, en todos los órdenes jurídicos y de la vida social, porque no responden a naturalezas iguales, aunque ambas tengan rasgos comunes. Las personas jurídicas no albergan inteligencia ni voluntad, y, por lo tanto,

¹ Sobre esta cuestión, véase por todos RUIZ VADILLO, E., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 1. Universidad Nacional de educación a distancia. Facultad de Derecho, Madrid, 1991. pp. 329 ss.

no pueden constituir el sujeto al que se proyecta el reproche individual y jurídico, acuñado secularmente por el Derecho penal para personas físicas. Se suscita, por tanto, un problema que se ubica en las raíces del Derecho penal, y que viene a cuestionar y alterar los tradicionales conceptos de culpabilidad e imputación como elementos centrales o nucleares de la teoría jurídico-penal del delito.

La responsabilidad penal únicamente nace en aquellos casos en los que se ha cometido un hecho que sea constitutivo de delito o falta, ya sea por acciones u omisiones, basadas en el dolo o la culpa, y que son castigadas por la ley, una vez constatada la antijuricidad y la culpabilidad. Tanto el dolo como la culpa implican necesariamente un comportamiento humano, pues resulta difícil imaginar a una persona jurídica por sí misma, actuando con base en parámetros fijados sobre las ideas de malicia (conocimiento y voluntad) y negligencia (culpa), ya que, como decía, son cualidades inherentes a la persona física.

Por lo tanto, llegados a este punto en el que las categorías penales han sido tradicionalmente establecidas para castigar conductas típicamente humanas, esto es, con respecto a personas físicas dotadas de voluntad, plenas facultades psicológicas y capacidad de comprensión de las consecuencias del acto ilícito, resultaría inevitable establecer un concepto distinto de acción/omisión, culpa/dolo y culpabilidad que fuera plenamente aplicable a las personas jurídicas, ya que las pautas de comportamiento de las personas físicas y jurídicas desde el punto de vista jurídico-penal no pueden sostenerse por igual. Como asevera GRACIA MARTIN: "La acción es ejercicio de actividad finalista, esto es, ejercicio de una actividad dominada por la voluntad con dirección a un resultado determinado, y la omisión es la no realización de una

acción cuando se tiene posibilidad concreta de realizarla. Al carecer la persona jurídica de una voluntad en sentido del Derecho Penal, debe negarse a aquélla la capacidad para ser sujeto activo del delito por incapacidad de acción².

Sin embargo, no es menos cierto que existen personas jurídicas cuyo objetivo es llevar a cabo determinadas actuaciones delictivas, como, por ejemplo, el tráfico de drogas o la financiación de actividades terroristas; la responsabilidad de las actuaciones de estas personas jurídicas, son las propias de las personas físicas que las componen y representan. Al final, la cuestión queda reconducida al mismo punto de partida, el comportamiento humano, basado en el dolo o la culpa, pero siempre cometido por persona física. ¿Hasta qué punto puede responder penalmente esa persona jurídica? Hasta ahora, y sólo en estos casos de criminalidad organizada, en un sentido estricto y duro del término, surgía la responsabilidad penal proyectada sobre la persona jurídica, se llevaba a cabo en aras de luchar contra ese tipo de crímenes³.

Sin duda, el nacimiento de una persona jurídica con personalidad propia, capaz como decía, de ser sujeto de derechos y obligaciones y de realizar cuantos actos jurídicos le sea legalmente permitido, conlleva que las personas físicas que la conforman, tengan una cierta cobertura

² GRACIA MARTIN, L. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General (Tomo I)*. Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1985, p.9; GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal - la introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, p.66.

³ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, nº 155. Consejo General del Poder Judicial. Estudios de derecho judicial, Madrid, 2009, p.378.

para la comisión de actividades delictivas con un mayor grado de apantallamiento. Su propia estructura, hace complicada la labor de determinar qué acción o actuación ha desencadenado el hecho delictivo y, sobretodo, la persona física que debe responder por su perpetración⁴. De hecho, la propia organización empresarial entraña un complicado entramado de funciones y competencias diferentes, que dificultan la identificación de responsabilidades individuales. A todo ello se suma el hecho de que los centros de decisión de las grandes empresas, habitualmente se ubican en lugares distintos de quienes las ejecutan⁵.

Podría pensarse que, la responsabilidad de las personas jurídicas, está compuesta por la suma de todas las responsabilidades individuales que se ubican o cobijan en un mismo contexto empresarial o societario, tanto desde la alta dirección de las mismas hasta las de todos los demás sujetos que las integran, aunque ostenten una posición subordinada en el organigrama. Desde esta perspectiva, todas las personas que desempeñan una labor dentro de una organización, sea cual fuere, deberían ser responsable de sus actuaciones (bajo esta premisa, nace la teoría de la ficción, que más adelante se abordará).

Pero, probablemente, los designios del Derecho penal no se encaminan hacia esa dirección, pues la intervención punitiva parece fijarse en nuevas necesidades preventivas que nacen del dato relativo

⁴ Sobre esta cuestión véase NIETO MARTÍN, A., "Por qué es útil y necesario sancionar penalmente a las personas jurídicas" en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel, Madrid, 2008, pp. 37 ss.

⁵ MAYORDOMO, V. "El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en <razones de equidad, justicia o utilidad pública>" en AAVV *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013, p. 269.

a que el delito se comete en un contexto organizado. De este modo, surgen nuevas funciones a asumir por el Derecho penal, que fija exigencias preventivas en punto a la transferencia y control de las referidas estructuras organizadas, que encarnan a las personas jurídicas. Es decir, a pesar de que indudablemente, cualquier actuación delictiva en el seno de una empresa, se inicia por una acción de una persona física, la realidad es que se hacía necesaria una regulación específica para castigar no solo aquellas conductas típicamente humanas, esto es, a los autores (personas físicas) del delito en cuestión, sino las correspondientes a la persona jurídica, que pudiera haber servido de cobertura para la comisión de delitos. Se abre así el camino para posibilitar el castigo proporcionado al delito cometido, cuando el delito cometido se lleva a cabo en propio nombre o beneficio de la también persona jurídica, y al objeto de evitar, la posible impunidad de ilícitos penales cometidos en el seno de una empresa y prevenir la futura comisión de los mismos⁶.

Esclarecido lo anterior, cuestión distinta es que esa responsabilidad penal del ente jurídico quede ligada, como presupuesto, tanto a actos delictivos de quienes ejercen el dominio del hecho como a conductas delictivas de los subordinados en la empresa.

⁶ ISABEL PÉREZ, A. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013, p. 21 reconoce que los "abusos cometidos fundamentalmente en el ámbito económico por la intervención de actividades ilícitas de este colectivo de sujetos, obligan a reaccionar al Derecho Penal, revisando y modificando las categorías dogmáticas, para adaptarlas a las personas jurídicas y evitar, así, su impunidad a través del aforismo mencionado" (refiriéndose al clásico principio *Societas delinquere non potest*).

Tras diversos planteamientos teóricos a este respecto y de muchos intentos legislativos por regular esta cuestión a lo largo de los años, a partir de la Reforma del CP de 2010 ya es posible hacer responsable a la persona jurídica, de forma directa e independiente de la responsabilidad que puedan recaer sobre personas físicas vinculadas a ella, con los presupuestos que más adelante se explicarán.

En España, existe una disparidad de opiniones doctrinales en relación a la configuración normativa del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento. De una parte, un sector doctrinal muestra sus reticencias a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal como se ha venido conformando por el legislador mediante las Reformas operadas en el CP en los últimos años. Entre los argumentos esgrimidos (y que más adelante se analizarán debidamente), conviene destacar los siguientes:

a) Se identifica una falta de exigencia estricta del recurso a la vía penal en las normativas europeas como método de sanción propuesto para los entes, (a pesar de sugerir la articulación de un sistema homogéneo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas en todos los Estados Miembros). Para FERNÁNDEZ TERUELO, "tanto las directivas como las decisiones comunitarias son vinculantes en cuanto a resultados u objetivos a lograr, pero no respecto a los medios para alcanzarlos", de lo que se infiere que el régimen de responsabilidad penal es una alternativa más y no una obligación⁷. De esta manera se relativiza el presunto mandato internacional criminalizador que derivaría

⁷ Véase FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "La Reforma del Código penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV, *La Reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p.35.

de los instrumentos jurídicos internacionales, impulsados por la Unión Europea. Ciertamente, de la normativa europea se extrae que el mandato dirigido a los Estados miembros en materia de responsabilidad de las personas jurídicas frente a ciertas infracciones, sugiere la imposición de sanciones de cualquier naturaleza (penales o administrativas), dejando la decisión a criterio de cada uno de cada los Estados⁸.

b) Introducir en el Ordenamiento Penal un estatuto de responsabilidad directa de las personas jurídicas, podría exigir una alteración en los criterios de imputación objetiva y autoría, por cuanto la naturaleza de los "nuevos" sujetos colectivos a los que se proyecta la norma penal, es radicalmente opuesta a la de los sujetos individuales para los que, originariamente se han concebido. En este sentido, MORALES PRATS, advertía que "en los últimos decenios, la autoría por dominio social del hecho ha constituido la herramienta para articular la responsabilidad penal de quienes ejercían el poder en un contexto organizado jurídicamente. Pero como es lógico, esa construcción dogmática tiene sus fronteras en la responsabilidad penal de las personas físicas, permite delimitarla y fundamentarla en contextos organizados, en los que opera una distribución de funciones, competencias y responsabilidades, pero no permite proyectarla de manera directa a las personas jurídicas. Deben efectuarse aquí las oportunas advertencias sobre la inconveniencia de modificar los criterios de imputación objetiva y de autoría a la vista del contenido de la reforma de 2010 del CP. Por esta vía se abriría un sendero peligroso de atribución de

⁸ Véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", en *Diario la Ley* número 7501, de 3 de noviembre de 2010, p. 2.

responsabilidades a la persona física con menos garantías, cuyo estatuto de responsabilidad debe ser preservado conforme a los criterios dogmáticos hasta ahora acuñados"⁹.

De otra parte, se identifica otro sector doctrinal que se postula a favor de la decisión del legislador de introducir en el Ordenamiento jurídico Penal un estatuto de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, como único medio para atajar la criminalidad organizada y castigar las conductas criminales de los entes colectivos. En esta línea argumental ZUGALDIA ESPINAR, refiriéndose a los poderes del Estado, defiende la tesis que "reconoce la Constitución claramente que el *Ius Puniendi* del estado es uno solo y se manifiesta de dos formas: a través del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal. Por lo tanto, ambos sistemas sancionadores se deben regir por el mismo sistema de imputación"¹⁰. Para el autor, las personas jurídicas

⁹ Véase MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi. Navarra, 2010, p. 52.. El autor considera que la consagración de un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas autónoma, independiente y totalmente desligada de la atribuida a la persona física autora material del delito, alberga riesgos e inconvenientes difíciles de superar por cuanto "puede llegar a constituir, por sarcástico que parezca, una vía de escape a la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Advierte el autor que "la generación de reformas legislativas debería verificarse teniendo presente el posible uso perverso, y en ocasiones, torticero, del Derecho"; HERNÁNDEZ, L. en "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica" en AAVV, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., pp.112ss. cuestiona la decisión del legislador acerca de articular un sistema de imputación penal a la persona jurídica, por cuanto "lo que no se sabe muy bien es qué aporta político-criminalmente la responsabilidad penal de las persona jurídica que no pueda solucionarse con la responsabilidad penal individual, siempre que ésta se concrete en quien o quienes, dentro de la empresa, realmente toman las decisiones delictivas y gestionan su ejecución".

¹⁰ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos -análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.17. El autor se posiciona

no han encontrado impedimentos para ser sancionadas a través del derecho administrativo sancionador, reconociéndoles incluso, capacidad para realizar actos ilícitos de forma culpable y, por consiguiente, son totalmente capaces de soportar la sanción impuesta. Si esta doctrina se viene admitiendo sin limitaciones, "no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal".

En este Capítulo se abordará, de una parte, la situación normativa de las personas jurídicas en España antes y después de la Reforma del CP de 2010 y, de otra parte, se esbozará el estado de la cuestión tras la Reforma del CP practicada en 2015, haciendo especial referencia a los modelos que operan en la legislación comparada, por cuanto el régimen definido para la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas no es uniforme en toda Europa (cada país ha adoptado en su derecho interno soluciones legislativas diversas), a pesar de que el propósito de la Unión Europea es homogeneizar al

a favor del establecimiento de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, por las razones aquí aludidas. Asimismo, efectúa las siguientes consideraciones, cuyo alcance merecen una reflexión: considera que el aforismo "*societas delinquere non potest*" ha servido para configurar nuestro derecho penal como obsoleto, toda vez que existe una necesidad imperante de controlar la actuación de los entes sociales en el tráfico económico y jurídico para acabar con sus abusos. En esta línea, el autor incide en que "es un hecho constatable la creciente importancia que el tráfico jurídico-económico han ido adquiriendo las personas jurídicas en general y las sociedades anónimas en particular; hasta el punto que hoy es prácticamente inimaginable, salvo supuestos excepcionales, una mercantil con cierto nivel económico que no adopte la forma de sociedad anónima. La clave del éxito de este tipo de sociedades es de todos conocida. Entre otras se encuentran: las mayores facilidades para una evasión fiscal a través de la creación de sociedades puramente ficticias, la posibilidad de administrar el capital social de un modo autocrático en beneficio de una minoría y en perjuicio de la mayoría de los socios, la manipulación a la que se presta el principio de responsabilidad patrimonial limitada, reduciendo al máximo el riesgo de pérdida -no de ganancia- que se desplaza a los acreedores, limitando la responsabilidad criminal a un escueto y a veces, casi fantasmagórico capital social [...]".

máximo las diferentes legislaciones de los países miembros, que como se verá, no es tarea fácil¹¹.

1.1 Antecedentes normativos en España. La incapacidad de acción de las personas jurídicas y la teoría del actuar por otro

La situación en España antes de la entrada en vigor de la Reforma penal de 2010 que introdujo en España el estatuto responsabilidad penal de las personas jurídicas como mecanismo independiente de la responsabilidad penal declarada para la persona física autora material del delito, ha transitado por varias fases, que abordaremos en sus hitos más destacados.

Antes de la Reforma urgente y parcial del Código penal, llevada a cabo en el año 1983, el principio “*societas delinquere non potest*” encarnaba, sin más matización, uno de los pilares del sistema penal. El concepto de autoría por dominio social del hecho, acuñado por WELZEL, constituía la herramienta dogmática para solventar la atribución de responsabilidad penal en contextos organizados, debiendo quedar esclarecido que ese concepto de autoría, como es lógico, se proyectaba sobre personas físicas a quienes se les puede atribuir una responsabilidad penal subjetiva y que, de manera acreditada, ostentaban un poder de decisión y de organización en un determinado contexto organizado; la construcción de WELZEL, luego redefinida y

¹¹ Las directivas y recomendaciones europeas exigen responsabilidad de las personas jurídica sin predeterminar, en sentido estricto, si debe ser de tipo penal o administrativo.

actualizada por ROXIN, había ido penetrando paulatinamente en el jurisprudencia de los Tribunales¹².

Una parte de la doctrina, sitúa el origen de la responsabilidad penal de la personas jurídicas en la Constitución Española de 1869 y el Proyecto de Código Penal de 1884¹³, de forma que con anterioridad a la Reforma del CP de 1983, ya había comenzado a verificarse en España un debate, aunque embrionario, sobre la imputación de responsabilidad penal a aquellas personas físicas que ostentan funciones representativas o directivas en las sociedades. Paralelamente, se había constatado un problema técnico relativo a los tipos penales de la Parte Especial que presentaban la naturaleza de delitos especiales, que recaían en conductas atribuibles a las personas jurídicas (que albergaban incapacidad de acción).

¹² Sobre esta cuestión, véase MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General* 4ª edición., Barcelona, 1996, p. 357; MORALES PRATS, F., "La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español: de lo accesorio a lo principal" en AAVV *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, MUÑOZ CONDE, F.J. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 598.

¹³ GONZALEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31bis CP.*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 35 señala que "La Constitución Española de 1869 señalaba en su artículo 19: a toda asociación cuyos miembros delinquieren por los medios que la misma se les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernamental podrá suspender la asociación que delinca sometiendo incontinenti los reos al juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una Ley". Asimismo, también hace referencia al Proyecto de Código Penal Español de 1884 como origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, concretamente, en lo concerniente al contenido del artículo 25 introducido por Luís Silvela y que constaba del siguiente texto: "los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporcione en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social".

De esta forma, se constataba un problema de tipicidad que se traducía finalmente en un inconveniente que afectaba a la garantías del principio de legalidad penal; en efecto, determinados delitos contemplaban en la esfera potencial de autores determinadas características típicas especiales, sin cuya concurrencia no se podía alcanzar la condición de autor del delito.

El problema de incriminación y atribución de la autoría se suscitaba cuando esas características especiales de autor recaían en una persona jurídica; por ejemplo, la condición de deudor en el alzamiento de bienes o la condición de quebrado en el delito de quiebra fraudulenta punible. Los Tribunales ante las necesidades punitivas en ocasiones habían optado por cercenar el principio de legalidad, atribuyendo la condición de autor a quien ostentaba el dominio del hecho en la sociedad, aunque esa persona física con poder no reuniera propiamente las condiciones típicas exigidas por el precepto penal¹⁴.

Si esas cualidades eran ostentadas por personas físicas, no se planteaba ningún problema, pero sí cuando esas cualidades las ostentaban personas jurídicas, pues en ese caso, no se podía extrapolar la responsabilidad penal derivada de esa conducta a la persona física, por no concurrir en ella esas condiciones o cualidades especiales y concretas del delito especial propio que se tratara¹⁵.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho penal. Parte General*, 7ª (edición revisada y puesta al día), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 430 ss.

¹⁵ Véase el Fundamento jurídico primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, número 48/2001 de 8 de junio de 2001, con número de recurso 33/2001: “El delito de Administración desleal de sociedades se ha configurado, como el resto de los delitos societarios, tanto en los Anteproyectos y Proyectos de Código Penal como en el Art. 295 del CP de 1995 como un delito especial propio ya que, por un lado, requiere unas especiales condiciones para los sujetos activos (ser socio o

Volviendo al delito de quiebra fraudulenta, el artículo 520 del Código penal de 1973 recogía que “el quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de comercio, será castigado con la pena de prisión mayor”. Es este caso, se creaba una importante laguna de punibilidad, ya que, ni se podía considerar sujeto activo a la sociedad en virtud del principio “*societas delinquere no potest*” ni tampoco a sus directivos o representantes, pues no concurrían en los mismos, las condiciones o cualidades exigidas por el tipo penal¹⁶.

Para solventar este problema de tipicidad, la Reforma urgente y parcial de 1983 mediante la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio introdujo el artículo 15 bis CP: "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"; mediante este precepto se venía a crear un puente de tipicidad entre el delito especial (por ejemplo, el alzamiento de bienes) y la persona física que ostentaba el dominio del hecho, a pesar de que el requisito típico como cualidad idónea para ser

administrador de una sociedad) y, por otro, no se corresponde con ningún otro tipo común que castigue la misma conducta sin requerir tal cualificación personal, se ha reducido el marco de los posibles sujetos activos a un determinado colectivo de personas, seleccionadas en el tipo por tener un deber especial o una obligación mayor de actuar de un determinado modo del que tendrían el resto de las personas no pertenecientes a ese colectivo[...].”

¹⁶ Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. La teoría jurídica del delito*, 2ª edición corregida y aumentada, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 56 y 57.

autor (por ejemplo, la condición de deudor) recaía en una persona jurídica¹⁷.

El artículo 15 bis CP se originó con la finalidad de permitir la atribución de la autoría en tales casos a las personas físicas que ostentasen en la sociedad funciones de representación y de dominio del hecho en la sociedad. En suma, a través de esta norma ya era posible extender la punibilidad en los supuestos de delitos especiales propios a sujetos en principio *extraneus* por no concurrir en ellos la cualificación exigida por el tipo penal y que de no existir, hubieran permanecido impunes. A pesar de lo anterior, seguía existiendo una laguna en los casos en los que se actuara en representación legal o voluntaria de una persona física, pues el artículo 15 bis CP, solo contemplaba el supuesto de actuar en nombre de una persona jurídica¹⁸.

Si bien, ya en aquellos años empezaron a surgir propuestas doctrinales tendentes a admitir, *de lege ferenda*, responsabilidades a entes jurídicos, que se manifestaban sólo en aras de combatir la tradicional criminalidad organizada (como el terrorismo o el narcotráfico)¹⁹, pues

¹⁷ Véase FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Problemas de imputación objetiva en el Derecho Penal Económico y empresarial" en AAVV *Cuestiones actuales de Derecho Penal Empresarial*, Colex, Madrid, 2010, p.94.

¹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. La teoría jurídica del delito*, Op. Cit. pp. 59 y 60; MORALES PRATS, F., "La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español: de lo accesorio a lo principal" en AAVV *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Op. Cit., p. 609; MORILLAS CUEVAS, L. "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Anales de Derecho*, número 29, 2011, ISSN 1989-5992, pp. 20 ss.; NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 58 ss.

¹⁹ MORALES PRATS, F. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Op. Cit., pp. 393 ss.

no se contemplaba ni remotamente la posibilidad de establecer mecanismo alguno para atribuir la responsabilidad penal a las personas jurídicas como se ha configurado recientemente.

Así las cosas, (a través del artículo 15 bis del CP de 1983 primeramente y posteriormente del artículo 31 del CP de 1995), se hacía posible la individualización de una responsabilidad penal en el seno de una sociedad para proceder a la imposición de una pena a los miembros que la componían, en el caso de los delitos especiales propios, que exigen la concurrencia de especiales cualidades en los sujetos activos para considerar su idoneidad.

La Reforma del CP de 1983, supuso el antecedente inmediato del artículo 31 CP del 1995, que en la misma línea del anterior 15 bis CP, pretendía legitimar la imputación a personas físicas en delitos cometidos por personas jurídicas, cuando la figura típica se circunscribiera a un delito especial propio (se autorizó el "responder por otro" únicamente en el caso de delitos especiales), y asimismo, trató de solucionar la laguna antes referida, por la que se sustituyó la expresión "el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma" por esta otra "el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o en representación legal o voluntaria de otro", ampliando con ello el ámbito de aplicación de la norma²⁰. Con ello, se

²⁰ A pesar de que en Capítulos posteriores de este trabajo se aborda en profundidad la cuestión relativa a los administradores de hecho y de derecho, aquí se cita, a modo de ejemplo, la definición que efectúa el Tribunal Supremo de ambas figuras en sus Sentencias. El fundamento jurídico cuadragésimo octavo de la Sentencia 774/2005 de 2 de junio de 2005, con número de recurso 347/2003: ("[...]hay que tener en cuenta la legislación societaria. Y así, preceptos de la LSA talos como los siguientes: Art. 133.2: El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá

daba cobertura no sólo a las conductas delictivas de las personas jurídicas cuando se trataba de un delito especial propio sino también cuando esas conductas fueran llevadas a cabo por personas físicas, pero siempre en el marco de los especiales propios. En el resto de delitos, había que indagar sobre la autoría del delito para imponerle la pena prevista en el tipo penal que correspondiera²¹, por consiguiente, la cláusula del artículo 31 del CP albergaba esa estricta y restringida función.

Pese a esta clara intención del legislador, algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, ha creído ver nuevas reglas de autoría generales

personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumplimiento los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.) ; Fundamento jurídico décimoprimer de la STS 480/2009 de 22 de mayo de 2009, con número de recurso 10084/2008, con referencia a la STS 816/2006 de 26 de Julio de 2006, recurso número 1494/2005 ("por administrador de "derecho" se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Los "de hecho" serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite"). En definitiva, lo relevante parece ser el poder de dirección de facto y no el concreto título o circunstancia de los que deriva.

²¹ DEL MORAL GARCIA, A. "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? (comentarios a la Reforma del art. 31 Código penal)" en *Especial Reforma Código Penal*, SepínNET, Revista Práctica Penal, nº 11, septiembre-octubre 2004, pp. 21ss.; véase GARCÍA ARÁN, M. "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Reforma de 2007" en *AAVV Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 115, 2007, p. 243. La autora efectúa la siguiente reflexión: "precisamente este objetivo de imputación a una persona física que actúa en nombre de una persona jurídica, puede interpretarse como un reconocimiento de que la empresa como tal no puede delinquir y por ello se hace necesaria una regla extensiva de la tipicidad a quienes -como personas físicas- actúan en su nombre". En efecto, la necesidad de individualizar al sujeto en el que hacer recaer la consecuencia jurídica del delito, parece reconocer implícitamente que la persona jurídica no alberga aptitudes suficientes para ser destinataria de la norma penal en esos términos.

distintas a las concebidas por el artículo 28 del CP; esas reglas basadas en la teoría del dominio del hecho, a las que se hacía referencia con anterioridad, cuando en realidad la esencia del artículo 31 del CP de 1995 y su antecedente inmediato, el artículo 15 bis del CP Reformado en 1983, era únicamente la de establecer un puente de tipicidad con el único propósito de evitar lagunas de impunidad en determinados delitos (los delitos especiales propios) por no concurrir en la persona física las cualidades y condiciones que exigía el tipo penal²². Sobre la finalidad del referido precepto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de esta tesis sosteniendo que: "Su incorporación al Código no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quienes de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del artículo 15 bis CP tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y solo en ellos, a los órganos

²² MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., pp. 50ss.; MORALES PRATS, F., "La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español: de lo accesorio a lo principal" en AAVV *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Op. Cit., p. 610.

directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obrasen, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva"²³.

En el año 2003, como se anticipaba en epígrafes anteriores, se volvió a Reformar el Código penal, mediante la Ley Orgánica 15/2003, introduciendo un segundo párrafo al artículo 31, que determinaba que "en estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

Con ello, se venía enturbiar mucho más la correcta interpretación del precepto, ya que partía de la creencia de que éste era aplicable a cualquier tipo de delito cometido en el seno de la persona jurídica o en su nombre, cuando en realidad, sólo se debía contemplar su aplicación en relación con los delitos especiales propios (ejemplo: la apropiación indebida o las insolvencias punibles) y no a otros tipos penales (por ejemplo, la estafa)²⁴. Se daba así la contradicción conforme a la cual, para los delitos especiales propios, era posible la responsabilidad solidaria en las penas pecuniarias de las personas jurídicas, mientras que en el resto de delitos (comunes y especiales no propios), cometidos en el seno de una sociedad, no existía tal responsabilidad. Es obvio que la Reforma de 2003 partía de una incorrecta interpretación del alcance del artículo 31 del CP.

²³ La STS 480/2009 de 22 de mayo que da lugar a esta referencia, menciona, a su vez, las STS 253/93 de 20 de julio y STC 150/89.

²⁴ MORALES PRATS, F. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p.50.

Según DEL MORAL GARCIA "el artículo 31.2 CP, introducido en 2003, constituyó un intento de regular la responsabilidad de las personas jurídicas que provocaba efectos distorsionadores inasumibles desde el plano dogmático y político criminal".

Además de la regulación contenida en el artículo 31 CP, merece especial mención el artículo 129 CP en su versión anterior a la Reforma del CP de 2010, analizada con detenimiento más adelante. En este contexto, el artículo 129 del CP de 1995, permitía adoptar facultativamente determinadas consecuencias penales accesorias con respecto a la actuación criminal de las personas jurídicas, sin necesidad de catalogarlas como penas ni hacer referencia alguna a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que supuso un cambio muy significativo en la regulación penal de aquel momento. Algunas de estas sanciones podían ser adoptadas como medidas cautelares en la fase instructora, mediante la celebración de vista, con audiencia del Ministerio fiscal y de las partes.

Con la Reforma del CP de 2010, se pretendió el retorno al espíritu del CP de 1995, en punto a la supresión del número segundo del artículo 31, que había sido introducido mediante la Reforma de 2003. En este sentido, el legislador de 2010 estuvo atento a las críticas doctrinales que suscitó la introducción de la responsabilidad penal solidaria de los entes solo con respecto a la pena de multa, con proyección tan solo a los delitos especiales propios. Pero, como se expondrá más adelante, lo importante es que la Reforma de 2010 viene a introducir un régimen de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas e independiente de la responsabilidad penal declarada con respecto a las personas físicas, cuestión novedosa en nuestro ordenamiento jurídico.

En realidad, el artículo 31 del CP en su versión anterior a la Reforma del CP de 2010, venía a dar respuesta a supuestos muy específicos de solventación de la autoría de personas físicas en delitos especiales propios, cometidos en el seno de la persona jurídica; esta legislación, en ocasiones, llevó a un entendimiento erróneo de la aplicación del precepto, pues ocasionalmente se pretendió su proyección a otros delitos, probablemente con la finalidad de evitar los problemas probatorios de la autoría por dominio del hecho en las personas jurídicas; con este proceder, se pretendía en ocasiones, extraer reglas presuntivas de la autoría²⁵, que venían a vulnerar entre otras garantías, el principio de culpabilidad. Con ello se distorsionaba la verdadera función del artículo 31 del CP, por cuanto, extender su radio de acción a todo tipo de delitos, conllevaría aplicar inadecuadamente este

²⁵ El Tribunal Supremo ha aclarado el verdadero sentido del artículo 31 del Código Penal en el Fundamento jurídico primero de la Sentencia número 816/2006 de 26 de julio de 2006 con número de recurso 1494/2005, que resume la interpretación de esta cuestión de la siguiente forma: “*su incorporación al Código [en cuanto al anterior artículo 15 bis] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia, sino obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del artículo 15 bis del Código Penal tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y solo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Más, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica del citado precepto, no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos*”.

precepto²⁶. Junto a esta conclusión, debe añadirse, además, que antes de la Reforma del CP de 2010, el artículo 31 del CP no afrontaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas como la entendemos actualmente tras las últimas Reformas del texto penal.

Las anteriores reflexiones se reflejan en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo “El artículo 31 no puede servir como criterio de atribución de responsabilidad penal por sí mismo en los delitos empresariales. Esto es, si se constata que en la empresa se ha cometido un delito no puede concluirse, sin más, que el responsable sea el administrador. El artículo 31.1 CP, no regula la responsabilidad de los administradores por delitos que se cometan en la empresa, únicamente pretende que no exista una laguna de punibilidad en casos en que, en el delito especial propio, la calificación de la autoría recaiga en la persona jurídica. Este modo de operar lo que provocaría es la creación de una inaceptable responsabilidad objetiva por el cargo, una responsabilidad por la mera circunstancia de ser administrador y no una responsabilidad por el hecho, única que debe aceptarse, conforme al principio de culpabilidad”²⁷.

1.2 Normativa europea

Tal como evidencian las Decisiones Marco y sucesivas Directivas dictadas en el marco de la UE, uno de los propósitos que ha marcado la política europea, sobretodo en los últimos años, ha sido el de

²⁶ MORALES PRATS, F. *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Op. Cit., p. 608.

²⁷ Extracto del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo 607/2010 de 30 de junio de 2010, recurso número 424/2010.

fomentar una homogeneización del modelo de regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en los países adscritos a la UE. En palabras de BACIGALUPO, los instrumentos normativos europeos "que representan un punto de partida importante para la política criminal interna de la Unión Europea, han introducido normas que establecen la responsabilidad penal de las persona jurídicas"²⁸. Sin embargo, en España, ha sido una cuestión muy discutida y abordada con muchas cautelas en el plano legislativo, por cuanto su tratamiento, como se verá, se presenta como un problema conceptual y de garantías penales, a pesar de que en los ámbitos administrativo o civil, la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas no encuentra ningún impedimento, gracias a su carácter objetivo²⁹.

A partir de la entrada en vigor de la Reforma operada en el CP en 2010, ya no sólo se concibe el delito como un hecho exclusivamente atribuible a individuos aislados, sino que la cosmovisión del delito en las sociedades capitalistas ha sufrido tal transformación, que se ha acabado por convertir en sujeto de responsabilidad criminal a las propias personas jurídicas³⁰.

²⁸ BACIGALUPO, E., *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 61

²⁹ El estatuto de la responsabilidad de las personas jurídicas en España no es una cuestión novedosa, por cuanto con anterioridad a su regulación penal (con la Reforma del CP de 2010), se sancionaba a las personas jurídicas por vía administrativa en aplicación del artículo 130 de la Ley 30/92 y el artículo 181.1 de la Ley General Tributaria. De esta forma se asemejaban los efectos preventivos y retributivos de estas sanciones administrativas a las penales.

³⁰ QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Estudios de derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 115. Madrid, 2007, pp. 160 ss.

El origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nivel europeo, se localiza en el Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea de 1995, donde emergió la tendencia a incorporar en los ordenamientos europeos la responsabilidad penal de los entes jurídicos. El artículo 3 del referido Convenio señala: "Los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas, puedan ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas tal como figuran en el artículo uno por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa"³¹.

El referido Convenio se estableció sobre la base del artículo K.31 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas del 26 de junio de 1995, que en su Exposición de Motivos identificaba, de una parte, la necesidad de castigar las conductas delictivas en el seno de las empresas, y de otra parte, incluía la posibilidad de un enjuiciamiento penal de todo comportamiento fraudulento que atentara contra los intereses financieros de la Comunidad Europea "[...] observando que el fraude que afecta a los ingresos y los gastos comunitarios no se limita en muchos casos a un solo país y es cometido a menudo por Organizaciones criminales organizadas, convencidos de que la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea exige

³¹ Véase el artículo 3 del Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea de 1995 en el Acto del Consejo de 26 de Julio de 1995 (Diario Oficial C 316 de 27 de noviembre de 1995).

el enjuiciamiento penal de todo comportamiento fraudulento que perjudique dichos intereses y que se adopte a tal efecto una definición común, conscientes de que las empresas desempeñan un papel importante en los ámbitos financieros por las Comunidades Europeas y de que todo aquel que tenga poder de decisión en empresas no deberá quedar exento de responsabilidad penal en determinados casos[...]".

Sin embargo, a pesar de ser percibido como uno de los mecanismos impulsores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que únicamente estableció una responsabilidad penal de los jefes de empresa, no de la persona jurídica como tal. Posteriormente, se presentó una propuesta de Directiva sobre la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, a instancias de la Comisión Europea, en la que se incluyó un sistema de sanciones aplicables a las personas jurídicas en casos de fraude, corrupción y blanqueo de capitales³², cuyo contenido se erigió como un referente para algunas Decisiones marco dictadas con posterioridad³³.

³² Artículo 9 de la Directiva sobre la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales con arreglo al capítulo II cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- Un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- Una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- Una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica, así como por complicidad o instigación de dicho fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales como cómplice o instigador, o por tentativa de cometer dicho fraude.

2. Sin perjuicio del apartado 1, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas a que se refiere el primer apartado del artículo 1 haya facilitado la comisión de un delito de fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales, en provecho de dicha persona jurídica por una persona sometida a la autoridad de esta última.

Asimismo, la Recomendación europea N° R(88) 18 de 20 de octubre de 1988 del Comité de Ministro de los Estados Miembros del Consejo de Europa, insertó un mandato que instaba a los Estados miembros a incorporar en sus ordenamientos jurídicos, una regulación penal para las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades: "[...] considerando el número creciente de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de las empresas que ocasionen un considerable perjuicio tanto a los particulares como a la sociedad; considerando la dificultad que plantea la identificación de las personas físicas responsables de una infracción, habida cuenta de la estructura compleja de las empresas; considerando la dificultad de hacer penalmente responsables a las empresas con personalidad jurídica, debido a las tradiciones jurídicas en muchos Estados Europeos; deseosos de superar estas dificultades a fin de poder por una parte, hacer responsables a las empresas en cuanto tales, sin eximir por ello de responsabilidad a las personas físicas implicadas en la infracción y por otra parte, establecer sanciones y medidas adecuadas para las empresas"³⁴.

3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices del fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales".

³³ Decisión Marco del Consejo DM 2001/413/JAI de 28 de Mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo; Decisión Marco del Consejo DM 2004/757/JAI de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; Decisión Marco del Consejo DM 2005/667/JAI de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques; Decisión Marco del Consejo DM 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

³⁴ ISABEL PÉREZ, A. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas" en *AAVV Responsabilidad penal de las personas*

Sin embargo, el Convenio de Cibercriminalidad de Budapest en 2001³⁵ junto a numerosas Decisiones Marco dictadas con posterioridad, se erigió como el instrumento más revelador en orden a una criminalización de las personas jurídicas. De una parte, el Convenio de Cibercriminalidad, dedica dos de sus preceptos (12 y 13) a la responsabilidad de las personas jurídicas, y a pesar de no introducir un estatuto de responsabilidad penal en sentido estricto, se consiente una regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas a través de una norma penal, civil o administrativa. Todo ello, en orden a respetar las legislaciones internas de cada Estado Miembro (el artículo 12.3 dispone que "dependiendo de los principios jurídicos de cada Parte, la responsabilidad de una persona jurídica podrá ser penal, civil o administrativa")³⁶.

jurídicas, Op. Cit., p.22 identifica la Recomendación Núm. (18) 88, de 20 de octubre del Comité de Ministros del Consejo de Europa como "instrumento que demuestra la existencia de un consenso en relación a la necesidad de exigir dicha responsabilidad".

³⁵ Véase Boletín Oficial del Estado núm. 226 de 17 de septiembre de 2010, Sec. I, Pág. 78853. Se trata del primer Convenio en materia de criminalidad informática y cuyo objetivo es la avenencia de las legislaciones europeas y la cooperación entre los países miembros, especialmente en cuestiones relacionadas con los ciberdelitos. En lo que atañe a este trabajo, en su artículo 12 se vislumbra una responsabilidad (aunque no expresamente penal) de las personas jurídicas autónoma e independiente de la responsabilidad de las personas físicas, además de introducir la falta de vigilancia y control como fundamento de dicha responsabilidad. El artículo 12 en sus 2 primeros apartados recoge lo siguiente: "1. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para que pueda exigirse responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos previstos en la aplicación del presente Convenio, cuando éstos sean cometidos por cuenta de las mismas por una persona física, ya sea a título individual o como miembro de un órgano de dicha persona jurídica que ejerza funciones directivas en su seno [...] 2. [...] Cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que pueda exigirse responsabilidad a una persona jurídica cuando la ausencia de vigilancia o de control por parte de cualquier persona física mencionada en el párrafo 1 haya permitido la comisión de un delito previsto en aplicación del presente Convenio por una persona física que actúe por cuenta de dicha persona jurídica y bajo su autoridad".

³⁶ Para mayor detalle, véase la versión en castellano del Convenio en MORÓN LERMA, E. y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., "Traducción y breve comentario del

En cuanto a las Decisiones Marco dictadas en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, en los últimos quince años, a pesar de que, (como sucede con el Convenio de Cibercriminalidad de Budapest de 2001) no incorporan una responsabilidad penal *stricto sensu*, se permite su regulación por vía penal, es decir, viene a reconocer, para algunos Estados Miembros, una nueva categoría de sujetos a los que les es proyectable la norma penal, lo que hasta ese momento, ni se consideraba en sus respectivos ordenamientos jurídicos³⁷. Por ejemplo, la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo Europeo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que en su artículo 4 sostiene que "Cada Estado Miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por las infracciones a que se refieren los artículos 1 y 2, cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica". Se puede concluir de lo

Convenio sobre Cibercriminalidad" en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, número 7, pp. 165 ss.

³⁷ Entre las Decisiones Marco aprobadas en el ámbito europeo que apostaban por una responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos señalar las siguientes: Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el Terrorismo y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 22 de junio de 2002; Decisión Marco 2002/629/JAI de 19 de julio de 2002 de la lucha contra la trata de seres humanos y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 1 de Agosto de 2002; Decisión Marco 2000/383/JAI sobre el fortalecimiento de la protección por medio de las sanciones penales y de otro tipo contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 14 de junio de 2000; Decisión Marco 2002/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 31 de julio de 2003; Decisión Marco 2004/68/JAI de 22 de diciembre de 2003 sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil publicada en el Diario Oficial N° L013 de 20 de Enero de 2004; Para mayor detalle, véase MORALES PRATS, F. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p.48; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*; Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005. Pág. 59 y ss.

anterior, que el origen más incipiente del actual estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, podría residenciarse en los referidos instrumentos europeos.

Junto a las anteriores fórmulas de criminalización de los entes, el *Corpus Juris* incorporaba expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una responsabilidad del "director de empresa" fundamentada en la clásica *culpa in vigilando* respecto a los subordinados que pudieran haber perpetrado un delito en la empresa por una falta de vigilancia y control³⁸, lo que suscitó algunas críticas por cuanto de la referida regulación subyacía una incompatibilidad con el clásico principio de culpabilidad³⁹.

1.3 Modelos teóricos en la legislación comparada

En el plano del derecho comparado, se localizan algunos de los modelos teóricos de responsabilidad de las personas jurídicas que podrían haber sido el precedente más inmediato de la Reforma del CP de 2010 en España (con sus particularidades), como es el caso de Francia, Holanda, Noruega o Italia⁴⁰, en el contexto europeo, y, Estados Unidos, como caso extraeuropeo que merece una especial

³⁸ Véanse los artículos 12 a 14 del "*Corpus Juris* para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea" a través del siguiente enlace: "ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwkgreenpaper-corpus/corpus_juris_es.pdf".

³⁹ Entre los estudios más destacados sobre el *Corpus Iuris*: véase GARCÍA ARÁN, M., "Hacia un Derecho penal europeo: la propuesta del *Corpus Iuris*" en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi nº1, 1999 pp. 167 ss.; MORALES PRATS, F. "Los modelos de unificación del derecho penal en la Unión Europea: reflexiones a propósito del *Corpus Iuris*", en *Revista Penal* nº3, 1999, pp. 29 y ss.

⁴⁰ Debe precisarse que estas legislaciones ofrecen distintos modelos; el grado de influencia de los mismos en la Reforma del Código penal de 2010 es diverso. Por ejemplo, el artículo 31 bis CP encuentra una mayor sintonía con la regulación italiana que con la francesa, basada en la teoría del reflejo.

alusión. En general, en el plano de la responsabilidad de las personas jurídicas, se puede concluir que, a pesar de que numerosos países han ido abandonando paulatinamente el aforismo “*societas delinquere non potest*” históricamente tan arraigado en algunos de los ordenamientos jurídicos, no existe uniformidad en cuanto al modelo elegido, que como se verá, en algunos casos se subsume en una responsabilidad penal derivada y, en otros, en una responsabilidad administrativa.

En primer lugar, el caso norteamericano basa su sistema en la lógica del castigo y el premio, cobijada bajo la expresión “*carrot and Stick*” (zanahoria y palo); en este sentido, a la empresa se le imponen exigencias de implementación y puesta en práctica de sistemas de prevención de los delitos en su organización corporativa o empresarial, como exigencia *ex ante* y también *ex post*, para el caso de que en su seno se hubiera cometido un delito; se instituye legalmente la colaboración para el descubrimiento de su autor, mediante una clara llamada normativa a la confesión (delación) en el marco de la investigación, pues la atenuación o, en su caso, levantamiento de pena (excusa absolutoria) dependerá de que acontezca esa conducta colaboradora por parte de los representantes de la persona jurídica⁴¹. El modelo norteamericano, supuso el precedente de la Reforma del CP de 2010, en materia de responsabilidad penal de los entes colectivos y las corporaciones⁴². En palabras de NIETO MARTÍN “la responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los Estados Unidos, donde desde la

⁴¹ Para una explicación extensiva sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en EEUU, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE UU*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 70.

⁴² MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 48.

época del ferrocarril descubrieron - y temieron - el poder de las corporaciones"⁴³.

En Francia, no existe un reproche directo a la persona jurídica con base en un hecho propio, si la infracción se ha cometido por una persona física, en el ámbito empresarial, sino que de forma automática, se transfiere esa responsabilidad a la persona jurídica. Esta fórmula viene a consagrar la teoría del reflejo, cuyo fundamento radica en la necesidad de concurrir dolo o culpa para atribuir responsabilidad penal a un sujeto, y al tratarse de formas subjetivas de imputación, de las que adolece la persona jurídica, se opta por acoger un modelo de imputación de responsabilidad de los entes de carácter automático y objetivo⁴⁴. Sin embargo, a pesar de que el artículo 121 del Código Penal francés de 1994 recoge que "las personas jurídicas son penalmente responsables", no se ha establecido en sentido estricto una responsabilidad penal de la persona jurídica independiente y autónoma, lo que ocasiona confusión en términos interpretativos y judiciales⁴⁵, a pesar de que las personas jurídicas son consideradas

⁴³ NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla la Mancha, p. 1.

⁴⁴ Véase PRADEL, J. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones" en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, núm. 4. Universidad Nacional de Educación a distancia, pp. 661ss.; CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p.68.

⁴⁵ En este sentido, las decisiones judiciales son dispares, por cuanto el texto legal permite proyectar tanto una responsabilidad derivada o indirecta como una responsabilidad directa de la empresa y, a mayor abundamiento, la jurisprudencia deja la decisión a total discrecionalidad del juez penal. No obstante, no se descarta una futura imposición directa a las empresas, independientemente de la responsabilidad exigida a la persona física.

sujetos con voluntad propia y autónoma de la albergada por sus miembros⁴⁶.

En Alemania, con base en la Ley de Contravenciones, una sociedad puede ser condenada al pago de una multa por cometer una infracción administrativa⁴⁷, por consiguiente no se ha optado por un modelo de incriminación por vía penal. Esa conducta acarrea, como decimos, una sanción en forma de multa y es impuesta por una autoridad administrativa. En suma, se trata de un método basado, esencialmente, en el concepto de responsabilidad administrativa genérica y no penal⁴⁸.

En el caso de Austria, en general, tampoco se ha engendrado una verdadera responsabilidad de las personas jurídicas, sino un sistema de sanciones administrativas (pecuniarias), que se imponen a los empresarios que albergan conductas infractoras en el interior de sus empresas, por no haber empleado la suficiente diligencia o vigilancia en las actividades de sus empleados. Se trata de una responsabilidad vinculada a las conductas delictivas de las personas físicas, a pesar de que, en casos muy extraordinarios, se admite la responsabilidad penal

⁴⁶ DE LA CUESTA, J.L. e ISABEL PÉREZ, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídica en el Marco Europeo: las Directrices Comunitarias y su implementación por los Estados" en AAVV, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013, p.142.

⁴⁷ Probablemente las Directivas y Recomendaciones comunitarias no cifran las exigencias legislativas para los Estados Miembros, en Reformas estrictamente penales, por la resistencia de países como Alemania o Italia, que presentan ordenamientos jurídicos en los que la exigencia de culpabilidad en el derecho penal guarda un entronque con principios y garantías constitucionales.

⁴⁸ RUIZ VADILLO, E. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 1, Op. Cit., p. 333.

autónoma de la persona jurídica (por ejemplo, la muerte de una persona)⁴⁹.

En cambio, el sistema italiano, aunque, en rigor tampoco tiene implantado un verdadero sistema penal contra las personas jurídicas, articula un régimen de infracciones y sanciones administrativas. Se trata de un "régimen de responsabilidad administrativa previsto a cargo de personas jurídicas, sociedades y asociaciones", con la particularidad de que son impuestas judicialmente en el seno de un procedimiento penal; es decir, existe un procedimiento penal, pero la sanción que se pueda imponer a la persona jurídica, reviste carácter administrativo. La regulación italiana, (Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001), legitima el sistema de responsabilidad derivada o vicarial junto con una declaración de culpabilidad de la empresa, lo que no está exenta de polémica. En definitiva, en Italia, se emplean sistemas de prevención como en el caso norteamericano pero, además, se precisa la perpetración de un delito por parte de una persona física que actúa en provecho o por cuenta de la persona jurídica y que "le transfiere" la responsabilidad administrativa a ésta última, si se verifica el correspondiente hecho de conexión que fundamente tal atribución de la responsabilidad. Sin embargo, esta regulación no es proyectable sobre cualquier tipo de delito, sino que como sucede en España, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se predicará en relación a un catálogo cerrado de delitos.

⁴⁹ DE LA CUESTA, J.L. e ISABEL PÉREZ, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídica en el Marco Europeo: las Directrices Comunitarias y su implementación por los Estados" en AAVV, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.153.

Se puede afirmar que tanto en el caso italiano, como en el francés (con matices) y el alemán, no existe un sistema de penas directamente aplicable a la persona jurídica. Es decir, sea de una forma u otra, la que acaba respondiendo del ilícito penal es la persona física y, a lo sumo, a la persona jurídica se le aplica una sanción en forma de multa, que en algunos casos (Italia y Alemania) alberga una naturaleza administrativa.

En Bélgica, se configuró un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas directa y autónoma, con base en la consideración de que las personas jurídicas, son sujetos con capacidad de culpabilidad igual que las personas físicas. Sin embargo, la política conceptual aplicada en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no fue acompañada por un régimen legislativo adecuado, por cuanto el legislador belga "se limitó a la incorporación de varios preceptos penales, a lo largo de todo el articulado, realizando algunos ajustes estructurales vinculados, fundamentalmente, a las concretas consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, habida cuenta de la imposibilidad de cumplir la pena de privación de libertad"⁵⁰.

En España, con la entrada en vigor de la Reforma penal de 2003, se estableció la posibilidad de hacer responsable directa y solidaria a la persona jurídica, cuando la sanción impuesta a la persona física que respondía de aquella, consistía en una pena de multa, lo cual fue

⁵⁰ Para una más amplia explicación de la regulación belga de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase DE LA CUESTA, J.L. e ISABEL PÉREZ, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídica en el Marco Europeo: las Directrices Comunitarias y su implementación por los Estados" en AAVV, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.143.

considerado por algún autor como una posible vulneración del principio *non bis in idem*⁵¹. A salvo de todo lo anterior, el artículo 129 CP (versión anterior al 2010) contemplaba una responsabilidad penal, facultativa, en el ámbito de las consecuencias penales accesorias imponibles a la persona jurídica.

Comparativamente hablando, hasta la Reforma del CP de 2010, el caso español ofrecía singularidades que no permiten establecer grandes similitudes con otros modelos europeos, ni tan siquiera con aquellos que optan con nitidez por la responsabilidad tan solo administrativa de las sociedades (caso alemán). La singularidad del régimen jurídico que albergaba el artículo 129 CP no encuentra parangón en otros ordenamientos europeos⁵², no solo por su carácter preceptivo sino por exigir una previa declaración de responsabilidad de la persona física, actuando la persona jurídica de responsable accesoria y dependiente de aquella.

Por último, en Portugal, la responsabilidad penal se imputa directamente a una persona jurídica siempre que los hechos los haya cometido una persona que ocupe una posición directiva en la empresa, que actúa en nombre de ésta o en su interés, o bien, si los hechos son

⁵¹ DEL MORAL GARCIA, A., "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? (comentarios a la Reforma del art. 31 Código penal)" en *Especial Reforma Código Penal*, Op. Cit., p. 32.; DE LA CUESTA, J.L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013, p. 54 ss. alude al ostensible revuelo que generó el apartado segundo del artículo 31 CP en la doctrina, por cuanto se hicieron evidentes los "defectos de una regulación carente de claridad, mezcla de tendencias, pues en realidad se declaraba a la persona jurídica responsable del pago [naturaleza civil] de la pena de multa [naturaleza penal], y nada compatible con principios penales elementales, como la personalidad, la igualdad y hasta la inderogabilidad de las penas".

⁵² MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 54.

atribuidos a cualquier otra persona sometida a su autoridad por no haberse empleado la suficiente diligencia o vigilancia sobre la misma. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo el año 2007 con la Reforma del Código penal portugués. Hasta entonces, a pesar de no existir una norma expresa que legitimara la atribución de responsabilidad penal a los entes, se permitía una interpretación amplia del artículo 11 CP ("salvo disposición en contrario, sólo las personas individuales son susceptibles de responsabilidad criminal") a favor del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En definitiva, la Reforma del CP portugués de 2007, vino a explicitar lo que ya de forma tácita se aplicaba habitualmente en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como se puede apreciar, no existe uniformidad en cuanto al modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En algunos países como Alemania e Italia, han optado por preservar el principio *societas delinquere non potest*, al contrario de lo que ocurre en Inglaterra, Estados Unidos, España o Francia, que han apostado por un sistema de auténtica responsabilidad penal, tratando de superar los numerosos escollos doctrinales en materia de penas, teoría del delito y principio de culpabilidad⁵³.

⁵³ GÓMEZ COLOMER, J.L., "La persona jurídica acusada en el proceso penal español" en AAVV *El derecho penal económico en la era Compliance*, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 46 ss., efectúa una explicación de los aspectos procesales de la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español, y el estado de la cuestión en algunos de los países europeos. En la misma línea que la doctrina mayoritaria, cita, de una parte, a los países que albergan una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas, y de otra parte, a los que optan por preservar el principio *Societas delinquere non potest*, y se inclinan por un estatuto de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Como decíamos, en el marco de la legislación comparada, los modelos implantados de responsabilidad de los entes son muy diversos en su regulación normativa, a pesar de que la mayoría reconocen el alcance de las obligaciones que incumben a un buen empresario en materia de vigilancia y control de sus empleados, con el propósito de impedir los comportamientos criminales. Sin embargo, para muchos de los sistemas jurídicos existentes, ese deber no estriba necesariamente en un reproche penal sobre la persona jurídica.

En el plano teórico se han formulado interrogantes y reflexiones sobre el tenor y naturaleza de ese deber que recae sobre el empresario; algunos autores indican que la raíz originaria de estas nuevas obligaciones en el ámbito de la empresa, se sitúa en el Derecho civil, y más concretamente en la responsabilidad civil extracontractual (*culpa aquiliana*), de modo que las infracciones de los deberes de vigilancia o de cautela por parte del empresario encontraría sus vestigios en la *culpa in vigilando* y en la *culpa in eligendo*⁵⁴; de este modo las nuevas formas de responsabilidad empresarial, por la infracción de deberes (actos negligente) responderían a una transmutación de naturalezas; así algunas concepciones de responsabilidad, propias del Derecho civil, que hasta tiempos recientes estaban presentes en el sistema penal, a través de la responsabilidad civil (subsidiaria) *ex delictivo*, habrían transitado hacia del Derecho penal en algunos casos y hacia el Derecho administrativo sancionador en otros. Obviamente, puesto que se habla de la responsabilidad de los empresarios por las infracciones cometidas por sus subordinados, se alude, por consiguiente, a la importancia de la prevención de este tipo de conductas, *ex ante*, como

⁵⁴ Institución que hunde sus raíces en la culpa aquiliana, propia de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1.902 del Código civil).

ocurre en el caso norteamericano. Como venimos apuntando a lo largo de este Capítulo, una forma de obstaculizar la actividad delictiva en una empresa, es mediante la implantación de sistemas preventivos y de control acordes a la actividad que se desarrolle, por cuanto, como veremos, parece evidente que el empresario que no haya adoptado las medidas adecuadas encaminadas a la prevención de conductas delictivas en el interior de su empresa, está contribuyendo a un aumento del riesgo de albergar conductas criminales. Por consiguiente, el empresario o los responsables de la gestión empresarial de la sociedad, juegan un papel indispensable entorno a la política de prevención de conductas delictivas perpetradas en el seno de la misma.

Reforzar una organización con sistemas de prevención efectivos, deviene una estrategia útil para el empresario, por cuanto si se orientan a la detección de conductas *ex ante* a su verificación, se habrá cumplido la función de prevención, aunque no es menos cierto que los planes de prevención no pueden ser contemplados como una solución infalible.

Por consiguiente, la obligación del empresario, se debe encaminar a una total colaboración para el esclarecimiento del hecho, (empleando todos los medios a su alcance para la prevención *ex ante* y la resolución *ex post*), en cuyo caso, ¿qué más responsabilidad se le puede exigir a la empresa? Trataremos de responder a ésta cuestión, a lo largo de los siguientes Capítulos.

En conclusión, en el contexto del derecho comparado, algunos Estados Miembros de la UE han optado por preservar el principio "*societas*

delinquere non potest", rechazando toda construcción normativa que reconozca la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas, en contraposición a los que admiten la posibilidad de una imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, con base en alguno de los siguientes modelos: a) Modelo de responsabilidad derivada o heterorresponsabilidad, cuyo fundamento radica en la transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica por un delito cometido por una persona física, b) Modelo de responsabilidad directa o autorresponsabilidad, cuya aplicación precisa la determinación de los criterios que configuren la responsabilidad directa de la persona jurídica e independiente de la responsabilidad de la persona física, y por último, c) Modelo mixto, que reúne elementos de los dos modelos anteriores.

2. La reforma del CP de 2010: superación del principio "*societas delinquere non potest*" (arts. 31 bis -eliminación del anterior 31.2-, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP)⁵⁵

⁵⁵ Por todos, 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. La referida Reforma introdujo el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante los siguientes preceptos:

Artículo 31 bis CP

"1. 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.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el párrafo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se

impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada, en relación con la gravedad de aquellos.

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

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber esclarecido, 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.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal."

Artículo 33.7 CP

"7. Las penas aplicables a las personas jurídicas que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plano no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa".

Artículo 66 bis CP

"En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.^a a 4.^a y 6.^a a 8.^a del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.^a En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.^a Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta 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.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las

Como se venía adelantando en epígrafes anteriores, el fenómeno de la criminalidad empresarial en las sociedades capitalistas, ha sufrido una gran transformación a escala mundial en los últimos años, de forma que ya no se concibe la comisión del delito por individuos aislados, sino que, coexisten diversas formas de comisión de delitos mediante

letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del primer número del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal".

Artículo 129 CP

"1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7."

Artículo 130.2 CP

"2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos".

sofisticadas estructuras, lo que evidencia una necesidad de adecuación de las normativas internas de cada país, instados a su vez, por las Directivas y Recomendaciones europeas.

Dicho de otro modo, las nuevas formas de criminalidad no sólo presentan una forma de actuar individual, sino que de hecho, las sociedades ya pueden cometer delitos e incluso, formas de delito que únicamente pueden ser cometidas por sociedades, o cuanto menos en el seno de las mismas, todo ello sin descartar que muchas veces estas formas societarias son meras pantallas para la comisión de delitos por parte de las personas físicas⁵⁶. De otra parte, las personas jurídicas han sido hasta hace unos años castigadas mediante sanciones administrativas o civiles, pero el aumento de la criminalidad mediante la utilización de la figura de la persona jurídica ha obligado a reflexionar sobre la necesidad de imponer sanciones penales por la comisión de tales conductas.

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Op. Cit., pp. 160 y 161.; MORALES PRATS, F. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de Reforma en el Derecho penal español" en AAVV *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 47 ss.; MAYORDOMO, V. "El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en <razones de equidad, justicia o utilidad pública>" en AAVV *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.270, efectúa una aclaración entre los conceptos "delincuencia criminal" y "organización criminal", en punto a matizar la finalidad para la que se constituyen, lo que requiere un tratamiento penal distinto en cada caso: "Conviene, por tanto, distinguir entre *delincuencia empresarial* y *organización criminal*. Ésta última surge como instrumento de finalidad delictiva a la que se reviste de apariencia empresarial. En cambio, la delincuencia empresarial utiliza la estructura empresarial para delinquir".

Por consiguiente, la complejidad del sistema económico ha ido sustituyendo la figura de la persona física por las grandes empresas, lo que ha provocado una revisión del clásico principio "*societas delinquere non potest*" desde el punto de vista político criminal. Por ello, la mayoría de los países han ido aplicando fórmulas de represión penal con la finalidad de tratar de una manera equitativa las conductas delictivas cometidas tanto por persona física como jurídica⁵⁷.

En aras a la armonización europea de la lucha contra el crimen, los Estados Miembros han optado por introducir en sus ordenamientos, de una forma u otra, la responsabilidad de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que la misma, supone una herramienta imprescindible en la sociedad actual, conforme a los designios de la Unión Europea. En España se hacía necesaria una política criminal compartida con el resto de la Unión Europea, donde en menor o mayor medida se responsabilizara a las personas jurídicas por la comisión de conductas delictivas, en la versión del CP vigente hasta 2010. La primera contribución en este sentido, fue el artículo 129 CP que permitía la imposición de una pena a las personas jurídicas, a pesar de circunscribirse al ámbito de las consecuencias accesorias (necesariamente vinculadas a la pena impuesta a la persona física), si

⁵⁷ DE VICENTE MARTINEZ, R. "Sanciones y reparación en el derecho penal económico" en AAVV, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 196.; En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Problemas de imputación objetiva en el Derecho Penal Económico y empresarial" en AAVV *Cuestiones actuales de Derecho Penal Empresarial*, Op. Cit., p. 64 reflexiona acerca de las modificaciones producidas en el contexto de la sociedad, por cuanto "ya no vivimos en sociedades que no pretendan más que garantizar ciertos mínimos de convivencia, sino que se trata de sociedades muy complejas con un alto grado de juridificación de los problemas sociales, por lo que vemos que van cambiando las estrategias de protección jurídico-penal (un paradigma sería el incremento de los delitos de peligro) y el propio sistema jurídico va creando nuevos bienes jurídicos que ya no corresponden con los intereses sociales se encuentran en el ámbito del Derecho Penal Económico".

bien se erigieron como el antecedente inmediato del actual artículo 31 bis CP. La posterior Reforma del CP de 2003, como se ha dicho, introdujo un nuevo apartado segundo al artículo 31 CP, que permitió la ampliación del ámbito de proyección del estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁸ haciéndolas responsables solidarias (y directas) de la pena de multa junto a la persona física autora material del delito, sin embargo, no fue hasta la Reforma del CP de 2010 que se afianzó el modelo de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas⁵⁹.

Se puede afirmar que, en general, ha venido reinando un cierto acuerdo mayoritario sobre la necesidad de combatir la criminalidad organizada tradicional (narcotráfico y terrorismo) a través del mecanismo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no existe tal consenso en cuanto a la forma de llevarlo a cabo, (cuestión que se abordará en los siguientes Capítulos de este trabajo).

⁵⁸ La Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal (Reforma del CP de 2003) introdujo un nuevo apartado segundo al precepto, mediante el cual se hacía responsable a la persona jurídica de forma solidaria y directa de la pena de multa impuesta a la persona física en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó: "1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obra. 2. En tales supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa del autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

⁵⁹ ISABEL PÉREZ, A. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas" en *AAVV Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 22.

Hasta la Reforma del CP operada en 2010, los mandatos penales se dirigían únicamente a las personas físicas para la imputación directa por los delitos cometidos, es decir, atribución de responsabilidad criminal con base en presupuestos de conducta humana (partiendo de una idea personal e individual), concebidos para la atribución de responsabilidades penales exclusivamente a las personas físicas. Este modelo de intervención penal ha sido cuestionado, en los últimos tiempos, por considerarse claramente insuficiente para exigir responsabilidades penales a los entes, con el propósito de evitar posibles lagunas de impunidad en el contexto de la criminalidad organizada, amenazando con ello, la preservación del clásico principio *societas delinquere non potest*.

Para delimitar la responsabilidad penal de los que ejercían el poder en un contexto organizado, se utilizaba la autoría por dominio social del hecho, lo que era posible siempre que se tratara de personas físicas, pero no se hacía posible su proyección con respecto a las personas jurídicas, porque el hecho de admitir una directa responsabilidad penal de las personas jurídicas, suponía contradecir los principios garantistas del derecho penal y cuestionarse los conceptos tradicionales como la culpabilidad y el reproche individual.

La intención del legislador con la Reforma del CP de 2010 en España, fue implantar una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas independiente de la responsabilidad penal de la persona física, de forma que no se hacía necesaria la previa individualización de ésta última como responsable del delito cometido.

Todo ello no obsta para que en el estatuto del artículo 31 bis CP se consignara un vínculo de partida entre el actuar de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica; así, presupuesto para esta última es que una persona física, en los términos que señalaba el precepto hubiera perpetrado un delito, con independencia de que al final pudiera resultar una responsabilidad de la persona jurídica y no se hubiera individualizado o no fuera exigible la responsabilidad de la persona física.

La intención del legislador con el artículo 31 bis CP del CP de 2010 fue la de establecer un modelo de responsabilidad directa de la persona jurídica e independiente de la declaración de responsabilidad de la persona física, sin existir para ello, una atribución de responsabilidad por hecho propio a la persona jurídica (es decir, la comisión de hechos delictivos como consecuencias de acuerdos tomados por los órganos sociales), sino que, se siguió tomando como referencia la acción de una persona física, aunque el nuevo redactado del artículo 31 bis CP no exigiera una previa declaración de responsabilidad penal de esta última⁶⁰, lo que conllevó un cambio en la configuración del concepto tradicional de imputación y culpabilidad, mediante la introducción de un sistema completamente innovador en nuestro sistema Penal.

Ya entonces se advertía una necesidad de esclarecer en texto legal, de manera explícita, un fundamento propio de la responsabilidad penal de

⁶⁰ MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 54.

las personas jurídicas, que más tarde se tradujo en el defecto de organización⁶¹.

Analizando el contenido del artículo 31.1 bis del CP de 2010, cabían dos hipótesis:

A) Comisión de un delito por persona física con poder, que actúa en nombre o en beneficio de la sociedad. En esta persona física concurre la condición de representante legal o administrador de hecho o de derecho, lo que equivale a ostentar un poder societario dentro de la estructura de la persona jurídica, poder que se concreta en la facultad

⁶¹ CARBONELL MATEU, J.C., MORALES PRATS, F., en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, Op. Cit., pp.71; MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 55; HERNÁNDEZ, L., "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.120 advertía de la necesidad de "exigir algún defecto de organización o ausencia de procedimientos operativos estandarizados -si no ya asunción por los órganos rectores de la empresa de las decisiones ilícitas individualmente tomadas- para que la persona jurídica pueda ser responsable de lo que ella no hace".; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*" en AAVV *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Ed.), Navarra, 2006, p. 289, advertía que "si el legislador español se decanta por instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el modelo a introducir debe ser un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial o de responsabilidad por el hecho propio de la empresa", si bien, el autor se refería al artículo 31.2 CP modificado por la Reforma del CP de 2003; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas -aspectos sustantivos y procesales-*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p.36 alude a la necesidad de adoptar un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas basado en el hecho propio, que no tenga "como presupuesto la responsabilidad penal de la persona física -o, en general, la necesidad de identificar una persona física cuya actuación <desencadene> la responsabilidad de la empresa".

de adoptar decisiones en su nombre o controlar su funcionamiento. En este caso se habla de acción directa⁶².

B) responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas físicas en el ejercicio de sus actividades y que sean en provecho de aquellas protagonizados por personas subordinadas o dependientes. Estos hechos delictivos deben ser cometidos por personas físicas que se encuentran sometidas a un poder de dirección y no se debe haber ejercido sobre ellas el debido control, para que se cumplan los requisitos típicos⁶³. En este caso se habla de acción descontrolada.

Aparte de la "supuesta" responsabilidad directa de la persona jurídica, el legislador decidió dotar al estatuto de las personas jurídicas de autonomía e independencia con respecto a declaración de responsabilidad de las personas físicas, de forma que, el propósito fue perfilar un modelo de responsabilidad acumulativa, es decir, la declaración de responsabilidad de un sujeto, no excluía la del otro. En palabras de ZUGALDIA ESPINAR "la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no tiene por finalidad, ni está pensada, para evitar la asignación de responsabilidad individual en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas (como es la empresa)"⁶⁴. Sin

⁶² El precepto incluye la conducta de gestores de hecho y de derecho, lo que resulta razonable, puesto que si la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedara excluida de la conducta de los gestores de hecho, resultaría ser una opción recurrente sistemáticamente a los gestores fácticos para obtener la impunidad.

⁶³ CARBONELL MATEU, J.C., MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, Op. Cit., p.72.

⁶⁴ ZUGALDIA ESPINAR, J.M. "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las*

embargo, de ser así, no se acaba de entender porqué se incorporó en el mismo precepto la necesidad de modular las respectivas cuantías cuando se impusieran penas de multa a ambos sujetos. De lo anterior, se infiere que, a pesar del modelo pretendido por el legislador, se ha acabado instalando una fórmula "mixta" de la que subyacen elementos referidos a la responsabilidad penal derivada o dependiente de otra.

En cuanto al ámbito de aplicación del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se verá en profundidad más adelante, a pesar de que la Reforma del CP de 2015 modificó el elenco de sujetos susceptibles de generar responsabilidad penal en la persona jurídica, se mantuvo en gran parte, la estructura definida por el legislador en 2010, en cuanto a las dos vías posibles de atribución de responsabilidad a los entes, esto es, de una parte, por los delitos cometidos, en general, por las personas físicas que albergan poder societario (en este punto, se efectúa una modificación al texto legal, que amplía el ámbito de proyección de la norma), y de otra parte, por los delitos cometidos por personas físicas subordinadas a las anteriores, sobre las que no se ha ejercido determinados deberes de vigilancia y supervisión.

Este último caso, tanto en la regulación del CP de 2010 como de 2015, evoca la institución de la "*culpa in vigilando o in eligendo*" propia de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, una institución mucho más propia de la imprudencia que no de conductas dolosas⁶⁵. En este

personas jurídicas en el Derecho Penal Español, Ponencia ofrecida por el autor, consultable a través de la página oficial del Ministerio de Justicia, en el enlace: "www.mjusticia.gob.es", p.11.

⁶⁵ MORALES PRATS, F. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de Reforma en el Derecho penal español" en AAVV *La adecuación del*

supuesto puede surgir el inconveniente de los códigos o reglamentos de funcionamiento interno que muchas empresas tienen para marcar cuáles deben ser las pautas de conducta a seguir tanto por los directivos como los empleados.

Como decíamos, aunque la intención inicial del legislador fue definir un sistema de atribución directa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desvinculado de la declaración de responsabilidad individual de las personas físicas, el resultado obtenido con la Reforma del CP de 2010 fue la configuración de un modelo "mixto", que albergaba, de una parte, particularidades del método de la responsabilidad por transferencia o heterorresponsabilidad, en punto a depender de la previa comisión de un delito por los representantes o administradores y, de otra parte, elementos propios de los sistemas de autorresponsabilidad o responsabilidad independiente, como la verificación de una falta del "debido control" de la empresa que hubiera podido favorecer la conducta delictiva (que más tarde acabó mutando hasta el defecto de organización, configurado como hecho propio de la persona jurídica sobre el que radica la atribución de culpabilidad)⁶⁶⁶⁷.

derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea, Op. Cit., p.53.

⁶⁶ DE LA CUESTA, J.L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 69 ss.

⁶⁷ A pesar de que la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 22 de enero de 2016, Madrid, p.6, no reconozca el modelo mixto en la regulación del estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por cuanto "el artículo 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la Reforma de 2015, es que las personas jurídicas "serán penalmente responsables de los delitos cometidos" por personas físicas". Concluye la Fiscalía "hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene

Dicho de otro modo, la Reforma del CP de 2010 no optó por crear una responsabilidad penal por hechos propios de la persona jurídica en sentido estricto; como se ha dicho, se atribuía una responsabilidad a la sociedad por el hecho cometido por un directivo o un empleado, en el seno de la sociedad y en beneficio de la misma, pero en todo caso, se atribuía a la persona jurídica un hecho de otro, a pesar de que en el apartado segundo del artículo 31 bis CP se insertaran elementos que evocaban a la responsabilidad autónoma y directa (como la falta del "debido control" que más bien sirvió de esbozo para el hecho propio de la persona jurídica introducido con la Reforma del CP de 2015 o la expresa indicación de que "la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el párrafo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella").

Merece una especial alusión, el sistema de incriminación de cláusula específica adoptado con la Reforma del CP de 2010 (que se mantuvo con la posterior Reforma del CP operada en 2015). Se optó por un sistema de *numerus clausus*, que suponen en el Libro II, cláusulas específicas de autorización para aplicar a determinados delitos el estatuto del artículo 31 bis CP, de este modo no puede ser aplicado este estatuto a otros delitos por exigencia del principio de legalidad. De ahí que, cuando, conforme al sistema de incriminación por *numerus*

penalmente responsable por los delitos cometidos por otros". Reconocido lo anterior, en mi opinión, no es menos cierto que se introducen numerosos elementos que revelan una autonomía de la responsabilidad penal de los entes colectivos con respecto a la responsabilidad declarada para los sujetos individuales [igualmente reconocidos por la propia Fiscalía en las pp. 8 ss de la misma Circular], lo que culmina con la configuración mixta de ambos elementos.

clausus, se identifican en la Parte Especial del CP los hechos delictivos atribuibles a la persona jurídica, se comprueba que se trata siempre de hechos de la persona física. El propio tenor de los tipos a los que es proyectable el artículo 31 bis CP permite llegar a esta conclusión de manera clara.

3. La reforma del CP de 2015: alcance de las modificaciones operadas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁸.

⁶⁸ La Reforma del CP de 2015, mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo acometió la modificación del estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de los siguientes preceptos:

Artículo 31 bis CP

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, 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.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. 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:

1.^a 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;

2.^a 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;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a 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

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.

3. 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.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

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.

Artículo 31 Ter

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de

circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 31 Quater

Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) 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.

Artículo 31 Quinquies

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Artículo 66 bis

2. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta 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.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

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.

Con la Reforma del CP de 2015 mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se producen profundas modificaciones en el estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas, a pesar del escaso período de vigencia de la anterior regulación. Sin perjuicio de analizar pormenorizadamente el alcance de las mismas en los próximos Capítulos, a continuación se efectúan algunas consideraciones de las que, a mi juicio, han sido las tres grandes modificaciones que definen la Reforma del CP de 2015 en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En primer lugar, se sustituye el controvertido "debido control" (introducido por la anterior Reforma del CP) por "los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad", es decir, se esclarece el contenido del referido deber atribuido habitualmente a la figura del *Compliance Officer* (como nueva categoría de sujetos incorporados a los definidos por el legislador en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis CP), que será ejercido sobre el personal subordinado y cuya omisión o deficiente aplicación, se erigirá como el elemento primordial que haya permitido la perpetración del delito por éstos⁶⁹.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del apartado 1 del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal".

⁶⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, Op. Cit., p. 22.

De otra parte, se conecta la responsabilidad penal de la persona jurídica a la idea del defecto de organización, de forma que de verificarse éste se construye el concepto del hecho propio de la persona jurídica, en orden a una atribución de responsabilidad penal sin vulnerar el principio de culpabilidad. A esta tesis, denominada teoría de la organización, se venían refiriendo diversos autores, tratando de encontrar el motivo por el que una actuación de una persona jurídica puede acarrear responsabilidades⁷⁰. A mi parecer, la configuración del defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica, se erige como la modificación más relevante introducida por el legislador con la Reforma del CP de 2015.

La idea de configurar el defecto de organización empresarial como el hecho propio que permite una atribución de responsabilidad a la persona jurídica, no fue bien acogido por todos los sectores doctrinales. De una parte, un sector doctrinal defendió la decisión del legislador, por reconocer el defecto de organización como método que permite una construcción de la culpabilidad autónoma de la persona jurídica y, de otra parte, algunos autores rechazan la posibilidad de admitir esta teoría por considerar que las anomalías producidas en el seno de una empresa son atribuibles a la ineficiente actuación de sus gestores, órganos unipersonales o colegiados, compuestos siempre por

⁷⁰ Sobre esta cuestión, NIETO MARTIN, A. "Por qué es útil y necesario sancionar penalmente a las personas jurídicas" en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit., pp. 43 ss.; MORÓN LERMA, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales" en AAVV, *Las sanciones penales en Europa*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 362.; MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos* Op. Cit., p.388.; CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Op. Cit., p.63.

personas físicas, por esta razón podría resultar incluso cuestionable la necesidad de acudir a la responsabilidad de la persona jurídica bajo la idea de una organización deficiente, pues incluso podría especularse que bastaría con individualizar las esferas de responsabilidad en el plano de las personas físicas⁷¹. Como más adelante se verá, a pesar de haberse constituido el defecto de organización como el hecho propio de la persona jurídica, que permite una atribución de responsabilidad penal independiente de la responsabilidad de la persona física, no se exige como presupuesto necesario cuando se refiera a la primera vía de imputación, es decir, cuando el delito sea cometido por los 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. Lo anterior, evidencia una incoherencia, en mi opinión, con el propósito que parece perseguir la norma, por cuanto, el defecto de organización configurado como hecho propio de la persona jurídica, debería entenderse como condición *sine qua non* para predicarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, con independencia del

⁷¹ Se cita a HERNÁNDEZ, L. "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica" en AAVV, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.121, a modo de ejemplo sobre los cuestionamientos planteados entorno al defecto de organización como criterio de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. En este sentido, la autora advertía que si "la base de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica estriba en un defecto de organización, éste habrá de ser el primer aspecto que habrá que analizar para, al margen de responsabilidades penales individuales, observar si la persona jurídica es merecedora o no de la sanción penal. Si su estructura organizativa está diseñada en sintonía con lo que las prácticas de buen gobierno aconsejan, con una adecuada delegación de funciones y competencias, estableciendo las mismas unos controles razonables (no más allá de lo que el correcto ejercicio de la práctica societaria o mercantil recomiende), decaería este criterio como motivo de imputación y surgiría el riesgo de una aplicación automática y objetiva del texto penal (lo que está por ver que suceda)".

cargo que ostente el autor material del delito, en consecuencia, debería hacerse extensivo a todos los empleados de la empresa (no sería un disparate imaginarse a un representante legal de la empresa o un directivo con poder de decisión, cometiendo un delito por un defecto de organización empresarial). En este sentido, no se acaba de entender la limitación introducida por el legislador en cuanto al ámbito de proyección del artículo 31 bis CP.

En el mismo orden de cosas, a pesar de que el defecto de organización se presenta como el elemento central (hecho propio) de la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se explicita si éste debe revestir carácter doloso o imprudente (en términos de conocer o desconocer el defecto de organización que permite la comisión del delito por la persona física), lo que en cualquier caso ocasiona, como se verá, dificultades interpretativas y de aplicación de la norma, por cuanto o se cuestiona el propósito para el que se ha concebido o se vulneran los principios garantistas del Derecho Penal. Todo lo anterior, a pesar de que algún sector doctrinal considere que el tipo subjetivo del injusto únicamente puede venir configurado por las categorías del dolo y la culpa de la persona física que materialmente ejecuta el delito, por considerarlo un problema del ilícito penal y no de la culpabilidad.

Una segunda modificación operada con la Reforma del CP de 2015 es la relativa a la introducción de los modelos de organización y gestión⁷², que si bien, no se han definido por el legislador como un sistema preceptivo, en mi opinión, deviene la única herramienta a disposición

⁷² El artículo 31 bis CP los denomina indistintamente, modelos de organización y gestión, modelo de prevención o modelo de organización y prevención. En este trabajo, se considera que todos ellos se circunscriben al concepto de "modelo de organización".

de los entes para plantear una atenuante o exención de responsabilidad penal. En conclusión, a pesar de que su implantación no es obligatoria, no se puede negar que representan la única vía posible para exonerarse de responsabilidad penal y, se quiera o no, el hecho de carecer de ellos conlleva asumir un riesgo ilógico. Sin embargo, como se analizará más adelante, resulta inconcebible que el legislador, en estos términos, no haya efectuado distinción alguna entre las grandes corporaciones y las pequeñas y medianas empresas.

La Reforma del CP de 2015 introduce una tercera "gran" modificación en el artículo 31 quinquies CP, en punto a reducir el elenco de sujetos sobre los que se proyecta su ámbito de aplicación. Nos estamos refiriendo a los partidos políticos, sindicatos y Sociedades Mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (si bien, en éste último caso, se efectúa una limitación a la imposición de la pena). Las referidas entidades, dejan de estar amparadas por el carácter público con el que el legislador las había dotado con el anterior artículo 31 bis CP de 2010, para ocupar el lugar que les corresponde, es decir, entidades privadas (o "*quasi* privadas", como se verá) que operan, en algunos casos, en el tráfico jurídico mercantil a favor del interés general, de forma que a diferencia de lo que ocurría hasta la Reforma del CP de 2015, ya no se encuentran excluidos como destinatarios de la norma.

En otro orden de cosas, llama la atención el hecho que la referida Reforma del CP, se llevó a cabo sin recabar el preceptivo informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial, circunstancia inaudita para el Consejo de Estado, que la hizo constar en el Dictamen aprobado el 27 de junio de 2013, a propósito de la reforma del artículo

31 bis CP⁷³ "se echa en falta en la Memoria una explicación y un análisis más detallados de las importantes modificaciones previstas en esta materia, pero, sobre todo, el Consejo de Estado no puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que esta importante parte de la reforma proyectada no haya sido informada por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal. De ello resulta que la modificación del vigente régimen legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido en una versión del Anteproyecto posterior a la que fue sometida a informe de dichos órganos que, en consecuencia, no han podido expresar sus puntos de vista al respecto, lo que resulta claramente criticable. Lo anterior constituye una relevante omisión en el procedimiento que el Consejo de Estado debe reprobar, y que el propio Tribunal Supremo ha censurado recientemente (cierto es que en el contexto del procedimiento de elaboración de un Real Decreto, y en relación con la intervención de este Consejo) en su sentencia de 21 de mayo de 2013".

Destaca el hecho que la modificación del artículo 31 bis CP de 2015 aparezca copiada literalmente del Decreto Legislativo 231/2001 italiano⁷⁴. Si se comparan ambos textos legislativos, resulta asombrosa la semejanza de su contenido, a pesar de advertir diferencias en cuanto a la regulación de las vías de exención de la responsabilidad

⁷³ Consideración Quinta del Dictamen del Consejo de Estado Número 358/2013 aprobado el 27/6/2013 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal.

⁷⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013" en AAVV *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, ALVAREZ GARCIA, F.J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J.R. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 18ss.

penal de la persona jurídica. La idea de considerar la posibilidad, siquiera remota, de que el legislador español pudiera haber transcrito el precepto italiano para regular la responsabilidad de las personas jurídicas en España, resulta inquietante, teniendo en cuenta que, en Italia, no existe un estatuto de responsabilidad penal de los entes, sino, un sistema de sanciones administrativas impuestas en un proceso penal. Como advierte DOPICO GÓMEZ-ALLER, "mediante esta suerte de plagio legislativo, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España quedará transformada en un *Frankenstein jurídico*, construido con órganos de distintos cuerpos (legislación penal española y legislación administrativa italiana)"⁷⁵.

En los próximos Capítulos, ahondaremos en las particularidades del estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas definido con las Reformas operadas en el CP, y cómo ha evolucionado el estado de la cuestión hasta la actualidad.

4. Análisis jurisprudencial

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en España, se habían dictado resoluciones, con base en el artículo 129 CP, es decir, en el plano de las consecuencias accesorias. Mediante la aplicación del referido precepto, se atribuía responsabilidad penal a la persona jurídicas con carácter dependiente de la responsabilidad penal declarada para la persona física, autora material del delito. Sin

⁷⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013" en AAVV *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Op. Cit., p. 22.

embargo, a partir de la Reforma del CP de 2010 y el consiguiente cambio de configuración del estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (a favor de su atribución de forma directa e independiente), el panorama jurisprudencial en estos términos, se caracteriza por una ausencia generalizada de resoluciones contra las personas jurídicas con base en el artículo 31 bis CP. A pesar de lo anterior, se localizan algunas resoluciones dictadas desde entonces, en las que, salvo alguna excepción, se puede apreciar una carencia de argumentos jurídicos sólidos sobre los que el órgano judicial fundamenta la atribución de responsabilidad penal, limitándose en algunos casos, a una escueta referencia en la parte dispositiva de la sentencia o auto, en punto a declarar la culpabilidad de la persona jurídica imputada.

El Tribunal Supremo ha reconocido expresamente, mediante una resolución dictada cinco años después de la entrada en vigor de la Reforma del CP del 2010, e incluso con posterioridad a la Reforma del CP de 2015, que "no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del artículo 31 bis CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que conforman el Derecho Penal"⁷⁶. En la misma resolución, incluso el Tribunal Supremo se refiere a la falta de fundamentación de la atribución de responsabilidad penal a la sociedad

⁷⁶ Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015 de 2 de Septiembre de 2015, con número de recurso 111/2015, consultable a través de la página Web oficial del Consejo General del Poder Judicial: "www.poderjudicial.es".

imputada en el procedimiento en cuestión, efectuada por el órgano judicial que dio lugar al recurso planteado ante aquél: "la ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP)"⁷⁷.

En la misma línea, la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia, declara responsable penal a la persona jurídica con escasos argumentos referidos a los fundamentos de atribución de la responsabilidad penal⁷⁸.

A pesar de lo anterior, en febrero del 2016, el Tribunal Supremo [mediante Sentencia condenatoria a la persona jurídica encausada] se pronunció acerca de los criterios esgrimidos para la atribución de la responsabilidad penal, cuyo propósito se encamina a construir, en el plano judicial, la base del estatuto de la responsabilidad penal de las

⁷⁷ Véase Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015 de 2 de Septiembre de 2015, con número de recurso 111/2015, en el que refiere a la falta de fundamentación de la condena a la persona jurídica imputada de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 742/2014 de 17 de diciembre de 2014, con número de recurso 1627/2014 consultable a través de la página Web oficial del Consejo General del Poder Judicial: "www.poderjudicial.es". En efecto, la mencionada resolución, se limita a declarar que "los hechos probados son constitutivos, respecto de la entidad XXX SL, un delito de estafa previsto y penado en el artículo 251 bis - 2º del CP y que castiga a la persona jurídica que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis, sea responsable de los delitos cometidos en esta Sección", de lo que subyace una notoria insuficiencia argumental del fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica.

⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 155/2014 de 19 de Febrero de 2014 con número de recurso 101/2013 consultable a través de la página Web oficial del Consejo General del Poder Judicial: "www.poderjudicial.es". El órgano judicial escasamente se refiere a la persona jurídica en toda la resolución, salvo en su parte dispositiva, donde la declara culpable de un delito contra el medio ambiente y le impone, la consiguiente la pena de multa e indemnización de forma solidaria junto a la persona física autora material del delito.

personas jurídicas⁷⁹. Sin embargo, conviene matizar que, en sede judicial, no existe consenso acerca del fundamento de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas o la carga de la prueba, pues si bien el fallo del Tribunal condena a la persona jurídica sometida al proceso penal con base en determinados criterios interpretativos de la norma, el voto particular del mismo Tribunal cuestiona la decisión, alegando criterios opuestos. Concretamente, el Tribunal entiende, de una parte, que el núcleo central del fundamento de la atribución de responsabilidad a los entes radica en el defecto de organización, entendido como la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, mientras que el voto particular sostiene que lo anterior responde a un elemento adicional del tipo subjetivo cuya naturaleza se ubica en un presupuesto de tipicidad evanescente y negativo. De otra parte, el Tribunal considera que la carga de la prueba debe recaer en la acusación, pues lo contrario vulneraría los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, mientras que el voto particular entiende que corresponde a la persona jurídica alegar la concurrencia de los medios preventivos del delito como base del elemento probatorio que integra la circunstancia eximente.

Sin perjuicio de analizar detalladamente los fundamentos de la referida resolución más adelante, lo que aquí conviene manifestar es que, a pesar de la intención del legislador de incorporar al Ordenamiento jurídico penal un estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas que sirviera de instrumento para castigar la criminalidad empresarial, lo cierto es que la controvertida construcción normativa del fundamento de la atribución de responsabilidad penal sobre la que se ha erigido,

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de Febrero de 2016, con número de recurso 10011/2015.

conlleva que la viabilidad del modelo de estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas elegido por el legislador siga siendo cuestionado. No obstante, la resolución debe acogerse de forma positiva por cuanto viene a sentar un precedente jurisprudencial en tan novedosa materia.

Así las cosas, la más que limitada experiencia jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas varios años después de su entrada en vigor, revela la dificultad con la que el legislador ha dotado al procedimiento normativo regulador de la novedosa institución, lo que impide que, en clave judicial, se puedan fundamentar jurídicamente las resoluciones, con cierta normalidad.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Fundamento de la imputación: problemas conceptuales y problemas de garantías

No es una novedad que los grupos criminales emplean a las personas jurídicas como instrumentos para desarrollar sus actividades delictivas en un contexto organizado, motivo por el que se ha ido superando el clásico principio *societas delinquere non potest*, tanto en Europa como fuera de sus fronteras.

A pesar de la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica como novedosa institución en algunos de los ordenamientos jurídicos europeos (y también fuera de ella, como el caso de Estados Unidos), como veníamos adelantando en epígrafes anteriores, surgen desconfianzas acerca de la legitimidad de los criterios de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas y la atribución de la culpabilidad, con base en un hecho propio. Lo anterior radica en la errónea pretensión de destinar las tradicionales instituciones penales a una categoría de sujetos para los que, inicialmente no fueron concebidas, lo que colisiona de plano con la dogmática jurídico-penal y la teoría del delito.

En definitiva, la principal problemática, a mi entender, reside en la determinación de los criterios de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su articulación dentro de un sistema

garantista, como es el ordenamiento jurídico penal que, de forma secular, se ha concebido como el sistema protector por antonomasia de los bienes jurídicos fundamentales para la sostenibilidad de la sociedad. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil o administrativa, la posibilidad de fundamentación de la responsabilidad penal resulta mucho más complicada, debido a que secularmente su atribución se ha producido únicamente a las personas físicas, y por este mismo motivo, como decimos, las instituciones penales solo se conciben para las mismas.

Además sobre si suscitan dudas entorno al instrumento jurídico que debe disciplinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Derecho penal o derecho administrativo); incluso, si se opta por las consecuencias accesorias, como se venía regulando hasta la Reforma del CP de 2010, aunque de otra parte, las respuestas ofrecidas por esos sistemas normativos podían resultar claramente insuficientes, en vista de la rapidez con la que evoluciona la criminalidad empresarial. Para CUZÓN CÁNOVAS, "resulta imprescindible dotar al Estado de unas respuestas penales específicas y adecuadas para esta nueva realidad de la criminalidad organizada, toda vez que, la responsabilidad penal clásica se ha revelado insuficiente para luchar contra estas estructuras delictivas"⁸⁰. Por su parte, ISABEL PÉREZ manifiesta "la insuficiencia de prevenir los hechos socialmente dañosos, sobre la base de la responsabilidad criminal individual, siendo necesario así

⁸⁰ CUZÓN CÁNOVAS, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada" en AAVV, *Reforma Penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, Cuadernos penales José María Lidón, Número 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 46. Asevera el autor que "la criminalidad organizada ha crecido y se ha transformado de tal manera que ha llegado a convertirse en una verdadera economía del crimen, totalmente conectada con la denominada economía legal [...]".

reaccionar también frente a determinados ilícitos de las personas jurídicas, aunque ello implique la necesidad de reformar los conceptos fundamentales de la <dogmática penal>, anclados en un pensamiento excesivamente individualista y personalista del Derecho Penal⁸¹. En palabras de ZUGALDIA ESPINAR, el Derecho penal "ahora debería abrirse a modelos racionalistas pragmáticos que piensan también en el <homo economicus> sin renunciar a las garantías tradicionales del Derecho Penal"⁸². Como decíamos, esas conductas intermedias a las que se refiere ZUÑIGA RODRIGUEZ, evidencian la dificultad con la que cuentan algunas de las instituciones actuales para adaptarse a un cambiante contexto económico y social (especialmente en el ámbito de las nuevas tecnologías, finanzas y criminalidad organizada), que

⁸¹ ISABEL PÉREZ, A. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 23ss.

⁸² ZUGALDIA ESPINAR, J.M. "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Op. Cit., p.4. En la misma referencia, ZUGALDIA ESPINAR, recurre a los posicionamientos de ROXIN o BACIGALUPO SAGESSE para incidir en la necesidad de adaptar el Derecho penal a las demandas sociales. Ambos autores consideran que "una de las características fundamentales del Derecho Penal del siglo XXI va a ser la ampliación del sujeto a las personas jurídicas, pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica tienen su origen en empresas grandes y poderosas y no pueden afrontarse eficazmente sus peligros pensando a una persona física que puede fácilmente ser reemplazada"; ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Op. Cit., 2013, pp. 16ss. alude a la necesidad de evitar que el principio de intervención mínima "pueda ser utilizado como coartada para configurar el Derecho Penal de forma clásica y obsoleta, sino orientarlo para dar respuesta a muchos y nuevos delitos". El autor se refiere a los delitos cometidos en el contexto de los derechos de los trabajadores, los consumidores, el medio ambiente, dignidad humana y ordenación urbanística, entre otros.; CUZÓN CÁNOVAS, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada" en AAVV, *Reforma Penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, Op. Cit., p. 48, alude a que "las razones para la consideración de la persona jurídica como sujeto del Derecho Penal responde, a la necesidad de dar respuesta a los problemas de la sociedad moderna, cuya complejidad no puede ser explicada solo a partir del ser humano".

entraña necesidades emergentes a las que hay que atender, como la definición continua de nuevos tipos penales para su posterior regulación, en aras a evitar situaciones de impunidad. Por consiguiente, en términos legislativos, se debe realizar un esfuerzo extraordinario por acometer las continuas demandas circunscritas, por ejemplo, a los delitos referidos al sector socioeconómico, nuevas tecnologías, contra la Hacienda Pública o el medioambiente, como sectores a la cabeza en términos de criminalidad empresarial⁸³. Sin embargo, no parece existir la misma unanimidad en cuanto a que sea la vía penal la idónea para el sometimiento del estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas. Para BAJO FERNÁNDEZ sería conveniente elaborar un Derecho Penal específico para las personas jurídicas "en el que se castiga a las personas jurídicas por los hechos propios y a los que se imponen medidas preventivo-punitivas". Todo ello, para preservar el Derecho Penal tradicional y sus principios garantistas (como el de culpabilidad y personalidad de las penas)⁸⁴. En la misma línea argumental, ROBLES PLANAS aboga por un cuerpo normativo penal especial para las personas jurídicas, ideado para regular las situaciones de las empresas que se desee evitar, con

⁸³ CUZÓN CÁNOVAS, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada" en AAVV, *Reforma Penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, Op. Cit., p. 47, manifiesta que "hoy en día parece evidente que la persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo de la delincuencia económica, lo que ha llevado a reconocer la existencia, junto a la criminalidad en la empresa, de una verdadera criminalidad de empresa".

⁸⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. "La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro" en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI - En homenaje al Prof. Antonio González-Cuellar García*, Colex, 2006, p. 81 propone un Derecho penal accesorio que fundamente el castigo de las personas jurídicas, siempre que se resuelva previamente, de una parte, si se le debe exigir o no un hecho propio a la persona jurídica, y de otra parte, si se requiere culpabilidad o imputación subjetiva propia.

indicación de su correspondiente pena asociada⁸⁵. Por su parte, GARCÍA ARÁN sostiene que sería mejor "que el Derecho penal de las personas jurídicas -siendo distinto-, se configure de manera paralela al de las personas físicas sin necesidad de asumir todos y cada uno de sus elementos, de forma que esa especialidad permanezca en el ámbito de las personas jurídicas sin riesgo de contaminar el hecho penal de las personas físicas"⁸⁶. Por último, MIR PUIG considera que "no es necesario sustituir el concepto de culpabilidad humana por el de alguna forma de "culpabilidad" de entes no humanos como son las personas jurídicas. Todo ello será necesario si el Código penal requiriese, para las "penas" que ha previsto para personas jurídicas, que éstas cometieran los delitos a los que se asocian"⁸⁷.

Nuestro ordenamiento jurídico penal se caracteriza por tomar como base las conductas puramente humanas propias de las personas físicas, que actúan con voluntad y que albergan capacidad para

⁸⁵ ROBLES PLANAS, R., "¿Delitos de las personas jurídicas? - A propósito de la Ley Austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos", en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, número 344, Barcelona, Abril 2006, p. 19.

⁸⁶ GARCÍA ARÁN, M., "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Reforma de 2007" en *AAVV Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Op. Cit., p. 265, efectúa un análisis de la aplicación de las consecuencias accesorias (art. 129 CP) a las personas jurídicas. Sobre la posibilidad de configurarse un Derecho penal distinto destinado a la regulación del estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas, cuyo origen radicaría en la naturaleza y realidad de los sujetos (personas jurídicas), la autora matiza que "no debería escandalizar que, exclusivamente en esa vía, se prescindiera de esa valoración añadida al injusto que denominamos culpabilidad y que es la que permite tomar en consideración circunstancias irrenunciablemente personales por las que se excluye la culpabilidad".

⁸⁷ MIR PUIG, S., "Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad" en *AAVV Responsabilidad de la empresa y Compliance*, MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), Edisofer, Madrid, 2014, p. 5. (En el Capítulo dedicado a las penas se abordará en profundidad los posicionamientos doctrinales referidos a la aplicación de las consecuencias jurídicas a las personas jurídicas).

distinguir el bien del mal. Las personas jurídicas como tal, carecen de voluntad y capacidades humanas para discernir y comprender la ilicitud de los hechos, lo que orilla en la conclusión de que cualquier responsabilidad penal exigible a una persona jurídica se originará, en todos los casos, en una previa conducta criminal de una persona física con la que mantiene vínculos. A partir de ese momento se activará el mecanismo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y, será en un momento posterior, cuando se verificará si han concurrido los presupuestos necesarios para determinar si a causa de un defecto de organización empresarial, se ha consentido la comisión de un delito, que de no existir, se pudiera haber evitado. Pero lo que parece irrefutable desde el plano objetivo, es que lo que inicia la secuencia de sucesos que culminará con la posible atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, es una conducta humana.

Lo anterior trae como consecuencia, que el quid de la controversia sobre el estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, radique, de una parte, en las incógnitas suscitadas por el legislador acerca del tratamiento aplicable a las personas jurídicas en la *praxis* judicial y, de otra parte, en los problemas derivados de la atribución de culpabilidad a las personas jurídicas con base en un hecho propio cuyo origen radica en una cuestionable fundamentación de la imputación de la responsabilidad penal, todo ello, sin entrar en colisión con el modelo dogmático penal de origen romano-germánico vigente.

Atendiendo al concepto de imputación, que tradicionalmente se ha manejado en nuestro ordenamiento jurídico, se constata que se ha concebido, durante siglos, una teoría basada en la voluntad del ser humano. Para JAKOBS, una acción solo puede tener consecuencias

jurídicas cuando se muestra como realización de una voluntad o acción de un sujeto⁸⁸. Prosigue la explicación, citando la teoría de la imputación de HEGEL: "la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad, cuya determinación fundamental, su esencia, es la libertad, que en cuanto significa autodeterminación y pertenece al ser de la persona como expresión de su yo y de su racionalidad, posibilita imputar al hombre su hecho como propio y hacerle responsable del mismo. Sólo a quien tiene voluntad, a la persona, puede serle imputado algo".

En consecuencia, el eje tradicional sobre el que versa la teoría de la imputación y la acción es, la voluntad humana, rasgo inherente al ser humano y del que carecen las personas jurídicas como tal. A su vez, la voluntad humana se erige como el factor clave que define una acción como dolosa o imprudente, lo que se refleja en la construcción de las categorías legitimadoras de la atribución de la culpabilidad al sujeto. El artículo 31 bis CP no exige que concurren dolo o imprudencia como elementos subjetivos del tipo en las personas físicas susceptibles de cometer el delito, y por consiguiente, de desencadenar el mecanismo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. No se exigen porque tales categorías no se pueden trasladar sin más, a las personas jurídicas, que como bien decimos, no albergan ni voluntad humana ni capacidad para discernir como lo hiciera una persona física⁸⁹. En palabras de PÉREZ ARIAS, "la persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad, entre otras cosas, porque no existe su solo

⁸⁸ Véase JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 24 ss.

⁸⁹ GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31bis C*, Op. Cit., p.107.

pretendida capacidad de acción y, por ende, su capacidad para realizar en sentido propio, hechos, sean antijurídicos o no"⁹⁰.

Con la Reforma del CP del 2010 y la incorporación del término "debido control", como presupuesto para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica cuando el delito hubiera sido cometido por un subordinado, parte de la doctrina entendió que en los delitos perpetrados por el primer grupo de sujetos definidos en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis CP (representantes legales y "administradores de hecho o de derecho", sustituidos posteriormente por los que "están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma") llevaban aparejado el dolo como elemento subjetivo del tipo y, lo único que se transfería a la persona jurídica era la consecuencia jurídica, es decir, la responsabilidad penal [lo que de otra parte parece lógico, ante la ausencia de fundamentos claros de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en un hecho propio]. No ocurría así con el segundo grupo de sujetos definidos en el párrafo segundo del mismo precepto (los empleados subordinados) y el controvertido "debido control" que debía ejercer sobre ellos el primer grupo de sujetos.

En efecto, el referido precepto no concretaba si la omisión del deber de controlar debidamente a sus subordinados, debía ser dolosa o si por el contrario, se admitía la posibilidad de la imprudencia en este caso. La cuestión es que se dejaba la puerta abierta a una omisión imprudente del deber de control, como presupuesto necesario para originar una

⁹⁰ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2014, p.147.

responsabilidad penal de la persona jurídica⁹¹. Este escollo fue teóricamente superado con la Reforma del CP de 2015, por la que de una parte, se esclareció el término "debido control" por "los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad" y de otra parte, se definió el defecto de organización como criterio fundamentador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificando de nuevo su estatuto, por cuanto, lo que se venía configurando como un delito de omisión, dejó paso a la definición del hecho propio de la persona jurídica en aras a fundamentar su culpabilidad.

Un dato parece claro en el terreno de lo constatable: si acudimos al conjunto de delitos que admiten la proyección del artículo 31 bis CP comprobaremos cómo se trata en la práctica totalidad de los casos de delitos dolosos de persona física⁹², por ejemplo, el delito de prostitución, corrupción de menores, estafa, tráfico de influencias, entre otros. Por consiguiente, a la persona jurídica se está atribuyendo una responsabilidad penal que arranca de hecho ajeno doloso, y se quiera o no eso afecta a la interpretación y a la modulación del estatuto de responsabilidad penal de los entes (a pesar de que cabría distinguir el defecto de organización doloso o imprudente, el razonamiento opuesto hallaría su raíz, de nuevo, en la voluntad del sujeto del que dependieran las medidas de prevención y control que configurarían la

⁹¹ Para un mayor detalle sobre la cuestión, véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013, p.267. El autor plantea una hipotética situación que pudiera producirse, a saber, acto doloso de persona física + omisión imprudente del deber de control por el superior jerárquico = responsabilidad penal de la persona jurídica. Asimismo, apunta que un sector amplio de la doctrina exige que la omisión del deber de control se especifique en el precepto como "dolosa".

⁹² CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, Op. Cit., p.73.

organización empresarial y cuyo quebrantamiento pudiera justificar el defecto de organización. Es decir, no correspondería hablar de dolo o culpa en el defecto de organización como tal, si se pretende sostener que las medidas de prevención y control que pueden dar lugar al mismo, radican en la voluntad humana del sujeto que las controla).

Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ TERUELO efectúa una interesante reflexión acerca del contrasentido que subyace del hallazgo normativo del legislador respecto al defecto de organización, por cuanto "la sociedad responderá, normalmente por un tipo doloso (la gran mayoría de los que prevén esta forma de responsabilidad lo son). Sin embargo el reproche a la sociedad (defecto de organización) será normalmente imprudente: la sociedad por descuido, desatención o negligencia no ha sido dotada de sistemas eficaces para prevenir el delito. A la vista de este esquema podría pensarse que sólo es posible activar el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el defecto de organización ha sido buscado de manera dolosa o intencional". Prosigue el autor advirtiendo que "si esa fuera la opción elegida, no tendría sentido todo el modelo preventivo que parece inspirar la regulación penal, creado al objeto de estimular el control por parte de los titulares del capital social y dirigido a la prevención de delitos"⁹³.

⁹³ Véase FERNÁNDEZ TERUELO, J. "Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31 bis 1, 2 inciso 1º y 5)" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015, p.79. El autor, junto a las advertencias referidas en este epígrafe, previene que "el castigo de la persona jurídica a través de tipos dolosos por comportamientos normalmente imprudentes entra además en aparente conflicto con el sistema de *numerus clausus* referido a la imprudencia previsto en el artículo 12 CP".

En efecto, la construcción normativa elegida por el legislador para permitir la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, parece un contrasentido, por cuanto, de una parte, admitir que el defecto de organización únicamente pudiera ser doloso, no se correspondería con el objetivo que parece perseguir la norma (prevenir comportamientos delictivos), sin embargo, de otra parte, reconocer el defecto de organización imprudente, conllevaría atribuir responsabilidad a un sujeto con base en un hecho imprudente pero cuyo origen radica en un delito doloso (en su gran mayoría) perpetrado por la persona física. Dicho de otro modo, en palabras de FERNÁNDEZ TERUELO "tipos dolosos en virtud de los cuales se castiga a la persona jurídica que, sin embargo, únicamente (por lo general) habrá llevado a cabo un comportamiento imprudente (el reiterado defecto de organización)".

Esta situación normativa resulta, cuanto menos, sorprendente, a la vista de la dificultad con la que el legislador parece haber dotado al sistema criminalizador de las personas jurídicas. Lo anterior, unido a las demás incógnitas que suscita el estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (expuestas en este trabajo), favorece, a mi juicio, no sólo la aparición de corrientes doctrinales que cuestionan la viabilidad del modelo elegido, sino que crea una expectación extraordinaria en cuanto al modo en que se resolverán los casos por los jueces y Tribunales.

Retomando la cuestión anterior, a las personas jurídicas siempre se les ha reconocido la condición de perjudicados incluso en delitos puramente individuales, como los delitos cometidos contra el honor o la intimidad. Pero una cosa es ser receptor de la conducta delictiva en

términos de perjuicio, y otra muy distinta es el diseño del protagonismo de esa conducta delictiva, y es aquí donde comienzan las dificultades para fundamentar la responsabilidad de los entes. Cuando en el párrafo primero apartado 1 del artículo 31 bis del CP se indica que "las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica [...] las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos [...] por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior", el legislador se inclina por un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o derivada, por cuanto se atribuyen al ente hechos cometidos por otros, que son las personas físicas a las que alude el referido precepto, y con las que mantiene un nexo de unión.

En definitiva, la idea de responsabilidad derivada por actos cometidos por otra persona resulta complicada, teniendo en cuenta que nuestra tradición toma como base la idea de responsabilidad penal por el hecho propio, esto es, se trata de una responsabilidad personal sin posibilidad de transferirla. Nadie puede ser castigado por un hecho realizado por otro. Este principio se halla en las raíces culturales del sistema penal y ahora encuentra serios escollos para ser preservado, a pesar de los esfuerzos materializados por el legislador en punto a definir el hecho propio de la persona jurídica, a través del cuestionado defecto de organización. Debe tenerse en cuenta que la idea de responsabilidad penal por el hecho propio penetra en la teoría jurídica del delito a través de múltiples manifestaciones, que se identifican tanto en el ámbito de la

autoría, la teoría de la participación, la configuración del injusto penal y la culpabilidad.

En el mismo orden de cosas, como se ha indicado en el Capítulo anterior, con la Reforma del CP de 2010, el legislador abordó la responsabilidad de la persona jurídica mediante un catálogo cerrado de delitos⁹⁴, a los que es proyectable la cláusula del artículo 31 bis, lo que excluye la posibilidad genérica de imputación a la persona jurídica en cualquier otra clase de delitos no incluidos en dicho catálogo, por exigencia del principio de legalidad⁹⁵. Por consiguiente, el derecho español no acoge la concepción de que la persona jurídica pueda cometer cualquier clase de delito, sino únicamente los recogidos en ese elenco cerrado de delitos. El fundamento de esta regulación radica en la idea de mantener la regla general de responsabilizar desde el punto de vista criminal a las personas físicas, suponiendo una

⁹⁴ El catálogo de delitos recoge los siguientes: Tráfico ilegal de órganos humanos (artículo 156 bis); trata de seres humanos (artículo 177 bis); Delitos de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (artículo 189 bis); Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (artículo 197 quinquies); Estafas (artículo 251 bis); Frustración de la ejecución (artículo 258 ter); Insolvencias punibles (artículo 261 bis); Daños informáticos (artículo 264 quater); Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (artículo 288); Blanqueo de capitales (artículo 302.2); Financiación ilegal de los partidos políticos (artículo 304 bis.5); Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (artículo 310 bis); Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis.5); Urbanización, construcción o edificación no autorizables (artículo 319.4); Contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 328); Relativos a las radiaciones ionizantes (artículo 343.3); Riesgos provocados por explosivos y otros agentes (artículo 348.3); Contra la salud pública -excepto tráfico de drogas- (artículo 366); Contra la salud pública -tráfico de drogas- (artículo 369 bis); Falsificación de moneda (artículo 386.5); Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (artículo 399 bis); Cohecho (artículo 427 bis); Tráfico de influencias (artículo 430); Delitos de odio y enaltecimiento (artículo 510 bis); Financiación del terrorismo (artículo 576).

⁹⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Op. Cit., p.3.

excepción a esta regla, la imputación de determinados resultados delictivos a la persona jurídica.

En suma, en cuanto al modelo propuesto de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, se puede concluir que existe unanimidad en cuanto a la necesidad de adoptar medidas frente a las sociedades⁹⁶. Sin embargo, en cuanto a la forma de llevarlo a cabo, no existe tal consenso.

El hecho que la persona física encarne el eje sobre el que rota la responsabilidad penal de la persona jurídica, permite que no resulte cuestionable desde el punto de vista del análisis jurídico penal tradicional, lo que de otro modo sería negado, esto es, tratar del dolo con proyección a las personas jurídicas en tanto que las sociedades, propiamente no actúan con dolo ni con imprudencia; es el hecho de que el presupuesto de la responsabilidad de los entes sea la conducta de una persona física, lo que permite efectuar equiparaciones de algo propio de los individuos en el plano de las sociedades.

Por otra parte, hubiera sido deseable que en el catálogo de delitos que admiten la aplicación del artículo 31 bis, se hubieran incluido determinados supuestos de delito culposo o imprudente, como, por

⁹⁶ Según ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Op. Cit., p. 4, "el Derecho penal de la persona física, por si solo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica". En efecto, la mayoría de la doctrina se postula a favor de este lógico argumento, por cuanto, como se viene refiriendo a lo largo de este trabajo, uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho penal es la criminalidad organizada, circunstancia a la que debe adaptarse en orden a ofrecer una respuesta normativa adecuada.

ejemplo, el aborto o las lesiones entre otros⁹⁷. Sorprende, como sostiene SILVA SÁNCHEZ, que no se hayan tenido en consideración delitos tan importantes como los delitos contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 CP o la falta de colaboración con entidades inspectoras de mercados sujetos a supervisión administrativa, recogido en el artículo 294 CP⁹⁸. Tampoco se ha incluido el delito ecológico en su modalidad imprudente o que en el delito de cohecho, únicamente la empresa responda por el cohecho activo, no pasivo⁹⁹.

A pesar de que, en el ámbito penal pueda admitirse este tipo de fundamentación de la responsabilidad criminal, que permite orillar la generación de conceptos equivalentes al dolo o la culpa para personas jurídicas, a buen seguro conducirá a resultados estériles de alcanzar, por cuanto los entes ni pueden actuar con malicia ni pueden infringir, de manera personal, normas de cuidado¹⁰⁰; todo lo más podrá alcanzarse la conclusión de que las sociedades infringen deberes jurídicos, y que por tanto les son reprochables formas de actuación societaria, para alcanzar así un concepto paralelo al de la culpabilidad de las personas físicas, pero obsérvese que esa infracción de deberes es perfectamente conectable, en el plano objetivo, con la idea de

⁹⁷ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Op. Cit., p. 13.

⁹⁸ Observación realizada por SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., p. 246.

⁹⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., "Art. 31 bis" en AAVV, *Comentarios al Código Penal-Reforma LO 5/2010*, CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.), Tirant Lo Blach, Valencia 2011, p. 130.

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p. 367.

defecto de organización, es más, la prueba de la infracción del deber surgirá cuando se constate ese defecto de organización conectado con la comisión del delito¹⁰¹. Por consiguiente, habrá que evitar la interpretación de las normas que se circunscriben en un criterio objetivista, entendiendo por tal el automatismo en la transferencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, puesto que de otro modo se daría cabida a la atribución a las personas jurídicas de la responsabilidad objetiva, que se manifestaría en el momento que se decidiera que la responsabilidad por cualquier actuación de un directivo de una sociedad, se atribuyera automáticamente a la persona jurídica¹⁰².

¹⁰¹ Sobre esta cuestión, véase ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos - análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.61, reconoce que las personas jurídicas no encajan en las categorías de acción y culpabilidad tal como están concebidas en la actualidad y por ello, se postula a favor de establecer otros conceptos de acción y culpabilidad propios de la persona jurídica: "En efecto, las personas jurídicas son incapaces de acción (pero solo si a la acción se la define exclusivamente como comportamiento humano); las personas jurídicas son también incapaces de culpabilidad (pero solo si a la culpabilidad se le entiende exclusivamente en clave bío-psicológica) y las personas jurídicas son incapaces de pena (pero solo si a ésta se la concibe como castigo retributivo del mal uso de la libertad humana). Pero al margen de estos conceptos de acción y de culpabilidad exclusivos de la persona física, existen también unos conceptos de acción y culpabilidad propios de la persona jurídica sobre los que es posible exigirle responsabilidad criminal sin violar ningún principio constitucional, lo que corrobora que el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no es un problema ontológico, sino un simple problema de definición". En definitiva, propone configurar unas categorías dogmáticas paralelas y distintas a las existentes donde subsumir a las personas jurídicas, lo que en cierta manera viene a admitir que las personas jurídicas no son los destinatarios idóneos de las normas penales tal como están estructuradas, pues para ello se debería articular todo un sistema penal paralelo que permitiera una fundamentación de la atribución de responsabilidad penal a estos sujetos con todas las garantías de acuerdo a esas nuevas categorías dogmáticas, que a día de hoy no existen.

¹⁰² QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p.367; DEL MORAL GARCIA, A., "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? (comentarios a la Reforma del art. 31 Código penal)" en *Especial Reforma Código Penal*, Op. Cit., p. 24.

Parte de la doctrina considera que, por ejemplo, infringir de forma individual los deberes de vigilancia de los administradores no debería dar lugar, de forma automática, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰³. Para un importante sector de la doctrina, el fundamento autónomo de imputación de la responsabilidad penal a las sociedades, que evitaría la transferencia automática de la responsabilidad a la persona jurídica, debía residenciarse en la comprobación de un defecto de organización, relacionado de manera directa con el delito cometido por la persona física¹⁰⁴, y en esa misma línea argumental, se ha centrado el legislador con Reforma del CP de 2015, con la elección del defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica que servirá, para fundamentar la atribución de culpabilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la necesidad de evitar una exclusión automática de la responsabilidad de la persona física, en detrimento de la persona jurídica, por cuanto "lo contrario, equivaldría a una inaceptable cláusula genérica de exculpación a las personas que componen las personas jurídicas"¹⁰⁵.

¹⁰³ BACIGALUPO, E., "Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *"compliance"* (a propósito del Proyecto de Reformas del Código Penal de 2009), en *Diario La Ley*, número 7442, 9 de julio de 2010.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", en *Diario la Ley*, Op. Cit., p. 2

¹⁰⁵ Véase el Fundamento Jurídico Tercero del Auto del Tribunal Supremo 2008/2011 de 15 de Diciembre, con número de recurso 1201/2011, consultable a través de la página Web oficial del Consejo General del Poder Judicial "www.poderjudicial.es". El Tribunal indica explícitamente que "de la lectura del precepto indicado [artículo 31 bis CP], resulta evidente que la declaración de responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que la componen. En todo caso, el artículo 31 bis CP, lejos de excluir la responsabilidad de las personas individuales, recoge la responsabilidad criminal de las personas jurídicas incluso en el caso de que las personas naturales que fuesen responsables, estuviesen exentos o no pudiesen identificarse individualmente. En otras palabras, la responsabilidad criminal de las

La idea de desvincular la responsabilidad penal de la persona jurídica de la física resulta seductora, reconociendo a la persona jurídica una autonomía por encima de cualquier individuo con un fundamento propio de la culpabilidad, lo que permitiría emancipar la atribución de responsabilidad a la sociedad. Pero este sistema no fue el elegido por el legislador, ni en la Reforma del CP de 2010 ni, posteriormente, en la operada en 2015, pues a pesar de que se acabó configurando el defecto de organización como el hecho propio que posibilita la atribución de la culpabilidad a las personas jurídicas, se incide en el hecho que el modelo elegido responde a un sistema de responsabilidad derivada, donde la imputación a la persona jurídica queda supeditada a la actuación criminal de la persona física, quien activa el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la perpetración del delito. Una vez verificado lo anterior, se determinará si el delito fue traído como causa de un defecto de organización empresarial, (con la que mantiene vínculos y en cuyo beneficio actúa), a fin de exigir al ente la responsabilidad penal de manera directa. Atendido lo anterior, lo que parece incuestionable es que, la conducta humana se presenta como la premisa indispensable para la posterior atribución de responsabilidad a la persona jurídica, o lo que es lo mismo, la responsabilidad de la persona jurídica versa sobre un fundamento anclado en un hecho ajeno.

En consecuencia, se identifica la necesidad de establecer un fundamento propio de la responsabilidad de la persona jurídica. Es aquí donde cobra relevancia el estatuto de organización o de

personas jurídicas, no excluye e de las personas naturales y a la inversa. Esto es, la lectura del tenor literal del precepto, lleva a concluir que no se trata de dos géneros de responsabilidades criminales excluyentes, sino distintas en su forma de nacimiento, en sus presupuestos y en su propia existencia[...]"

autorregulación organizativa de las empresas (en el que nos adentraremos más adelante); y de ese estatuto de organización serán relevantes en el ámbito penal aquellos aspectos cuya preservación hubieran podido evitar la comisión del delito; asimismo también serán relevantes las deficiencias o lagunas del estatuto de organización, si lo que se pretende es que el fundamento de la responsabilidad sea el déficit de organización relevante y conectado directamente con la comisión del delito.

En esta línea de discurso impacta, complicando la interpretación, la referencia en el artículo 31 bis CP relativa a que el delito de la persona física se haya llevado a cabo en nombre, por cuenta y en beneficio de la sociedad o bien en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio de la entidad, aspectos que se perfilan como presupuestos necesarios para la existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero, vayamos por partes: la referencia a que el delito se cometa en nombre de la sociedad o en el ejercicio de actividades sociales no perturba la interpretación, por cuanto el legislador está indicando que el delito de la persona física se debe haber cometido en el seno de la empresa.

Lo que alberga un cierto efecto perturbador es la referencia a que el delito se cometa por cuenta y en beneficio de la sociedad; no podemos ocultar que esta referencia, que por cierto viene a limitar considerablemente el ámbito de proyección del artículo 31 bis CP, viene a comprometer en cierta medida la construcción fundamentadora de la responsabilidad del ente sobre la idea del defecto de organización; esto es, si lo reprochable es el defecto de organización imputable a la empresa, no se acaba de entender por qué el delito de la

persona física debe aprovechar a la sociedad, dado que conceptualmente son posibles conductas delictivas de la persona física, en provecho exclusivo de esta última, que han sido posibles, precisamente, por el defecto organizativo de la empresa. Sin embargo, como se verá más adelante con el debido detalle, el beneficio exigido por la norma responde a la necesidad de descartar los casos en los que la persona jurídica resulta perjudicada por un delito cometido por la persona física, incluso aunque éste se haya perpetrado por un defecto de organización, pues carecería de toda lógica que se le atribuyera la responsabilidad penal del delito cometido siendo, a la vez, la víctima del mismo.

Por otra parte, la coexistencia de un estatuto nuevo de responsabilidad penal de las personas jurídicas con el tradicional, (propio de las personas físicas) podría presuponer una fórmula que evitara la responsabilidad penal de las personas físicas, resolviendo mediante la única acusación a la persona jurídica y, por consiguiente, se obviaría todo procedimiento de averiguación de responsabilidad contra la persona física, con el ánimo de finalizar cuanto antes el proceso y conseguir un castigo más rápido que satisfaga a los perjudicados. En este sentido, el Derecho Penal no debería conformarse con imputar el hecho a la persona jurídica, sino que tendría que exigir, en cada caso, una averiguación de las personas que han intervenido o ejecutado la actividad delictiva en cualquiera de sus formas de participación. Sirva lo anterior como advertencia de un posible uso perverso, o cuanto menos no pretendido por el legislador, del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la Reforma del CP de 2010 (y posteriormente modificado por la Reforma del CP de 2015).

Por todo lo anterior, pretender consensuar las vías idóneas de imputación de conductas delictivas a las personas jurídicas es una cuestión compleja, ya que partimos de la base de la comisión de un delito por una persona distinta a la que se le atribuye la consecuencia jurídica, resultando que, para que exista una imputación a la persona jurídica por un hecho cometido por una persona física, se deberían trasladar las categorías del dolo y la culpabilidad¹⁰⁶. Sin embargo, de entre las diferentes propuestas planteadas para resolver la cuestión, el legislador halló en el defecto de organización, la fórmula idónea, a su juicio, para prescindir de ambas categorías en orden a configurar el hecho propio de la persona jurídica.

1.1 Modelos de determinación de la responsabilidad penal

En el contexto del derecho comparado, ZUGALDIA ESPINAR identifica tres modelos que responden a diferentes criterios para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas¹⁰⁷:

1. Primer modelo: Delitos cometidos por persona física, cuya consecuencia jurídica (ya sea pena de multa o indemnización a terceros perjudicados) se impone a la persona jurídica en cuyo beneficio se haya actuado. En este caso, la persona jurídica quedaría

¹⁰⁶ Se podría concluir que la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica presenta como un sistema inusual en nuestro Ordenamiento jurídico Penal, por cuanto se atribuye la consecuencia jurídica de un delito a persona distinta de quien materialmente lo ha ejecutado. Esta nota de excepcionalidad de la norma, se considera más próxima al sistema civil del *vicarious liability* que a las instituciones propias del Derecho Penal.

¹⁰⁷ Véase el artículo completo de ZUGALDIA ESPINAR, J.M., “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, en *Cuadernos de política criminal*, número 53, 1994 p. 618.

obligada solidariamente al pago de la cantidad impuesta como sanción. *A posteriori*, la persona jurídica podría repetir contra la persona física responsable del delito cometido. Esta forma de exigir responsabilidad criminal a la persona jurídica, la califica el autor como de tipo “impropio”, aunque no deja de ser una forma más de atribución de la responsabilidad penal.

2. Segundo modelo: Otra de las formas de atribución de responsabilidad penal en el derecho comparado, es la denominada “forma indirecta”, caracterizada por la imposición en determinados casos, de sanciones concretas a la persona jurídica, cuando el delito ha sido cometido por persona física. En este supuesto, se debate sobre los criterios de imputación, que admiten dicha atribución permitiéndose el de actuar dentro de la categoría de la persona jurídica, así como la conducta realizada por la persona física se enmarque dentro del ámbito de la sociedad y el de haber actuado en nombre e interés de persona jurídica.

Este segundo modelo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas responde al elegido por el legislador español para elaborar el estatuto de las personas jurídicas, antes de la Reforma del CP de 2010¹⁰⁸.

3. El tercer modelo constituye lo que se denomina la forma “propia directa” de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, mediante la que se permite la declaración de responsabilidad a la

¹⁰⁸ Considerado como modelo español antes de la Reforma del CP en cuanto a determinados delitos como el depósito de armas, delito contra el medio ambiente, delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo.

persona jurídica, de forma directa e independiente de la que se derive con respecto a la persona física que haya dirigido la acción prohibida¹⁰⁹.

Este tercer modelo sería el más similar al escogido por el legislador español con la Reforma del CP de 2010 (mantenido con la posterior Reforma del CP de 2015), en cuanto a la declaración de responsabilidades penales independientes¹¹⁰.

Por su parte, SILVA SANCHEZ, identifica dos grandes categorías genéricas que explicarían el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A saber, de una parte, la que faculta la transferencia de la responsabilidad a un sujeto (persona jurídica) distinto del que perpetró materialmente el delito (persona física) y, de otra parte, la que se fundamenta en la atribución de la consecuencia jurídica de un hecho propio¹¹¹.

Además de estos modelos, existen otros muchos con sus particularidades. Así, el Código Penal australiano se caracteriza por un sistema que permite la sanción de cualquier tipo de organización, sin

¹⁰⁹ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, en *Cuadernos de política criminal*, Op. Cit., p. 619

¹¹⁰ Este modelo es igualmente utilizado en las legislaciones de Holanda y Francia. En el caso francés, por ejemplo, el *Code Penal* de 1994 recoge en el artículo 121-2 que: “las personas morales, con la exclusión del Estado, son responsables penalmente, en los casos previstos por la Ley, de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes: los colectivos territoriales y sus agrupaciones no son responsables penalmente más que de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación de un servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”.

¹¹¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit, pp. 254 ss.

restricción alguna y sin ningún tipo de distinción. Por el contrario, el sistema estadounidense, a nivel federal, establece en concreto qué clase de organización puede ser sancionada por el Derecho penal, excluyendo a cualquier otra que no encaje en la misma categoría. Los sistemas francés y español entienden que solo aquellas organizaciones que se encuentren reconocidas jurídicamente como tales pueden ser sancionadas; en el caso del CP español el artículo 129 CP contempla las sanciones penales y el estatuto de responsabilidad para los grupos o asociaciones sin personalidad jurídica en el plano de las consecuencias accesorias, mientras que las personas que albergan personalidad jurídica se regirán por lo dispuesto en el artículo 31 bis CP.

En el caso español, pese a los esfuerzos del legislador por concretar un hecho propio atribuible a la persona jurídica, (lo que haría pensar que se ha optado por un sistema de atribución de responsabilidad por el hecho propio o autorresponsabilidad), se esconde una fórmula de responsabilidad por atribución, por cuanto se exige como presupuesto necesario, la previa conducta delictiva de la persona física quien activa el mecanismo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica¹¹² (toda vez que se verifiquen con posterioridad, los presupuestos exigidos por el artículo 31 bis CP).

¹¹² Así lo indica expresamente la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado "Relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010", Madrid, 1 de Junio de 2011, en su página 33: "En coherencia con el modelo elegido -donde la responsabilidad de la persona jurídica no obedece a la pretendida culpabilidad de la empresa sino a un mecanismo normativo de transferencia".

2. Vías de imputación de las personas jurídicas

El artículo 31 bis CP introducido por la Reforma del CP de 2010 recogía las vías de imputación de las personas jurídicas y los presupuestos que debían concurrir para activar el mecanismo de atribución de la responsabilidad penal. Posteriormente, con la Reforma del CP de 2015 operada mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el contenido de estos parámetros se vio alterado a causa de una profunda modificación del precepto. En este epígrafe del trabajo se esclarecerán, de una parte, las vías por las que se puede imputar penalmente a una persona jurídica en la actualidad, (para ello, se identificarán los sujetos activos del hecho típico capaces de generar responsabilidad penal a la persona jurídica), y de otra parte, los presupuestos que deben concurrir para la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (hechos de conexión).

Por lo que respecta a las vías de imputación de la persona jurídica, se citan a continuación los modelos teóricos planteados por GÓMEZ TOMILLO para, posteriormente, explicar el modelo elegido por el legislador para la regulación actual¹¹³:

1. El primer modelo, defiende la tesis que la responsabilidad de la empresa se deriva como consecuencia de actos u omisiones llevados a cabo por **órganos o representantes legales** con capacidad para

¹¹³ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 60ss.; GÓMEZ TOMILLO, M. "Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas en el sistema español. Antecedentes" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015, pp. 39 ss.

actuar en nombre o por cuenta de aquella, comúnmente conocido como *intendification theory* o *alter ego*. Este modelo entiende que el artículo 31 bis CP no ha configurado un mecanismo propio que facilite la imputación directa de hechos delictivos a la persona jurídica, si no que, a través de una conducta delictiva de las personas físicas, crea un lazo normativo con un resultado de atribución de la responsabilidad penal por la comisión de dichas infracciones a las personas jurídicas¹¹⁴. Como requisito exige la existencia de una función de dirección en la sociedad, residenciada en los órganos de dirección como *alter ego* en la sociedad. El autor reconoce los inconvenientes de este modelo, que se concretan en los siguientes: a) se detecta una falta de cobertura para las sociedades de hecho o en proceso de formación; b) existen impedimentos en los que se puede incurrir cuando las responsabilidades dentro de una sociedad quedan diluidas debido a la complejidad de su estructura organizativa; c) se refiere a la más relevante, por cuanto se identifica una necesidad de individualizar la acción delictiva en una persona física, lo que contradice de plano el objetivo de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica de forma autónoma e independiente.

De esta manera ni tan siquiera pueden explicar claramente el supuesto contemplado en el artículo 31 bis CP de responsabilidad de la persona jurídica, cuando la persona física que perpetra el delito es un subordinado fuera de control.

¹¹⁴ En efecto, subyace en este precepto la idea de responsabilidad de las personas físicas del sistema de transferencia, en virtud del cual, algunas personas físicas en determinadas circunstancias, constituyen el *alter ego* o el cerebro de la persona jurídica, de tal forma que se entiende que sus comportamientos son los de aquella y desde este prisma, la persona jurídica debe responder por los mismos.

2. El segundo modelo que identifica GOMEZ TOMILLO, es aquel que hace extensiva la responsabilidad a la persona jurídica por actos de la **persona física que actúe en su nombre o en su favor** (incluidos también los actos de todos sus empleados o personal dependiente de la misma); lo que se denomina estándar *repondeat superior*. Este sistema es el más utilizado en Estados Unidos y precisa la concurrencia de tres presupuestos, a saber, a) Comisión de un hecho punible por parte de un empleado, sin necesidad de pertenecer a un órgano directivo; b) El hecho cometido se lleva a cabo en el ejercicio de su función dentro de la sociedad y como persona privada; y por último, c) El hecho se ha perfeccionado con un resultado favorecedor para la empresa, aunque aquí también pueda entenderse que el simple hecho de llevarlo a cabo, lleva implícito el interés personal para el infractor.

Este estándar *repondeat superior* al que se refiere el autor, no hace otra cosa que favorecer la asunción de las responsabilidades directivas en aras a poner en práctica las medidas necesarias para impedir la comisión de delitos en el seno de la empresa por todos los empleados que la integran, ya sean a nivel directivo o a otros niveles inferiores, considerando a todos los empleados como representantes o símbolos de la empresa para la que trabajan, y por consiguiente, cualquier acto que la perjudique, repercutirá en la responsabilidad o culpabilidad del administrador de esa sociedad por su falta de control.

3. Por último, el tercer modelo consiste en un sistema mixto a caballo entre los dos anteriores, propio del *Model Penal Code*, donde se entiende que únicamente la comisión de delitos por parte de los **dirigentes de una empresa** pueden acarrear responsabilidad penal para la persona jurídica. Este modelo, alberga la circunstancia de

limitar la responsabilidad penal, en comparación con el segundo de los modelos teóricos, donde no se hacía distinción entre personal directivo y el resto de empleados de una misma sociedad. Asimismo, esta teoría exige para calificar como típica la conducta que se lleve a cabo por el personal directivo y que, además, esa conducta se verifique exclusivamente dentro de la estructura de la sociedad, pues solo en este ámbito las conductas adquieren pleno sentido jurídico.

En mi opinión, ninguno de ellos ofrece soluciones definitivas, toda vez que acotan enormemente los supuestos en los que se podría atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Pero, vayamos por partes, se iniciaba este epígrafe efectuando una aclaración acerca de las modificaciones operadas por la Reforma del CP de 2015 sobre la regulación inicial de las personas jurídicas introducida en el ordenamiento penal mediante la Reforma del CP de 2010. En efecto, no es un tema insustancial, por cuanto en un breve plazo de vigencia de una institución tan novedosa como es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha operado una profunda reforma que ha venido a dificultar más, en parte, el estatuto de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento penal. Para una mejor comprensión del escenario actual de las personas jurídicas, en relación a una hipotética atribución de responsabilidad penal y la concurrencia de los presupuestos necesarios, se deben poner en comparación los modelos introducidos por el legislador en ambas reformas operadas sobre el artículo 31 bis CP.

Las vías iniciales de imputación de la responsabilidad penal que eligió el legislador para su introducción en el CP con la Reforma del 2010 fueron las siguientes: a) delitos perpetrados por representantes legales

y administradores de hecho o de derecho, y, b) delitos perpetrados por personal subordinado de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho¹¹⁵. Posteriormente (con la Reforma del CP de 2015) se sustituyó la figura del administrador 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"¹¹⁶. Indudablemente, mediante esta modificación,

¹¹⁵ El artículo 31 bis apartado 1 del CP introducido con la Reforma del CP del 2010 mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio recogía lo siguiente: "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. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso"

¹¹⁶ La figura del administrador no ha sido expresamente definida en el ordenamiento penal. Para ello, se debe acudir a otras legislaciones: según la legislación mercantil, la figura del Administrador se considera al miembro o miembros que componen el órgano de administración de la empresa. La estructura de este órgano de administración puede adoptar varias formas, según el número de miembros que la conforman. Así, según el artículo 124.1 del Real Decreto 1784/1996 de 19 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil publicado en el BOE núm. 184 de 31 de Julio de 1996: "en los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye: a) A un administrador único, b) A varios administradores que actúen solidariamente, c) A dos administradores que actúen conjuntamente, d) A un Consejo de Administración integrado por un mínimo de 3 miembros". Las mismas formas de organización las encontramos recogidas en el artículo 210.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, publicado en el BOE número 161 de 3 de julio de 2010: "La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración". La misma Ley, en su artículo 236.3 introduce una definición expresa de lo que se debe considerar un administrador de hecho: "La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los

el precepto abarca un mayor número de supuestos en los que tendrían cabida todas aquellas figuras jerárquicas dispersas en las enrevesadas organizaciones empresariales, con facultades de control y decisión bastantes para actuar en nombre y en beneficio de la sociedad. Por consiguiente, proyectar el precepto únicamente en relación al sujeto "administrador" como única persona con poder de decisión dentro de la sociedad, supondría obviar el hecho que, las conductas criminales dentro de una estructura organizativa (sobretudo en grandes corporaciones), pueden residenciar en diferentes niveles de responsabilidad con similares capacidades de decisión y control, lo que pudiera derivar en un caso de impunidad por una falta de correspondencia entre el cargo que ostente el sujeto activo del hecho típico y el requerido en el tipo penal descrito en el artículo 31 bis CP, (todo ello a pesar de no disponer de un título oficial que legitime el desempeño de la función). Sin embargo, en la actualidad, es una práctica habitual de las grandes corporaciones, por cuanto estas funciones directivas se ejercen con el consentimiento de la persona jurídica y, por consiguiente, devienen válidamente concedidas (aunque de forma tácita o extraoficial).

En suma, con las Reformas del CP del 2010 y 2015, se acaba instaurando un sistema de doble vía de imputación de la

administradores de la sociedad". Sin embargo, conviene recordar a este respecto que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones en cuanto a la delimitación del concepto penal que debe realizarse de los términos "administrador de hecho" y "administrador de derecho". La STS 471/2007 de 26 de enero de 2007 establece que a efectos penales, se considerará administrador de hecho a quien "sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de hecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como administrador".

responsabilidad penal a las personas jurídicas. De una parte, la vía de los delitos cometidos por los representantes y directivos y, de otra parte, la vía de los delitos cometidos por los subordinados como consecuencia de un defecto de organización empresarial. La primera de ellas radica en el sistema de heterorresponsabilidad, por cuanto se atribuye a la persona jurídica la responsabilidad penal de un delito cometido por otra persona (la persona física representante o directiva) con la que mantiene vínculos y a la que exime de cualquier sometimiento a las normas de organización, de forma que el "defecto de organización", en este caso, no opera como hecho propio de la persona jurídica, mientras que en el segundo caso, la atribución de responsabilidad se fundamenta en el referido hecho propio (defecto de organización) que recuerda a la institución civilista de la "*culpa in vigilando o in eligendo*", como más adelante se verá.

En mi opinión, a pesar de que el legislador ha ampliado el repertorio de sujetos susceptibles de generar responsabilidad penal a las personas jurídicas, en contrapartida ha incluido elementos que vienen a limitar ostensiblemente el ámbito de proyección del artículo 31 bis CP, es decir, mediante la configuración, por ejemplo, del defecto de organización únicamente verificable en los delitos cometidos por los subordinados (como si un directivo o representante no pudiera delinquir como consecuencia del mismo); la necesidad de concurrir de forma simultánea todos los presupuestos exigidos en la norma; o, la lista cerrada de delitos sobre los que es proyectable una responsabilidad penal a los entes, revelan una cuestionable intención legislativa de perseguir y prevenir las conductas criminales en el interior de las empresas. Todo lo anterior, unido al hecho que desde la entrada en vigor de la Reforma del CP del 2010, se han emitido un número irrisorio

de resoluciones en la materia, lo que viene a incidir en el hecho de que quizás la regulación del "novedoso" estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas no esté cumpliendo con el propósito con el que fue concebido, a pesar de las advertencias de algunos sectores doctrinales planteadas desde un inicio sobre la cuestión. De todo ello, se abordará detalladamente en los epígrafes y Capítulos posteriores.

2.1 Los sujetos activos del hecho típico

La configuración de la vía de imputación de la persona jurídica a través de los delitos cometidos por los administradores (de hecho o de derecho) introducida con la Reforma del CP de 2010 no estaba exenta de polémica, ya que la expresa distinción que efectuó el legislador de ambas figuras en el artículo 31 bis CP, suscitó dudas acerca de las atribuciones reales del administrador de hecho y su papel en la causación de responsabilidad penal a la persona jurídica. Sin adentrarnos en detalle en cuestiones adyacentes al contenido de este apartado, conviene esclarecer las funciones básicas del administrador de una sociedad, que como venimos apuntando, fueron causa de debate con la anterior regulación (la operada por la Reforma penal de 2010). Las funciones básicas del administrador de una sociedad residen, de una parte, en encarnar la máxima figura de gestión de la empresa y de otra parte, en la función representativa de la sociedad frente a terceros. A mi entender, la primera de ellas hubiera fundamentado la obligación de supervisión de la actividad empresarial, lo que incluiría las funciones de supervisión sobre los subordinados¹¹⁷,

¹¹⁷ Sobre esta cuestión, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., p. 54, detalla las competencias que, a su parecer, configuran la función del administrador de representar la máxima figura de gestión de la empresa

y la segunda de ellas, vendría a establecer la obligación de actuar frente a terceros en nombre de la empresa, como máximo representante de la misma.

En relación a esta última función de representación de la sociedad, se entiende que la persona jurídica se supedita a las decisiones adoptadas por el administrador en su representación frente a terceros, ya que no sólo actúa en actos propios de su actividad social sino que esta facultad de representación también se extiende a la personación en juicios, por ejemplo, en nombre de aquella¹¹⁸. Concluye el Tribunal Supremo acerca de este asunto, que administrador será quien lleve a cabo "una realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección[...] el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión"¹¹⁹. En definitiva, la única diferencia entre ambas figuras reside en el título formal que faculta para

"[...] teniendo encomendadas funciones como las de planificación, organización, coordinación y vigilancia general de la actividad empresarial encaminadas al desarrollo y la consecución del que sea el objeto social". En la misma línea argumental, aunque de forma más genérica, véase IGLESIAS, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "Los órganos sociales de las sociedades de capital" en AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENENDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.), Civitas, Octava Edición, Navarra, 2010, p. 490, "[...] Han de entenderse facultados para realizar todas aquellas actividades u operaciones que sean idóneas para el desarrollo del objeto social y que no estén reservadas a la Junta General. En consecuencia, y al margen de la función representativa de la sociedad, de la que en ningún caso pueden ser desposeídos, a los administradores les corresponde también toda la actividad de gestión de la empresa dentro de los límites marcados por el objeto social".

¹¹⁸ Esta afirmación radica en lo establecido por el artículo 233.1 de la Ley de Sociedades de Capital : "En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente".

¹¹⁹ Fundamento jurídico único de la Sentencia del Tribunal Supremo 59/2007 de 26 de enero de 2007, Recurso número 1064/2006.

el ejercicio del cargo, sin embargo, el legislador se decantó por introducir de forma expresa la distinción entre administrador de hecho y de derecho, quizás promovido por el temor a no ofrecer cobertura ante la eventualidad de que el autor material del delito pudiera recaer en el administrador de hecho y derivar en un caso de impunidad. Finalmente, a la vista de las interpretaciones efectuadas tanto por la jurisprudencia como por la legislación mercantil, parecía lógico equiparar la responsabilidad de ambos (administrador de hecho y de derecho) por cuanto sus atribuciones residen en el poder de decisión, efectivamente ostentado en los dos casos.

Con la anterior aclaración, se concluye el debate iniciado con motivo de la introducción por el legislador de la figura del administrador de hecho, ya superado con la nueva Reforma del CP de 2015.

Como decíamos, el cambio de paradigma en los sujetos activos del hecho típico permite encajar en la categoría de autor del delito a todas aquellas personas físicas que, sin cumplir estrictamente con los requisitos exigidos para ostentar el título de administrador de hecho o de derecho, gozan de ciertas atribuciones que les permiten adoptar decisiones relevantes en nombre de la persona jurídica o bien, sin poder hacerlo, ejercen sus funciones de organización y control dentro de su estructura organizativa. Estas figuras corresponderían, por ejemplo, a los Responsables de Departamento de las entidades financieras como mandos intermedios o a los Directores de sucursales bancarias¹²⁰.

¹²⁰ Sobre esta cuestión, véase GÓMEZ MARTÍN, V., "Art. 31 bis" en AAVV, *Comentarios al Código Penal - Reforma LO 5/2010*, Op. Cit., pp. 130 ss., efectúa un análisis de lo regulado acerca de la vinculación que debe ostentar la persona física que

El hecho de haber ampliado este abanico de personas físicas que actúan en el seno de una empresa sustituyendo la concreta figura del administrador de hecho o de derecho (los recogidos en el apartado 1 a) del artículo 31 bis CP¹²¹), repercute directamente sobre los sujetos subordinados (encuadrados en el apartado 1b) del artículo 31 bis CP¹²²), por cuanto, si en la norma penal se amplía el elenco de sujetos con responsabilidad dentro de una empresa, susceptibles de originar responsabilidad penal para la persona jurídica, se incrementan exponencialmente el número de subordinados o personal sometido a la autoridad de las primeras que pudieran originar responsabilidad penal para esta última, siempre que concurren los presupuestos para ello.

En conclusión, no sólo será posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por un hecho cometido por un subordinado de un

comete el delito con la persona jurídica, haciendo hincapié en el hecho de que el legislador desde el Anteproyecto de 2008, hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, fue realizando adaptaciones sobre los sujetos (personas físicas) que podrían derivar en una responsabilidad penal para las personas jurídicas, como consecuencia de las críticas vertidas por los diferentes sectores doctrinales que apuntaban a los inconvenientes generados por conceptos tan laxos como "empleados con facultades de obligar a la persona jurídica" . En su opinión, considera que las reformas legislativas sobre esta cuestión hasta la LO 5/2010 han sido acertadas porque han evitado precisamente, que un mero apoderado de una empresa pudiera generar responsabilidad penal a la persona jurídica. Asimismo, la Fiscalía General del Estado en su 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, Op. Cit., p. 16 confirma que en la referida categoría se engloban a cargos y mandos intermedios, a diferencia de lo que ocurría con la anterior regulación.

¹²¹ Artículo 31 bis 1 a) CP: "[...]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".

¹²² Artículo 31 bis 1b) CP: "[...] Por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior [...]".

administrador de hecho o de derecho¹²³, sino que se hace extensivo a todos los subordinados dependientes de todo sujeto autorizado para tomar decisiones dentro de la empresa o para ejercer funciones de organización y control. Con la mencionada modificación, algún autor ha calificado la situación de "error gravísimo" por considerar que el legislador español ha trasladado la normativa europea a España de una forma poco afortunada, por cuanto la normativa europea define al representante, al administrador de hecho y al administrador de derecho como "persona que..ostente una posición de mando (o cargo directivo) en el seno de dicha persona jurídica", y sin embargo, el artículo 31 bis CP prescinde de esta reseña y sustituye la descripción europea por "autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica" ó "aquellos que ostenten facultades de organización y control", de forma que como venimos apuntando, se equiparan responsabilidades en diferentes escalones de la pirámide organizativa de la empresa¹²⁴.

¹²³ El hecho de limitar la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica a los delitos cometidos por los administradores de hecho o de derecho o a los subordinados de éstos, permite dejar la puerta abierta a interpretaciones genéricas de lo que se considera "subordinado del administrador de hecho o de derecho" ¿se considera subordinado del administrador únicamente a aquél que depende jerárquica y directamente de éste o, por el contrario, a todos los que de una forma u otra se sitúen en niveles inferiores, independientemente de la posición que ocupe? De sostenerse lo último, cualquier empleado de una empresa se consideraría subordinado del administrador, aunque hayan divisiones jerárquicas con infinitos niveles de responsabilidad. En cambio, si se atiende a una interpretación restrictiva del literal del precepto, únicamente se consideran subordinados de los administradores de hecho o de derecho, a los que dependen directamente de éstos en la estructura organizativa.

¹²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. "Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídica según el proyecto de reforma de 2013" en AAVV, *Informe de la sección de derechos humanos del Ilustre Colegio de abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de seguridad provada y LO del poder judicial (jurisdicción universal)*, ÁLVAREZ GARCIA, F.J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J.R. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 p. 32 efectúa una crítica a la decisión del legislador de no sólo hacer responsables a los directivos situados en la cúspide de la pirámide organizativa de las empresas, sino también a todos los que, sin llegar a ostentar un cargo de dirección en la sociedad, sí

En mi opinión, la decisión del legislador a este respecto, con la Reforma del CP del 2015, resulta plausible, pues parece lógico que quien más atribuciones obtenga de la empresa, mayor responsabilidad ostente y, por consiguiente, le será exigible más capacidad de respuesta ante situaciones de riesgo, a pesar de suponer un cambio en la concepción más tradicional de la figura del "responsable" en una sociedad, que ya no se identifica únicamente en la figura del administrador. Es decir, existe una falsa creencia, a mi parecer, acerca del "derecho" que asiste a los sujetos que ostentan cargos de responsabilidad en las empresas, (sin necesidad de ser administradores), de exonerarse de toda responsabilidad derivada de la gestión de sus subordinados e incluso de la suya propia, parapetados en la mayoría de los casos, en la falta de un título que legitime su posición. Lo cierto es que los sujetos identificados como "responsables" en el entorno laboral, a diferencia del resto de empleados, perciben privilegios precisamente por su función, ya sea una mayor compensación económica, ya sea beneficios sociales o cualquier otra ventaja por asumir cierto nivel de responsabilidad. En consecuencia, debe ser capaz de asumir un mayor nivel de exigencia y respuesta ante este tipo de situaciones, a diferencia del resto de subordinados. Para ello, no es necesario ostentar el cargo de administrador, pues será suficiente con ejercer funciones de dirección y control.

Indudablemente, las complejas estructuras societarias de algunas personas jurídicas favorecen, en ocasiones, la formación de actuaciones al margen de la Ley y que derivan en comportamientos

tienen capacidad de organización, control y administración en la misma, equiparando al "Presidente de un Banco con todos los apoderados singulares de cada una de las sucursales de un Banco".

delictivos. Estas estructuras se identifican sobretodo en aquellas empresas cuyo esqueleto organizativo está basado en un sistema piramidal, donde los empleados que van conformando los diferentes departamentos o unidades, no toman contacto alguno con sus superiores jerárquicos, más allá de su directo responsable departamental. Las órdenes e instrucciones se transmiten de forma escalonada desde el más alto nivel Directivo hasta el más bajo nivel de empleados a través de los diferentes responsables o directores de unidad o departamento.

Este tipo de organización empresarial es bastante común en sociedades con un número elevado de empleados, donde la propia estructura demanda el establecimiento de diferentes niveles de responsabilidad para alcanzar sus objetivos, a saber, de una parte, canalizar las necesidades, inquietudes, quejas y propuestas de los propios empleados de cada uno de los departamentos o unidades (en definitiva, una gestión efectiva de los recursos humanos). De otra parte, transmitir a la totalidad de los empleados las órdenes o instrucciones relevantes, que afectan al desarrollo de su actividad diaria. Por último, supervisar, controlar y dirigir al departamento en cuestión para conseguir los objetivos marcados, asumiendo los deberes y responsabilidades implícitas en el puesto. En suma, la implantación de un sistema organizativo como este en determinadas estructuras deviene necesario pues, de otro modo, resultaría imposible un desarrollo efectivo de la actividad empresarial. Sin embargo, a pesar de requerir una organización piramidal o departamental para un desarrollo eficaz de la actividad empresarial, la misma estructura societaria porta implícita la asunción de determinados riesgos relacionados con posibles conductas criminales, por cuanto a mayor

complejidad organizativa, mayores son los riesgos albergados en su interior. Esta situación, se podría ejemplificar mediante uno de los patrones comúnmente adoptado por muchas empresas, referido a situar un responsable o director al frente de cada departamento o unidad, que encarna el *alter ego* de la empresa, cuyo nombramiento hace presuponer en muchas ocasiones, que es una persona apta para el desarrollo de sus funciones, sin evaluar sus capacidades y aptitudes con el rigor que merece y que permanece en ese puesto de responsabilidad año tras año sin más supervisión que un escueto cuestionario anual de motivaciones personales y cumplimientos de objetivos cuyas respuestas son totalmente subjetivas y discutibles. Pudiera parecer un tema menor o residual, pero sorprende ver cómo debido al alto nivel de estrés soportado por los altos directivos de las empresas y el alto grado de compromisos a los que deben atender, no reparan en estas cuestiones confiando absolutamente la gestión a sus departamentos de recursos humanos, que probablemente estará conformado por personas que tampoco sean las mejor cualificadas para su función.

No se plantea como una cuestión intrascendente desde el momento que esas personas designadas para representar la voluntad de la empresa frente al elenco de empleados, deben ser las que transmitan los valores de la empresa, los compromisos de ética y buen hacer profesional, en definitiva, ayudar a implantar una cultura de respeto y sometimiento a la Ley, y en estos términos, desde la Reforma del CP de 2015, deviene un asunto muy serio, sobretodo, para las grandes corporaciones. Con estas afirmaciones no se pretende generalizar ni banalizar una situación que puede resultar controvertida, sino que se plantea la problemática de una deficiente organización, como

consecuencia de una falta de aptitud de algunos profesionales cuyas acciones repercuten directamente sobre la empresa. Quizás se debiera diseñar un sistema por el que ineludiblemente los que ostenten cargos de responsabilidad, deban someterse a fin de evaluar sus capacidades y aptitudes profesionales, no sólo desde el punto de vista teórico sino desde la perspectiva de la *praxis* de sus funciones, gestión de equipos y nivel de compromiso para con la empresa a la que pertenece y representan, y en caso que se no se considere una persona lo suficientemente apta para el desarrollo de su función, se le deberá relevar del cargo inmediatamente y ocupar el que por sus capacidades sea el más adecuado.

En suma, la Reforma del CP de 2015 se ha adaptado, parcialmente, a la realidad de las enrevesadas estructuras organizativas empresariales en punto a ofrecer cobertura a un mayor número de situaciones que pudieran plantearse en el interior de una empresa. La sustitución de la figura del "administrador de hecho o de derecho" por la de "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" estimulará a una mayor implicación de las personas jurídicas en la selección de los empleados que desarrollarán las funciones de organización, control y toma de decisiones en su seno, pues en aplicación del novedoso artículo 31 bis CP, se torna un factor primordial para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En este punto, conviene recordar que con la anterior redacción del artículo 31 bis CP (introducida con la Reforma del CP de 2010) surgían

dudas en cuanto a la segunda vía de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, esto es, la referida a los delitos cometidos por el personal subordinado a las personas físicas "mencionadas en el párrafo anterior", es decir, a los representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Con la mencionada redacción podría entenderse que el legislador aludía únicamente a los empleados oficialmente dependientes de los representantes legales y administradores (según organigrama oficial), en cuyo caso el precepto se proyectaría sobre un número bastante limitado de personas o bien, a todos los empleados de la empresa por considerarlos personal subordinado de aquellos, con independencia del cargo de la persona de la que oficialmente dependieran. Es de suponer, que para evitar lagunas de impunidad en estos casos, debiera atenderse a la interpretación menos restrictiva del precepto, considerándose en tal caso la segunda de ellas, pero lo cierto es que con la Reforma del CP de 2015, se disipan las dudas interpretativas entorno a esta cuestión.

2.2 Presupuestos para la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis CP

Por lo que respecta a los presupuestos que deben concurrir para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, el artículo 31 bis CP inicial (el introducido por la Reforma del CP de 2010) exigía que en el caso de los delitos de los representantes legales y administradores, la infracción penal debía haberse cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho, y en los delitos del personal subordinado debían haberse cometido por cuenta de la persona jurídica, en su provecho, en el ejercicio de actividades sociales y como consecuencia de una falta del debido control sobre sus autores.

Posteriormente, con la Reforma del CP de 2015, estos elementos, referidos como hechos de conexión entre la actuación delictiva de la persona física, autora material del delito, y la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, se vieron modificados parcialmente (a pesar de que se mantuvo la estructura original), a saber, se sustituyeron las expresiones "en su provecho" por "en su beneficio directo o indirecto" y "debido control" por "deberes de supervisión, vigilancia y control". Con respecto a lo anterior, se efectúan a continuación, algunas consideraciones.

Como venimos indicando, una de las modificaciones introducidas en la Reforma del CP del 2015, consistió en sustituir la expresión "provecho" por "en su beneficio directo o indirecto", ambos referidos tanto a los sujetos incluidos en el apartado a) del artículo 31 bis 1 CP (representantes legales o aquellos que individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, actúan autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o bien ostentaban facultades de organización y control dentro de la misma), como los incluidos en el apartado b) del mismo precepto (quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos [...]). Como decimos, la redacción inicial del precepto, exigía el presupuesto de haber actuado "en provecho" de la persona jurídica para exigirle una responsabilidad penal, concepto cuyo significado se dejaba a criterio de cada cual, es decir, si se atendía al significado literal del término, ("provecho" significa "el beneficio o utilidad que se consigue u origina de algo o por algún medio"¹²⁵) se podía caer en una interpretación excesivamente restrictiva, por cuanto tanto podía entenderse un

¹²⁵ Definición extraída del Diccionario de la Real Académica Española.

beneficio obtenido por una maniobra determinada como por una ganancia económica, limitando sobremanera, en este último caso, el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹²⁶. Con la Reforma del CP de 2015, el legislador ha apostado por eliminar toda interpretación restrictiva del término, sustituyendo para ello el "provecho" entendido como ganancia económica en exclusiva, por un concepto más amplio que abarca, además de lo anterior, la utilidad o ganancia indirecta¹²⁷. El Consejo de Estado valoró positivamente el nuevo redactado del precepto operado con la Reforma del CP del 2015¹²⁸, por cuanto hasta entonces "la combinación de los criterios "por cuenta de" y "en provecho de" no solo excluía la responsabilidad de las personas jurídicas en los casos en los que una persona física hubiera actuado exclusivamente para su propio beneficio o interés, sino también, lo que resulta más problemático, los casos en los que la persona jurídica obtuviera una ventaja de carácter indirecto". Así las cosas, veremos cómo se resuelven en sede judicial los casos en los que pese a existir un beneficio (directo o indirecto), éste no revierte sobre la persona jurídica sino sobre la persona física autora material del delito.

¹²⁶ De esta forma lo asevera la Consideración Quinta del Dictamen del Consejo de Estado Número 358/2013 aprobado el 27/6/2013, Op. Cit., que efectúa a su vez, una reflexión acerca de la dificultad de esta interpretación por cuanto "no parece corresponderse con los objetivos que han de alcanzarse al introducir tal responsabilidad".

¹²⁷ 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, Op. Cit., pp. 17 ss.

¹²⁸ Se refiere a la alusión que efectúa la Consideración Quinta del Dictamen del Consejo de Estado Número 358/2013 aprobado el 27/6/2013, Op. Cit., al Informe de la OCDE sobre evaluación de la implementación en España del Convenio sobre corrupción de agentes públicos extranjeros, en su Fase 3 (aprobado por el Grupo de trabajo el 14 de diciembre de 2012).

Con la referida modificación del precepto (artículo 31 bis CP) tampoco se reflejan los casos en los que no se obtiene beneficio ninguno, pero sí se genera un perjuicio a un tercero. De suceder lo anterior, se podría entender que la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad penal, por cuanto es el beneficio obtenido (directo o indirecto) y no el perjuicio causado, el que se configura como presupuesto necesario para fundamentar la imputación de la persona jurídica. Asimismo, el hecho de exigir la concurrencia de dos elementos acumulativos, esto es, el actuar "en nombre o por cuenta de" y "en su beneficio directo o indirecto", excluye los supuestos en los que únicamente concorra una de las dos circunstancias¹²⁹. Si el sujeto ha actuado en nombre de la persona jurídica para cometer el delito pero el resultado delictivo no ha generado ningún beneficio para ésta, quedaría exenta de responsabilidad penal¹³⁰. Más adelante, se abordará en profundidad la

¹²⁹ Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", en *Diario la Ley*, Op. Cit., p. 4, la concurrencia de forma conjunta de los hechos de conexión "en provecho de" y "en su nombre y por su cuenta" obedece a un criterio necesario para la configuración del injusto penal, por cuanto el primero de ellos encarna al criterio subjetivo por el hecho de proporcionar un beneficio o ventaja para la sociedad o evitar un perjuicio, y el segundo, representa al criterio objetivo. Sin embargo, esta no es la opinión mayoritaria en la doctrina que considera que el criterio objetivo vendría configurado por los presupuestos "en beneficio de, por su cuenta o en su nombre", mientras que el criterio subjetivo lo conformaría las categorías del dolo y la culpa. En referencia a esta última afirmación, la opinión doctrinal se bifurca de nuevo, por cuanto algunos autores sostienen que tanto el dolo como la culpa son categorías únicamente predicables de las personas físicas, por lo tanto, sólo verificables en relación al delito perpetrado por la persona individual, y otros autores, a pesar de reconocer lo anterior, admiten un defecto de organización doloso o imprudente según sea el grado de conocimiento que se tenga del mismo, cuya existencia es determinante para la comisión del delito por la persona física.

¹³⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., "Art. 31 bis" en AAVV, *Comentarios al Código Penal-Reforma LO 5/2010*, Op. Cit., p. 132 efectúa una reflexión poniendo de manifiesto una circunstancia que pudiera darse en cuanto a la interpretación del término "provecho", debido precisamente a la falta de concreción del artículo 31 bis

cuestión del beneficio obtenido por la persona jurídica, como presupuesto necesario para la atribución de responsabilidad pena, al que se le dedica exclusivamente un epígrafe y, como se verá, suscita limitaciones al ámbito de proyección del artículo 31 bis CP.

En cuanto al último de los presupuestos exigidos para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, el relativo a los deberes de supervisión, vigilancia y control, se puede concluir que el legislador se refiere a un defecto de organización cuya existencia pudiera haber permitido la perpetración del delito por un subordinado. El "debido control" configurado por la Reforma del CP del 2010 como el elemento que permitía una dudosa atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se transformó, con la Reforma del CP de 2015, en "los deberes de supervisión, vigilancia y control", que a pesar de esclarecer el contenido del deber, no parece ser suficiente para construir el hecho propio de la persona jurídica que permita sostener el fundamento de la atribución de la responsabilidad penal. Al tratarse del elemento principal para la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica, abordaremos la cuestión en profundidad en el correspondiente epígrafe de este Capítulo.

En suma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 bis CP, una vez identificados los sujetos activos del hecho típico, (persona física autora materia del delito) y verificados los presupuestos exigidos, se podrá declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica de forma totalmente independiente de la responsabilidad penal declarada para la persona física. Probablemente, la declaración de responsabilidades

introducido por la LO 5/2010, situación que parece disiparse con la sustitución de la expresión "en provecho de" por "beneficio directo o indirecto".

independientes se erija como una de las cuestiones más controvertidas, por cuanto ya manifestábamos en el primer Capítulo de este trabajo, que la naturaleza primigenia del precepto obedecía a la necesidad de evitar casos de impunidad (anterior artículo 15 bis CP), en punto a servir como puente de tipicidad entre el delito especial y la persona física que ostentaba el dominio del hecho (extraneus), pues el requisito típico de cualidad idónea para ser autor recaía en la persona jurídica (intraneus). En definitiva, las posteriores regulaciones sobre esta cuestión, parten de una incorrecta interpretación del precepto que creyeron ver diferentes normas de autoría, de forma que ya no se subsume en la categoría de los delitos especiales de las personas jurídicas, sino que se hace recaer una responsabilidad penal a la persona jurídica partiendo de un delito cometido por una persona física que actúa en su nombre o por su cuenta, y además se generan responsabilidades penales independientes para ambos sujetos (persona física y persona jurídica). Por este motivo, se configura como la pieza clave del debate generado entorno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en todos los sectores doctrinales. A lo largo de este trabajo trataremos de esclarecer las incógnitas surgidas por la redacción del novedoso artículo 31 bis CP recientemente modificado mediante la reforma del CP operada en 2015.

3. El beneficio obtenido por la persona jurídica como elemento necesario para la atribución de responsabilidad penal

El artículo 31 bis CP exige la concurrencia de determinados presupuestos para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, entre los que se hallan el beneficio directo o

indirecto, el actuar en nombre de la persona jurídica o en el ejercicio de actividades sociales.

Por lo que respecta al beneficio obtenido, como quiera que se configura como un elemento crucial para la generación de responsabilidad penal de los entes, que se confunde fácilmente con otros supuestos no subsumibles en el estatuto de las personas jurídicas, se le dedica la mayor parte de este epígrafe en punto a esclarecer su sentido en la norma penal¹³¹.

El beneficio obtenido por la persona jurídica¹³², se configura como uno de los presupuestos que limita en mayor medida el ámbito de proyección de la norma, cuyo alcance merece la siguiente reflexión: decíamos en epígrafes anteriores, que si lo reprochable es el defecto de organización imputable a la persona jurídica, no se acaba de entender por qué el delito de la persona física debe aprovechar a la sociedad, pues es perfectamente posible que una conducta delictiva de

¹³¹ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", en *Diario la Ley*, Op. Cit. p. 4 considera que el artículo 31 bis CP exige, como elementos típicos de conexión entre el sujeto activo del delito (persona física) y la persona jurídica, la confluencia de forma conjunta, de un requisito de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo. El primero de ellos (subjetivo), lo conformaría la verificación de un beneficio para la persona jurídica (ya sea directo mediante una ventaja, ya sea indirecto mediante la evitación de un perjuicio), mientras que el carácter objetivo vendría dado por el hecho de actuar "en su nombre o por su cuenta".

¹³² La expresión "*en beneficio*" puede ser interpretada desde el punto de vista subjetivo, de forma que resultaría suficiente con que la persona física actuara con la convicción de que favorecía a la sociedad. En contraposición a esta teoría, está la idea de que si el legislador hubiera querido tal interpretación, quizá hubiera optado por expresiones tales como *la intención de beneficiar o para beneficiar*. La introducción del elemento subjetivo conllevaría serias dificultades en cuanto a dilucidar los motivos del sujeto para cometer el delito y la consiguiente determinación de la responsabilidad de la sociedad.

la persona física haya aprovechado únicamente a ésta última, y que haya sido posible, precisamente, por el defecto de organización. Dicho en otras palabras, *a priori* parece ilógico que la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica únicamente pueda sobrevenir cuando ésta haya obtenido un beneficio por su propio defecto de organización. Sin embargo, la previsión efectuada por el legislador en este sentido, responde a la necesidad de salvaguardar los intereses de la persona jurídica cuando el delito cometido por la persona física le ocasione un perjuicio, es decir, si del delito cometido por el trabajador, resulta perjudicada la persona jurídica, no tendría sentido que ésta respondiera penalmente de aquél. Pensemos en el empleado desleal, que descontento con sus condiciones económicas, falsifica una tarjeta de crédito de la empresa a la que carga gastos descontroladamente, o introduce un virus en el sistema informático que elimina los datos de facturación. En este contexto, parece razonable limitar el ámbito de proyección del artículo 31 bis CP y, por consiguiente, descartar la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica cuando ésta sea víctima del delito cometido, a pesar de que pudiera haberse perpetrado por un defecto de organización, o aún concurriendo simultáneamente los demás requisitos exigidos en la norma. En cualquier caso, será exclusivamente la persona jurídica perjudicada quien inicie acciones contra el sujeto individual que le ha causado el daño.

Por lo tanto, no se puede plantear la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas si éstas no han obtenido un beneficio con el hecho delictivo, con independencia que concurren todos los demás presupuestos exigidos en el tipo penal del artículo 31 bis CP.

No obstante, la cuestión no parece ser tan clara en los casos donde en lugar de producirse un beneficio para la persona jurídica o para el autor material del delito, se ha generado un perjuicio para un tercero. La norma excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos casos, a pesar de que concurra de nuevo, el defecto de organización. Si el mismo empleado desleal de una fábrica de quesos, al que nos referíamos con anterioridad, aprovechando el barullo del cambio de turno de los trabajadores, introduce en uno de los quesos un par de tornillos, objetivamente, está cometiendo un delito por un fallo en el sistema de control de la empresa, pues de haber instalado por ejemplo, cámaras de grabación a tiempo real supervisadas por personal de seguridad, o haber revisado los puestos de trabajo para verificar la ausencia de elementos metálicos junto a los productos alimenticios, el hecho típico se podría haber evitado y, por consiguiente, los daños al tercero de buena fe (el consumidor, en este caso). Sin embargo, a pesar de que en este caso, como ocurría en el anterior, *a priori* parece descabellado pensar en una ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que no se puede proyectar una responsabilidad penal sobre ésta, a mi entender, por dos motivos: de una parte, porque los sistemas de prevención o control de conductas delictivas no garantizan una infalibilidad en su uso, por más eficacia con la que se los quiera dotar, es decir, por más cámaras que se instalen en la fábrica o más revisiones se hagan de los puestos de trabajo, si el empleado ha escondido en su uniforme o en sus botas los tornillos que posteriormente introduce en el queso, no va a existir forma de prevenir la acción delictiva (dejando a salvo las cuestionables medidas coactivas personales); y, de otra parte, si se ha generado un perjuicio a un tercero, se genera a su vez, un perjuicio a la propia persona jurídica, que puede ver disminuida su credibilidad o

confianza de los consumidores (además de responder de una eventual responsabilidad civil).

Por consiguiente, sentando lo anterior, conviene no confundir conductas de empleados desleales que actúan contra la propia empresa (ya sea causando un perjuicio únicamente a la persona jurídica o a ésta y a un tercero) como paradigma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cuyo caso, se trataría de una eventual responsabilidad del empleado exigible por la empresa, que actuaría como perjudicada, pero no como responsable del acto criminal. Todo lo anterior, a pesar de que el delito se perpetrara bajo un fallo de organización evidente y manifiesto.

Sobre esta cuestión, ZUGALDIA ESPINAR considera que "no tiene sentido, por ejemplo, criminalizar a una empresa por la actividad de lavado de dinero que, burlando los mecanismos de control de la misma empresa, realiza un empleado en beneficio propio". Prosigue el autor afirmando que "tampoco tiene sentido castigar a la empresa de alimentación en la que un trabajador descontento con las condiciones de trabajo, para perjudicar el crédito y buen nombre de la empresa, introduce en diversos envases ratones o unas cucarachas"¹³³.

En mi opinión, a pesar de que los ejemplos que plantea el autor puedan parecer descabellados por la aparente inacción de la persona jurídica que no evita la ejecución del delito, o la insinuada intención del legislador de sobreproteger a las empresas y a sus directivos, más allá

¹³³ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Op. Cit., p.9.

de pretender una regulación penal real para exigir a las personas jurídicas el cumplimiento de los deberes y obligaciones que les incumben, lo cierto es que atendiendo al análisis efectuado anteriormente con los ejemplos mencionados, la previsión que alberga el artículo 31 bis CP del beneficio obtenido, no es totalmente desacertada en este sentido.

En el mismo orden de consideraciones, SCHÜNEMANN (defendida y utilizada por ZUGALDIA ESPINAR) sostiene que la única criminalidad susceptible de generar responsabilidad penal para las personas jurídicas es lo que el autor define como "criminalidad de empresa", esto es, delitos que se cometen únicamente para la empresa, excluyendo así, a los que se cometen en su seno "contra ésta, contra otro trabajador o incluso contra un tercero que puede ser la colectividad, en beneficio de su autor, a pesar de que, como decimos, haya sido la opción escogida por el legislador¹³⁴.

Por lo que respecta al presupuesto de actuar en nombre de la persona jurídica o en el ejercicio de actividades sociales, el artículo 31 bis CP requiere que la actuación de la persona física, cuando se trate del administrador o el representante de la sociedad (en su nombre) se produzca en el seno de la persona jurídica, que actúa en su nombre o por cuenta de la misma; del mismo modo que, en el caso de personas subordinadas, el delito debe producirse en el ejercicio de actividades sociales. Como ya se ha comentado anteriormente, éstos criterios de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica (actuar en su

¹³⁴ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Op. Cit., p.9.

nombre o en el ejercicio de actividades sociales) no plantea mayores problemas, por cuanto lo que está indicando es que el delito se cometa en el contexto empresarial.

En reiteración de lo que se viene afirmando a lo largo de este trabajo, lo que parece claro con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es que lo que debe acontecer en primer lugar y en cualquier caso, es la perpetración de un delito por una persona física que mantiene vínculos con la persona jurídica a quien le repercute el beneficio, concurriendo para ello, los presupuestos y hechos de conexión requeridos en el tipo penal. Verificado lo anterior, para poder atribuir una responsabilidad penal a la persona jurídica, se comprobará si la perpetración del delito ha sido posible como causa de un defecto organizativo de ésta última, que se podría haber evitado¹³⁵. Sólo en el caso que confluayan todos los presupuestos de forma conjunta, se podrán declarar responsabilidades penales para ambos (persona física autora material del delito y persona jurídica con la que mantiene

¹³⁵ La Fiscalía General del Estado, mediante su Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado "Relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010", Op. Cit., señalaba la necesidad de concurrir, además, una relación de causalidad entre no haber ejercido el debido control y la producción del resultado lesivo: "será precisa pues la constatación de una causalidad hipotética, es decir, la determinación de si en caso de haberse ejercido el debido control se hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado injusto, para a continuación indagar si cabe la imputación objetiva del resultado al sujeto de la omisión. Así pues, la evitabilidad del resultado constituye el criterio que, matizado y completado con la causalidad hipotética y la imputación objetiva, permitirá en su caso, imputar el resultado a la conducta omisiva. A ello, hay que añadir además el requisito -predicable de toda omisión- de que el sujeto tenga la capacidad necesaria de realizar la acción que, sin embargo, omite". Este razonamiento planteado respecto a la Reforma del CP de 2015 operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Sin embargo, es perfectamente proyectable a la nueva regulación por cuanto parece lógico que para atribuir una responsabilidad penal a la persona jurídica, se exija no solo el defecto de organización sino además, la existencia de una relación directamente causal entre ese defecto y la producción del resultado lesivo.

vínculos) de forma independiente, incluso, es posible que ni siquiera se haya podido localizar a la persona autora material del delito (puede haber fallecido o simplemente, sustraerse de la acción de la justicia) y sin embargo, continuar el proceso únicamente con respecto a la persona jurídica.

La única manifestación válida para el legislador, de que una persona jurídica ha empleado toda la diligencia debida en aras a evitar un defecto de organización que haya podido favorecer o aumentar el riesgo de comisión de un delito en su seno, y en consecuencia, que se podrá esgrimir como atenuante e incluso eximente de responsabilidad penal, es la existencia de los programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión, (cuestión que se abordará en detalle más adelante) introducidos con la Reforma del CP de 2015, que se perciben como instrumentos laxos a ojos de la doctrina, y cuya presencia, como se verá, no resultarán suficientes para dirimir un proceso penal iniciado contra una persona jurídica, que pudiera concluir con consecuencias tan graves como la disolución de la misma. Para QUINTERO OLIVARES: "Queda claro que el objetivo de la nueva modificación parece destinado a hacer casi imposible la imputación de personas jurídicas, así como a favorecer la implantación de sistemas de organización, que a su vez se plasmen en códigos de buenas prácticas, normas de conducta o programas de prevención [...]"¹³⁶. En efecto, como se abordará más adelante, podría interpretarse como una modificación normativa ideada para fomentar la demanda de sistemas

¹³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Op. Cit., pp.79 y 80.

de organización y códigos de conducta, en lugar de prevenir conductas criminales en contextos empresariales.

4. El principio de culpabilidad de las personas jurídicas: su traducción en capacidad para infringir deberes jurídicos propios

El hecho de entender que sólo las personas físicas pueden decidir o permitir que una lesión se produzca, se convierte en la actualidad, en algo cuestionable, puesto que también las personas jurídicas albergan esa capacidad de decisión, a pesar de que la ejecución material de sus decisiones se deje en manos de los individuos que la dirigen. Las personas jurídicas son receptoras de imperativos legales, lo que se traduce en una capacidad de decisión (como órgano), en cuanto al actuar conforme a derecho, o no¹³⁷. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 246/1991, examinó el conflicto relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas contemplada por el derecho administrativo sancionador, y la consideró compatible con el principio de culpabilidad y las exigencias de responsabilidad por la propia conducta y

¹³⁷ Con independencia de considerar que la referida decisión puede haber sido el resultado de un pacto alcanzado y consentido por quien ostenta capacidad de decisión y control, o de un flagrante defecto de organización, el argumento que se puede esgrimir para rechazar de plano la tesis de considerar a la persona jurídica como un equivalente a la persona física en cuanto a la capacidad decisoria, parte de la consideración de que los entes se configuran como la unión de varias voluntades. Es decir, a pesar de que la decisión final se atribuya al órgano en su conjunto, en realidad, ésta se halla compuesta por las decisiones de sus miembros, que al final son, personas físicas. Pero lo que parece claro es que los designios del Derecho, se encaminan a emplear la ficción de considerar a la persona jurídica como ente con personalidad jurídica, dotada de cierta capacidad de decisión como órgano en su conjunto, para hacerla destinataria de derechos y obligaciones. Pero una cosa es reconocerle capacidad jurídica con el propósito de poder operar en el tráfico jurídico y mercantil y, otra muy distinta, es pretender equipararla a la categoría de persona física para hacerle responder de forma autónoma, por un ilícito penal.

características de la sanción¹³⁸. Este principio no permite reconocer la responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador (incluido el administrativo) y precisa de una interpretación del artículo 130.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de acuerdo a la Constitución Española, que permite la atribución de la responsabilidad aunque la infracción cometida se deba a una simple contravención, que quedará dentro del ámbito de la culpa y del deber de cuidado¹³⁹.

La fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas, ha sido desde tiempos inmemoriales, un motivo de debate que se ha perpetuado hasta la actualidad, cuyo origen se remonta a las diferentes formas de entender a las "personas jurídicas" como sujetos que operan en el tráfico jurídico, especialmente, en el ámbito penal. En este contexto, una de las teorías que surgieron para explicar la posición que encarna la persona jurídica dentro del ordenamiento jurídico fue la "Teoría de la ficción", en virtud de la cual, la persona jurídica responde a una naturaleza ficticia, otorgada por el propio Derecho para hacerlas

¹³⁸ STC 246/1991 de 19 de diciembre de 1991, RTC 1991/246, en su Fundamento jurídico segundo establece que: “[...] Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.”

¹³⁹ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", en *Diario la Ley*, Op. Cit., p. 2.

receptoras de una suerte de derechos y obligaciones, de manera que se configuran como personas dotadas de personalidad jurídica para operar en el tráfico jurídico, como un conjunto. Lo anterior, a pesar, de que su estructura originaria radica en la suma de voluntades individuales de sus miembros, externamente organizados mediante órganos empresariales.

En palabras de BACIGALUPO, mediante la Teoría de la ficción, "no sólo las personas jurídicas se concebían como una ficción; también los niños y los enfermos mentales, que no podían comprender el sentido de la norma, eran considerados sujetos de derecho en el mismo modo que las personas jurídicas, es decir, como sujetos ficticios"¹⁴⁰.

En definitiva, las personas jurídicas, como ente, se configuran como una abstracción, incapaces de albergar cualidades humanas como tal y, por consiguiente, no pueden delinquir. Esta teoría fue defendida por BUSCH, quien aseveró que la culpabilidad de las personas jurídicas únicamente era predicable de sus miembros¹⁴¹. En ese contexto se podría construir un concepto de culpabilidad específico para la persona jurídica aunque diste mucho del ya existente para las personas físicas, a pesar de que, en rigor, deba desecharse la terminología de culpabilidad en un sentido estricto, por cuanto a las sociedades se les podrá proyectar más propiamente una infracción de deberes jurídicos, que podrán permitir la construcción de una idea de reproche jurídico atribuible, con carácter propio, a los entes.

¹⁴⁰ Véase BACIGALUPO, E. *Compliance y Derecho Penal*, Op. Cit., p.67.

¹⁴¹ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933, pp. 31ss; PÉREZ ARIAS, J. en *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 128 ss.

De otra parte, la "Teoría de la realidad", representada por GIERKE y defendida por ZUGALDIA ESPINAR¹⁴², percibe a la persona jurídica como un ente real y autónomo de los individuos que la componen, capaz de delinquir y sufrir el castigo penal¹⁴³. Ambas teorías representan la base del debate sobre el que versa la atribución de culpabilidad a la persona jurídica, (todavía en la actualidad), por cuanto el hecho de decantarse por una u otra, supone reconocer, que la persona jurídica alberga por sí sola, de una parte, aptitudes bastantes para hacerla receptora de una responsabilidad penal autónoma de la persona física y, de otra parte, capacidad para atribuirle la culpabilidad penal con base en un hecho propio, toda vez que, entendida la persona jurídica como ente independiente desprendido de toda voluntad individual de sus miembros, es capaz de delinquir de forma autónoma.

Existe una tercera teoría denominada por BACIGALUPO "*disolución del sujeto físico en un concepto jurídico de persona*" defendida por EMANUELE ORLANDO en Alemania y LABAND en Italia, según la cual, la persona individual deja de ser el centro de la elaboración jurídica, es decir, se produce una "deshumanización", de forma que "su punto de referencia no sería la persona sino el orden jurídico, y especialmente, los derechos y deberes"¹⁴⁴.

¹⁴² Según ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Op. Cit., p. 4, conviene abandonar la teoría de la ficción porque "las personas jurídicas constituyen auténticos actores económicos del mundo globalizado y de la sociedad de riesgo".

¹⁴³ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 61ss.

¹⁴⁴ BACIGALUPO, E., *Compliance y Derecho Penal*, Op. Cit., p.70ss.

Se quiera o no, el hecho de intentar hallar una categoría equivalente al dolo o la imprudencia para el caso de las personas jurídicas, conlleva un cambio de paradigma de la Teoría General del Delito, concebida tradicionalmente para albergar conductas humanas. Pero vayamos por partes: para poder construir un concepto equivalente al dolo o la culpa, propias de los sujetos individuales, recordemos lo que entraña la tradicional construcción de la categoría de la culpabilidad.

El concepto de culpabilidad es fácilmente reconocible, por referirse al juicio de reproche jurídico individual sobre un sujeto imputable que ha llevado a cabo una conducta típica y antijurídica. Es decir, actúa de forma culpable el que comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, esto es, conforme a Derecho¹⁴⁵. En consecuencia, los elementos constructivistas de la culpabilidad son: capacidad del sujeto para ser culpable (aptitudes psíquicas, por ejemplo), conocimiento de la ilicitud del hecho, y por último, exigibilidad de otra conducta adecuada a Derecho. Así las cosas, tratar de aplicar la categoría de la culpabilidad a la persona jurídica, deviene una tarea prácticamente imposible por cuanto el juicio de culpabilidad es un juicio de reproche jurídico a una persona física.

En el plano doctrinal y en materia de culpabilidad de las personas jurídicas, a la vista de la dificultad que entraña construir un modelo consensuado que permita su atribución sin poner en riesgo los principios clásicos del Derecho Penal, se han elaborado diversas teorías que tratan de explicar su fundamento en orden a esclarecer la

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M, *Derecho penal. Parte General*, 7ª (edición revisada y puesta al día), Op. Cit., p. 350.

cuestión, entre las que destacan, de una parte, las propuestas de LAMPE, HEINE, la visión constructivista de GÓMEZ-JARA DÍEZ, recogidas por PÉREZ ARIAS¹⁴⁶ y, de otra parte, las teorías defendidas por, CARBONELL MATEU y MORALES PRATS, NIETO MARTIN, MIR PUIG y, por último, TIEDEMANN.

Señala PÉREZ ARIAS que la teoría de la culpabilidad de LAMPE se define por el propio carácter de la persona jurídica, a saber, la responsabilidad de la corporación "derivaría de su propio ser y no de sus acciones, es decir, el sistema corporativo en estos casos, se mantiene sobre la base de una deficiente organización, de tal forma que, esta desorganización actuaría como un caldo de cultivo para la realización de cualquier acción delictiva dentro de su seno, lo que llevaría directamente a la asunción de responsabilidad". Dicho de otra forma, la culpabilidad de la empresa es el resultado de sostener una cultura criminal como consecuencia de un sistema defectuoso de organización. De otra parte, HEINE defiende que la culpabilidad se genera por la conducción de la actividad empresarial, de forma que, si la desorganización empresarial fuera una conducta habitual de la persona jurídica, se podría concluir que "la falta de medidas suficientes ha desembocado en una actividad de riesgo penal"¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Véase la exposición realizada por PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídica*, Op. Cit., pp. 133 ss., que sintetiza el posicionamiento de los autores citados, entre otros.

¹⁴⁷ Véase la reflexión que efectúa el autor PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídica*, Op. Cit., pp. 133 ss., acerca de la teoría de HEINE, en punto a considerarla como una "legitimación de una inquisición general sobre la persona jurídica". En efecto, la teoría sostenida por HEINE responsabiliza penalmente a una persona jurídica por su contexto empresarial, en lugar, del hecho concreto. De proyectarse esta teoría a la personas físicas, derivaría en la aceptación del denominado Derecho penal de autor, por la conducción de vida, en detrimento del Derecho penal del hecho.

En la Teoría constructivista que sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, se pone de relieve que las personas físicas y jurídicas se deben situar en un mismo nivel de sometimiento a las normas, de forma que, la culpabilidad de la empresa obedece a una falta de fidelidad al derecho, título suficiente que legitima la atribución de la culpabilidad de las personas jurídicas¹⁴⁸. Los fundamentos que configuran la referida teoría se conocen como <equivalentes funcionales> y, según el autor, se pueden destacar los siguientes: "Primer equivalente funcional: [...] al igual que existe con las personas físicas, se reconoce en los tiempos actuales una esfera de autonomía a las corporaciones que implica su obligación autónoma de comportarse según las normas. Segundo equivalente funcional: La libertad de empresa se compone del derecho de no injerencia, pero también, de la obligación de mantener estructuras organizadas que impidan que la actividad llevada a cabo supere el riesgo permitido. Tercer equivalente: La persona jurídica adquiere, por todo lo anterior, un status de ciudadanía que le lleva a tener plena capacidad y que le da el derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales". En suma, mediante esta teoría se pretende equiparar la persona jurídica a la categoría de la persona física en términos de culpabilidad, sustituyendo, eso sí, las categorías del dolo y la culpa propias de las personas físicas, por la de falta de autoorganización empresarial y fidelidad al derecho. Sin embargo, los equivalentes funcionales que parecen sostener la referida teoría pueden ser refutados con argumentos opuestos, tal como efectúa el autor¹⁴⁹. Como se verá más adelante, la teoría planteada por

¹⁴⁸ Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE UU*, Op. Cit., pp. 110ss.

¹⁴⁹ Véase la crítica vertida por el autor PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídica*, Op. Cit., pp. 147ss, a la teoría constructivista defendida por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.

GÓMEZ-JARA DÍEZ suscita algunas cuestiones difíciles de encajar en cuanto a la *praxis* judicial, por cuanto se alude a conceptos que pertenecen al contexto general donde se produce la conducta criminal para explicar la raíz de la culpabilidad de los entes, a pesar de que recurre al defecto de organización como hecho concreto que fundamenta la imputación de la responsabilidad a las personas jurídicas. Además, la culpabilidad estructurada sobre la idea de deslealtad o infidelidad al Derecho comporta una cosmovisión del problema de base autoritaria contraria a los postulados del Estado de Derecho.

CARBONELL MATEU y MORALES PRATS afirman que la culpabilidad no supone un inconveniente si no se concibe como un reproche moral. Para los autores, "la responsabilidad penal de la persona jurídica comporta, pues, la comprobación de la acción típica (de la relevancia y la ilicitud); es decir, de la infracción de un deber objetivo que implicaba la predecibilidad de las consecuencias y de la significación del hecho, y del reproche (de la obligatoriedad personal) o, si se prefiere, del carácter exigible de la obligación infringida. Y debe basarse en una atribución de hecho propio". Con base en esta teoría, se satisfacerían las exigencias de la teoría del delito, por cuanto concurrirían tanto el hecho propio exigible a la persona jurídica y la infracción del deber exigible¹⁵⁰.

¹⁵⁰ CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Op. Cit., pp. 62 ss., sostienen que su planteamiento para fundamentar la atribución de culpabilidad a la persona jurídica deviene el método más adecuado con respecto al resto de modelos propuestos por otros sectores doctrinales, por cuanto éstos consisten en una "simple traslación de la que derivaría de las acciones de las personas físicas que actúan en su nombre o en su provecho o, exclusivamente, en un "defecto de organización empresarial" en virtud del cual ha sido posible la comisión de delitos en su seno".

Por su parte, NIETO MARTIN sostiene que "defecto de organización permanente", es el concepto que debe operar en orden a configurar el criterio para atribuir la culpabilidad a la persona jurídica. Su planteamiento radica en la idea de verificar el defecto de organización, de una parte, en la dirección empresarial, por cuanto los administradores vienen obligados a implantar medidas de control y gestión para evitar la comisión de delitos, o la reducción del riesgo de albergar conductas criminales y, de otra parte, con carácter permanente, de forma que, "los comportamientos individuales aislados, sin conexión con defectos de organización estables o estructurales, no dan lugar a responsabilidad"¹⁵¹. La teoría planteada por NIETO MARTIN, como se matizaba en el epígrafe anterior (relativo al principio de culpabilidad) se acerca a la defendida por HEINE, en punto a considerar, en ambos planteamientos, que el defecto de organización permanente, entendido como práctica habitual de la persona jurídica, constituye su criterio de atribución de la culpabilidad penal.

Por último, TIEDEMANN, a través de la teoría de la organización, explicó la atribución de culpabilidad a la persona jurídica, con base en un fallo en las medidas de prevención, que de no haberse producido, el delito se podría haber evitado¹⁵². Como veremos a continuación, la

¹⁵¹ Véase propuesta de modelo de atribución de culpabilidad a las personas jurídicas planteado por NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Op. Cit., pp. 11 ss. con sus propias consideraciones, en la página Web oficial de la Universidad de Castilla la Mancha, a través del enlace:

"http://portal.uclm.es/portal/pls/portal/PORAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=1239162821".

¹⁵² TIEDEMANN, K., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado" en AAVV, *La Reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), Publicaciones de la Univ. Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, pp. 40 ss.

propuesta de TIEDEMANN penetró a través de la Reforma del CP practicada por el legislador en 2015, de forma que acabó considerando el déficit de organización como hecho propio de la persona jurídica que permitirá, a su juicio, la atribución de la culpabilidad penal a los entes sin recurrir a la responsabilidad por el hecho ajeno.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en materia de culpabilidad empresarial, a pesar de hacerlo en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, mediante su STC 246/1991 en la que reconoce la culpabilidad de la empresa en un caso de una entidad bancaria que sufre un atraco y que por su comodidad, no accionó la alarma ni tampoco el módulo cajero de apertura retardada "[...] sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas

jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.

Esta construcción distinta de la imputación de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma. [...]"

Se podría pensar, que el artículo 31 bis CP introducido con la Reforma del CP de 2010 (sin haber configurado todavía el defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica), permitía imputar a las sociedades la culpabilidad de otro, sin necesidad de estructurar un modelo de responsabilidad directa por el hecho propio. Es más, el defecto de organización, erigido como hecho propio de la persona jurídica por el legislador de 2015, en mi opinión, siquiera podría alcanzar esa definición. Sin embargo, esta idea de transferencia de la responsabilidad, cobijada bajo el eufemismo de responsabilidad penal indirecta, podría llegar a vulnerar el principio de responsabilidad por el hecho propio, el principio de culpabilidad y el principio de personalidad de las penas, por cuanto la persona jurídica sería receptora de una acción antijurídica y culpable ajena en sentido

estricto. La culpabilidad y, en suma, la responsabilidad no se puede transferir de un sujeto a otro sin más¹⁵³. A falta de identificar unas categorías propias del dolo y la imprudencia aplicables a las personas jurídicas en un marco penal, se requiere buscar unas categorías asimilables a las de las personas físicas a fin de fundamentar una auténtica culpabilidad de la persona jurídica, lo cual entraña un riesgo de introducir categorías incoherentes con los principios más arraigados del Derecho Penal que finalmente conduzcan a resultados ineficaces¹⁵⁴. Inevitablemente cuando nos referimos a la "voluntad" de la persona jurídica, no se entenderá nunca en los mismos términos que la voluntad humana, ni tampoco la capacidad de acción ni conocimiento. Para un sector de la doctrina, teniendo en cuenta que, en materia de personas jurídicas, referirse al dolo o a la imprudencia, es en sí, ontológicamente imposible, se propone verificar ambas categorías únicamente con relación al hecho realizado por la persona física¹⁵⁵, lo que a mi parecer, se traduce en una atribución de las

¹⁵³ FERNANDEZ TERUELO, J.G., "La Reforma del Código penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV, *La Reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Op. Cit, p. 42.

¹⁵⁴ PÉREZ MACHÍO, A.I. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas" en AAVV, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra 2013, pp. 37 ss. sostiene, siguiendo los argumentos de GÓMEZ-JARA DÍEZ, que "el dolo de la misma viene dado por la existencia de un determinado <conocimiento organizativo> del riesgo empresarial, cuyo núcleo se define como la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimientos individuales que se encuentran en las cabezas de las personas, sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento, constituyendo las vinculaciones mismas el conocimiento independiente, colectivo o sistemático de la organización". En definitiva, la autora equipara la categoría del dolo al conocimiento organizativo del riesgo empresarial (es decir, cuando la empresa conoce el déficit organizativo) y la imprudencia a una "negligente valoración o análisis de determinados riesgos".

¹⁵⁵ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las*

consecuencias jurídicas a la persona jurídica con base en un hecho ilícito llevado a cabo por una persona física (es decir, por persona distinta). Pero se analizará esta cuestión seguidamente, cuando se aborde el defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica.

Por último, de la novedosa regulación se infiere que el grado de culpabilidad vendrá definido por la vinculación que el sujeto persona física mantuviera con la persona jurídica al momento de perpetrar el delito, por cuanto no es lo mismo que la conducta criminal se lleve a cabo por un subordinado que por un administrador, teniendo en consideración el hecho que los niveles de responsabilidad que albergan uno y otro sujetos, son considerablemente distintos. A mi juicio, cuanto más elevada sea la posición jerárquica dentro de la estructura organizativa de la empresa, más responsabilidad contrae el sujeto (pensemos, por ejemplo, que el administrador tiene acceso a un mayor número de fuentes de información confidencial que el subordinado, que mal utilizadas, puede derivar en un ilícito penal) y del mismo modo, la persona jurídica (por haberla elegido para el desempeño de esa función) por consiguiente, se sobreentiende que al sujeto individual, se le dota de una mayor capacidad de respuesta ante situaciones de riesgo. Sin perjuicio de abordar esta cuestión en Capítulos posteriores, lo que en este epígrafe conviene manifestar es que no se podrá esperar la misma respuesta por parte de todos los sujetos por igual, por cuanto la exigencia de un mayor o menor grado

personas jurídicas en el Derecho Penal Español, Op. Cit., p.9 apuesta por un modelo en el que "la persona jurídica responda dolosamente o imprudentemente según el conocimiento (dolo) o desconocimiento evitable (imprudencia) de quien realiza el hecho de referencia (persona física)". Es decir, las tradicionales categorías de dolo e imprudencia se trasladarían a las personas jurídicas mediante el conocimiento o desconocimiento evitable del autor material del delito (persona física).

de culpabilidad de la persona jurídica en el hecho delictivo, se halla estrechamente vinculada con la función encarnada por el sujeto en cuestión. Todo lo anterior, a pesar de que el mandato penal sea exigible sin distinción ninguna.

4.1 El defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica

El factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica exige la concurrencia de dolo o imprudencia en cualquier tipo de delito, actitudes subjetivas propias de la persona física dotada de inteligencia, que soporta esa imputación y la consiguiente declaración de capacidad. La transferencia de esa responsabilidad a la persona jurídica podría materializarse en función del interés de ésta o su grado de contribución al hecho antijurídico¹⁵⁶, sin embargo, como se viene afirmando hasta ahora, la proyección de las categorías dolo y culpa a la persona jurídica deviene una tarea dificultosa en el plano conceptual y no puede producir grandes resultados en el ámbito de la construcción jurídica. A pesar de que, con la Reforma del CP de 2010, el legislador pretendió superar los escollos acerca de una culpabilidad propia formulada para la persona jurídica, más allá de un concepto proyectable únicamente a las personas físicas, no fue hasta la Reforma del CP de 2015 que introdujo el defecto de organización como elemento principal de la culpabilidad de la persona jurídica, entendido éste, como el hecho propio. Hasta entonces, si lo que se pretendía era una atribución de la culpabilidad al ente, ésta debía materializarse

¹⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p. 368.

mediante la traslación o transferencia de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica¹⁵⁷.

Como se ha argumentado a lo largo de este trabajo, esta idea no es asumible por cuanto la traslación o transferencia automática supone dejar huérfana de fundamentación la responsabilidad de la persona jurídica, admitiendo, de manera acrítica, la idea de responsabilidad por el hecho ajeno.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la necesidad de mantener el principio de responsabilidad penal por el hecho propio, lógicamente los escasos pronunciamientos se refieren a la responsabilidad penal de personas físicas, pero conviene tener en cuenta la doctrina constitucional, frente a posibles interpretaciones del artículo 31 bis CP, favorecedoras del automatismo de responsabilidad por el hecho ajeno, por cuanto podían llegar a ser impugnadas constitucionalmente¹⁵⁸.

¹⁵⁷ FERNANDEZ TERUELO, J.G, "La Reforma del Código penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La Reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Op. Cit., p.. 41

¹⁵⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional número 59/2008, de 14 de mayo de 2008 recoge en su Fundamento Jurídico 11 apartado b) que: "*la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal [...] como derivación de la dignidad de la persona [...] y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal*". Se puede concluir que la pena sólo se puede imponer al responsable del delito, por lo que resulta inconstitucional un derecho penal "de autor" que aplicara las penas en relación a la personalidad del sujeto, además de no ser posible la imposición de sanciones por el mero resultado. La propia Sentencia cita como precedentes las Sentencias 150/1991 de 4 de julio en su Fundamento Jurídico Cuarto apartado a); 44/1987, de 9 de abril en su Fundamento Jurídico Segundo; 150/1989 de 25 de Septiembre, fundamento Jurídico Tercero, 246/1991 de 19 de diciembre Fundamento Jurídico Segundo, 150/1991 Fundamento Jurídico Cuarto apartado a); 76/1990 de 26 de abril Fundamento Jurídico Cuarto apartado a); 164/2005

A mi juicio, interpretativamente debe optarse por la tesis que genera menos coste en términos de garantías penales, y lo cierto es que el defecto de organización como fundamento, permite evitar el automatismo y la objetivización de la responsabilidad del ente, paliando además el problema de la responsabilidad por hecho ajeno, de ahí que sea preferible mantener este fundamento, pese a tensionar en cierta medida la interpretación del artículo 31 bis CP¹⁵⁹. Ahora bien, sostener que el defecto de organización constituye el hecho propio atribuible a la persona jurídica para fundamentar su culpabilidad, entraña el riesgo de desechar la verificación de las tradicionales categorías del dolo e imprudencia (pensadas para personas individuales), para construir unas categorías paralelas que respondan a la naturaleza del "nuevo" sujeto, por cuanto, lo que se infiere del defecto de organización, es un concepto genérico, como es la creación de un clima propicio o favorecedor para la perpetración del delito, más allá de erigirse como un hecho concreto en sentido estricto, en el que basar la culpabilidad. Pero, como decimos, resulta menos costoso en términos de garantías

de 20 de junio Fundamento Jurídico Sexto y 246/1991 de 19 de Diciembre Fundamento jurídico Segundo.

¹⁵⁹ A pesar de que la Fiscalía General del Estado en su 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, Op. Cit., p.5 sostenga que las modificaciones operadas por la Reforma del CP de 2015 en éstos términos, no han esclarecido la cuestión, toda vez que "la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo, las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica". En efecto, el artículo 31 bis CP no menciona de forma taxativa el defecto de organización como fundamento de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas [lo que de otra parte, hubiera sido deseable], sin embargo, como aquí se sostiene, es preferible acogerse a la opción que menos costes genere en términos de garantías penales, y lo cierto es que, reconocer el defecto de organización como el hecho propio de la persona jurídica permite una construcción [aunque riesgosa] de la culpabilidad.

penales, considerar el defecto de organización (con reservas) como el hecho propio de la persona jurídica para atribuirle la culpabilidad penal.

La Teoría del defecto de organización no es nueva, sino que fue acuñada por TIEDEMANN para resolver la cuestión de la atribución de la culpabilidad de la persona jurídica sin necesidad de trasladar las categorías del dolo y la culpa individuales. A través de la citada teoría se defiende que, el defecto de organización se puede configurar como fundamento de la culpabilidad, cuando concurra un fallo que pueda haber propiciado la comisión del delito perpetrado por una persona física. Es decir, si mediante la implantación de medidas de prevención adecuadas, la persona jurídica pudiera haber evitado el delito, y no lo hizo, se fundamentará la atribución de la culpabilidad en un defecto de organización empresarial¹⁶⁰, a pesar de que con ello, se incurriría en el principio de la *actio libera in causa*, por cuanto "la persecución en sí y la imposición de la pena en específico, no se efectúa contra el hecho individual sino atacando la falta de cuidado suscitada en un momento anterior en que hubiera degenerado en la comisión del delito"¹⁶¹. La referencia de TIEDEMANN al principio de la *actio libera in causa*, para algún autor, ha sido el recurso necesario para poder hallar el fundamento del juicio de reproche de las personas jurídicas, por

¹⁶⁰ Véase el posicionamiento del autor TIEDEMANN, K., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado" en AAVV, *La Reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Op. Cit., pp. 40 ss., en relación a la teoría de la organización.

¹⁶¹ BASABE SERRANO, S., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas*, Ediciones Abya-Yala, Corporación Editora Nacional, Quito, Diciembre 2003, p. 30. En referencia a la teoría de la organización acuñada por TIEDEMANN, K., concluye el autor que "el ejercicio de la imputación jurídico-penal en este caso, nace de una fundamentación dogmática del *principio del actio libera in causa* que concluye en una variante de reproche de carácter omisivo, de un lado, y que altera, en cierta medida, la estructura tradicional del *iter criminis*, por otro".

cuanto, a pesar de que la esencia del referido principio radica en tomar como base la conducta del propio sujeto en un momento anterior a la causación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en este caso, se explica con respecto a la conducta de un sujeto distinto, como decimos, con el único propósito de formular la culpabilidad de las personas jurídicas¹⁶². No obstante, compruébese que en la tesis sostenida por TIEDEMANN, recurre al principio de la *actio libera in causa* de persona distinta del sujeto que llevó a cabo el hecho típico, es decir, subyace de nuevo la idea de la responsabilidad por el hecho ajeno.

Sin embargo, a pesar de lo anterior y de que, por ejemplo, la falta de relación entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física y las propias de la persona jurídica, sea un criterio que permita fundamentar el hecho propio de la persona jurídica, no se acaba de entender por qué si el legislador ha pretendido con ello fundamentar la responsabilidad penal basada en el hecho propio, ha introducido una modulación de las penas, cuando se impongan tanto a la persona física como a la jurídica. Si en realidad se deben considerar responsabilidades penales totalmente independientes y autónomas, la pena impuesta a una de ellas no debiera repercutir en la impuesta para la otra. Como sostienen CARBONELL MATEU y MORALES PRATS "si la persona jurídica es realmente algo diferente de las personas físicas que la componen, de tal manera que estamos ante sujetos de derecho distintos, no se entiende la conveniencia de modulación alguna ni se

¹⁶² PALMA HERRERA, J.M. "El papel de los *Compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PALMA HERRERA, J.M. y GONZÁLEZ TAPIA, M.I. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2014, p. 182; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial - propuestas globales contemporáneas -*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 135.

aprecia quebranto ninguno de la proporcionalidad, como no lo hay en el régimen de la coautoría. Cosa diferente es que pueda existir una confusión entre los patrimonios de personas jurídica y física, lo que sucederá en aquellos casos en que aquélla no sea más que un instrumento que esconda la realidad patrimonial de ésta, que será socio mayoritario o incluso único"¹⁶³. A pesar de a estos inconvenientes, como decíamos, resulta menos gravoso interpretar que el defecto de organización es el fundamento de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, como hecho propio.

A resultas de los esfuerzos que hay que emplear para efectuar la interpretación menos gravosa en términos de garantías penales, parte de la doctrina ha mostrado sus reticencias, desde un inicio, a la decisión del legislador por cuanto, a pesar de haberse configurado un criterio que fundamenta la atribución de culpabilidad a la persona jurídica como hecho propio, nuestra tradición jurídico-penal no alberga conductas distintas a las típicamente humanas, de forma que en el caso de las personas jurídicas, se les está atribuyendo de una forma o de otra, una responsabilidad originariamente causada por un hecho ajeno (persona física autora material del delito). Siguiendo esta línea argumental, FEIJOO SANCHEZ considera que el defecto organizativo puede ser válidamente concebido como presupuesto para imponer una consecuencia accesoria con base en el artículo 129 CP o una sanción administrativa, pero no una pena en sentido estricto, aludiendo a que "del principio de culpabilidad como principio básico del Estado de Derecho no sólo se deriva la ilegitimidad de la responsabilidad por

¹⁶³ Véase CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, Op. Cit., p.75.

hechos ajenos (lo que pretende evitar la teoría del <hecho de conexión de referencia>), sino también el principio de personalidad de las penas, es decir, el que sufre una pena debe hacerlo con base en su propia responsabilidad por el hecho delictivo"¹⁶⁴. Por su parte, QUINTERO OLIVARES sostiene que "no debió incorporarse al Derecho penal positivo la llamada culpabilidad por defecto de organización o responsabilidad por descontrol, que puede tener un sentido en el Derecho sancionador administrativo, pero no en el derecho penal y, menos aún, en el derecho penal europeo continental. Otra cosa sería en modelos anglosajones en los que, precisamente por la posibilidad de declaración directa de responsabilidad penal de una empresa por su desorganización y descontrol, esos sistemas de <prevención de la responsabilidad>, tiene otro sentido"¹⁶⁵.

Por su parte, GÓMEZ-JARA DÍEZ se muestra partidario de considerar el defecto de organización como el hecho propio que configura el criterio de atribución de culpabilidad a las personas jurídicas, si no se quiere recurrir a la responsabilidad por el hecho ajeno, típica de los modelos de heterorresponsabilidad. En virtud del modelo constructivista propuesto por el autor, el hecho "tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, se define como la configuración de un ámbito organizativo determinado y dicha configuración se produce, en el caso de la organización empresarial, gracias a su capacidad de autoorganización, que fundamenta

¹⁶⁴ FEIJOO SANCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *AAVV Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (Dir.), Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 87 ss.

¹⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, G. "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *AAVV Comentario a la Reforma Penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 81.

precisamente su competencia organizativa"¹⁶⁶. Con ello, a su juicio, se explicaría, de una parte, el injusto empresarial con una configuración organizativa defectuosa (defecto de organización) y, de otra parte, la culpabilidad empresarial con una cultura corporativa de infidelidad al derecho (cultura de la empresa)¹⁶⁷. En mi opinión, la teoría propuesta por GÓMEZ-JARA DÍEZ, a pesar de que, en parte, posibilita igualmente la atribución de culpabilidad a la persona jurídica mediante el defecto de organización conformado como hecho propio, la idea de castigar a la persona jurídica con base en "la cultura corporativa de infidelidad al derecho", puede llevar a confusión, por cuanto tomar en consideración un contexto todavía más general que el defecto de organización parece sostener la cuestionada teoría defendida por HEINE, a la que aludíamos en epígrafes anteriores.

Para ZUGALDIA ESPINAR, la culpabilidad de la persona jurídica reside en la omisión de la interposición de las medidas de prevención y control a las que venía obligada, de forma que, el defecto de organización constituye el núcleo de la culpabilidad de las personas jurídicas. El autor, propone la construcción del injusto de las personas jurídicas, con base, de una parte, en un hecho típico del sujeto individual (persona física) quien tiene el dominio del hecho o la infracción del deber, (que deviene el hecho de conexión o de referencia), esto es, el dolo o la culpa y, de otra parte, la culpabilidad de las personas jurídicas, que se refiere "siempre al momento en que dejaron de adoptarse de forma

¹⁶⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial - propuestas globales contemporáneas -*, Op. Cit., p. 137.

¹⁶⁷ Véase la teoría sostenida por el autor en relación a la conveniencia científico-dogmática del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial - propuestas globales contemporáneas -*, Op. Cit., pp. 134 ss.

contraria al deber, las medidas tendentes a garantizar la legalidad de las actividades de las personas jurídicas"¹⁶⁸.

En el mismo orden de cosas, conviene matizar que, el hecho de haber hallado la fórmula normativa para construir (aunque con matices) un concepto de "culpabilidad" propio proyectable a los entes, no se excluye la responsabilidad de las personas físicas autoras materiales del delito, que seguirá subsistiendo para evitar el automatismo de residenciar la responsabilidad únicamente en las personas jurídicas¹⁶⁹. De consentir lo contrario, se originaría una responsabilidad transferida de la persona física a la jurídica fundamentada en la convicción de "mejor que sufra ésta y no las personas físicas, las consecuencias penales"¹⁷⁰. Es decir, se debe evitar una interpretación objetiva de la norma para impedir automatismos en la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En suma, a diferencia de la anterior regulación donde se supeditaba la acción a dirigir contra la persona jurídica a una previa declaración de responsabilidad de la persona física (artículo 129 CP anterior a la Reforma del CP de 2010), en el ámbito de las consecuencias

¹⁶⁸ Véase ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Op. Cit., pp. 9ss.

¹⁶⁹ Para BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos" en AAVV, *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, Cuadernos penales José María Lidón, Número 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 18, "la determinación del sujeto debe ser en todo caso un requisito previo del sistema jurídico (penal) pues condiciona, de forma inexorable, el contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Por tanto, la determinación del sujeto es un aspecto que debe quedar resuelto con carácter previo".

¹⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p.367.

accesorias, con el nuevo estatuto que introduce el novedoso artículo 31 bis CP con la Reforma del CP de 2015, se instituye la responsabilidad penal de las sociedades con un carácter principal y no supeditado a la previa declaración de responsabilidad de la persona física¹⁷¹ (aunque la nota en común sea, la previa actuación delictiva de una persona física para activar tanto el mecanismo de las consecuencias accesorias, como la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica independiente de la declarada para la persona física).

En consecuencia, la responsabilidad prevista por el legislador se emancipa, puesto que la imputación y aplicación de la consecuencia jurídica a la persona jurídica no excluye la que sea de aplicación a las personas físicas que la integran, siendo independientes la una de la otra¹⁷². Así lo recoge, de forma explícita, el artículo 31 Ter apartado 2 del Código penal: “La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...]”.

En conclusión, el defecto de organización se configura como el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, equivalente a la culpabilidad de la persona física pero, con una

¹⁷¹ CARBONELL MATEU, J.C., MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *AAVV Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, Op. Cit., p.74.

¹⁷² PORTAL MANRUBIA, J., “La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última Reforma del Código penal” en *Revista Aranzadi Doctrinal* número 6/2010, Editorial Aranzadi, Pamplona 2010 (BIB 2010/1726).

proyección distinta de la responsabilidad en ambos casos. Así, mientras que en el plano de las personas físicas concurren presupuestos como el dolo o la imprudencia como categorías vinculadas a la capacidad volitiva y decisoria inherentes a las personas humanas, en el contexto de las personas jurídicas, la carencia de esas aptitudes, obliga a hallar criterios alternativos a los tradicionales para operar como identificadores de su culpabilidad. De este modo, se puede llegar a configurar el defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica. Sin embargo esta configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas, a pesar de solventar la cuestión de la falta de hecho propio de la persona jurídica, altera el paradigma del principio de personalidad de las penas y la teoría del delito, por cuanto no hay que olvidar que es la persona física quien sigue teniendo el dominio material del hecho, y quien activa el mecanismo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que podría interpretarse como una responsabilidad por el hecho ajeno, y por consiguiente, se produciría una atribución de las consecuencias jurídicas del delito a persona distinta de quien lo ejecuta.

Como ya hemos afirmado, es muy dificultosa la traslación del dolo y la culpa como categorías de imputación subjetiva a las personas jurídicas en el ámbito penal; de nuevo debemos reafirmar aquí que todo lo más puede aspirarse a una elaboración de la infracción de los deberes de actuación de la sociedad, como criterio que puede asumir las funciones del reproche jurídico para la persona jurídica, (esto es, en el ámbito de una actuación imprudente), claro está, admitiendo que en el plano objetivo previamente se ha identificado un déficit de organización en la empresa. En el epígrafe dedicado a los problemas conceptuales y de

garantías del fundamento de la imputación de las personas jurídicas, se ponía de manifiesto la incoherencia entre la naturaleza dolosa o imprudente del defecto de organización, y la finalidad para la que parece haberse concebido. Sin reiterar lo que se ha manifestado con anterioridad sobre esta cuestión, conviene concluir que hubiera sido deseable una aclaración del legislador acerca del carácter doloso o imprudente que debe verificarse en el defecto de organización, por cuanto, como ya se ha expuesto, en ambos supuestos se hallan escollos difícilmente superables sin vulnerar, de una parte, los principios garantistas del Derecho Penal (si se verifica un defecto de organización imprudente frente a la comisión dolosa de un delito por la persona física), y de otra parte, sin contradecir la finalidad para la que se ha concebido el defecto de organización (se refiere al defecto de organización doloso, en cuyo caso el propósito principal de la regulación del artículo 31 bis CP [prevenir y detectar conductas criminales en el interior de las empresas] no tendría sentido).

Ya se advertía que el defecto de organización, únicamente es predicable de los delitos cometidos por los subordinados, es decir, no se concibe la perpetración delictiva por un representante o directivo (sujetos recogidos en el apartado a) del artículo 31 bis 1 CP) como consecuencia de un defecto de organización, lo que resulta paradójico, toda vez que el defecto de organización configurado como hecho propio de la persona jurídica, debería operar en todos los casos, prescindiendo de toda condición del sujeto individual que perpetra el delito (ya sea la función jerárquica atribuida o la categoría profesional), pues de entenderse lo contrario, se estaría cuestionando la finalidad para la que se ha concebido. Sobre esta cuestión, BACIGALUPO advierte que "si esto fuera sí, en la hipótesis de la responsabilidad de

los administradores se habría renunciado al déficit de organización como presupuesto de la punibilidad de la persona jurídica y como elemento legitimador de la misma. En realidad, el déficit de organización debe ser también un presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica en todos los casos, es decir, también cuando los delitos que se le imputan hayan sido cometidos por personas que tienen poderes de representación"¹⁷³.

El defecto de organización admite dos interpretaciones. A saber, de una parte, se podría sostener que el defecto de organización se refiere al fallo puntual o casual que pudiera haber facilitado la comisión del delito y, de otra parte, se puede acudir a un concepto más genérico que hallaría su raíz en una cultura empresarial generalizada de falta de sometimiento a la Ley. En el primer caso se estaría responsabilizando a la persona jurídica por un error infrecuente en la organización empresarial, mientras que en el segundo caso, se estaría penalizando a la persona jurídica que de forma habitual, incumple las medidas de prevención delictivas, lo que implica acogerse a una interpretación amplia del artículo 31 bis CP, que alberga criterios excesivamente genéricos. Sobre esta cuestión, se ha pronunciado el Tribunal Supremo mediante sentencia condenatoria a la persona jurídica encausada¹⁷⁴, aplicando criterios interpretativos amplios de la norma, por cuanto se refiere al defecto de organización en términos de "ausencia de una cultura de respeto al Derecho", con independencia de los requisitos formales de la norma, tales como los *Compliances* o modelos de

¹⁷³ BACIGALUPO, E. *Compliance y Derecho Penal*, Op. Cit., p.83.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015.

cumplimiento¹⁷⁵. Sin embargo, el voto particular de la misma resolución, entendió que el término al que aludía el Tribunal "no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad que exige que los supuestos a los que la Ley atribuye una responsabilidad penal aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que la definen. Criterio que, a nuestro entender, no espeta este presupuesto metalegal incorporado en la sentencia mayoritaria al artículo 31 bis 1 CP por su carácter abierto e indeterminado"¹⁷⁶. En mi opinión, aunque ambas interpretaciones albergan elementos perniciosos, el hecho de acogerse al criterio que utiliza el Tribunal, (defecto de organización como concepto genérico de "ausencia de una cultura de respeto al Derecho") vendría a reafirmar la cuestionable teoría planteada por HEINE, (a la que se aludía en epígrafes anteriores), esto es, referida a términos tan indeterminados que se acabaría por construir un fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas adicional al exigido en la norma, definido por un sector doctrinal como el Derecho penal de autor. En este sentido, en punto a evitar interpretaciones excesivamente amplias de la norma, el voto particular de la misma Sentencia le recuerda al Tribunal que "la culpabilidad se fundamenta en los principios generales de la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*, o incluso, si se quiere profundizar más, de la *culpa in constituendo* y la *culpa in instruendo*.

¹⁷⁵ Véase el Fundamento Jurídico octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015. El Tribunal parte de la afirmación de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas "ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquélla ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran".

¹⁷⁶ Véase el apartado 4º "Incongruencia de la resolución" del Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015.

Sin construir un elemento adicional del tipo objetivo que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respecto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada"¹⁷⁷. Prosigue el voto particular, concluyendo que "la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro Derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento de tipo objetivo"¹⁷⁸.

En otro orden de cosas, el procedimiento para declarar penalmente la responsabilidad de una persona jurídica se torna arduo y dificultoso, por cuanto el requisito primordial exigido por el legislador para fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica con base en un hecho propio, responde a una naturaleza extrapenal (defecto de organización), lo que orilla en un difícil encaje en un sistema normativo cuya naturaleza es antagónica¹⁷⁹. Es decir, el hecho de condicionar la verificación de la culpabilidad de una persona jurídica a criterios que no atienden a una naturaleza rigurosamente penal e incluso la selección de requisitos extrapenales para considerar una eximente o atenuante (a través, por ejemplo, de los "modelos de prevención"), suscita en un sector doctrinal, dudas en cuanto a su *praxis*¹⁸⁰. Todo ello, unido al

¹⁷⁷ Apartado 2º "Ausencia de una cultura de control como elemento del tipo objetivo" del Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015.

¹⁷⁸ Apartado 5º "Conclusión" del Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015.

¹⁷⁹ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, Op. Cit., p.39.

¹⁸⁰ MORALES PRATS, F., QUINTERO OLIVARES, G, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. ó CARBONELL MATEU, J.C. se postulan a favor del Derecho Penal

hecho que las instituciones penales, como se refería en apartados anteriores, fueron tradicionalmente concebidas para las conductas típicamente humanas (personas físicas) lo que se traduce en un desajuste entre los sujetos (personas jurídicas) sobre los que se pretende su proyección y la finalidad para la que fueron creadas.

4.2 La declaración de responsabilidades penales independientes

Finalmente, verificados los presupuestos y hechos de conexión entre la persona física que perpetra el delito y la persona jurídica de la que se sirve o para la que actúa o representa, y a la que beneficia con la consecuencia del delito, se podrá declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica de forma independiente de la declarada para la persona física.

Como venimos comentando a lo largo de este trabajo, el legislador parece que ha optado por un sistema vicarial o de heterorresponsabilidad, a la vista del cuestionable modelo elegido de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, a pesar de haber introducido el novedoso "defecto de organización" como criterio de atribución de la culpabilidad basado en un hecho propio. De sostener la teoría que da nombre al sistema de atribución de responsabilidad penal con base en una "heterorresponsabilidad" se podría afirmar que el defecto de organización se configura como un

clásico, como institución tradicionalmente concebida para ofrecer respuesta ante conductas típicamente humanas, pero muy cuestionable para responder ante las conductas criminales de las personas jurídicas, según el modo en que el legislador ha solventado la cuestión mediante las Reformas del Código Penal operadas de los últimos años, a pesar de que, con la Reforma del CP del 2015, se haya configurado un hecho propio de las personas jurídicas que pudiera servir para fundamentar su culpabilidad.

hecho propio de la persona jurídica carente de elementos suficientes para la atribución de la culpabilidad en términos penales, a pesar de que la falta de organización que revelan algunas corporaciones, sea tan evidente que se erija como motivo suficiente para albergar conductas criminales en su interior.

En suma, el escenario de las personas jurídicas en el ordenamiento penal, se ha configurado de forma confusa por cuanto, de una parte, se podría pensar que continúa existiendo una responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en un hecho ajeno, (de la persona física que perpetra materialmente del delito y activa el mecanismo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica), es decir, sistema responsabilidad típico del sistema vicarial o de heterorresponsabilidad, y de otra parte, el haber incluido el defecto de organización como elemento definitorio del hecho propio de la persona jurídica, sienta las bases para sostener que se ha configurado un sistema de autorresponsabilidad. En rigor, si se atiende a una interpretación restrictiva del novedoso precepto, se puede concluir que la persona jurídica no actúa por sí sola, sino que es la persona física que ostenta el dominio material del hecho, y por consiguiente, quien activa el mecanismo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica con su conducta criminal, de manera que, de no producirse ésta, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se originaría. Sin embargo, de otra parte, se podría emplear el defecto de organización empresarial como fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica con base en un hecho propio, por cuanto a pesar de que se precisa una actuación previa de una persona física (autora material del delito), se podría haber perpetrado el delito como causa de una defecto de organización, es decir, el defecto de organización ha

favorecido la perpetración del delito de forma que, de no haber existido, el delito no se habría cometido. Y en este contexto, el dominio de la organización, lo ostenta la persona jurídica (concepto equivalente al dominio del hecho individual).

En cualquier caso, la designios del legislador parecen conducir a la segunda interpretación, que con matices, se presenta como la menos costosa en términos de garantías¹⁸¹.

Por consiguiente, a pesar de hallar diversos escollos en los fundamentos de la culpabilidad de la persona jurídica (analizados en epígrafes anteriores), lo que parece constatable es que el legislador ha optado por un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas emancipada de la declaración de responsabilidad penal de las personas físicas, esto es, la responsabilidad de la persona física no queda cautiva de la responsabilidad de la persona jurídica y tampoco ésta última no puede estar condicionada a la previa declaración de responsabilidad de la persona física. Esta declaración de responsabilidades penales independientes se desprende de los siguiente elementos: de una parte, dispone el artículo 31 Ter CP: "la

¹⁸¹ Véase FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., p. 85. El autor plantea un posible modelo que no es puramente vicarial, puesto que tanto el injusto como la culpabilidad son de la persona física y "el defecto de organización se acaba convirtiendo en un mero expediente para transferir la responsabilidad a la persona jurídica por el injusto de las personas físicas que en el contexto de la estructura organizativa infringen sus deberes en relación a la gestión de la organización". En contraposición a este modelo, plantea se otro en el que el defecto de organización sirve como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por cuanto "el objetivo esencial de la responsabilidad penal deja de ser en este modelo ecléctico castigar hechos delictivos, para convertirse más bien en estabilizar programas (*compliance programs*) para prevenir y descubrir delitos cometidos por personas físicas".

responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella [..]", es decir, se podrá atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, a pesar de que no se llegue a localizar nunca a la persona física que perpetró materialmente el delito¹⁸². Puede haberse declarado, incluso, la inimputabilidad de la persona autora del delito, o haberse sustraído a la acción de la justicia, y que el proceso siga su curso únicamente con respecto a la persona jurídica como única responsable penal. Lo mismo sucedería si con anterioridad al juicio oral había fallecido la persona física o bien se había proyectado sobre ella una eximente que afectaba a la culpabilidad o sus presupuestos¹⁸³.

Lo anterior responde al hecho que las responsabilidades declaradas en el proceso, serán independientes la una de la otra, lo que supone que subsistirá aún en el caso que no resulte posible individualizar a la persona física o bien, no se pueda dirigir el procedimiento contra ella¹⁸⁴.

¹⁸² CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, Op. Cit., p.74.

¹⁸³ A pesar de que la persona jurídica puede resultar responsable del delito como consecuencia de la falta de identificación de la persona física que lo ejecuta, conviene evitar una atribución sistemática de la responsabilidad penal bajo criterios puramente objetivos.

¹⁸⁴ GOMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Op. Cit., p. 67.

En caso de una imposible individualización de la persona física, el nuevo redactado del Código penal que introduce la Reforma del CP de 2015, recoge que la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrá exigirse “siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada”. La finalidad reside en la necesidad de castigar una conducta delictiva (se ha cumplido objetiva y subjetivamente un tipo de delito) cuando no resulte posible identificar a la persona que lo ha perpetrado¹⁸⁵. Este modelo elegido por el legislador permite transferir directamente la responsabilidad penal a la persona jurídica sin emplear todos los esfuerzos necesarios para identificar al autor material del delito cometido para su posterior imputación, conducidos por el afán de encontrar un responsable para castigar el delito y evitar el fracaso de no haber resuelto el caso¹⁸⁶, lo que puede comprometer la finalidad del precepto.

En caso de no haber sido posible dirigir el procedimiento contra la persona física, el artículo 31 bis CP determina que incluso en este caso, será exigible la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se plantea el caso que la persona física autora del delito haya fallecido antes de poder dirigir el procedimiento contra ella: así como ocurre en el caso anterior, en un afán de evitar una impunidad del delito perpetrado por la persona fallecida y obtener una satisfacción social por haber castigado el delito cometido, se podría transferir el injusto a

¹⁸⁵ GOMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Op. Cit., p. 67.

¹⁸⁶ FERNANDEZ TERUELO, J.G., "La Reforma del Código penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La Reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Op. Cit, p..38.

la persona jurídica sin más, a la vista que el hecho existe y se ha concretado como tal¹⁸⁷.

A pesar de que parece que el legislador ha creído tener en cuenta el caso de delitos cometidos como consecuencia de las decisiones tomadas por órganos colegiados, hubiera quedado mucho más clara en su redacción, si hubiera contemplado este supuesto de forma expresa. No obstante, si lo que el legislador hubiera querido instaurar un régimen en sentido estricto de responsabilidad por hechos propios de la persona jurídica, debería haber creado tipos específicos en el Libro II del CP. De ello se deduce claramente, que el legislador continúa pensando en la responsabilidad de la personas física y en cambio, no ha contemplado la posibilidad de delitos cometidos como consecuencia de acuerdos adoptados por la propia sociedad. En este caso, cuando la persona física que ha contribuido a la toma de decisión colegiada no haya podido ser determinada, se seguirá imputando la responsabilidad penal a la persona jurídica directamente, pues el artículo 31 bis CP señala que en estos casos es posible dirigir el procedimiento penal solo contra la persona jurídica.

FEIJOO SANCHEZ plantea el modelo de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP mediante el símil del tubo de cristal en forma de Y, donde se inicia la responsabilidad en un tubo común, que "se bifurca a medida que el hecho individual adquiere el significado de ser también hecho corporativo"¹⁸⁸. El mismo autor esclarece que no se debe

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., p. 269.

¹⁸⁸ FEIJOO SANCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *AAVV Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., p. 92.

entender que la persona física y la persona jurídica son coautoras del delito sino que son co-responsables, siendo únicamente autora material del delito la persona física. De otra parte, el segundo elemento que contribuye a una declaración de responsabilidades penales independientes es el establecimiento de un sistema autónomo de atenuantes para la persona jurídica, desvinculado del existente para las personas físicas. Sin embargo, lo que parece una clara intención del legislador por desligar ambas declaraciones de responsabilidad penal mediante la incorporación de los referidos elementos, se ve empañado por otras particularidades del precepto que acreditan lo contrario, como la modulación de las cuantías impuestas a las personas física y jurídica, que carece de sentido si lo que se pretende es una desvinculación de ambas responsabilidades.

Para NIETO MARTIN, la declaración de responsabilidades penales independientes cobra sentido en el momento que el propósito de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es incrementar la eficacia del Derecho penal y la responsabilidad individual, esto es, "no viene a sustituir a la responsabilidad individual sino a hacerla más efectiva"¹⁸⁹.

5. Ámbito de aplicaciones de la norma y exclusiones

A lo largo de este epígrafe se esclarecerá el escenario actual sobre el que se proyecta el artículo 31 bis CP, examinando para ello, su ámbito de aplicación. Asimismo, cuestionaremos la idoneidad de las personas jurídicas que pueden ser responsables penales a la vista de lo

¹⁸⁹ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Op. Cit., p. 4.

dispuesto en el referido precepto y efectuaremos un análisis pormenorizado de los sujetos que el legislador ha decidido excluir como destinatarios de la norma.

Primeramente, el artículo 31 bis CP se proyecta sobre las personas jurídicas penalmente responsables, es decir, las que ostentan personalidad jurídica propia excluyendo al resto (que se regirán por lo dispuesto en el artículo 129 en el plano de las consecuencias accesorias). En el ordenamiento jurídico penal no se ha acuñado un concepto propio de "persona jurídica", de modo que, al tratarse de una norma penal en blanco, conviene acudir a leyes especiales para conocer su significado. El artículo 35 del Código Civil establece que: "Son personas jurídicas: 1. 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 validamente constituidas. 2. 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". Del referido precepto se puede concluir que la adquisición de personalidad jurídica queda condicionada a la validez de su constitución, es decir, toda corporación, asociación o fundación constituida con arreglo a las normas civiles y mercantiles y válidamente inscritas en el Registro correspondiente, adquiere personalidad jurídica¹⁹⁰. En la misma línea argumental, el artículo 7 de la Ley de

¹⁹⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. "Societas delinquere potest" en AAVV *La Reforma penal de 2010*, ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., GORJÓN BARRANCO, M.C y FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2011, pp. 15ss., remite al mismo artículo 35 del Código Civil para establecer un concepto de referencia para "persona jurídica". Señala la constitución e inscripción de las asociaciones, fundaciones y sociedades mercantiles, como momento a partir del cual adquieren personalidad jurídica, distinta de la que puedan ostentar sus miembros.

Sociedades Anónimas recoge que: "la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica", e incluso el artículo 116 del Código de Comercio, otorga la naturaleza de persona jurídica en aquellos casos en los que "varias personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro"¹⁹¹.

Con base en los referidos preceptos, se puede entender que el imperativo legal contenido en el 31 bis CP, se dirige a: corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley, asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales con personalidad propia reconocida por la Ley e independiente de la de sus asociados y agrupaciones de personas para conseguir un objetivo lucrativo¹⁹². Asimismo, se entenderán excluidos del ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP (no serán susceptibles de ser responsables penales) todos los entes sin personalidad jurídica, ya se deba a una situación irregular en cuanto a su constitución o inscripción, o a la configuración por su propia naturaleza (por ejemplo, las comunidades de propietarios). En cualquier caso, las organizaciones o entidades sin personalidad jurídica se regirán por lo

¹⁹¹ DEL CASTILLO CODES, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Artículos doctrinales de derecho penal*, Noticias Jurídicas, Diciembre 2011, emplea como referencia para establecer un concepto de persona jurídica tanto el artículo 116 del Código de Comercio, como el artículo 35 del Código Civil, al que se remite la doctrina mayoritaria.

¹⁹² DEL CASTILLO CODES, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Artículos doctrinales de derecho penal*, Op. Cit., cita algunos ejemplos de agrupaciones de personas unidas por un objetivo lucrativo, como las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, cooperativas, mutuas, clubes deportivos, organizaciones no gubernamentales, confesiones religiosas, etc. Todas ellas se considerarían personas jurídicas y por consiguiente, serían destinatarias del artículo 31 bis CP, susceptibles de ser responsables penales.

dispuesto en el artículo 129 CP, en el plano de las consecuencias accesorias.

Cuestión aparte es el caso de los entes, que gozando de personalidad jurídica válidamente otorgada por la Ley, son excluidos del artículo 31 bis CP a decisión del legislador. Nos referimos al primer párrafo del apartado quinquies del artículo 31 bis CP: "Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas". Se trata de entidades de naturaleza fundamentalmente pública, por lo que tiene sentido que se encuentren excluidas del texto penal, toda vez que resultaría incoherente procesar penalmente a una entidad pública y hacer frente a una pena de multa a costa de las arcas públicas. Se podría afirmar que la doctrina se posiciona a favor de la decisión del legislador en este caso, prácticamente en su totalidad. Sin embargo, tal consenso no ha existido siempre, teniendo en cuenta que el contenido del precepto ha sufrido más de una modificación en su transcurso legal.

El origen de la regulación de los entes públicos en relación al estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se sitúa en la Reforma del CP de 2010, configurándose como sujetos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP "las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas

Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades Mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general". Sin embargo, entre los entes públicos, el legislador inicialmente incluyó a los partidos políticos, sindicatos y Sociedades Mercantiles Estatales, equiparándolos a la categoría de sujetos pertenecientes a la Administración Pública, sin serlo en sentido estricto. La decisión anterior, junto a los casos de corrupción que proliferaron en los últimos años, sirvieron como pretexto para las duras críticas vertidas por la opinión pública, que no entendió por qué lejos de mostrar una postura proclive a perseguir los delitos socioeconómicos en las organizaciones, el legislador en este caso se inclinó por proteger a estos entes de una hipotética responsabilidad penal.

Pero vayamos por partes: antes de entrar en detalles acerca de su regulación penal, es conveniente conocer someramente su régimen y particularidades conceptuales, en orden a comprender el alcance de las modificaciones legislativas operadas en cuanto a su *status* penal.

La definición oficial de "partido político" elaborada por el Gobierno de España es la siguiente: "Los partidos políticos no son otra cosa que asociaciones de ciudadanos con ideología común o intereses comunes que, mediante una organización estable, tratan de influir en la vida política del país, a través de la formación de la voluntad política de los ciudadanos, la participación en las instituciones representativas de carácter político, y la presentación de candidatos y programas en las

correspondientes elecciones"¹⁹³. La Ley de Partidos, en su Exposición de Motivos, puntualiza que "no son órganos constitucionales, sino entes privados de base asociativa"¹⁹⁴. En su configuración, albergan la particularidad de recabar financiación tanto de aportaciones privadas como públicas, es decir, el Gobierno les financia una parte de su actividad para evitar posicionamientos subjetivos del partido, con base únicamente en aportaciones privadas y, a la vez, ayudar a la supervivencia de los mismos. Por consiguiente, aunque su base constitutiva sea una asociación privada, actúan en interés público y son un complemento del Estado que actúa en beneficio de la sociedad.

Con la Reforma del CP de 2010, el Parlamento decidió excluir a los partidos políticos de la regulación introducida por el novedoso artículo 31 bis CP, en orden a evitar su imputación por vía penal y eludir las sanciones a las que, en su caso, podrían enfrentarse (alcanzando incluso, a la disolución del partido). Quizás el carácter "*quasi* público" que albergan estos organismos, pudiera haber servido de pretexto para adoptar tal decisión, pero en cualquier caso, no fue bien entendida por los demás grupos parlamentarios y, en menor medida, por los medios de comunicación, que criticaron duramente la opción del legislador haciendo eco de la opinión pública. Todo ello, unido al hecho que, en esa época, se produjo un auge en los casos de financiación ilegal, cohecho o fraude fiscal en el seno de los partidos políticos, que se libraron de responder penalmente de sus actuaciones criminales amparados por el referido precepto, lo que engendró una percepción

¹⁹³ Definición extraída de la página Web oficial del Ministerio de Presidencia del Gobierno de España, a través del enlace: "www.mpr.gob.es".

¹⁹⁴ Véase la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio de Partidos Políticos publicada en el BOE 154 de 28 de Junio de 2002.

generalizada de que determinadas entidades gozaban de una impunidad deliberada para salvaguardar sus intereses particulares.

Así las cosas, el legislador se vio abocado a una transformación del sistema normativo en favor de la transparencia y el sometimiento a la legalidad de las instituciones, que culminó finalmente con la Reforma del Código Penal operada por la Ley 7/2012 de 27 de diciembre en "materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social", en relación al ámbito de aplicación del nuevo artículo 31 bis CP introducido por la Reforma del CP de 2010. Con esta nueva modificación, se pretendió solventar la cuestionable cobertura penal que se les otorgó a los partidos políticos y a los sindicatos con la reforma anterior¹⁹⁵, y aunque la mayoría de los grupos parlamentarios apoyaron la Reforma, lo hicieron con recelo y con matices en sus posicionamientos por considerarla una Ley necesaria pero notablemente insuficiente para afrontar los casos de corrupción que afloraban en las formaciones políticas más influyentes del país. En concreto, matizaban sus votos favorables respecto a que hubiera faltado regular la suficiencia financiera de los partidos políticos,

¹⁹⁵ En la Exposición de Motivos de la Ley 7/2012 de 27 de Diciembre, el legislador hacía una referencia expresa a la necesidad, en ese momento, de procurar una mayor transparencia en la gestión de los sindicatos y, especialmente, de los partidos políticos, como consecuencia de los preocupantes casos de corrupción en varias formaciones políticas que convulsionaron a toda la sociedad. El punto II del documento, dispone que: "En primer lugar, se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos".

apuntando incluso que esta Reforma se había llevado a cabo de manera incompleta a propósito de los famosos casos de corrupción "Bárceñas" y "Gürtel" que afectaban en ese momento al partido político gobernante (Partido Popular).

Por lo que se refiere a los sindicatos, han recibido un tratamiento equivalente al de los partidos políticos en materia de responsabilidad penal, primeramente mediante su exclusión del ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP, y posteriormente, con su inserción. En orden a continuar con la descripción del proceso normativo de la responsabilidad penal de los entes públicos, en concreto, de los sindicatos, y a efectos de esclarecer las razones esgrimidas por el legislador para equipararlos a la categoría de Administración Pública, conviene reseñar que un sindicato es "una Asociación de trabajadores constituida para la defensa y promoción de los intereses profesionales, económicos o sociales de sus miembros"¹⁹⁶ cuya ordenación como entidad pública o privada, la determina el origen de la financiación que da lugar a su existencia. Dicho de otro modo, al margen de definiciones formales de los términos (que indudablemente ayudan a una mejor comprensión de los conceptos), lo que parece claro es que las dudas suscitadas en cuanto al tratamiento que deben recibir estas entidades, radican en que las aportaciones que conforman su financiación son tanto públicas como privadas, si bien en muchos casos, el índice de las primeras supera al de las últimas.

La cuestión de la financiación de los sindicatos ha sido y es un tema espinoso, por cuanto entraña planteamientos difícilmente

¹⁹⁶ Definición extraída la página Web oficial del Diccionario de la Real Academia Española a través del enlace: "www.rae.es".

comprensibles, a saber, la opacidad de sus cuentas, la reiterada negativa de sus afiliados y dirigentes a detallar el origen de su financiación, y sobretodo, el destino de sus partidas presupuestarias. No se acaba de entender cómo es posible que a una entidad como los sindicatos, no se les imponga la obligación de rendir cuentas ante ningún organismo, cuando en realidad, el origen de la mayor parte de su financiación, es público. En particular, las vías habituales de financiación de los sindicatos, son: los porcentajes que perciben de los ERE que tramitan, los cursos de formación financiados por las políticas de empleo, las cuotas de los afiliados (que suponen el porcentaje menor de la financiación total), además de los bienes públicos cedidos por el Estado y la dotación de una partida destinada únicamente a cubrir los sueldos de más de 5.000 liberados. Sin entrar en valoraciones subjetivas sobre esta cuestión, parece que la causa del debate generado sobre la financiación de los sindicatos radica en la implicación de uno de ellos, (concretamente Unión General de Trabajadores (UGT)) en el popular caso de los "ERE falsos", juntamente con la Junta de Andalucía, y que actualmente se encuentra pendiente de resolver por los Tribunales.

Ciertamente, los casos sobre financiaciones ilegales o desfalcos a las arcas públicas que han emergido en los últimos años, (especialmente por entidades que no son de naturaleza estrictamente pública) pese a la función que cumplen para parte o toda la sociedad, como ocurre con los partidos políticos o los sindicatos, ha orillado en una exigencia general de mayor transparencia y honestidad en cuanto a su gestión interna, sistema de financiación y rendición de cuentas. Esta situación, unida a la de una profunda crisis económica que sacude al país desde hace varios años, junto con el afán de la ciudadanía por verificar una

transformación en las instituciones más tradicionales de la sociedad, ha impulsado un cambio de paradigma en la regulación del sistema político e instituciones “semi-públicas”, en definitiva, de aquellos entes que ejercen sus actividades públicas gracias, en parte, al presupuesto público.

Este tránsito en favor de la transparencia, unida a la obligación de someter a un partido político, o un sindicato, al ámbito de aplicación de un precepto (artículo 31 bis CP) ideado, en origen, para evitar conductas criminales en el interior de las personas jurídicas (especialmente en las grandes empresas), hubiera sido impensable hace unos años, cuando no se cuestionaba la gestión de las administraciones públicas, como tampoco de los sindicatos ni partidos políticos, lo que a mi parecer tiene mayor enjundia, teniendo en cuenta que el objetivo de su actividad principal es la defensa de los intereses comunes. Por este motivo, el sometimiento a controles económicos y de funcionamiento interno deberían ser más estrictos, en orden a asegurar la imparcialidad, la honestidad de sus gestiones y la correcta asunción de las responsabilidades que les incumben, controles que, deberían ser aplicables a todo tipo de instituciones públicas y demás organismos que, a pesar de carecer de una naturaleza estrictamente pública, actúan en interés o beneficio de la comunidad.

Con el objetivo de combatir la tendencia criminal en el seno de estos entes (partidos políticos y sindicatos) se modificó el CP mediante la Ley 7/2012, Reforma a mi parecer, necesaria y positiva, a pesar de no resultar completamente satisfactoria para los que exigían el mismo tratamiento a las sociedades mercantiles estatales que ejecutan políticas o prestan servicios de interés económico general.

Estos entes forman parte del grupo de entidades instrumentales del Estado, junto con los organismos públicos y fundaciones. Tienen la particularidad que la Administración General del Estado ostenta una participación directa o indirecta mayoritaria, pero su naturaleza jurídica es privada y sus actividades también, sujetas al ordenamiento privado¹⁹⁷. Precisamente por su naturaleza privada, con el nuevo redactado del artículo 31 bis CP operado con la Reforma del CP de 2015, el legislador quiso matizar que, para poder configurar estas entidades mercantiles como destinatarias de la norma penal, deberán ejecutar políticas públicas o prestar interés económico general¹⁹⁸. Estos organismos fueron excluidos por el legislador, en un inicio, del ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP con la Reforma del CP de 2010, junto a los partidos políticos y los sindicatos, (aunque en menor medida).

¹⁹⁷ ORTEGA ÁLVAREZ, L. "Los sujetos de la relación jurídico-administrativa" en AAVV *Manual de Derecho Administrativo Vol. I*, PAREJO ALFONSO, L. (Coord.), Ariel Derecho, Barcelona 1998, pp. 428 y 429.

¹⁹⁸ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos - análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Op. Cit., pp. 114 ss. El autor efectúa una interpretación teleológica e incide en la relevancia del desempeño de la función pública para someterse a lo preceptuado por el artículo 31bis CP como persona jurídica. De esta forma, considera excluida toda aquella entidad que pese a tratarse de una mercantil estatal, ejecute políticas privadas: "[...] Es decir, que su exclusión del ámbito de los sujetos penalmente responsables no es por razón de la persona -no es por "ser" Correos o RTVE- sino por razón de su objeto (aunque en el caso concreto la conducta delictiva sea ajena a dichas actividades y se encuentre vinculada a otras actividades que la empresa realice en régimen de libre competencia en el mercado, pues difícilmente la decisión judicial, podría no afectar a la consecución de los intereses públicos generales). Sin embargo, la exclusión no alcanza a las empresas de naturaleza estrictamente privada que, sin embargo, tiene establecidas por la legislación la concesión/gestión de un servicio público universal (por ejemplo, en Granada, la Empresa Rober para el transporte público o Cetursa para la explotación de instalaciones de Sierra Nevada). La razón es obvia: la Administración Pública, tras la declaración de responsabilidad criminal de la empresa concesionaria, puede resolver el contrato, convocar otro y otorgárselo a otra empresa".

En definitiva, la decisión sobre el sometimiento al artículo 31 bis CP de estas entidades teniendo en cuenta su naturaleza y origen de su financiación, generaron desacuerdos entre las instancias políticas. De una parte, los que apoyaron la decisión del legislador, (en cuanto a su incorporación al ámbito de aplicación del precepto) esgrimieron sus argumentos con base en su naturaleza mixta (financiación de origen público y privado) por cuanto no se puede elevar a categoría de administración pública a una entidad cuya financiación radica en aportaciones privadas, aunque sea parcialmente. De considerar tal posibilidad, se les estaría aplicando un tratamiento de favor, que vulneraría a todas luces, el espíritu del precepto. De otra parte, los partidarios de excluir estas entidades del ámbito de proyección del artículo 31 bis CP, aludían a su carácter semi-público para defender su postura, es decir, si su financiación se compone de presupuesto público, quedan facultadas para situarse, como mínimo, a un nivel superior del resto de entidades privadas, por consiguiente, su tratamiento debe ser distinto, a pesar de sus aportaciones privadas. Por último, el sector minoritario, que no se pronunció al respecto.

Así las cosas, la cuestión ha sido abordada por el legislador con la Reforma del CP de 2015 operada mediante la Ley Orgánica 1/2015¹⁹⁹ proyectando la responsabilidad penal a las sociedades mercantiles,

¹⁹⁹ La Reforma del Código Penal de 2015, introduce un nuevo apartado quinquies al artículo 31 bis, que detalla los sujetos susceptibles de ser excluidos de una atribución de responsabilidad penal como personas jurídicas. Como novedad, introduce en su apartado 2, a las Sociedades Mercantiles Estatales como sujetos de responsabilidad penal como personas jurídicas, siempre que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, pero la pena que tendrán atribuida se limita a la multa o la intervención judicial. No obstante, deja abierta la posibilidad que el Juez o Tribunal no aplique esta limitación cuando "aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal".

quizás promovido por los argumentos esgrimidos por el sector que, desde un inicio, abogaba a favor de una responsabilidad penal de estos entes y, atajar así, la polémica suscitada. Sin embargo, pese a la inclusión de las mencionadas entidades en el "catálogo" de sujetos susceptibles de atribuirles responsabilidad penal, se ha introducido en el último párrafo del precepto una limitación a la aplicación de la pena, por cuanto únicamente se les podría aplicar las recogidas en los apartados a) y g) del artículo 33.7 CP²⁰⁰. Sin perjuicio de analizar la cuestión de las penas en los siguientes Capítulos, se puede concluir que la decisión del legislador por lo que respecta a la referida limitación se considera, en general, acertada, por cuanto el hecho de dotarse de capital público, a pesar de tratarse de instituciones jurídico-privadas, orilla en la necesidad de limitar la respuesta ante una hipotética pena como la clausura de locales o suspensión de actividades, cuyo acatamiento percutiría negativamente en el interés público.

Con la referida Reforma del CP de 2015, se puede apreciar una modificación en el término "sociedad mercantil estatal" por el de "sociedad mercantil pública", lo que se traduce en que la Reforma no sólo se proyecta sobre las sociedades mercantiles del Estado sino también sobre las autonómicas y locales, es decir, a partir de la Reforma del CP de 2015, podrán responder penalmente todas las sociedades mercantiles públicas, independientemente de su ámbito geográfico de aplicación. La necesidad de esta modificación, que *a priori* pasó inadvertida para muchos, la puso de manifiesto la Fiscalía General del Estado mediante la Circular elaborada a propósito de la

²⁰⁰ Los apartados a los que nos referimos, recogidos en el artículo 33.7 CP disponen que únicamente se les podrán aplicar las penas de "a) multa por cuotas o proporcional" y "g) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de 5 años".

Reforma del CP de 2010, donde ya entonces sugería una interpretación teleológica del término Estado, obligando a “efectuar una exégesis extensiva del concepto Estado, entiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio”²⁰¹.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante su Dictamen número 358/2013 al Anteproyecto de Reforma de 2015, sostenía que “[...] sería preferible que el Anteproyecto se refiriera a la responsabilidad de las Sociedades mercantiles públicas, en general, englobando así también al extenso sector público económico de las Comunidades Autónomas y a las sociedades mercantiles que pueden constituir entidades locales (artículo 85.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local), y no exclusivamente a las Sociedades públicas de titularidad estatal contempladas en el artículo 166.1.c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas”.

Finalmente, el legislador, acató las referidas recomendaciones e introdujo expresamente en el nuevo apartado quinquies del artículo 31 bis CP, el término "sociedad mercantil pública", en lugar de "sociedad mercantil estatal". Así, se consiguió dotar, de una parte, de cobertura legal a los posibles delitos perpetrados en el seno de estos organismos y, de otra parte, de más transparencia y coherencia al sistema público y “*quasi* público”. De esta forma, se acercaron más al objetivo de servir al interés general.

²⁰¹ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado "Relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010", Op. Cit.

Pero de nuevo, la nota discordante en el nuevo redactado del precepto, la introduce un párrafo añadido por el legislador en relación a las sociedades mercantiles públicas: "Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal". Se refiere a la limitación que veníamos comentando acerca de la pena aplicable en estos casos, esto es, los apartados a) y g) del artículo 33.7 CP. Con esta aclaración, el legislador ha pretendido alcanzar a mayor número de supuestos posibles, en aras a evitar casos de impunidad (pensemos, por ejemplo, en casos de constitución de empresas "pantalla" con el único propósito de delinquir). Sin embargo, con el redactado definitivo del precepto, han quedado al descubierto las sociedades mercantiles públicas que, a pesar de haberse constituido de forma lícita, ejercen actividades delictivas.

Quizás se debió haber previsto esta hipótesis en las labores de redacción del precepto, para no limitar su aplicación a entidades cuya licitud o ilicitud radica en su forma de constitución, sino además, en cuanto a la legitimidad de su actividad social que, en definitiva, es lo que adquiere relevancia en términos de atribución de responsabilidad penal.

Otra de las incógnitas suscitadas acerca de las personas jurídicas excluidas del ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP y, por consiguiente, no serían destinatarias de la norma, es la que refiere a los entes instrumentales de base corporativa, como por ejemplo, los Colegios Profesionales. Se trata de "corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de

sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas"²⁰².

Los Colegios Profesionales son calificados por el ordenamiento administrativo como órganos públicos, por albergar funciones públicas además de las que ostente como atribuciones inherentes a su función, a saber, "prestación de servicios a sus miembros y la representación y defensa de sus intereses económicos y corporativos"²⁰³. A pesar de tratarse de órganos estrictamente públicos, su gestión se encomienda a las personas que ejercen su actividad, por lo que no se pueden encuadrar en ninguna clasificación elegida por el legislador como sujetos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP, por

²⁰² Véase explicación de ORTEGA ALVAREZ, L., "Los sujetos de la relación jurídico-administrativa" en AAVV, *Manual de Derecho Administrativo Vol. I*, Op. Cit., p. 431, acerca del concepto y regulación de los entes instrumentales de base corporativa mediante referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1988 de 18 de febrero de 1988, entre otras. En síntesis, tres notas definitorias de los entes instrumentales de base corporativa: "conurrencia de intereses públicos y privados; elementos públicos en la organización y atribución de funciones; dependencia o tutela de una Administración territorial".

²⁰³ ORTEGA ALVAREZ, L., "Los sujetos de la relación jurídico-administrativa" en AAVV, *Manual de Derecho Administrativo Vol. I*, Op. Cit., p.433.

cuanto no encarnan al Estado, ni son Administraciones Públicas territoriales o institucionales, como tampoco Organismos Reguladores, Agencias ni Entidad pública empresarial, ni organización internacional de Derecho público, ni ejercen potestad pública de soberanía ni administrativas. Así las cosas, sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a un Colegio Profesional, deviene una incógnita toda vez que dependerá una vez más, del arbitrio del Juez o Tribunal que conozca del caso²⁰⁴.

Lo mismo sucederá en el caso de las Federaciones deportivas, cuyo régimen jurídico determina que son "entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del de sus asociados. Además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso, como agentes colaboradores de la Administración Pública"²⁰⁵. Tampoco encajan en ninguna de las categorías definidas por el legislador, lo que puede derivar en interpretaciones varias y situaciones difíciles de resolver en instancias judiciales.

²⁰⁴ DE LA CUESTA, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.79 apunta a la consideración efectuada por la Fiscalía General del Estado en la 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", Op. Cit., en cuanto a que la "exclusión de las Cámaras de Comercio y Colegios Profesionales deberá quedar sujeta a una valoración jurídica casuística".

²⁰⁵ Artículo 1 del Real Decreto 1835/1991 de 20 de Diciembre de Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, publicada en el BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 1991.

Veremos cómo se posicionan los jueces y Tribunales en su labor de interpretación del precepto y los consiguientes posicionamientos doctrinales.

6. Casos complejos para la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica

Para que sobrevenga una responsabilidad penal para la persona jurídica, deben concurrir determinados presupuestos y hechos de conexión con la persona física (autora material del delito), con la que a su vez, mantiene vínculos. Sin adentrarnos de nuevo en los detalles de esta cuestión, a lo largo de los siguientes epígrafes se esclarecerán los casos en los que se dificulta, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por verificarse determinadas particularidades en su composición (entendida ésta como la configuración adquirida en el tráfico jurídico mercantil). Es decir, se identifican situaciones en las que se puede hallar la persona jurídica, teóricamente destinataria de la norma, que impiden una atribución "corriente" de responsabilidad penal, e incluso en algunos casos, ni siquiera han sido previstas por el legislador, lo que viene a complicar aun más la cuestión. A continuación, se citan algunos de esos supuestos más destacables, como la representación o administración de una persona jurídica por otra, los grupos de empresas o los casos de disolución o transformación.

6.1 La representación o administración de una persona jurídica por otra

Resulta alarmante el hecho de que el legislador haya omitido una regulación expresa para los casos en los que quien administra, controla u organiza a una persona jurídica, no es una persona individual ni como integrante de un órgano de la persona jurídica administrada, sino que esa figura se encarna en otra persona jurídica. Actualmente no es algo inusual, encontrarse con las siguientes situaciones: de una parte, la figura del "colaborador externo" integrado en la plantilla interna de la empresa. Este caso sucede sobretodo en grandes estructuras, en las que se contratan otras empresas para desarrollar servicios, habitualmente de consultoría, en entornos de organización y estructura corporativas, gestión de control de recursos o desarrollo e implantación de proyectos para la mejora de la eficiencia. Las referidas colaboraciones se llevan a cabo en el plazo contratado de inicio, poniendo a disposición de la empresa contratante equipos de personas, que interactúan con los trabajadores internos, como si de un equipo de trabajo más se tratara.

De otra parte, en empresas con dimensiones más reducidas, se encomienda la gestión de la administración a otra sociedad, más comúnmente conocidas como la figura del "gestor" y que habitualmente se centra en gestorías o asesorías jurídicas que desempeñan labores de administración general, contratación de recursos humanos, liquidación de impuestos, pago de nóminas, e incluso actúan como representantes legales de las sociedades administradas mediante la otorgación de poderes notariales. Pues bien, a pesar de que estos casos se suceden de forma habitual en las empresa, no han sido

recogidos por el legislador en el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Reforma del CP de 2015, como tampoco lo hizo con la Reforma anterior.

¿Qué ocurrirá cuando quien tiene atribuida la capacidad de toma de decisiones en nombre de la persona jurídica u ostente facultades de organización y control dentro de la misma sea otra persona jurídica? SILVA SANCHEZ, J.M. se refería a estos supuestos como "singulares" y contemplaba la posibilidad que respondieran de los hechos ambas personas jurídicas: "en este caso, si quien comete el delito es la persona física representante de la persona jurídica administradora, podría darse la situación de que respondieran: a) la persona jurídica administradora, de la que la persona física es representante y b) la persona jurídica administrada, de la que la persona física representante de la persona jurídica administradora es, a su vez, administradora de hecho. Será obviamente preciso que concurren el resto de requisitos, en particular el provecho económico, para ambas personas jurídicas"²⁰⁶. El autor cita este ejemplo, como posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica administradora por un delito cometido por una persona física que actúa en calidad de representante legal de las personas jurídicas administradora y administrada. Sin embargo, podrían darse infinidad de situaciones paradójicas cuya resolución quedarían absolutamente sujetas al arbitrio del Juez o Tribunal que conociera del caso, por no estar recogido en el nuevo precepto el supuesto principal de comisión de un delito por una persona jurídica que actúa, por ejemplo, por cuenta de otra.

²⁰⁶ SILVA SANCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., en la referencia al número 25 de la página 256.

La Fiscalía General del Estado, en la Circular elaborada a propósito de la Reforma del CP de 2010, propuso interpretar el precepto de forma amplia, haciendo extensivo el "debido control" a todos los colaboradores sometidos a la jerarquía empresarial, con independencia del vínculo laboral que los una, basado en que el objetivo de esta regulación es "evitar que se cometan ilícitos penales en su ámbito de actividad, bien por parte de la cúpula -gestores, administradores, representantes legales- bien por los empleados y colaboradores de la misma".

Esta interpretación puede resultar contraproducente toda vez que un colaborador externo que mantiene una relación laboral con otra persona jurídica distinta a la receptora de sus servicios, se debe a aquélla, de quien recibe sus órdenes, instrucciones y su salario, es decir, el vínculo laboral con el trabajador lo mantiene la persona jurídica que actúa como prestador de servicios de la otra, poniendo a disposición trabajadores de su plantilla como meros instrumentos para llevar a cabo la actividad contratada entre ambas. Quien responde en último término de la actividad realizada por el trabajador es la sociedad prestadora de servicios. Por consiguiente, en mi opinión, no resultaría una tarea sencilla dirimir responsabilidades penales en caso de la perpetración de un delito por el sujeto persona física, en éstos términos.

Quizás en estos casos, debería aplicarse un doble control sobre el trabajador: de una parte, la empresa contratante de los servicios, debe supervisar su gestión diaria y asegurarse que conoce las normas en materia de prevención y seguridad (teniendo en cuenta que el trabajador se ubica físicamente en sus instalaciones), y de otra parte, a

la empresa prestadora de los servicios (con quien mantiene el vínculo laboral), le atañe la labor de una correcta selección del candidato idóneo para el puesto y velará por un desarrollo óptimo de las funciones atribuidas a fin de proporcionar a la empresa contratante, la calidad esperada en los servicios contratados. Todo ello, sin obviar el hecho que el propio trabajador debe actuar con la debida diligencia y responsabilidad en sus funciones.

6.2 Los grupos de empresas y empresas en formación

De una parte, la "personalidad jurídica" se ha configurado por el legislador como un factor determinante para la atribución de responsabilidad penal con base en el artículo 31 bis CP, de forma que si la persona jurídica carece de ella, se regirá por lo dispuesto en el artículo 129 CP, en el ámbito de las consecuencias accesorias. De otra parte, según la legislación mercantil, la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro Mercantil²⁰⁷, momento en el que se despliegan todos sus efectos jurídicos. En suma, toda persona jurídica cuya constitución no se halle debidamente inscrita en el Registro Mercantil, no adquirirá personalidad jurídica y, por consiguiente, su tratamiento penal se someterá al ámbito de las consecuencias accesorias mediante la aplicación del artículo 129 CP en lugar del novedoso 31 bis CP.

Dentro de la categoría de personas jurídicas sin personalidad jurídica propia, destacan los grupos de empresas y empresas en formación,

²⁰⁷ El artículo 33 del RD Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, publicado en el BOE número 161 de 317/2010, recoge que "con la inscripción (registral) la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido".

entre otras²⁰⁸. La primera se refiere a la unión de varias sociedades organizadas de forma que una de ellas ostenta el control sobre las demás, a la que quedan sometidas²⁰⁹. A pesar de la personalidad jurídica que pueden albergar las sociedades individuales que constituyen el grupo empresarial, lo cierto es que la unión resultante como tal, carece de la misma, lo que orilla en una falta del requisito indispensable para atribuir una responsabilidad penal con base en el artículo 31 bis CP.

De igual forma se configura la responsabilidad penal para las empresas en formación, pues en este caso aunque la sociedad se encuentre en

²⁰⁸ En la misma categoría de personas jurídicas que no albergan personalidad jurídica propia, además de las referidas en el epígrafe del trabajo que da lugar a la presente cita, se encuentran las sociedades devenidas irregulares, las sociedades civiles secretas o las Uniones temporales de empresas (UTE) a las que se refiere la Fiscalía General del Estado en su 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", Op. Cit., en punto a determinar que su tratamiento por vía penal resultaría equiparable a las sociedades en formación o los grupos de sociedades, esto es, se someterán al artículo 129 CP en el plano de las consecuencias accesorias.

²⁰⁹ En la legislación mercantil no se halla una definición expresa de los grupos de sociedades, sin embargo, se localizan preceptos que definen su configuración: el artículo 1 del RD 1815/1991 de 20 de diciembre por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, publicado en el BOE número 310 de 27 de diciembre de 1991 establece que "el grupo de sociedades a los únicos efectos de la consolidación de cuentas, está formado por la sociedad dominante y por una o más sociedades dependientes". El artículo 42.1 del RD de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, a través del BOE número 289 de 16 de octubre de 1885) determina que: "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente [...]", precepto al que se remite la Ley de Sociedades de Capital a través de su artículo 18. Las sociedades en formación quedan reguladas en la Sección segunda del capítulo III del Título II de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, publicado en el BOE número 161 de 3 de julio de 2010).

fase de constitución, adolece del requisito necesario para someterse al artículo 31 bis CP, esto es, la personalidad jurídica.

Así las cosas, la falta de personalidad jurídica en ambos casos, obliga a un sometimiento de los entes al ámbito de aplicación de las consecuencias accesorias (a las que se alude ampliamente en los próximos Capítulos de este trabajo), en lugar de acudir a una atribución de responsabilidad penal con base en el artículo 31 bis CP.

6.3 Los casos de fusión, absorción, escisión y transformación de personas jurídicas

No es una novedad que las sociedades mercantiles, a lo largo de su vida, pueden sufrir alteraciones en su configuración inicial, como consecuencia de operaciones societarias que albergan finalidades de distinta índole. Los supuestos más habituales de alteración de la naturaleza mercantil primigenia de las sociedades, son los siguientes: fusión, fusión por absorción, escisión y transformación, cuya peculiaridad radica en la naturaleza de la personalidad jurídica de la sociedad resultante. Es decir, en todos los casos, se altera, en mayor o menor medida la estructura societaria inicial, mediante un proceso de mutación que encaja en alguna de las categorías mercantiles recogidas en la Ley reguladora de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y como consecuencia de este proceso, surge una persona jurídica distinta (en mayor o menor grado) de la modificada en origen, dotada de personalidad jurídica²¹⁰.

²¹⁰ Se refiere a la Ley 3/2009 de 3 de Abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE número 82 de 4 de abril de 2009, que recoge en su articulado los conceptos de fusión, fusión por absorción, escisión y

La personalidad jurídica de los entes se erige como el nexo de unión entre la conducta criminal societaria y la atribución de responsabilidad penal que faculta la aplicación del artículo 31 bis CP, pues de otro modo, nos situaríamos en el plano de las consecuencias accesorias. Innegablemente, al tratarse de una sociedad que no ha mantenido su configuración primigenia, se plantean dificultades añadidas a la hora de individualizar responsabilidades y dirimir la cuestión, sobretodo teniendo en cuenta que la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como tal, se ha acabado configurando con las últimas Reformas penales, como una regulación altamente cuestionada, no solo ante la dificultad de fundamentar la atribución de responsabilidad penal a los entes sin vulnerar los pilares dogmáticos del Derecho Penal, sino por una significativa carencia de experiencia

transformación de sociedades. Sin entrar en las particularidades mercantiles de cada categoría, a continuación se efectúa una reproducción de los preceptos reguladores de las mencionadas operaciones societarias, en punto a constatar los conceptos aludidos en este trabajo. La transformación societaria queda regulada en el Título I de la Ley, y mediante el artículo se define el concepto: "En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica". El Título II se destina a regular los casos de fusión, entre los que se encuentra la fusión por absorción como una de sus tipologías. La definición del término fusión, se recoge en el artículo 22: "En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan", mientras que los casos de fusión por absorción, son recogidos en el artículo 23.2: "Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda". Por último, a pesar de que el supuesto de escisión se recoge ampliamente en sus distintas tipologías en el Título III, se ha tomado como referencia general, el supuesto de 'escisión total' definido en el artículo 69: "Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde".

judicial previa. Por consiguiente y, en mi opinión, una persona jurídica que ha soportado modificaciones estructurales como consecuencia de operaciones societarias de cualquier índole, y se quiera o no, ha contribuido a diluir responsabilidades en su seno, solo viene a complicar todavía más el marco de aplicación del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Todo ello, a pesar de que en el ámbito mercantil, las cosas son distintas y se recurra a este tipo de operaciones modificadoras de la naturaleza original de personas jurídicas, con relativa facilidad.

Partiendo del referido escenario, el CP establece que en los casos de transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica, la responsabilidad penal pervivirá, residiendo en la sociedad resultante, toda vez que, aunque de forma parcial, la sociedad primigenia continua formando parte de la nueva estructura. Lo anterior, si bien, con matices: lógicamente en los casos en los que la nueva sociedad sea el resultado de una operación mercantil donde se hayan integrado dos o más sociedades, y siempre que la presencia de la persona jurídica inicial responsable del delito sea parcial, la pena impuesta se verá modulada proporcionalmente en función del grado de relación que aquella guarde con el acto criminal²¹¹. En este sentido, el CP pretende

²¹¹ El artículo 130.2 CP establece que: "la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos."

evitar la impunidad en el caso que la sociedad se haya aprovechado del uso de artimañas societarias como herramienta para eludir una eventual responsabilidad criminal, lo que parece plausible, a la vista de la frecuencia con la que se recurren a estas operaciones. A la vista de lo anterior, se puede concluir que, de no existir una regulación específica en el CP, vaciaría de contenido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por cuanto éstas, verían en estos procedimientos societarios, una vía de evasión ante una eventual responsabilidad penal.

En términos penales, lo relevante de las alteraciones societarias parece residir en la pretensión que se persiga con la operación, de manera que, si el propósito de completarla radica en una evidente intención de eludir una hipotética responsabilidad penal por una actuación criminal, la posterior transformación, fusión, escisión e incluso, disolución aparente (éste último, parece ser el caso más evidente de intencionalidad criminal) no impedirá la atribución de responsabilidad a la persona jurídica²¹².

²¹² La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado "Relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010", Op. Cit., considera el caso de la disolución aparente, utilizado como vía para evitar la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, como mecanismo particularmente lesivo para los intereses de los trabajadores y acreedores. Por este motivo, se dirige a los Sres. Fiscales, para ordenar la posibilidad de solicitar al juez la adopción de la intervención judicial de la corporación como medida cautelar en el proceso, conforme a lo previsto en el artículo 33.7 CP.

CAPÍTULO III

COMPLIANCE PENAL

1. Aproximación al concepto y fundamentos de los *Compliance Programs* o programas de cumplimiento empresarial

A lo largo de este Capítulo, abordaremos la compleja cuestión de los *Compliance programs* o programas de cumplimiento, como elemento novedoso introducido por el legislador en el CP a través de la Reforma de 2015, a pesar de que hasta entonces no se configuraban como una materia completamente desconocida en nuestro ordenamiento. Lo relevante del asunto es que la existencia de un programa de cumplimiento, puede entrañar una causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, motivo por el que se cuestiona, de una parte, la verdadera finalidad de la norma y, de otra parte, si el ordenamiento penal constituye el medio más adecuado para regular la ordenación de los programas de cumplimiento²¹³. En efecto,

²¹³ NIETO MARTIN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013 p.49 apuesta por un modelo penal que ayude a las pequeñas empresas a instaurar un programa de cumplimiento y a encauzar un vía de respeto a la legalidad, incluso de forma obligatoria. Considera el autor que, "la suspensión del proceso o los acuerdos procesales con las personas jurídicas a cambio de que mejoren su organización interna debería ser, salvo en el caso de empresas reincidentes, la vía natural de incorporación al *Compliance* al Derecho Penal". Véase, en un posicionamiento opuesto, QUINTERO OLIVARES, G., "La Reforma del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Op. Cit., p.86 cuestiona la decisión del legislador, no sólo en cuanto a la inclusión de los *compliance* en el Código Penal, sino la culpabilidad por defecto de organización o responsabilidad por descontrol, "que puede tener un sentido en el Derecho sancionador administrativo, pero no en el Derecho penal, y menos aún, en el derecho europeo continental". El autor sostiene, en relación con los *compliance*, que se podían haber regulado mediante leyes mercantiles, en cuyo caso "se hubiera frustrado el afán de incorporar los *Compliance* al Derecho penal". Ambas tesis (que no las únicas), muestran

no es un tema menor, de hecho, algunos sectores doctrinales pronostican una situación confusa en las corporaciones, que se verán obligadas a implantar unos programas de cumplimiento empresarial que traten de satisfacer las exigencias del legislador, con el único objetivo de asegurarse la exención de una eventual responsabilidad penal, en lugar de pretender infundir una cultura de sometimiento y respeto a la Ley. El resultado de esta práctica se concentrará en una demanda masiva de confección e implantación de *Compliance programs*²¹⁴ que aseguren un cumplimiento de la legislación penal y una consiguiente exención de responsabilidad en caso de perpetración de un delito, más allá de promover una persecución real de las conductas criminales, sin mencionar que, la falta de experiencia en la materia²¹⁵, provocará que quede a total discreción del Juez o tribunal que conozca del asunto, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

posicionamientos doctrinales opuestos surgidos a raíz de Reforma Penal de 2015, en materia de *compliance* penal.

²¹⁴ En este sentido, se comparte la opinión de QUINTERO OLIVARES, G., "La Reforma del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Op. Cit., p. 80 en cuanto a la apreciación de que la regulación española del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas parece haberse propuesto "[...] hacer casi imposible la imputación de personas jurídicas, así como a favorecer la implantación de sistemas de organización, que a su vez se plasmen en códigos de buenas prácticas, normas de conducta o programas de prevención, lo cual a buen seguro habrá de alegrar a muchos profesionales de la materia [...]".

²¹⁵ NIETO MARTIN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., pp. 41ss. efectúa una síntesis de la "decepcionante aplicación judicial" de los *Compliance programs*. Sorprende advertir que en EEUU, país de origen de los *Compliance programs*, en los diez primeros años de vida de los *Guidelines*, sólo en tres casos se tuvieron en cuenta los programas de cumplimiento para graduar la sanción. Para el autor, igualmente decepcionante es la búsqueda de las exigencias de un programa de cumplimiento eficaz, por la vaguedad de las indicaciones de jueces y fiscales.

Por último, la simple existencia de un programa de cumplimiento o *Compliance Program*, no lleva aparejada la evitación de actividad delictiva, a lo sumo, ayudará a dificultarla, como tampoco debería cumplir con el único objetivo de exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica, en cuyo caso, se desvirtuaría la verdadera razón de ser de un *Compliance program*, de fomentar una cultura de respeto a la legalidad.

En definitiva, con la Reforma del CP de 2015 el legislador ha establecido un sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en un defecto de organización derivado de un deficiente programa de cumplimiento, que a su vez, su simple existencia podrá servir de causa de exención de responsabilidad penal. En mi opinión, se ha configurado un método enrevesado y rocambolesco que, al contrario de lo que se pretende, podrá generar situaciones paradójicas en el entorno empresarial. De todo ello, trataremos a lo largo de este Capítulo.

Para iniciar el tema del *Compliance program* o programas de cumplimiento empresarial, con cierto orden argumental, conviene definir el concepto de *Compliance program* y delimitar la finalidad para la que se han configurado. Se podrían definir los *Compliance programs*, de forma sintetizada, como la recopilación de normas, mandatos, prohibiciones y directrices de una empresa destinadas a la totalidad de sus empleados, para que, mediante una suerte de controles internos y procedimientos establecidos, se otorgue su pleno cumplimiento a fin de evitar conductas desviadas o comportamientos desleales.²¹⁶ Se trata

²¹⁶ Existen numerosas definiciones del término *compliance program*, que en general, resultan muy similares, si bien algunos autores los ubican en el terreno de los sistemas

pues, de un método hasta ahora autorregulador de la propia empresa, del que se sirve para eliminar o al menos, minimizar, los riesgos de comisión de determinadas conductas delictivas.

Si evaluamos las herramientas de las que dispone una empresa para evitar conductas delictivas en su seno por alguno de sus empleados, enseguida constataremos que, además de definir las directrices, fijar determinadas prohibiciones y establecer medidas de sanción y control interno de verificación de su cumplimiento, no puede asegurar una

de control interno mientras que otros, los consideran un compendio de normas y directrices generales. Véase COCA VILA, I. en "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?" en AAVV *Criminalidad de la empresa y compliance-prevención y reacciones corporativas*-, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), Atelier, Barcelona, 2014 en la p.54 define *Compliance* como "conjunto de medidas tendentes a garantizar que todos y cada uno de los miembros de una empresa, desde el Presidente del Consejo de Administración hasta el última empleados, cumplan con los mandatos y prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su descubrimiento y adecuada sanción"[...] "cuerpos normativos en los que se recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos". Véase en la misma obra, NAVAS MONDACA, I., "Los códigos de conducta y el Derecho penal Económico" p.112 señala que los códigos de conducta son "instrumentos a través de los cuales se plasman normas de comportamiento para el buen funcionamiento de instituciones privadas o públicas. Han sido elaborados como un compromiso de comportamiento de los miembros de una empresa para guiar su propia actuación de un determinado momento, también se busca motivar su comportamiento futuro, desde su funcionamiento interno hasta las relaciones que la empresa tenga con otras o con la sociedad general". Para ALONSO GALLO, J. "Los programas de cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, DIAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 145ss. determina que los *compliance programs* son "sistemas internos de control que tienen algunas empresas con el fin de evitar incumplimientos normativos serios por parte de sus empleados y directivos y, de producirse estos, detectarlos. Consisten, de forma muy resumida, en una serie de normas de conducta o códigos éticos y unos procedimientos para su aplicación". Por último, ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos - análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Op. Cit., p. 98, define el *compliance penal* como el "protocolo o mecanismo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en la sociedad para ejercer el "debido control" (evitar conductas indeseables) de sus directivos y empleados con la finalidad de aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal".

eliminación total del riesgo de albergar conductas criminales. Es decir, una vez la empresa ha establecido todo un sistema de control interno para detectar comportamientos desviados de sus trabajadores y ha definido las normas de actuación obligatorias para todos ellos, ¿qué más se le puede exigir? No existe una pócima mágica para que, aplicándola en el seno de una empresa, se garantice la no comisión de delitos, por cuanto los programas de cumplimiento, pese a ser instrumentos útiles y eficientes, no pueden ser infalibles frente a los comportamientos y los planes criminales de las personas físicas. En conclusión, si un trabajador se propone perpetrar un delito en el seno de la empresa, lo llevará a cabo, haciendo caso omiso a las advertencias, prohibiciones y sanciones previstas en el programa de cumplimiento, si esa es su verdadera voluntad. La lógica nos puede llevar a pensar que una infracción penal en el seno de una empresa habrá conllevado necesariamente la transgresión de sus códigos reglamentarios corporativos. Una primera medida de control sobre los empleados de la empresa podría ser la obligación de conocer esa normativa interna. Sin embargo, también resulta evidente que la sola existencia de esos códigos internos de conducta no resulta suficiente para garantizar las medidas de control oportunas que eviten ciertas conductas delictivas. Ello solo es posible con medidas de control personal²¹⁷.

Si bien los programas de cumplimiento, como venimos apuntando, no resultan sistemas infalibles para la prevención de conductas delictivas, puede suponer un método muy útil para minimizar el riesgo, si se

²¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición.*, QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 373.

emplea correctamente, pues como bien decíamos anteriormente, es uno de los pocos instrumentos con los que cuenta una empresa en punto a poner límites y controles a posibles comportamientos delictivos. Sobre la forma y requisitos que deben revestir estos programas de cumplimiento o *Compliance programs* para resultar más efectivos, se reflexionará en apartados posteriores de este Capítulo, pero lo que aquí nos interesa es manifestar que, de una parte, la simple existencia de un programa de cumplimiento empresarial no debe servir para una exención automática de responsabilidad penal de la persona jurídica, y de otro, habrá que determinar hasta qué punto se le puede exigir responsabilidad penal a una persona jurídica que ha velado por el cumplimiento de su *Compliance program* de forma ejemplar, y aún así no ha podido evitar la comisión de un delito generado en el seno interno de la empresa.

Lo único que parece irrefutable es que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, la existencia de un programa de cumplimiento que cumpla con determinados requisitos, no sólo se configura como método imprescindible (aunque no obligatorio) para todas las personas jurídicas (con algunas particularidades procedimentales para las de pequeñas dimensiones) más allá de un simple instrumento de autoorganización y control interno, sino que además será una cuestión altamente relevante en cuanto a la exención o atenuación de una posible responsabilidad penal. Por lo tanto, la finalidad de un programa de cumplimiento es garantizar que, en caso de comisión de un delito en el seno de una empresa, que ésta haya empleado todos los medios a su alcance para la evitación *ex ante* de la conducta delictiva (aunque también resultará esencial, el comportamiento *ex post* de la empresa, mediante la colaboración con

las autoridades públicas en cuanto al esclarecimiento del asunto en cuestión). Por ende, deviene un elemento crucial en el proceso, por cuanto la empresa se aventura a obtener un grado u otro de responsabilidad penal en el mismo, en función de la existencia y características de su programa de cumplimiento.

Por este motivo, decíamos que las personas jurídicas se muestran intranquilas y demandan un *Compliance program* que les pueda garantizar un cumplimiento absoluto de la norma penal, por temor a soportar una de las consecuencias jurídicas recogidas en el artículo 33.7 CP, que pueden abarcar desde una sanción económica hasta la disolución de la sociedad, lo que no resulta un tema baladí. Veremos cómo se va desarrollando esta cuestión en la *praxis* judicial, pero parte de la doctrina pronostica que se presentarán situaciones paradójicas difíciles de resolver.

En mi opinión, los programas de cumplimiento sirven como medio de autoorganización de las empresas, si bien su simple existencia puede haber aprovechado a algunas sociedades, esto es, pueden haberse dado casos en los que la empresa ha caído en cierta dejadez, con la excusa de disponer de un *Compliance program*, como si éste por sí solo, pudiera desplegar sus efectos de forma automática, cuando en realidad la tarea de las empresas no concluye con la confección de un programa de cumplimiento, sino que, requiere un plan de implantación, formación a sus empleados, seguimiento del cumplimiento, establecimiento de controles internos, determinación de un cuadro de sanciones a aplicar, actualización periódica del programa para adaptarlo a las nuevas normativas y nuevas situaciones que pueden presentarse, por ejemplo, en cuanto a la implantación de nuevas

tecnologías, diseño de un plan de organización corporativa adecuado, lo que incluye un sistema efectivo de selección de recursos humanos (aspecto éste, a mi parecer, crucial) primeramente del *Compliance officer*, quien debe velar por el buen fin del programa implantado en la empresa y un largo etcétera.

Así, quizás uno de los aspectos que ha impulsado al legislador a la introducción de los *Compliance programs* en el Código Penal, como método para medir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haya sido este cariz de desidia de las empresas de algunos sectores, donde el índice de comisión de delitos (como la corrupción) es mayor.

Por todo lo expuesto, considero que la simple existencia de un programa de cumplimiento no puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de una persona jurídica, pues se deberán valorar en su conjunto, el acervo de conductas encaminadas a la prevención delictiva en su interior y en qué plano se ha situado la empresa en relación al establecimiento de una cultura empresarial de respeto a la legalidad. En este sentido, a pesar de que personalmente me inclino por la tesis que sostiene que la vía penal no es la más adecuada para regular un instrumento tan propio del ámbito mercantil como un programa de cumplimiento²¹⁸, lo cierto es que, en parte, pudiera resultar el mejor instrumento para obligar a todas las empresas a

²¹⁸ En la misma línea argumental, GIMENO BEVIÀ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 115 considera que el Código Penal no parece ser la vía más adecuada para regular el contenido de los programas de prevención. En su lugar, propone como método "mucho más rápido, sencillo y efectivo la elaboración de una Circular (de la Fiscalía), ajustándose a las necesidades de la lucha contra la criminalidad empresarial -fenómeno que se ha demostrado dinámico- que un Código sobresaturado de cambios legislativos", tal como ocurre en EEUU. Ciertamente, el contenido extremadamente "extrapenal" de los programa de cumplimiento parece no acoplarse adecuadamente al contexto de la norma donde está ubicado.

cumplir con la legalidad y autoorganizarse de forma más sensata y responsable, precisamente por ese carácter "intimidante" que el Derecho Penal infiere en los empresarios, especialmente en aquellos que se han venido aprovechando de la laxitud de las regulaciones en esta materia.

Dicho lo anterior, por contrapartida se sitúan las empresas que no solo han venido cumpliendo con los cánones establecidos hasta ahora en materia de cumplimiento normativo, riesgos laborales, seguridad en el trabajo, etc. sino que también, se han ocupado de implantar una verdadera cultura de respeto a la legalidad y a las normas internas, se trata de empresas que han sabido definir a la perfección sus áreas de riesgo, han conformado equipos humanos de personal especializado en todas las áreas, han supervisado continuamente el modelo de organización de su empresa y se han adaptado a las necesidades en cada momento, no han tomado el camino más sencillo de la corrupción para conseguir sus objetivos, mayormente económicos, sino que han optado por invertir recursos tanto monetarios como humanos en aras a la prevención real de conductas desleales que pueden derivar en la comisión de un delito.

Estos son los casos que nos conducen a la reflexión que anunciábamos en páginas anteriores: si en una de estas empresas, se comete un delito, precisamente por ese carácter de falibilidad que albergan todos los métodos de prevención de delitos, qué responsabilidad se le puede exigir a este tipo de persona jurídica. Pues bien, en este caso, puede verse afectada también por una atribución de responsabilidad penal, según lo establecido en el artículo 31 bis CP y especialmente, según el criterio del Juez o Tribunal que conozca del

caso. Esta conclusión, resulta injusta a todas luces, y por este motivo, es de vital importancia no sólo examinar el conjunto de actuaciones y políticas de la empresa *ex post* a la comisión del delito, sino también, se debería verificar unas directrices más concretas por parte de los poderes públicos para definir lo que se considera un programa de cumplimiento "adecuado" a ojos del legislador, que pudiera salvaguardar los intereses de las empresas, mediante la remisión a una norma extrapenal que concrete y delimite los aspectos clave de un programa de cumplimiento efectivo. Es decir, ya que pueden resultar muy perjudicadas, tanto en su actividad empresarial, como a nivel económico y reputacional, qué menos que ayudarles a disponer de todos los medios a su alcance para evitar una consecuencia jurídica tan gravosa. Aún en este caso, la empresa no podría evitar que un trabajador, ya sea subordinado o directivo, cometiera un delito si esa es su férrea voluntad.

Lo anterior podría repararse mediante una mayor intervención de las Administraciones públicas, que podrían ofrecer un servicio de ayuda en la confección de los programas de cumplimiento, y por supuesto certificar la aptitud de los mismos según la actividad que se desempeñe, antes de su implantación en la empresa. Quizás de esta forma, colaborando poderes públicos y empresas en la definición de esos *Compliance programs*, (sobretudo, mediante la certificación de validez de un organismo público) se podría dotar de mayor seguridad jurídica a un proceso que, pese a haberse incluido como parte del ordenamiento penal, lo cierto es que ya de por sí, evoca más a un sistema propiamente mercantil. De ahí, que se hayan alzado voces que alarman de un futuro incierto en cuanto a la viabilidad de esas obligaciones "mercantiles" en el entorno penal. De hecho, el Consejo

de Estado ponía de manifiesto claramente en su Dictamen previo a la aprobación de la Reforma del Código Penal, la naturaleza estrictamente mercantil de este tipo de previsiones que requerirían una compleja labor hermenéutica por parte del juez penal. Por ello, apuntaba que la regulación de estos aspectos tendría "un acomodo más correcto en la legislación mercantil u otra que resulte de aplicación a las personas jurídicas que en cada caso se trate, legislación a la que el Código Penal podría, en su caso, remitirse"²¹⁹. Parece lógico pues, que parte del debate se centre acerca de la conveniencia o no, de regular la tenencia de programas de cumplimiento a través del Código Penal.

Conviene poner de manifiesto que el hecho de haber incorporado en la norma penal un elemento con alto contenido "mercantil", como es un programa de cumplimiento, en orden a conseguir una exención o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, podría derivar en un proceso basado en el cuestionamiento de la viabilidad del mismo más allá del juicio de la conducta de la persona física autora material del delito, y en su caso, de la persona jurídica. Así lo reflejaba, de nuevo, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011: "no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de

²¹⁹ Consideración Quinta del Dictamen del Consejo de Estado Número 358/2013 aprobado el 27/6/2013, Op. Cit., en el mismo documento, el Consejo de Estado efectúa una reflexión en cuanto al carácter penal de las obligaciones impuestas por el legislador a las empresas referidas al establecimiento de programas de cumplimiento: reconoce la intención del legislador de dotar de mayor seguridad jurídica a la norma, pero sin embargo, tal nivel de detalle no le parece propio de una norma con rango de un Código Penal. De todas formas, augura futuras reformas penales en punto a solventar defectos u omisiones que pudieran acaecer como consecuencia de una regulación tan pormenorizada.

la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión [...] en el proceso penal se tratará, como siempre de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo". De hecho, de las consideraciones de la Fiscalía General del Estado se infiere que la tenencia de un programa de cumplimiento resulta a todas luces insustancial en punto a determinar una responsabilidad penal "[...] resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada"

Dentro de la esfera de la definición del término *Compliance Program*, se ha entrecruzado otro concepto, que aunque pudiera estar estrechamente relacionado, no le corresponde la etiqueta de programa de cumplimiento. Nos estamos refiriendo a lo que se conoce como los *Guidelines* norteamericanos. Éstos, vienen a ser las pautas o guías con base en las que deben desarrollarse los *Compliance Programs*; se podrían considerar los "manuales de instrucciones" para elaborar un programa de cumplimiento que aborde las cuestiones para cuya finalidad se construyen.

La distinción entre ambos conceptos es algo extendido entre la mayoría de la doctrina²²⁰, sin embargo, sorprende que la Fiscalía General del

²²⁰ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit., p.231 efectúa una definición de una *Guideline*: "Los *Guidelines* ofrecen una serie de indicaciones generales acerca de los contenidos de un programa de cumplimiento, dejando después libertad a las empresas para que lo concreten y confeccionen sus propios programas" no dejando lugar a dudas acerca de

Estado no lo perciba del mismo modo. Así, en su Circular 1/2011, asimila el término *Compliance guide* al de código de autorregulación o plan de prevención del delito refiriéndose al modelo de programa de cumplimiento que se exige a través del artículo 31 bis CP con la Reforma del 2015. No se deduce una clara diferenciación entre lo que se considera una *Guideline* y un *Compliance Program*, de hecho, se infiere de lo dicho por la FGE, que ambos conceptos son asimilables. Esta confusión de términos parece lógica, a la vista de la novedad de la materia y la consiguiente falta de práctica y experiencia en nuestro país.

En suma, los programas de cumplimiento se han incorporado en la norma penal como elemento central sobre el que basculará la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este aspecto actualmente está siendo objeto de disputa entre algunos sectores doctrinales que no ven con buenos ojos la decisión del legislador, bajo la teoría de que la existencia de un *Compliance program* servirá sólo para perseguir una atenuación de la pena, sin reparar en el hecho de adquirir un compromiso con el sometimiento a la Ley²²¹. Sin duda, se

la distinción entre un *Guideline* y un programa de cumplimiento. En la misma línea, GIMENO BEVIÀ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra 2014, en su referencia a pie de página número 116 (p. 283) sostiene que "no es lo mismo un *compliance program*" o programa de cumplimiento que una *compliance guide*" que puede ser entendida como una guía para elaborar dicho programa". El autor se refería a esta distinción en aras a dejar constancia que la FGE no parece distinguir ambos términos en su Circular 1/2011, tal como se menciona en estas páginas.

²²¹ Sobre esta cuestión, véase PABLO MONTIEL, J., "Autolimpieza empresarial: *Compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales" en *AAVV Compliance y teoría del Derecho Penal*, KUHLEN, L., PABLO MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 224, efectúa una constatación del uso distorsionado que se le otorga a los *Compliance Programs* en el seno de las empresas, por ello, el autor considera que a la existencia de un *Compliance Program* que albergue medidas de control interno, se

insiste en el hecho que se aventura un futuro incierto en punto a determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en un defecto de organización generado por el quebrantamiento de un programa de cumplimiento, que llevado a la *praxis* judicial, se perfila una cuestión, cuanto menos, compleja²²². Ciertamente, tras la Reforma

debe anudar a un sistema auténtico o real (no sólo de fachada) de *compliance management*. Esta teoría resulta plausible desde el punto de vista organizativo de la empresa, pues como bien se defiende en este trabajo, el objetivo de la nueva regulación introducida por el legislador español mediante la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en un defecto de organización, parte de un cambio de paradigma en los métodos empresariales utilizados, sobretodo en gran parte de las grandes corporaciones, por cuanto no se trata de "salvarse lo mejor posible en caso de una sanción", sino de transformar los medios utilizados para conseguir los objetivos. Dicho de otro modo, mientras el empresario no se predisponga a implantar una cultura empresarial basada en el respeto a la legalidad (más allá de las triquiñuelas para zafarse de una sanción) y en adquirir una correcta organización, difícilmente se vean cumplidos los objetivos de prevención de la criminalidad empresarial.

²²² QUINTERO OLIVARES, G., "La Reforma del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Op. Cit., p. 81 asevera que "en el derecho penal europeo continental es difícil encontrar sistemas reguladores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, a su vez, incluyan en la Ley penal un sistema de exclusión de responsabilidad por contar con modelos de organización, como acaba de hacerse en el Derecho penal español". Concretamente, el autor afirma, en la p. 86 que en cuanto a la eficacia de los sistemas de control en Italia (origen de la nueva regulación española) "es más que discutible" porque en los propios Tribunales no se admite la posibilidad de considerar ningún sistema lo suficientemente adecuado como para impedir la comisión de delitos. En la misma línea argumental, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Análisis crítico del nuevo régimen de RPPJ según el proyecto de reforma de 2013" en AAVV *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)* Op. Cit., p. 26 efectúa un análisis del modelo italiano que "se encuentra hoy gravemente cuestionado [...] únicamente se ha aplicado en Italia dos veces en casi década y media de historia -y por cierto, caben dudas sobre si dicha aplicación era procedente en estos dos casos, pues probablemente ni siquiera se hubiese podido considerar que el delito en estos dos casos pudiese ser imputable en términos objetivos a la persona jurídica- [...] cuando una empresa aduce en su descargo que, pese a que un administrador cometió un delito para favorecer a la empresa, ésta tenía un *Modello di Organizzazione y un Organismo di Vigilanza*, la respuesta estándar es que muchos instrumentos no eran idóneos para controlar la conducta del administrador o directivo". Tras el análisis de estas afirmaciones y a la vista de la experiencia de otros países, especialmente Italia, ciertamente incrementan las dudas acerca de si la decisión del legislador español con la Reforma del CP de

del CP de 2010 por la que el legislador introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, y ante las grandes dudas y suspicacias que generó la materia en cuestión, quizás debiera haber actuado con más cautela dejando que se asentara en nuestro ordenamiento jurídico y contrastar posteriormente, su aplicación en los Juzgados y Tribunales, con base en la experiencia obtenida a lo largo de un tiempo razonable. En mi opinión, hubiera sido preferible valorar la utilidad práctica y eficacia de la novedosa institución, en lugar de añadir otros nuevos elementos que vienen a enmarañar mucho más el *status* de las personas jurídicas.

Por último, la redacción del artículo 31 bis CP en cuanto a la definición de las medidas del *Compliance penal*, incluye términos genéricos e inconcretos para definir, lo que a criterio del legislador es un adecuado modelo de organización y gestión, lo que conducirá, de una parte, a efectuar lecturas subjetivas sobre la eficacia del modelo de cumplimiento y, de otra parte, dificultará la labor hermenéutica de los jueces y tribunales en punto a decidir si el modelo de prevención cumple o no con las expectativas de la norma penal (el precepto, por ejemplo, menciona las "medidas de vigilancia y control idóneas" o "[...] ha adoptado y ejecutado con eficacia" en un contexto en el que, por la novedad de la materia, se precisaría una mayor concreción de los términos, contribuyendo así a una interpretación más homogénea, por cuanto los conceptos "idóneo" o "eficaz" pueden ser percibidos de formas distintas, atendiendo a criterios interpretativos subjetivos).

2015 e incluso del 2010 en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, está suficientemente meditada o si, por el contrario, es el fruto de una determinación precipitada. Para una correcta valoración, veremos cómo se desarrolla en el contexto jurisprudencial.

A lo largo de este Capítulo se efectuará una aproximación al contenido de los programas de cumplimiento, con especial alusión a la regulación de la cuestión en Estados Unidos, donde se instalan sus orígenes, que más tarde dieron paso a su introducción en España y evaluaremos desde un punto de vista crítico, su cuestionable incorporación en el ordenamiento penal.

2. Origen y regulación de los programas de cumplimiento o *Compliance programs*

A lo largo de este apartado se identificará el origen de lo que conocemos por programas de cumplimiento y situaremos la regulación normativa que se ha venido llevando a cabo tanto en España como en derecho comparado. Asimismo, se expondrá el estado de la cuestión con la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, hito más significativo que ha marcado un antes y un después en lo concerniente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español.

2.1 Autorregulación frente a intervencionismo como punto de partida

Para conocer los orígenes de los programas de cumplimiento o *Compliance Programs*, debemos remontarnos a los Estados Unidos de América de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, concretamente tras la Guerra de Secesión, que marcó el origen más embrionario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (al que aludíamos ampliamente en el Capítulo Primero de este trabajo). Tras la promulgación de Leyes como la Ley Sherman Antimonopolio, la

Ley Etkins de 1903 o el caso New York Central & Hudson River Railroad Co. contra Estados Unidos en 1909, que engendraron lo que conocemos hoy como responsabilidad penal de las personas jurídicas, se sucedieron las primeras regulaciones encaminadas a originar los actuales *Compliance Programs*. El punto de partida de los programas de cumplimiento se localiza en los años 30²²³, con la Gran Depresión producida por el estallido del conocido *crack* bursátil de Nueva York de 1929. Como ya es sabido, el *crack* del 29 fue generado por una caída bursátil debido a la falsificación en la oferta monetaria, que propagó consecuencias catastróficas a escala mundial, de hecho, se trata de la mayor crisis económica y financiera jamás acaecida. Hasta ese momento, la sociedad empresarial se caracterizaba por una ausencia de intervencionismo del Estado propugnado por las corrientes más neoliberales de la época, que justificaban su voluntarismo por una incapacidad manifiesta del Estado/Ley para regular de una forma apropiada los intrínquilos de las empresas. A raíz de esa quiebra de la bolsa de Nueva York, el Estado se vio obligado a iniciar un proceso de intervencionismo, demandado por la mayoría de los sectores económicos y financieros de la época, y lo hizo mediante el dictado de normas como la *Securities Act* de 1933 y la *Securities Exchange Act* de 1934, cuyo fundamento era proteger, mediante determinadas reglas, el mercado de valores. Ambas normativas se fueron desarrollando y perfeccionando hasta configurar *The Insider Trading Sanctions Act* de 1983, legislación que dotaba al mercado de valores de transparencia y

²²³ La cuestión de los orígenes de los programas de cumplimiento, entendida como un choque entre el voluntarismo y el intervencionismo estatal que arranca en los años 30, es abordada por NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit., pp. 221 ss de quien me he servido como referencia para acometer este epígrafe del trabajo, con algunas incursiones de otros autores que, en su momento, se citarán. Por ello, sirva de referencia el autor y su explicación.

seguridad ²²⁴, prohibiendo las prácticas *Insider Trading*²²⁵ que dieron lugar a la crisis mundial de 1929.

Los años 30 fueron considerados como la primera época gloriosa del intervencionismo, en la que el Estado empezó a impulsar una cultura de persecución a los fraudes bursátiles que pudieran originar, de nuevo, una catástrofe económica como la ya vivida. A partir de ese momento, el voluntarismo característico de la época, tuvo que batallar con las incursiones del Estado, mediante la regulación de ámbitos económico y financiero, que cada vez se producían con mayor regularidad y abarcaban a un mayor número de sujetos destinatarios de tales normas, como las personas jurídicas. Un buen ejemplo de ello, fueron la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o Ley de Prácticas corruptas en el extranjero de 1977; las conocidas como "murallas chinas"; y más tarde, la *Patriot Act* de 2001 o la Ley *Sarbanes Oxley* de 2002. La primera de ellas, la Ley de Prácticas corruptas en el extranjero, fue promulgada a raíz del escándalo *Watergate*²²⁶ que tuvo una gran repercusión en la sociedad Norteamericana, horrorizada por la implicación del gobierno estadounidense. Esta Ley obligó a las empresas a implantar medidas de control interno y de organización, de

²²⁴ Para ampliar en detalle la información sobre las normativas norteamericanas encaminadas a controlar el mercado de valores a partir de los años 30, Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "*The Insider Trading*" a través de la página Web de Dialnet, a través del siguiente link: "www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46443.pdf".

²²⁵ Se toma como referencia la definición de *Insider Trading* ofrecida por CORDOBA BUENO, M. "Acto delictivo referido al uso de información privilegiada con la que conseguir beneficios no habituales mediante inversiones en los mercados financieros" en el artículo "*Insider Trading*" consultable en la página Web del Diario Expansión mediante el siguiente link: "www.expansion.com/diccionario-economico/insider-trading/html".

²²⁶ Escándalo político por la sustracción de documentación en la sede del Partido Demócrata de Estados Unidos en el que se vio involucrado el gobierno de la época, presidido por Nixon.

carácter obligatorio, algo inédito hasta entonces, con el objetivo de forzar a las empresas estadounidenses a actuar honestamente en el tráfico contractual extranjero.

Otro de los ejemplos del intervencionismo paulatino del Estado que favoreció la regulación de los mercados financieros y todo el flujo de información subyacente, fueron las "murallas chinas" que han sido definidas por especialistas financieros como "las medidas que tratan de evitar que la información privilegiada circule entre las distintas áreas de negocio de los grupos financieros. Así, se protege la integridad del mercado frente al peligro de abuso de la información en situaciones de conflicto de interés".²²⁷ En definitiva, suponen un obstáculo a la fuga de información privilegiada y un freno a la actividad indiscriminada y descontrolada de algunos agentes financieros que podrían actuar con total impunidad, con consecuencias desastrosas en el tráfico económico, impulsados por ser receptores de determinada información que mal utilizada, pudiera reportarles un beneficio ilícito. Así pues, las murallas chinas supusieron en sus inicios (los años 80) la primera solución de autorregulación empresarial.

La *Patriot Act* de 2001, supuso un revuelo en la sociedad norteamericana, por cuanto, aunque el objetivo de esta Ley era inicialmente un mayor control del Estado para combatir el terrorismo, en la práctica se tradujo en una mayor concesión de poder a las agencias de seguridad que podían actuar con más autonomía, lo que generó que algunas opiniones la catalogaran de Ley que atenta contra

²²⁷ Definición empleada por ZUNZUNEGUI, F., "Qué son las murallas chinas?" en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, octubre 2006, consultado a través del recurso electrónico: www.rdmf.wordpress.com.

los Derechos Fundamentales y las libertades Civiles. Sin embargo, resulta un hito relevante en esa andadura que inició el Estado Norteamericano, hacia una mayor intervención en el tráfico jurídico y económico con mayor presencia que en épocas pasadas.

Otra de las referencias a la que conviene acudir para conocer el origen de los *Compliance Programs* en Estados Unidos, es la Ley *Sarbanes-Oxley*, que mencionábamos anteriormente, la cual fue promulgada en 2002 y a la que actualmente siguen supeditándose las empresas españolas que emiten valores en Estados Unidos. Esta Ley surgió como consecuencia de otros escándalos financieros, como fue el caso ENRON y ARTHUR ANDERSEN²²⁸, que pusieron en entredicho la fiabilidad y transparencia de la labor desarrollada por las empresas dedicadas a la contabilidad y la auditoria, pues su programa de prevención fue considerado un verdadero modelo a seguir. El objetivo de la referida legislación era regular la actuación de las sociedades que cotizan en bolsa, mediante la implantación de severas obligaciones que limitaban la autoorganización "libre", especialmente en lo concerniente al establecimiento de complejos controles internos y deberes organizativos, entre los que se encuentra, el establecimiento de normas de conducta para los administradores en caso de conflicto de intereses o la necesidad de responsabilizar de forma personal a un directivo por la veracidad de las cuentas, entre otros²²⁹. Pero la finalidad de esta Ley

²²⁸ Para una explicación pormenorizada del escándalo del caso ENRON, que supuso otro duro impacto a la estabilidad económica y financiera a nivel mundial, véase GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Op. Cit., pp. 54ss.

²²⁹ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit. p. 222 explica algunas de las obligaciones que impone la Ley *Sarbanes-Oxley*. El autor, matiza que esta Ley "no es sino ética por decreto, en el sentido de que la Ley hace suya medidas que antes descansaban simplemente en la

no atañe únicamente a los directivos y administradores de las empresas, que sin duda vieron encorsetado su margen de maniobra en el desarrollo de sus funciones, sino que, además, admitió la denuncia anónima por parte de los trabajadores, por cuanto se considera que son los que mejor conocen la actividad de la empresa y el desarrollo de las funciones de los empleados.

A partir de la entrada en vigor en Estados Unidos de la *Sarbanes-Oxley Act*, se desencadena una oleada de Leyes y normativas encaminadas al control de la actividad empresarial, especialmente, en el entorno de las empresas cotizadas, (aunque no fue el único), donde se identifica un mayor índice de riesgo, por las consecuencias gravosas que puedan acarrear determinados comportamientos desleales, y que habían servido de experiencia y de cimiento para construir normativas adecuadas a las necesidades del panorama económico y financiero²³⁰.

ética empresarial o la responsabilidad social". Esta afirmación corrobora lo que venía manifestando a lo largo de la obra que aquí se menciona, y que ha servido de base para la explicación abordada en el apartado del trabajo al que se relaciona en esta referencia, en cuanto al intervencionismo paulatino del Estado en confrontación con el voluntarismo propio de la época más neoliberal que arrancaba con el inicio del siglo XX.

²³⁰ Sobre el alcance que adquirió la Ley *Sarbanes-Oxley*, ALONSO GALLO, J., "Los programas de Cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., pp. 173ss. aborda una cuestión que afectó a toda Europa en relación a la Protección de Datos: en Europa se planteó si el hecho de abrir la posibilidad de interponer denuncias anónimas por cualquier empleado que sospechara de una actividad delictiva, pudiera contravenir al Derecho Europeo de Protección de Datos. Para ello, se determinó que estos procedimientos de denuncia deberían cumplir con lo dispuesto en las normas estatales de protección de Datos (en el caso España, la Agencia Española de Protección de Datos, prohíbe la interposición de denuncias anónimas, ante el riesgo de consentir una práctica abusiva de denuncias que pudieran ser falsas, pero las empresas se obligan a someter los ficheros de las denuncias de los trabajadores, a la normativa de protección de datos, es decir, los ficheros deben inscribirse en la Agencia de Protección de Datos y los empleados tendrán derecho de acceso y modificación de sus datos del fichero).

Pero, sin duda, existe un punto de inflexión en relación con los *Compliance Programs*, a partir del cual se inició una obligación para las empresas de mantener un control interno tal que permitiera la detección de delitos en su seno, y además estipulara que la responsabilidad del cumplimiento del *Compliance* corresponde a la Dirección.²³¹ Nos estamos refiriendo a los Informes COSO, que según una parte de la doctrina, han constituido el origen de lo que conocemos hoy como el *Management* empresarial, precisamente por el hecho de atribuir de una forma concreta la responsabilidad del *Compliance* a la estructura directiva empresarial. Éstos informes surgieron a mediados de los años 80 en Estados Unidos a iniciativa de cinco organismos con el objetivo de conceder la máxima importancia al control interno de las empresas, configurándose como un verdadero referente para los actuales programas de cumplimiento implantados en las empresas de todo el mundo. El contenido de estos informes, venía a concretar cinco materias que las empresas deben fortalecer para conseguir un apropiado control interno, a saber: fomentar un ambiente de control en el seno de su empresa para establecer una cultura de acatamiento de las leyes como base del código ético; evaluar los riesgos identificando aquellas áreas dónde existe un mayor peligro de producirse una contingencia; ejercer una actividad de control; información y

²³¹ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit., pp. 225ss. apunta a concepción tradicional del control interno como parte fundamental de la autoorganización empresarial y como origen directo de los *compliance programs*. El objetivo inicial del control interno era "asegurar que la actividad empresarial se desarrolla conforme a los objetivos y planes marcados por la Dirección. Es decir, no tenía como elemento prioritario evitar que la empresa realizara en su actividad hechos delictivos, si acaso como pone de relieve la evolución de las unciones de auditoría interna se trataba de evitar que los empleados realizaran comportamientos delictivos". Si bien, el autor apunta a que esta secular concepción fue mutando hasta que la aparición de los Informes COSO, transformaron el concepto de control interno a favor de la prevención de delitos en las empresas.

comunicación, y por último, ejecutar la supervisión y el seguimiento del sistema de control implantado²³².

En conclusión, el proceso de creación de los *Compliance Programs*, o programas de cumplimiento que conocemos en nuestro país, como en el resto de Europa, se ubica en Estados Unidos a principios del Siglo XX, promovido como compromiso del Estado para con una sociedad convulsa, sacudida por varias oleadas de escándalos financieros de extraordinaria envergadura, que desembocaron en crisis económicas a escala mundial, cuyas secuelas permanecieron durante años. Atrás quedaron los años en los que, confiados por la gestión privada y el recelo a la intervención de los poderes públicos, hacían gala de una excelente autogestión a todos los niveles, especialmente en el sector empresarial y financiero. Éstas políticas de autoconfianza en sus propios sistemas privados, y los continuos impedimentos a la "opresión" del Estado, privatizando empresas públicas, por ejemplo, fueron firmemente defendidas por políticos como Ronald Reagan o Margaret Thatcher, en Reino Unido durante los años 70-80.

Pese a sus férreos defensores, finalmente el voluntarismo autorregulador tuvo que ceder ante la evidencia de una necesidad de intervención estatal para regular el sector empresarial, no únicamente para evitar conductas desviadas en cuanto a manipulación de datos financieros, sino para adecuarse a la nueva realidad social que emergía, a saber, la globalización, las nuevas tecnologías que vinieron

²³² NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit., pp. 227ss. señala algunos ejemplos de materialización de las técnicas señaladas por el informe COSO, como pueden ser: atribución al directivo de la responsabilidad sobre la veracidad de la información empresarial o la necesidad de crear Comités de control interno para supervisar la eficacia de los controles instaurados.

a requerir más normativización por cuanto se perfilaban nuevas figuras delictivas en ámbitos escasamente conocidos hasta entonces. En definitiva, los poderes públicos se afianzaron en su papel de garantes de prevención de delitos, no solo a nivel social sino también a nivel empresarial.

Esta práctica, rápidamente se extendió a los países de la Unión Europea y hasta fuera de sus fronteras, donde paulatinamente se fueron elaborando normativas encaminadas a la regulación de las empresas, en áreas donde se identificaban los mayores riesgos societarios, tales como los entornos de la contabilidad, auditoría y fiscalidad, cuya finalidad se enderezaba a evitar, en la medida de lo posible, otro escándalo financiero que sacudiera de nuevo la economía mundial. En apartados venideros de este trabajo, comentaremos la situación actual de los *compliance programs* en España y en Derecho comparado, haciendo especial mención al panorama actual en Estados Unidos, donde situamos la cuna de los programas de cumplimiento.

2.2 La autorregulación regulada y la responsabilidad social corporativa

La "autorregulación regulada" es un término que se acuñó para aludir a la función del Estado en punto a la supervisión de las actividades privadas en las empresas, no sólo por lo que respecta al vertiente sancionadora sino también con respecto a la colaboración con los entes privados para asegurarse que en el ámbito empresarial reina el respeto a la legalidad y el sometimiento a las leyes. Sin embargo, como señala DARNACULLETA I GARDELLA "el mantenimiento y la reserva de su capacidad (referida al Estado) para imponer decisiones

vinculantes o de su capacidad para sancionar sigue siendo un arma que, debidamente utilizada, le permite recuperar su posición de primacía".²³³ El propósito del Estado con la autorregulación regulada es encaminar la actividad empresarial hacia una disminución de los riesgos generados. Pese a que del propio término "autorregulación" se infiere una capacidad autónoma para regularse a sí mismo, la vinculación del concepto "regulada" hace que se configure como una herramienta a manos del Estado para controlar la actividad privada a través de la instrumentalización de normas y controles privados poniéndolos al servicio de controles públicos²³⁴.

Se podría decir, que la autorregulación regulada encarna el instrumento de cooperación entre las empresas y el Estado, de ahí, su propio nombre.

²³³ DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005 pp. 87ss. sintetiza lo que supone la autorregulación frente al intervencionismo del Estado. La autora incide en el hecho de que la pauta seguida por el Estado ha mutado desde un origen más sancionador y de "policía administrativa" hacia un modelo más colaborador y de cooperación con las empresas privadas, a quienes, mediante normas, las constriñe para encaminar la actuación empresarial hacia un patrón acorde con la obediencia a la Ley, "La autorregulación regulada es, pues, un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación. Mediante la autorregulación regulada la Administración supervisa la actuación privada de aprobación y aplicación de normas y los controles privados de cumplimiento de tales normas".

²³⁴ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit. p. 60 referencia a la autora DARNACUTLLETA I GARDELLA, M.M. en cuanto a las manifestaciones del Estado con base en la autorregulación regulada. Se emplean las sanciones penales o administrativas como medidas coercitivas y las normas y directrices para orientar la actividad interna empresarial.

Este fenómeno relativamente novedoso en el ámbito empresarial²³⁵, parece responder a un nuevo modelo social donde el Estado se aparta de las funciones seculares que desarrollaba antaño para participar en la vida privada, en mi opinión, impulsado por el progreso colectivo y, sobretodo, por la proliferación de grandes empresas y multinacionales que sirven de pilar a la globalización y su gran influencia en todos los estratos de la sociedad moderna. Precisamente porque las empresas gozan de este carácter de "impulsor" en los avances más significativos de la sociedad actual, surgen conceptos como la autorregulación regulada, la responsabilidad social corporativa o la responsabilidad de las personas jurídicas. Como señala NIETO MARTÍN: "la idea central de estos conceptos -refiriéndose a los aquí mencionados y otros como *good citizens corporations* o *compliance*- es que la empresa es un miembro responsable de la sociedad con deberes y obligaciones sociales"²³⁶; más concretamente NIETO MARTIN señala: "Aunque en muchas ocasiones la responsabilidad social corporativa aparece vinculada con la sostenibilidad y el respeto al medio ambiente, la primera tarea del ciudadano corporativo socialmente responsable sería el respeto a la ley".²³⁷ En efecto, parece justo que, las empresas, como parte integrante que son de la sociedad contemporánea (incluso, parte

²³⁵ Pese a que la autorregulación regulada supone un concepto relativamente novedoso en el ámbito empresarial, siempre ha existido en otros ámbitos de la sociedad como la familia o la ciencia. Así lo asevera DARNACULLETA I GARDELLA, M.M, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Op. Cit., p. 279. De hecho, parece lógico que la autorregulación sea un elemento innato de la sociedad, por cuanto es impensable una organización (entendida como Iglesia, familia, educación o Sanidad) sin una mínima autorregulación. Así, cobra fuerza la tesis defendida en este trabajo acerca del estímulo que deben encontrar las empresas para someterse a la legalidad mediante procedimientos impuestos por el Estado, como parte que son de la sociedad.

²³⁶ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op. Cit., p. 61.

²³⁷ NIETO MARTIN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal" en *AAVV Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., p. 25.

fundamental de la sociedad), que aportan muchos avances en todos los niveles pero también contribuyen al desgaste general del sistema (ya sea por los daños al medio ambiente, ya sea por un aumento exponencial de los riesgos sociales o por la creación de actividades que llevan aparejadas nuevas figuras delictivas), sean receptoras de normas, limitaciones, controles u obligaciones impuestas por el Estado, mediante leyes y medidas sancionadoras, al mismo nivel que las personas físicas, teniendo en cuenta no obstante, sus particularidades.

En definitiva, se trata de que asuman su papel de responsables sociales corporativos, y se sometan al imperio de la Ley como el resto de instituciones públicas o privadas. Como quiera que la humanidad evoluciona a pasos agigantados (y buena muestra de ellos, son los progresos en materia tecnológica de los últimos años) se hace necesario un compromiso de la organizaciones para emplear en su interior, toda la diligencia debida en punto a evitar que una gestión defectuosa, pudiera repercutir o poner en peligro la estabilidad del sistema común. Pensemos en el caso de una gran multinacional dedicada a la emisión de gases nocivos, que por no acatar las normativas en su materia y las directrices en cuanto a prevención de riesgos, provoca una fuga tal que contamina a la población de las inmediaciones, generando una catástrofe medioambiental. Pues bien, este ejemplo, a mi parecer, refleja lo que conlleva una falta de responsabilidad social por parte de la empresa. Esta idea de responsabilidad social corporativa, a mi juicio, se subsume en la categoría de los *Compliance Programs*, como un elemento más de la responsabilidad de las personas jurídicas, cuyo objetivo final, es

compeler a las empresas a asumir su responsabilidad para con el resto de la sociedad²³⁸.

En mi opinión, la autorregulación regulada y la responsabilidad social corporativa son herramientas que, bien empleadas, constituyen un potente revulsivo para la sociedad en aras a mantener una estabilidad económica y financiera. Algunos quisieron ver en ellas una incapacidad manifiesta del Estado por regular la actividad empresarial, y una delegación de responsabilidad por parte de los poderes públicos depositada en las organizaciones, sin embargo, a mi parecer, resulta lógico que el Estado fije determinadas normas o guías generales para ser desarrolladas e implementadas en profundidad por las empresas, quienes en definitiva conocen a fondo la actividad que desempeñan y los riesgos que de ella se derivan. Cuestión distinta es si esas normas o guías generales deban pertenecer al ámbito penal o no, o si debieran ser más específicas o por el contrario más genéricas, (asuntos que abordaremos más adelante), pero no parece cuestionable que el Estado debe continuar respetando la autonomía privada de la que gozan las empresas para desarrollar su propia actividad sin perder de vista las responsabilidades sociales, legales y corporativas que les sean exigibles, con base en las normas destinadas a ese fin. En efecto, como bien señala DARNACULLETA I GARDELLA, haciendo referencia a la doctrina alemana "la autorregulación regulada engloba una diversidad de manifestaciones que se sitúan en un punto intermedio entre la regulación pública de carácter tradicional y la

²³⁸ Como señala NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op.Cit., p. 215, la finalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es motivar a las empresas a que incrementen el nivel de autorregulación y establezcan mecanismos necesarios de gestión, organización y control para evitar la comisión de delitos. El autor identifica a los *Compliance programs* como los modelos destinados a prevenir comportamientos delictivos.

autorregulación libre"²³⁹. En el siguiente apartado, veremos el grado de intervención del Estado en las políticas de organización de las empresas, atendiendo al modelo de *Compliance* adoptado por algunos países, como por ejemplo Estados Unidos, donde el Estado, mediante las *Guidelines*, establece las líneas generales de actuación, que deben ser desarrolladas por las empresas; o en Europa, donde se ha configurado un sistema de lo más variopinto.

2.3 Programas de cumplimiento en Derecho comparado. Especial referencia al caso norteamericano e italiano como países pioneros

Los *Compliance* o programas de cumplimiento no reciben el mismo tratamiento en todos los países. Como adelantábamos en el apartado anterior, cada país ha configurado su propio sistema de *Compliance*, en función del grado de intervención del Estado o de los poderes públicos en el establecimiento de normas o mandatos para su implantación, seguimiento y mantenimiento por parte de las empresas destinatarias. Como quiera que no existe una normativa general aplicable de forma homogénea a todos los Estados, cada uno ha ido incorporando la materia del *Compliance* en sus políticas del modo que mejor le ha convenido. Por este motivo, dependerá en cada caso del tipo de *Compliance* adoptado por el Estado mediante la regulación en su normativa concreta y su posterior adopción por las empresas destinatarias, sin olvidar que la responsabilidad de las personas jurídicas no se ha regulado por igual en todos los países del mundo, sino que en algunos casos, como explicábamos en los primeros

²³⁹ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Op. Cit., p. 335.

capítulos de este trabajo, se ha configurado como una responsabilidad administrativa y no penal.

Revisando la normativa en materia de programas de cumplimiento de diversos países, enseguida nos percatamos que existe una diferenciación entre la regulación adoptada por Estados Unidos y la acogida en Europa (además de darse, a su vez, diferencias entre los países de la Unión Europea). Así, en líneas generales, en Estados Unidos han optado por un sistema menos intrusivo por parte del Estado, por cuanto se permite un amplio margen de autonomía a las empresas en punto a decidir la forma concreta de desarrollo de los programas de cumplimiento en su seno. El Estado interviene al principio del proceso para definir las directrices genéricas, para posteriormente ser aplicadas por las empresas, en la forma que consideren más apropiada, teniendo en consideración diversos factores como la tipología de la actividad desarrollada o las diferentes áreas de riesgo a proteger. Estas directrices del Estado a las que aludimos, se denominan *Guidelines* o directrices, concepto que se ha confundido con el de *Compliance* o programas de cumplimiento, existiendo entre ellos, sin embargo, una diferencia fundamental que atañe al ámbito de aplicación de cada uno. A saber, el primero de ellos alude a la capacidad del Estado para definir las líneas generales de actuación, mientras que el segundo concepto, se refiere al programa de cumplimiento elaborado e implantado por las empresas, como consecuencia de la obligación establecida por los *Guidelines* estatales. Se podría concluir, que los *Compliance* son la consecuencia de las *Guidelines*²⁴⁰.

²⁴⁰ Precisamente por esta clara diferenciación entre ambos términos, que es ampliamente reconocida por todos los sectores doctrinales, de nuevo incidimos en el

Pese a esta política de definir las líneas generales en cuanto a los *Compliance*, existen determinadas materias en las que el Estado interviene con mayor presencia, como pueden ser el mercado de valores o el medio ambiente, donde las directrices son mucho más concretas y definidas, precisamente por el alcance con el que el propio Estado las dota²⁴¹.

En mi opinión, en Estados Unidos utilizan una técnica bastante lógica: en primer lugar, analizan la materia sobre la que debe versar el programa de cumplimiento o *Compliance*, y dependiendo de la "afectación general" de la misma, interviene el Estado con mayor o menor empaque. Es decir, si la disciplina que pretenden regular va a afectar únicamente al ámbito más privado de la empresa, sin repercusiones a terceros o vulneración de derechos fundamentales, lo lógico es que sea la empresa quien defina sus líneas de actuación, pues en definitiva es quien mejor conoce su actividad, siempre respetando los parámetros (*Guidelines*) definidos por los poderes públicos. Pero, si la materia sobre la que van a actuar, atañe a la comunidad general (por ejemplo, medio ambiente o derechos fundamentales, como los derechos de los trabajadores), el Estado en estos casos se implica con mayor injerencia elaborando unas

hecho que no se acaba de comprender el motivo por el que la Fiscalía General del Estado parece confundirlos en su 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", Op. Cit., reflexión a la que se aludía anteriormente en este trabajo, a propósito de la explicación sobre el concepto de los *compliance* o programas de cumplimiento.

²⁴¹ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op.Cit., p. 232, añade que en Estados Unidos incluso puede ocurrir que en el ínterin de un proceso judicial contra la empresa "el Fiscal, cuando llega a un acuerdo con la empresa, o el Juez, en su sentencia, realicen también objeciones y correcciones al programa de cumplimiento".

Guidelines más específicas para la protección del ámbito concreto, dejando a las empresas un ámbito de autonomía más reducido.

Para conocer el origen de las *Guidelines* en Estados Unidos, nos debemos situar entre los años 80 y principios de los años 90 cuando se formularon directrices en el ámbito penal, que se concibieron como las más radicales del siglo XX. El Congreso de los EE.UU. mostró su disconformidad con las sentencias judiciales, por cuanto consideró que existía demasiada disparidad judicial. Fue entonces cuando creó, la *Sentencing Commission* (Comisión creada para sentar las bases de las sentencias) mediante la *Sentencing Reform Act* o Ley para la Reforma de la imposición de sentencias de 1984. La misión principal fue endurecer las penas aparejadas a determinados delitos (que hasta entonces se consideraban demasiado condescendientes) con una finalidad disuasoria o de retribución general, a la vez que pretendían equilibrar el sistema de sentencias. Con esta Ley se consiguió finalmente, como indica GÓMEZ JARA-DIEZ: "prestar una mayor atención a las características del delito y una menor atención a las características personales del delincuente".²⁴² Se elaboraron, de una parte, las *Individual Sentencing Guidelines* en 1987 destinadas a concretar el tiempo de condena de las personas físicas, pues hasta ese momento, el método de cumplimiento de una condena era indeterminado. La Sentencia judicial indicaba el tiempo máximo de condena, pero la duración real dependía de lo que decidiera, en cada caso, la comisión de libertad condicional, una vez que el sujeto ya había iniciado el cumplimiento de condena en prisión. De otra parte, (y

²⁴² Para una versión completa sobre la regulación penal en EEUU, Véase GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Op. Cit., pp. 64ss.

lo que aquí nos interesa) en 1991 elaboró para las personas jurídicas, las *Guidelines for sentencing organisations*, directrices orientadas a sentar las bases de las condenas a organizaciones. La finalidad de las Directrices fue la de ejercer una función de disuasión para la comisión de delitos, mediante un sistema de fuertes incentivos para aquellas empresas que hubieran implantado un *compliance program*. Gracias a la elaboración de las *Guidelines*, la situación se tornó hacia posiciones más preocupadas por la organización de las empresas y a la instauración de medidas de castigo más adecuadas, mediante la culpabilidad por la organización, y finalidad de disuasión, a través de incentivos a la autorregulación²⁴³, ya que hasta ese momento, existía una tendencia a considerar a la persona jurídica como un ente sin un "cuerpo al que castigar", lo que impedía establecer un sistema de castigo justo.

A partir de ese momento, las empresas se interesaron por la implantación de los *compliance programs*, en aras a beneficiarse de sus ventajas, como la reducción de la pena o exención de responsabilidad penal.

En el mismo orden de cosas, el Departamento de Justicia (*Department of Justice*), a través de la figura del Fiscal General Adjunto (*Deputy Attorney General*), dictó algunas Directrices destinadas a recomendar a los Fiscales, que en el proceso de imputación de las personas jurídicas, consideraran los *compliance programs* como herramientas empleadas por las mismas para la prevención y detección de delitos cometidos en su interior a manos de sus empleados. Con la citada finalidad se

²⁴³ GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU*, Op. Cit., pp. 65 y ss.

publicaron, a modo de ejemplo, la *Federal Prosecution of Corporations* (Proceso Federal de las corporaciones), conocido más comúnmente por *Holder Memo*, en 1999 por el Fiscal Eric Holder o el memorando *Principles of Federal Prosecution of Business Organisation* (Principios de procesamiento federal de organizaciones empresariales) elaborado en 2003 por el Fiscal Larry Thompson²⁴⁴. De esta manera, paulatinamente se fue configurando un entramado de normas y directrices con el objetivo de regular la organización de las empresas privadas, y evitar las conductas delictivas en su interior.

Ya en Europa, el panorama en cuanto a *Compliance*, se percibe de forma muy distinta, debido a una disparidad de modelos existentes. A modo de ejemplo, en Italia se ha instaurado un modelo más intervencionista o al menos, con más colaboración por parte de las Administraciones Públicas, en concreto a través del Ministerio de Justicia. Tal como lo describe NIETO MARTIN: "El Ministerio prevé la posibilidad de intervención del Ministerio de Justicia, quien de acuerdo con los Ministerios competentes, pueden formular dentro de treinta días observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir infracciones penales". Este dato se infiere como un aspecto muy positivo del procedimiento, en punto a definir un modelo de prevención o *Compliance* que asegure a las empresas el cumplimiento de los estándares exigidos por la Ley.

En definitiva, si el Estado, mediante la Ley, exige la existencia e implantación de determinados modelos de prevención, cuyo

²⁴⁴ Referencias extraídas del Dictamen publicado por GIMENO SENDRA, V. y GIMENO BEVIÀ, J. a propósito de la elaboración del "Código de buena conducta de las personas jurídicas", a través de la página Web del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid: [www. icava.org/documentacion/persjuridica.pdf](http://www.icava.org/documentacion/persjuridica.pdf).

incumplimiento puede repercutir negativamente en la empresa en cuestión con penas muy graves, resulta lógico que sea el Estado quien valide, *a priori*, que el modelo cumple con sus expectativas. No hay que olvidar que, pese a que el modelo italiano de responsabilidad de las personas jurídicas es el más similar al implantado en España (tanto, que como comentábamos en capítulos anteriores, parece que el legislador español ha calcado la norma italiana al pie de la letra), no se ha establecido una responsabilidad penal como tal, sino una responsabilidad administrativa, lo que hace variar el sentido de los programas de cumplimiento como obligación de las corporaciones. A pesar de esta situación, el Decreto Legislativo 231/2001 de 8 de junio, recoge los programas de cumplimiento como elementos a tener en cuenta en orden a atenuar o incluso eximir de la sanción impuesta (regulación que ha inspirado al legislador español en cuanto a la redacción de los artículos que recogen la responsabilidad penal de las personas jurídicas). Así, en el primer apartado su artículo 6 establece la posibilidad de eximir de responsabilidad a la persona jurídica si se prueba la existencia de un modelo de organización y gestión adecuado, con anterioridad a la comisión del delito y en el segundo apartado del mismo artículo, se detalla el contenido mínimo del modelo de organización para ser considerado adecuado y efectivo²⁴⁵.

²⁴⁵ Artículo 6 del Decreto legislativo italiano 231/2001 de 8 de junio traducido de forma literal: "1. Si el delito fue cometido por las personas indicadas en el artículo 5 , apartado 1 , letra a) , la entidad no se hace responsable si prueba que : a) el órgano de gobierno ha adoptado y aplicado efectivamente , antes de que el delito haya sido cometido , un modelo de organización y gestión diseñado para prevenir los delitos del tipo que se produjo; b) la tarea de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los modelos de su actualización fue confiada a un órgano con poderes independientes de la iniciativa y el control; c) las personas que hayan cometido el delito por evadir de forma fraudulenta la organización y gestión; d) omisión o supervisión insuficiente por el organismo contemplado en la letra b).

2. En relación con la ampliación de las competencias delegadas y el riesgo de cometer los delitos , los modelos que se refiere el párrafo a) del apartado 1, deberán

Asimismo, el prototipo italiano contempla la posibilidad de constituir modelos de prevención sectoriales para empresas que desarrollen la misma actividad profesional²⁴⁶. Uno de los modelos de prevención que ha servido como referente en los sectores industriales de toda Italia es el elaborado por "Confindustria", la Confederación General de la Industria Italiana, utilizado como modelo de organización, gestión y control elaborado por la multinacional energética italiana "Enel Green Power" para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Legislativo nº231/2001 de 8 de junio²⁴⁷, donde reconoce expresamente haber considerado las directrices de Confindustria, además de los modelos de prevención elaborados por Estados Unidos²⁴⁸

cumplir con los siguientes requisitos : a) identificar las actividades dentro de la cual los delitos pueden ser cometidos; b) proporcionar protocolos específicos destinados a la planificación de la formación y aplicación de decisiones en relación con los delitos que se impidieron; c) la identificación de modalidades de la gestión de los recursos financieros adecuados para evitar la comisión de delitos; d) establecer requisitos de información al organismo encargado de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los modelos; e) introducir un sistema disciplinario para sancionar el incumplimiento de las medidas indicadas en el modelo". Para consultar texto original completo: www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm.

²⁴⁶ Así lo recoge de forma expresa el apartado 3 del artículo 6 del Decreto Legislativo italiano 231/2001 de 8 de junio: "Los modelos de organización y gestión se pueden adoptar , garantizando los requisitos contemplados en el apartado 2 , a partir de los códigos de conducta elaborados por asociaciones representativas locales, comunicados al Ministerio de Justicia, que , junto con los ministerios competentes , pueden ' hacer dentro de los treinta días , los comentarios sobre la idoneidad ' de los modelos para prevenir delitos". Para consultar texto original completo: www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm.

²⁴⁷ El apartado 2.1 del programa de cumplimiento de Enel Green Power, recoge literalmente lo siguiente: "El Grupo ha predispuesto el antedicho Modelo, considerando además de las prescripciones del Decreto y del TUF, las directrices elaboradas por Confindustria y la rica experiencia estadounidense en la redacción de modelos de prevención de delitos, la *best practice* americana y las *Federal Sentencing Guidelines* promulgadas el 1 de noviembre de 1991" Documento extraído de la Web Oficial de Elen Green Power: https://www.enelgreenpower.com/es-ES/doc/company/governance/es/ES_MOD_231_01_EGP_parte_generale_rev2.pdf

²⁴⁸ NIETO MARTIN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal" en *AAVV Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., p. 41,

En el caso francés, en cambio, aunque existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas (sólo en el caso de "órganos y representantes", no subordinados), ni se ha configurado con base en un defecto de organización como elemento principal de atribución de responsabilidad penal, ni se contemplan los *Compliance Programs* en punto a determinar la gravedad o duración de la pena impuesta²⁴⁹, como ocurre en España.

En Alemania, a través de la Ley de Contravenciones e infracciones administrativas (OwiG), se menciona la capacidad de gestión y supervisión de los responsables, como elemento que puede favorecer la comisión de un delito y, por consiguiente, de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Sin embargo, tampoco se recogen de forma expresa, como ocurre en Italia o España, los *Compliance Programs* como herramienta de prevención de delitos en el seno de las empresas ni como instrumento judicial para modular las sanciones a las personas jurídicas²⁵⁰.

muestra la sorprendente realidad judicial italiana en relación con los programas de cumplimiento, por cuanto "la mayoría de las decisiones judiciales han considerado inadecuados los modelos de organización, sin hacer indicaciones demasiado precisas acerca de las razones".

²⁴⁹ El *Code Penal* francés de 1994, en su artículo 121-2 regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a diferencia de lo que ocurre en Italia o en España, no se tiene en cuenta la existencia de un *Compliance program* para la determinación de la pena. La traducción literal del artículo es la siguiente: "Las personas jurídicas, con exclusión del Estado, son penalmente responsables, de acuerdo con las distinciones de los artículos 121-4 a 121-7, de los delitos cometidos en su nombre por sus órganos o representantes. Sin embargo, las autoridades locales y sus asociaciones incurrir en responsabilidad penal sólo para los delitos cometidos en el ejercicio de actividades que pueden ser objeto de acuerdos de delegación de servicio público. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye que las personas físicas o cómplices de los mismos hechos, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 121-3". Para consultas del texto original completo:

www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=TEGITEXT000006070719

²⁵⁰ El artículo 30.5 de la Ley de Contravenciones e infracciones administrativas alemana (OwiG), rubricado "Multa de las personas jurídicas y asociaciones", alberga

En Reino Unido, el hito más significativo entorno al *Compliance*, se sitúa en el año 2010 con la entrada en vigor de la *Bribery Act* o Ley contra el soborno. En aplicación de esta Ley, se puede imputar y hasta condenar a un alto cargo de una empresa que no haya implantado los dispositivos de control necesarios para evitar los sobornos de sus subordinados, ya estén en cualquier parte del mundo, incluso en aquellos casos en los que se actúe a través de una tercera persona. El Gobierno, hasta publicó una guía anexa a la *Bribery Act*, proclamando seis principios básicos dirigidos a las empresas británicas, especialmente para el sector comercial, que se han erigido como las seis medidas preventivas del programa. Del texto se infiere que el factor central de la lucha contra el soborno en el interior de las empresas es la valoración del riesgo, dependiendo de la actividad y envergadura en cada caso, es decir, resulta primordial una identificación correcta de las áreas de riesgo para la posterior implantación de las medidas impuestas por el Gobierno. Como consecuencia de la entrada en vigor de esta Ley, se creó un organismo dedicado a la investigación del fraude y corrupción graves, la Oficina de Fraudes Graves o *Serious Fraud Office*, con la firme intención de perseguir actividades delictivas en entornos empresariales británicos. Esta situación propició que, pese a que se destinara una sección de esta Ley (la sección 7º) a eximir de responsabilidad a las empresas que dispusieran de las medidas adecuadas para evitar la comisión de

lo que algunos autores consideran la norma principal del *Compliance* penal alemán, por cuanto se refiere a la vigilancia debida en aras a la prevención de delitos. Traducción literal del artículo 30.5 OWiG: "[...]cualquier otra persona que actúe como responsable de la gestión del establecimiento o empresa de una persona jurídica a que se refiere el punto 2 o 3, incluyendo la supervisión de la gestión o de otro ejercicio de las facultades de supervisión [...]".

ilícitos, se acabara considerando, la Ley más restrictiva de Europa en materia de *Compliance*, en aras a combatir actividades de soborno²⁵¹.

Por último, nos referiremos brevemente al caso español (en extensión, en el apartado siguiente): En España, no ha existido una referencia legal a la *Compliance* criminal o penal propiamente dicho, hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, mediante la cual se transforma el paradigma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas concebido hasta entonces, y a nivel europeo, no se han concretado los requisitos que deben reunir los programas de cumplimiento porque no se exige una obligación como tal, salvo alguna directiva que se ha dictado en un intento de uniformizar el tratamiento otorgado por los países miembros en determinadas materias²⁵². Así las cosas, en nuestro país, se han dictado algunas leyes que contienen elementos que han propiciado el establecimiento de algunas bases a nivel organizativo, en áreas como el Mercado de Valores, Protección de Datos de carácter personal o el blanqueo de capitales, pero no fue

²⁵¹ Para consultar el texto original completo de la Ley contra el Soborno y la guía con los seis principios preventivos: www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf.

²⁵² Sin embargo, la Ley de Sociedades de Capital, mediante la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, incorpora verdaderas obligaciones para los administradores en el contexto de la organización empresarial. Esto puede deberse a dos circunstancias: de una parte, la Ley de Sociedades de Capital refuerza el mandato penal en cuanto a las obligaciones "de vigilancia" inherentes a los administradores y, de otra parte, se identifica la necesidad de recurrir a las normas extrapenales para una adecuada ordenación de las materias circunscritas a éste ámbito (organización empresarial), no sólo de forma genérica sino como medida complementaria al artículo 31 bis CP, por cuanto, éste se refiere únicamente a los casos en los que se verifica un incumplimiento "grave" de los deberes de supervisión, vigilancia y control [en virtud del principio de *ultima ratio*], lo que excluye los casos en los que el referido incumplimiento concurre de un modo menos grave o leve, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en otros ordenamientos (por ejemplo, la Mercantil). Esta reflexión, fue recogida por la Fiscalía General del Estado en su 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, Op. Cit. pp. 21 ss.

hasta el 2015 con la Reforma del Código Penal que se introdujo por primera vez en España y en el ámbito penal el concepto de *Compliance* criminal, en aras a determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante la aplicación del artículo 31 bis y siguientes CP. Hasta entonces, las normativas dirigidas a la organización empresarial o al mundo del *Compliance*, se circunscribían al ámbito administrativo o mercantil.

Tras el análisis del *Compliance* penal en el derecho comparado, llama la atención el hecho que en países donde se ha consagrado una verdadera cultura de *Compliance* como en Estados Unidos o Reino Unido, sean contextos en los que habitualmente se alcanzan acuerdos de conformidad admitiendo la empresa su culpabilidad con el correspondiente pago de una sanción pecuniaria²⁵³. Estas situaciones, a mi parecer, desvirtúan la finalidad para la que se configuraron tanto los *Compliance* como las diferentes Leyes, en principio destinadas a combatir la criminalidad empresarial. El hecho de concluir un proceso contra una persona jurídica en una condena de culpabilidad tras ser enjuiciada, rara vez se ha producido, lo que conduce a cuestionar la innecesaria regulación, en algunos casos catalogada de severa, que se ha llevado a cabo tanto a nivel europeo como norteamericano de la responsabilidad de las personas jurídicas y la discutible exigencia de implantar medidas de control y *Compliance* a través de una norma

²⁵³ Así lo asevera NIETO MARTIN, A. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., p. 42 : "En Estados Unidos, los programas verdaderamente eficaces lo que consiguen es que, utilizando el principio de oportunidad, la empresa no sea ni tan siquiera procesada, por lo que a juicio llegan únicamente empresas con programas de cumplimiento que evidentemente no funcionaban. Incluso, si el programa no funciona, las empresas generalmente pueden llegar a acuerdos, lo que impide que existan resoluciones judiciales".

penal, como ha sucedido en España. Dicho de otro modo, el hecho de permitir acuerdos de conformidad como método recurrente para la resolución de este tipo de procesos, puede colisionar con una de las pretensiones básicas de la norma penal: la motivación de comportamientos humanos encaminados a evitar conductas criminales. De esta afirmación, se pueden extraer dos reflexiones: de una parte, queda en entredicho la viabilidad del modelo penal para ventilar estas cuestiones (en atención al principio de *ultima ratio* del derecho penal) y de otra parte, puede verse disminuida la capacidad inhibitoria del derecho penal sobre el ámbito empresarial, por cuanto los empresarios saben que en caso de verse inmersos en un proceso penal, no sufrirán más consecuencias que una pérdida económica aparejada a la declaración de culpabilidad. Por todo lo anterior, en mi opinión, convendría reflexionar acerca de la conveniencia de regular la responsabilidad de las personas jurídicas en otros contextos extrapenales.

Seguidamente, se profundizará en la regulación española antes de y después de la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, que supuso sin duda un antes y un después en el escenario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.4 Programas de cumplimiento (*Compliance*) en España antes y después de la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo

Como veníamos adelantando en apartados anteriores, en España no se ha engendrado una verdadera obligación para las personas jurídicas de disponer de un *Compliance* penal con finalidad de prevención delictiva, hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo.

Con anterioridad a esta Ley, existían algunas normativas reguladoras de determinadas materias, que albergaban elementos de organización empresarial o estipulaban medidas de control empresarial, pero no a través de su incorporación en el texto penal. Como quiera que, en el año 2010 se introdujo en España por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma independiente y autónoma de la declarada para la persona física, autora material del delito erigiéndose el concepto del "debido control" como la clave para atribuirle la responsabilidad penal, se exigió por parte de la mayoría de la doctrina española, una modificación de la Ley en aras de definir un elemento de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica con entidad suficiente como para configurarse como el hecho propio de la persona jurídica, prescindiendo así, de cuestionamientos entorno a la dogmática penal y la teoría del delito. El legislador, a través de la Ley 1/2015 de 30 de marzo no sólo introdujo ese fundamento de la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica, con base en un hecho propio mediante el defecto de organización, sino que, además, incluyó la condición para las empresas de disponer de un programa de prevención de delitos tal que de cuya existencia depende su imputación, condena, reducción o incluso la exención de responsabilidad, en un delito que pudiera haber cometido un directivo o subordinado a propósito de la falta o defecto del mismo.

Como decimos, la tradición penal española ha sido ajena a la cultura del *Compliance*, si bien, en otros terrenos extrapenales se conocen algunas leyes que contienen elementos que pudieran situarse en el plano de las *Compliance*, por su carácter organizativo empresarial

encaminado a prevenir la comisión de delitos en ámbitos concretos²⁵⁴. Tal es el caso de la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, que recoge algunas pautas de control interno en su Capítulo IV "Medidas de control interno" de forma explícita, que bien pueden considerarse un programa de prevención de delitos o programa de cumplimiento²⁵⁵.

Otra de las Leyes españolas que ha introducido medidas de *Compliance*, mediante el establecimiento de obligaciones en el entorno de la organización interna o control interno es la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, en la que se incorporan algunos preceptos destinados a la obligación de diligencia y transparencia u obligaciones de información, de una parte, y de otra, se refiere al cumplimiento de "reglamentos y normas de conducta internos". Lo más destacado de esta Ley en el plano del *Compliance*, es la obligación de remitir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores "un reglamento interno de conducta en el que incorporarán las previsiones contenidas

²⁵⁴ Se ha tomado como referencia, la explicación ofrecida por ALONSO GALLO, J., "Los programas de Cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., pp. 146ss.

²⁵⁵ La Ley 10/2010 de 28 de abril alberga medidas directas y explícitas de control interno que deben acatar las empresas a fin de prevenir el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Sirva el artículo 26, como ejemplo de una norma que constituye un *Compliance* o programa de cumplimiento interno empresarial: "Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichas políticas y procedimientos serán comunicados a las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países". Para consultar el texto completo de la Ley, a través de la página Web oficial del BOE: www.boe.es con los siguientes parámetros de búsqueda: BOE núm. 103 de 29 de abril de 2010 y Referencia BOE-A-2010-6737.

en dichos artículos y en sus disposiciones de desarrollo. Asimismo, remitirán un compromiso por escrito que garantice la actualización de dichos reglamentos internos de conducta y que su contenido es conocido, comprendido y aceptado por todas las personas pertenecientes a la organización a los que resulte de aplicación", lo que ha obligado a las empresas cotizadas, a desarrollar e implantar códigos de conducta a fin de dar cumplimiento a esta obligación²⁵⁶.

Otras leyes que albergan elementos propios del *Compliance* o programas de cumplimiento interno son la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal o la Ley 44/2002 del 22 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero, que introducen obligaciones de control interno para empresas cotizadas²⁵⁷.

A nivel europeo, existen obligaciones de organización recogidas en algunas Directivas Europeas que los estados miembros han incorporado en sus ordenamientos mediante sus correspondientes actos de transposición. Una de las más significativas ha sido la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que obligaba a modificar la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, mediante la transposición de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que introducía importantes modificaciones al originario texto

²⁵⁶ Se refiere a los artículos 79 a 80 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, que se puede consultar online a través de la página Web oficial del BOE: www.boe.es con los siguientes parámetros de búsqueda: BOE núm. 181 de 29 de julio de 1988 y Referencia BOE-A-1988-18764.

²⁵⁷ La L.O. 15/99 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal es consultable a través de la página Web oficial www.boe.es con los siguientes parámetros de búsqueda: BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999 con Referencia BOE-A-1999-23750 y la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero es consultable en la misma página Web con los siguientes parámetros de búsqueda: BOE núm. 281 de 23 de noviembre de 2002 y Referencia BOE-A-2002-22807.

legal, en punto a establecer "las condiciones de funcionamiento relativas a la prestación de servicios de inversión y servicios auxiliares; los requisitos de organización exigibles a quienes presten esos servicios de inversión, así como los exigibles a los mercados regulados, los requisitos de información sobre las operaciones en instrumentos financieros efectuadas en el ámbito de la Unión Europea y los requisitos de transparencia de las operaciones con acciones que se negocian en mercados regulados"²⁵⁸.

En el mismo orden de cosas, algunas instituciones europeas se han concebido expresamente con el propósito de impulsar una cultura de responsabilidad social y respeto a la legalidad en el mundo empresarial, especialmente en el ámbito financiero. Un buen ejemplo de ello es la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), surgida ya en los años 60 como institución de cooperación internacional por excelencia, y cuyo objetivo es fomentar la aportación de las empresas al desarrollo de una próspera economía mundial, y una contribución al respeto medioambiental y responsabilidad social.²⁵⁹ En la misma línea, actúa la Comisión Europea a través del Libro Verde "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas", creado en el año 2001 para instruir a las empresas en materia de responsabilidad social, que junto al Foro *Multistakeholder*,

²⁵⁸ Texto extraído del preámbulo de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, consultable a través de la página oficial www.boe.es con los parámetros de búsqueda: BOE 304 de 20 de diciembre de 2007 y referencia BOE-A-2007-21913.

²⁵⁹ Las líneas directrices de la OCDE, se conforman a través de recomendaciones, que aunque no tienen carácter vinculante, son entendidas como las únicas que configuran un verdadero código de conducta para el ámbito empresarial convenido por los diferentes gobiernos comprometidos con la causa. Para conocer los detalles del contenido de las directrices de la OCDE, se puede consultar online a través de la página oficial: "www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf".

se fomenta tal responsabilidad social en empresas de todo el mundo a través de las mejores prácticas aportadas por sus miembros (sindicatos, ONG, empresas multinacionales, etc)²⁶⁰. Por otra parte, existen uniones de empresas a nivel europeo que promocionan la responsabilidad social como elemento integrante del modelo de negocio o el fomento de prácticas sostenibles a través de la investigación, como es el caso de la *CSR Europe* o la *European Academy of Business in Society (EABIS)*²⁶¹. Sin embargo, la implantación de los *Compliance Programs*, no viene configurada taxativamente como una obligación impuesta por la Unión Europea, más bien adquiere la naturaleza de recomendación. En este sentido, se puede concluir que la decisión del legislador español de introducir los *Compliance programs* en el Ordenamiento jurídico penal, no deviene de una obligación impuesta categóricamente por las instituciones europeas, pudiendo haber adoptado cualquier otra fórmula alternativa²⁶².

²⁶⁰ Para consultar el contenido del Libro Verde de la Comisión Europea "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas", se puede acceder a la página oficial a través del siguiente enlace:" <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52001DC0366>".

²⁶¹ El detalle de las funciones y atribuciones de ambos organismos pueden consultarse a través de sus respectivas páginas Web a través de los siguientes enlaces: "www.crseurope.org" y "www.abis-global.org".

²⁶² QUINTERO OLIVARES, G., "La Reforma del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Op. Cit., p.88 concluye que la introducción del defecto de organización como criterio de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, no se origina para dar cumplimiento a un mandato europeo (argumento ampliamente manejado por los sectores doctrinales defensores de esta tesis), realizando para ello algunas consideraciones, entre las que se puede destacar: "en ninguna de las resoluciones europeas que van en esa dirección (refiere a las directivas que impulsan a los Estados a responsabilizar a las personas jurídicas en caso de perpetración de un delito como consecuencia de una falta de vigilancia o control de sus dirigentes), se incluye indicación de incorporar a la ley penal nada que se parezca a lo que hace el legislador español con la presente Reforma [...] Tampoco se dice que el descontrol haya de generar la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas".

Más allá de estas orientaciones en materia de responsabilidad social corporativa, (algunas con mayor calado que otras), en España no ha existido una obligación como tal de implantar un *Compliance* penal como modelo de prevención y control en las empresas, ni siquiera se ha configurado como una verdadera obligación con la Ley 1/2015 de 30 de marzo, a salvo de algunas recomendaciones emitidas por el Ministerio de Economía encaminadas a fomentar la transparencia en las empresas españolas, como es el caso del Informe Olivencia de 1997²⁶³. Como quiera que la entrada en vigor de la referida Ley ha sido muy reciente, no podemos evaluar su impacto en la praxis judicial, sin embargo, algunos sectores de la doctrina califican la nueva regulación penal como un modelo penal que en la práctica conducirá a resultados disparatados y no cumplirá en absoluto, con la finalidad para la que se supone, ha sido elaborada. Ciertamente es que, como manifestábamos en capítulos anteriores de este trabajo, el legislador ha tomado como referencia para esta novedosa regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en un defecto de organización, la legislación italiana con la que no parece que se haya obtenido un resultado satisfactorio, lo que deriva en una reflexión acerca de si se analizó correctamente la viabilidad del modelo antes de incorporarlo en nuestro Derecho penal. Por tanto, la desconfianza que puede suscitar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su utilidad práctica resulta comprensible, por los inconvenientes que puede plantear su fundamento de imputación (analizados en detalle en Capítulos anteriores). A diferencia de la

²⁶³ El Informe Olivencia lanzaba varias recomendaciones a las empresas españolas en orden a aumentar la transparencia de sus gestiones, por ejemplo, separar la gestión de la propiedad de la empresa, fomentar la defensa del pequeño y mediano inversor, no formar parte de más de 3 consejos de Administración o forzar la retirada a los 70 años de edad. Para consultar el contenido del Informe, se puede acceder al mismo a través del siguiente enlace: "www.iegd.org/spanish800/adjuntos/codigoolivencia.pdf".

regulación anterior introducida por la Ley Orgánica 5/2010, la Reforma del 2015 perfila el criterio de imputación con base en el defecto de organización, sustituyendo así, al impreciso e indeterminado concepto del "debido control", en el que pretendía fundamentarse la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. La última reforma, por lo tanto, sitúa al defecto de organización como elemento central de la imputación a las personas jurídicas en el contexto penal, si bien, bajo mi punto de vista, con todas las reservas que genera tal criterio "extrapenal", más propio del ámbito mercantil o laboral. El contenido del programa de cumplimiento, lo analizaremos con detalle a continuación, pero lo que aquí nos interesa es constatar que con la Reforma penal del 2015, no sólo se configura el criterio de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que se definen los elementos principales que, a ojos del legislador, debe albergar un programa de cumplimiento efectivo, que pudiera entrañar una atenuante o incluso, una eximente de responsabilidad para la persona jurídica, algo inédito hasta el momento.

En suma, como ocurre con todas las materias novedosas, el *Compliance* penal en España está generando discusiones contrapuestas entre quienes aplauden la decisión del legislador por haber introducido un elemento tan "extrapenal" como es el defecto de organización (como criterio de imputación de las personas jurídicas para todos los sectores empresariales del país), y los que cuestionan el modelo por cuanto lo consideran a todas luces, inviable y ajeno al ámbito penal. En mi opinión, el modelo elegido por el legislador obedece a criterios que encajan difícilmente con la tradición penal en nuestro país, por los motivos que venimos exponiendo a lo largo de todo el trabajo, lo que me conduce a reflexionar sobre las inadvertidas

virtudes del antiguo artículo 129 CP en el plano de las consecuencias accesorias. Considero que se hacía necesaria una regulación más pormenorizada para las grandes empresas y multinacionales que, debido a su complejo entramado financiero y organizativo engendran un mayor riesgo de comisión de delitos. Pero considero que resulta muy cuestionable en el entorno de las pequeñas empresas, donde el hecho de implantar las medidas que exige actualmente la Ley, les puede suponer un importante inconveniente, tanto a nivel económico como en la distribución funcional de sus recursos humanos. Sobre esta cuestión la Fiscalía General del Estado se ha postulado a favor de considerar el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis CP, "con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control o los propios modelos de organización y gestión, está ideado fundamentalmente para la mediana y la gran empresa, en coherencia con las apuntadas razones de política criminal"²⁶⁴.

En el mismo orden de consideraciones, a pesar de que el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas definido por el legislador parece proyectarse sobre todo tipo de personas jurídicas (con independencia de sus dimensiones, niveles de facturación, número de empleados, o cualquier otro criterio diferenciador de las grandes corporaciones [e incluso mediana empresa] de las pequeñas empresas), la idea de otorgar el mismo tratamiento a una empresa de 5 empleados que a otra de 25.000, parece ilógica, toda vez que ni en términos organizativos, ni financieros ni en riesgos asumidos, son

²⁶⁴ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, Op. Cit., pp. 29 ss.

siquiera comparables. Por ello, la falta de esclarecimiento de la cuestión por parte del legislador, ha obligado a la Fiscalía General del Estado a dictaminar que procederá la exclusiva imputación de la persona física en los casos en que "exista una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*"²⁶⁵. La elucidación efectuada por la Fiscalía en éstos términos, no puede acogerse más que de forma positiva.

3. Contenido mínimo de los *compliance programs*

Hasta la entrada en vigor de la Reforma penal de 2015, no existía en España normativa alguna que definiera claramente el contenido de un programa de cumplimiento, si bien se identificaban algunos elementos mínimos a la hora de configurar un *Compliance* con capacidad suficiente para cumplir con la finalidad para la que se constituye, y a partir de esos mínimos, se podían incorporar tantos elementos de control y detección de riesgos como la empresa precisara, por este

²⁶⁵ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, Op. Cit., pp. 50 ss. En el mismo orden de consideraciones, la Fiscalía concluye que "el riesgo de incurrir en *bis in idem* es especialmente alto en el caso de las pequeñas empresas". Por consiguiente, advierte a los Sres. Fiscales "extremar la prudencia en la imputación de personas jurídicas de pequeñas dimensiones por la confusión habitual entre la responsabilidad de la persona física a la que le incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encara, en aras a evitar una inconstitucional situación de *bis in idem*".

motivo existe una gran variedad de propuestas para confeccionar modelos de prevención²⁶⁶.

La nueva redacción del artículo 31 bis apartado 5 del CP, señala los requisitos que debe reunir el modelo de organización implantado por la empresa, entendidos como los elementos, a saber: "1º identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2º 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. 3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6º 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".

²⁶⁶ Para consultar un ejemplo de contenido de un *Compliance program*, Véase COCA VILA, I, "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?" en AAVV, *Criminalidad de empresa y Compliance -Prevención y reacciones corporativas-* Op. Cit., pp. 54ss. considera que la base de un programa de cumplimiento es la que alberga los siguientes elementos: cultura de cumplimiento, pre-establecimiento de objetivos empresariales, evaluación de riesgos, adopción de medidas de contención de riesgos, delimitación de ámbitos de competencia, sistemas internos de comunicación y por último, sistemas de supervisión y sanción.

De forma general, atendiendo a lo recogido por este precepto, podríamos concluir que todo programa de cumplimiento efectivo debe albergar los siguientes elementos mínimos: evaluación de riesgos, un código de conducta o código ético aplicable a todos los empleados con independencia de su posición jerárquica, medidas sancionadoras en caso de incumplimiento del código ético o de conducta, concreción de un sistema de control interno, definición de un modelo de revisión y actualización del programa y, por último, delimitación del canal de denuncias. En lo que coincide la doctrina mayoritaria es que, de entre los elementos que configuran un programa de cumplimiento, se identifican dos que se conforman como los pilares principales sobre los que se asienta el resto, de forma que sin su existencia, el resto no tendrían sentido, (sin ignorar la importancia del resto de elementos, que en su conjunto, dotan de significado al programa de cumplimiento). Los elementos principales a los que nos estamos refiriendo son: la evaluación de riesgos y el control interno.

A continuación, detallamos los elementos más elementales de los programas de cumplimiento, iniciando la explicación con los componentes principales antes referidos.

3.1 La evaluación de riesgos y el control interno como elementos principales

La evaluación de riesgos se erige como la tarea más significativa que debe llevar a cabo toda empresa que se precie, por cuanto supone un autoanálisis fundamental para comprender el alcance de su propia actividad y permite la identificación de las áreas más conflictivas que requieren una mayor protección, incluso, en mi opinión, conveniente en

el caso de pequeñas empresas. Es decir, identificación del sector en el que es más probable que se pueda cometer un delito o simplemente una actuación nociva para la empresa (pues conviene recordar que aunque no todas las conductas puedan derivar en una responsabilidad penal para la persona jurídica, pueden ocasionar graves perjuicios para la misma en términos reputacionales o económicos)²⁶⁷.

Por consiguiente, definir minuciosamente las áreas de riesgos y evaluarlas de forma precisa, deviene un cometido esencial para la empresa, en particular, para el área directiva, que es en definitiva quien debe velar por el buen funcionamiento de la actividad empresarial y evitar en la medida de lo posible, la generación de contingencias. Una incorrecta definición de las áreas de riesgo de una empresa puede conllevar consecuencias desastrosas, no solo para la empresa en cuestión, sino en la generación de eventuales responsabilidades frente a terceros. En este punto, surge la necesidad de mencionar casos tan graves como el accidente de la plataforma *Deepwater Horizon* subcontratada por la petrolera BP en el Golfo de México para realizar extracciones de petróleo en el fondo marino. Un explosión de la plataforma, ocasionó un vertido de cientos de litros de petróleo en el mar del Golfo, lo que finalmente derivó en una contaminación costera de dimensiones titánicas, además de provocar la muerte de trece personas. La investigación del caso evidenció, de una parte, que el desastre se podía haber evitado por parte de BP ya que conocía los defectos del mecanismo que ocasionó la explosión y, de otra parte, los

²⁶⁷ ALONSO GALLO, J., "Los programas de Cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., pp. 143 ss., en la misma línea argumental, menciona el *mobbing* dentro de una empresa, como ejemplo perfectamente gráfico por cuanto pese a no acarrear una responsabilidad penal para la persona jurídica, las consecuencias (no penales) para la empresa pueden ser igualmente desastrosas.

trabajadores de la plataforma se habían percatado de los fallos de seguridad y las malas prácticas de la plataforma y, sin embargo, no denunciaron la situación por temor a represalias en el entorno laboral²⁶⁸.

El ejemplo del desastre de BP pone de manifiesto la importancia de una valoración correcta de los riesgos, de la existencia de un código ético que recoja las directrices de la empresa en materia de buenas prácticas en el entorno laboral, del desarrollo de un control interno que permita detectar los fallos del sistema y un canal de denuncias, a través del cual, los empleados o incluso, terceros, puedan denunciar una situación que contravenga las directrices de la empresa, con absoluta protección para evitar posibles represalias (la protección a *whistleblowers* o denunciantes, de la que hablaremos más adelante).

Aunque las áreas de riesgo de una empresa pueden ser muchas y muy variadas, dependiendo del tipo de actividad que en ella se desarrolle, existen determinados ámbitos en los que el riesgo existe en todos los sectores empresariales, como los estados financieros o contables, los delitos informáticos o los delitos fiscales. Como quiera que en los últimos años se han incorporado en el Código Penal español nuevos

²⁶⁸ ALONSO GALLO, J., "Los programas de Cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., pp. 167ss. recoge un extracto del artículo publicado en su momento por la revista "Fortune" sobre el desastre ecológico, a propósito de la explosión y posterior hundimiento de la plataforma *Deepwater Horizon*: "BP tenía normas muy estrictas que prohibían que los empleados llevaran una taza de café sin taza, pero no tenía ningún procedimiento estándar sobre cómo realizar un "test de presión negativa", un elemento crítico para evitar la explosión de un pozo. Si se hubiera realizado correctamente el test podría haber salvado el *Deepwater Horizon*.[...] En BP producían montones de estándares pero muchos no eran correctas y otros muchos eran irrelevantes".

tipos delictivos²⁶⁹, como respuesta del legislador a los innumerables casos surgidos de corrupción, fraudes fiscales, etc., y en general, delitos económicos e informáticos, las empresas se han visto abocadas al reforzamiento de las medidas adoptadas en estas materias para poder dar cumplimiento a lo dispuesto en los preceptos penales, lo que orilla en la imperiosa necesidad de valorar correctamente las áreas de riesgo de la empresa para, posteriormente, implantar los controles internos necesarios en punto a evitar en un futuro, la perpetración de delitos en su seno por una falta de rigor en estos asuntos.

Esto nos conduce a la tesis que veníamos apuntando a lo largo de capítulos anteriores de este trabajo, acerca de la importancia de una correcta selección de los recursos humanos destinados a las labores de desarrollo del modelo de riesgo de la empresa, por cuanto de nada serviría que la cultura empresarial estuviera conectada perfectamente con una conciencia de evaluación de riesgos y una elaboración de un programa de cumplimiento adecuado a las necesidades de la empresa si para ello, destina unos recursos humanos poco cualificados para el desempeño de la función, que como decimos, se torna muy relevante en estos tiempos en una empresa. En palabras de la Fiscalía General

²⁶⁹ Nos referimos a los artículos introducidos/modificados por las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015 que modifican el Código Penal en materia de delitos financieros, delitos informáticos, delitos fiscales, blanqueo de capital y financiación del terrorismo y corrupción. Así, por ejemplo, el artículo 286 regula el nuevo delito de corrupción entre particulares, la rúbrica de cuyo apartado pasó a ser "delito de corrupción en los negocios"; los artículos 282, 284 y 290 regulan el delito societario, estafa en las inversiones y manipulación de precios (todos ellos, considerados nuevos delitos de falsedad contable); el artículo 197 regula el *hacking* informático y el artículo 310 bis regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos contra Hacienda Pública. Todas estas nuevas figuras delictivas han surgido como medida de freno a los delitos económicos e informáticos a raíz de los escándalos financieros y fiscales tanto en partidos políticos como en empresas con una gran presencia en España, que han propiciado, en gran parte, la crisis económica del país en el siglo XXI.

del Estado "la mejor vía de prevención de conductas delictivas es la adecuada selección de directivos y empleados"²⁷⁰. Por este motivo, tan conveniente es una cultura empresarial orientada al respeto por la legalidad como unos recursos humanos cuidadosamente seleccionados para cumplir con su cometido, valorando sus aptitudes para el puesto, en función de sus méritos formativos además de sus habilidades prácticas y experiencia previa demostrable. Aunque, en algunos ámbitos empresariales, la tendencia es desviar la función de la evaluación de riesgos en empresas externas cuya actividad principal radica precisamente en el desempeño de estos cometidos, no obsta para que más allá de basar la elección de la empresa en criterios puramente estéticos, se realice un proceso minucioso de selección orientado a obtener una evaluación de riesgos que se ciña a lo requerido por la empresa, con base en criterios de buen hacer profesional y sobretodo, un profundo conocimiento de la actividad que desarrolla la empresa en cuestión.

El segundo elemento primordial de un *Compliance* o programa de cumplimiento es el control interno, sin el cual, éste no tendría sentido. El concepto de control interno ha sido introducido por diferentes normativas reguladoras de determinados ámbitos de la actividad empresarial²⁷¹, como la Ley de protección de datos de carácter

²⁷⁰ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, Op. Cit., p.53.

²⁷¹ En cuanto a la definición del concepto de "control interno" BERMEJO, M. y PALERMO, O., "La intervención delictiva del *Compliance Officer*" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013, p. 171 recogen las palabras de Schünemann formuladas en los años 70: "el control interno es una estrategia de prevención complementaria al Derecho Penal, ante la ineficacia de la utilización exclusiva en Derecho penal como estrategia de prevención en este ámbito" refiriéndose a la tradición penal alemana en relación al control del delito de empresa. Actualmente esta no puede hacerse extensiva a la regulación española de la

personal, el mercado de valores o la Ley de prevención de riesgos laborales, que mediante imperativos legales (como el nombramiento de responsables administradores del modelo de riesgo o la adopción de determinadas medidas de conducta) han obligado a las empresas a implantar medidas de control internas con el fin de evitar su incumplimiento²⁷². Hasta ahora, como decimos, estas obligaciones giraban entorno a imperativos legales en el ámbito administrativo, pero a partir de la Reforma del CP de 2015, estos imperativos legales revisten un carácter penal, introducidos por el artículo 31 bis y siguientes, por consiguiente, las medidas de control interno adoptadas por la empresa deberán ajustarse a lo exigido por el mismo.

En el mundo del control interno empresarial, se pueden distinguir las medidas de control generales y las individuales, es decir, unas revierten sobre la totalidad de la actividad empresarial y las otras, actúan sobre el perímetro concreto de los trabajadores. Dentro del primer grupo podríamos identificar las medidas de control basadas por ejemplo, en auditorías internas, certificaciones de calidad y test de idoneidad, mientras que en el segundo grupo se englobarían las medidas de control basadas en la supervisión, formación y comprobaciones aleatorias de calidad del trabajo. Lo que parece claro en el terreno del *Compliance*, es que los controles internos (ya sean generales o individuales) no sólo se configuran como una herramienta

responsabilidad penal de las personas jurídicas, por cuanto el control interno se configura como parte de las obligaciones "penales" empresariales recogidas expresamente en el Código Penal.

²⁷² NIETO MARTIN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., pp. 23ss. aclara que la procedencia de las medidas originarias del control interno se ubica en la autorregulación regulada y derecho administrativo, ámbitos ajenos al Derecho Penal.

a disposición de la empresa para detectar conductas desviadas o desleales con sus intereses sino que en el plano del *Compliance* penal suponen un instrumento a manos del empresario para obligar al cumplimiento de las leyes. Sin embargo, lo que por una parte, se presupone como una herramienta de control necesaria para la empresa (pues de no existir, el *Compliance* y la imposición de normas internas, no tendrían razón de ser), por otra parte, se puede percibir como una señal de desconfianza del empresario con respecto a los empleados y a la delegación de funciones, en pro de su deber de vigilancia (conceptos que analizaremos debidamente más adelante)²⁷³.

Los controles internos, sin embargo, no deberán ser aplicados con la misma intensidad a todos los empleados por igual, pues dependerá del nivel de riesgo que genera cada uno en el seno de la empresa. Sobre esta cuestión, pueden plantearse diversas teorías: de un parte, se podría considerar que el subordinado situado en el último escalón de la organización, al no albergar el *Know how* propio de los puestos de mayor jerarquía, supone un mayor riesgo para la empresa, por cuanto se presupone que el responsable o directivo, con un mayor nivel de responsabilidades asumidas por su cargo, atesora más capacidad de implicación, empatía e identificación con la organización, y por ende, se le ha seleccionado cuidadosamente para desarrollar las funciones delegadas de su superior, lo que deriva en un menor riesgo para la empresa.

²⁷³ KUHLEN, L., "Cuestiones fundamentales de Compliance y derecho penal" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN,L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013, p. 74 menciona teorías manejadas por SILVA SÁNCHEZ, J.M. y BOCK, D. en la misma obra, acerca de los presupuestos implícitos en el deber de vigilancia que asiste a todo empresario.

Una segunda teoría fundamentaría el nivel de control simplemente en una cuestión práctica: si se ha optado por la delegación de funciones en un sujeto, y la delegación *per se* presupone una confianza en la gestión del delegado, el ejercer un mayor control sobre este, no tendría razón de ser²⁷⁴.

De otra parte, una tercera teoría consiste en considerar al subordinado como sujeto que genera un menor riesgo en comparación con su superior, teniendo en cuenta que éste último maneja una mayor cantidad de datos, tiene acceso a controles informáticos o personales, ostenta una capacidad de decisión, organización y/o control dentro de la empresa, y en definitiva, alberga un grado muy superior de responsabilidad y también de ventajas o prerrogativas.

En mi opinión, aunque en un primer momento la primera tesis parece la más razonable, la segunda de ellas goza de mayor lógica, por el hecho de identificar la delegación de funciones con una cuestión de confianza, no lo contrario. Sin embargo, la tercera teoría cobra un mayor sentido cuando hablamos en clave de "grado de responsabilidad asumida", pues *a priori*, a mayor responsabilidad, mayor riesgo. Es innegable que en el supuesto de poseer una voluntad criminal, el sujeto que ostenta una posición jerárquicamente superior, tiene a su alcance más mecanismos para su perpetración, o al menos, para que revista una

²⁷⁴ BOCK, D., "Compliance y deberes de vigilancia en la empresa" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013, p. 118, parte de la concepción, de que una empresa "haya cubierto correctamente el puesto de trabajo de forma competente y fiable" para defender la tesis de que a efectos prácticos, el control a ejercer sobre sujetos que ostentan funciones de responsabilidad como facultades delegadas, debe ser más general que en otros casos, puesto que de otro modo, la delegación en sí carecería de sentido.

mayor entidad con respecto al subordinado situado en escalas inferiores. Una vez más, asoma la importancia de una correcta selección de los recursos humanos para la disminución del riesgo generado para la empresa, máxime cuando se disponen a desempeñar funciones de responsabilidad, gestión de equipos, manejo de información privilegiada, acceso a aplicaciones informáticas que tratan datos confidenciales, etc. No cabe duda que una selección correcta y rigurosa de los perfiles que amparan un alto grado de responsabilidad, disminuye el nivel de riesgo para la empresa en cuestión.

Lo que aquí nos interesa constatar es la relevancia de los controles internos en manos de los empresarios para obtener un doble objetivo: de una parte, hacer cumplir las normativas internas definidas previamente por la empresa, y de otra parte, detectar posibles desviaciones en las conductas de los empleados. En este punto, volvemos a insistir en la necesidad de una correcta selección del personal destinado a implantar esos controles internos a lo largo de toda la estructura organizativa empresarial, sobretodo en grandes empresas o multinacionales, donde su propia envergadura obliga a invertir un sobreesfuerzo en la minuciosa labor de elegir al candidato idóneo, que actuará como delegado de las funciones de control del empresario, que habitualmente recaen en Jefes de departamento, Directores de división, responsables de área, y en definitiva, todo aquel que alberga responsabilidades de control de procesos y/o gestión de equipos.

Avanzando un paso más en la esfera de los controles internos, encontramos las llamadas "investigaciones internas" que se emplean cuando existen sospechas por parte del empresario (u otros directivos)

o del *Compliance officer* (figura que analizaremos seguidamente) de que algún empleado ha actuado o está actuando de forma irregular. Los controles internos albergan medidas extraordinarias, en el ámbito de las investigaciones internas, tales como el registro personal y la supervisión de los medios del trabajador para llevar a cabo su función (teléfono, correo electrónico, etc...). Sobre esta cuestión, GÓMEZ MARTÍN, advierte: "En España, de especial importancia es el cuerpo jurisprudencial construido en el ámbito del Derecho laboral como consecuencia del análisis de si las pruebas obtenidas por el empresario a efectos de acreditar la existencia de motivos de despido disciplinario vulneran o no algún derecho del trabajador. Particularmente relevante es, a tales efectos, no solo la jurisprudencia vertida sobre la materia por el Tribunal Supremo, sino, muy especialmente, las numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional por la hipotética vulneración de derechos fundamentales del trabajador, singularmente de su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones".²⁷⁵ De señalarse que las medidas mencionadas revisten el carácter de extraordinarias, cuya puesta en práctica requiere un minucioso análisis de la Jurisprudencia y normativa laboral por cuanto puede suponer, sobretodo en el caso del registro personal del trabajador, una vulneración a sus derechos fundamentales.

²⁷⁵ GÓMEZ MARTÍN, V., "*Compliance* y derechos de los trabajadores" en AAVV *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 132ss. realiza un análisis pormenorizado de la regulación actual en España de los medios de control a disposición del empresario, considerados extraordinarios por su carácter más "coercitivo". Sin embargo, pese a ser herramientas a manos del empresario, se abre un abanico de situaciones que pueden presentarse, en las que no se definen claramente si pertenecen a la esfera de la intimidad del trabajador o, por el contrario, el empresario puede actuar con mayor seguridad.

Sin embargo, los controles internos referidos en el artículo 31 bis CP son únicamente aplicables a los empleados en situación de subordinación, por consiguiente, el legislador parte de la hipótesis que los representantes legales o los que ostentan facultades de organización, control o toma de decisiones, actúan con un grado de diligencia tal, que les faculta para eludir el mismo nivel de control y vigilancia al que se someten sus subordinados. Dicho de otro modo, los directivos no deben someterse a control ni vigilancia algunos, ya que se han configurado como obligaciones a su cargo y únicamente proyectables a los subordinados, lo que pudiera originar una herramienta ineficaz a manos de un directivo criminal. Por consiguiente, de nada serviría en este caso, cuantos medios se destinen al control de los trabajadores si el mayor riesgo criminal radica en quien ejerce ese control. Sin adentrarnos de nuevo en el deber de control y vigilancia del empresario, (anteriormente analizado), y las dificultades que entraña en las relaciones basadas en la delegación de competencias con base al principio de confianza y las carencias generadas, a su vez, por la falta de control en las altas esferas de la organización empresarial, el control interno entendido como herramienta de control de los empleados subordinados, a *priori* aparenta ser un arma en manos de los empresarios, que empleada correctamente, puede otorgar resultados eficientes en cuanto a detección y prevención de conductas desviadas. Pese a este carácter eficaz que pueden desplegar, conviene recordar que no se puede pretender establecer controles internos para cubrir la totalidad de las eventualidades que hipotéticamente se produjeran, porque no existe control interno alguno que garantice su infalibilidad²⁷⁶.

²⁷⁶ En la misma línea argumental, BOCK, D., "*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa", en *AAVV Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., p.118,

En el mismo orden de cosas, y una vez analizadas las piezas centrales del *Compliance*, seguidamente examinaremos otros elementos que contribuyen a configurar su contenido. En primer lugar, y prácticamente al mismo nivel que la evaluación de riesgos y el control interno, se encuentran los códigos de conducta o códigos éticos, seguidos por los canales de denuncias y la protección de los denunciantes o *whistleblowers*, la figura del *Compliance Officer* y la definición del proceso de revisión y actualización del programa .

3.2 Códigos de conducta

Los códigos de conducta o códigos éticos se erigen como otro de los componentes más relevantes del *Compliance*, junto a la evaluación de riesgos y los controles internos. De hecho, de nada serviría el programa de cumplimiento si no se definieran primeramente las líneas de actuación de la empresa. Los códigos de conducta, por lo tanto, son normativas y procedimientos internos que revelan las políticas o líneas de actuación que dirigen la actividad empresarial, por ello, es la herramienta más contundente que tiene la empresa a su disposición para transmitir el modelo de conducta que exigen para su empresa. Este instrumento se torna de vital importancia con base en dos

manifiesta "es absolutamente imposible establecer controles y reglas para cada eventualidad, especialmente porque un ambiente de de control demasiado acentuado generaría un efecto desmotivador que incentivaría la búsqueda de lagunas. La indagación desproporcionada, el espionaje y el control integral de forma consciente son inexigibles". El autor enlaza lo referido en este trabajo acerca de los controles internos y los códigos de conducta, por cuanto deviene necesario hallar el equilibrio entre las medidas impuestas por el empresario sobre los subordinados (ya sean controles internos, ya normativas de trabajo) y el mantenimiento de sus niveles de motivación. Una percepción de excesivo control por parte de los empresarios, pudiera ocasionar en los subordinados un efecto de desconfianza, lo que repercutiría directa y negativamente, a mi parecer, en su automotivación para finalmente, evidenciarse en los resultados de la actividad.

aspectos: de una parte, es el medio más efectivo para transmitir a los empleados cómo actuar y dónde se sitúan los límites (de otra forma no se podría determinar qué es una conducta irregular) y, de otra parte, se configura como base para engendrar una cultura de respeto a la legalidad.

Obviamente, el formato que debe revestir un código de conducta es escrito y conviene recabar la firma de los empleados conforme conocen de la existencia del código de conducta y se comprometen a seguir sus directrices. Pero dejando a un lado el aspecto formal, en mi opinión, la cultura empresarial del respeto a la legalidad, va más allá de la elaboración de un dossier con un conjunto de normas para hacerle entrega al empleado que devuelve una copia en señal de haberlo recibido. Me refiero al espíritu que debería instaurarse en todas las empresas de compromiso serio con un modelo empresarial basado en las buenas prácticas y el buen gobierno interno, que no sólo nace a partir de obligaciones legales, sino a la obligación "moral" que tienen los empresarios y órganos directivos de asumir una responsabilidad de fomentar un ambiente respetuoso con la legalidad y con los derechos del trabajador y una mayor implicación con las funciones más básicas que les competen, como la formación a sus empleados, la supervisión de resultados, la motivación de los equipos de trabajo, identificar el potencial humano, el análisis de los procesos desde el inicio hasta su conclusión, cooperar con la promoción interna, desechar "fichajes" basados en compromisos sociales, potenciar una política salarial justa fundamentada en los resultados obtenidos y en las aptitudes profesionales y meritorias, etc.

Todos estos aspectos, que *a priori* pudieran parecer nimios, contribuyen a una alta motivación del personal que revierte directamente en un beneficio empresarial, por cuanto, el empleado motivado y contento con su situación laboral, participa en el fomento de esa cultura de dedicación y apoyo a la labor empresarial y por ende, al cumplimiento del código de conducta definido por la empresa. Personalmente, me resulta extraño el hecho de pensar en el caso de un trabajador que, satisfecho con sus condiciones laborales, perpetra un delito o lleva a cabo una conducta irregular dentro de la empresa. Sin embargo, resulta lógico que el empleado descontento, desmotivado e insatisfecho supone para la empresa un mayor riesgo al que atender. Pese a la sencillez de esta teoría, no parece ser la tendencia dominante en cuanto a cultura y organización corporativas, pues en algunos casos, la realidad contraviene toda lógica repercutiendo negativamente, a mi parecer, en los resultados de la empresa y en su política reputacional.

El contenido de un código de conducta, sobretudo en grandes organizaciones, parte de la concepción desacertada, a mi parecer, de que cuantas mayores reglas e imposiciones se establezcan sobre los empleados, bajo la advertencia de imponer una sanción e incluso conllevar el despido en caso de incumplimiento, mayor eficiencia tendrá el modelo empresarial, cuando en realidad, pudiera ocasionar precisamente efectos antagónicos. Debe estructurarse sobre la base de un documento enfocado a la transparencia de la información, la prevención delictiva y una definición clara de las líneas de actuación de la empresa. Junto con el código de conducta, en ocasiones (de nuevo nos referimos a las grandes estructuras) se confeccionan documentos anexos de explicación del programa de cumplimiento, el objetivo que

persigue y un detalle de la estructura de su contenido.²⁷⁷ Inclusive, es recomendable incorporar el organigrama de la organización con la explicación de las diferentes líneas de dirección y sus atribuciones.

Los códigos de conducta, en atención a la finalidad que persiguen, pueden clasificarse en dos categorías: de una parte, los códigos puramente de cumplimiento de la legalidad, cuya finalidad principal es informar de las disposiciones legales y asegurar su cumplimiento y, de otra parte, los códigos de conducta que persiguen un objetivo mayormente "ético" mediante la implantación de una cultura asentada en el respeto a la legalidad como valor supremo de la organización²⁷⁸.

Los códigos de conducta (y documentos explicativos anexos) deben ser considerados como potentes instrumentos a manos de las corporaciones cuyo objetivo es transmitir a los empleados tanto las líneas de actuación empresarial, como los valores éticos y el respeto a la legalidad. Pese a no configurarse como documentos obligatorios en las empresas, la mayoría de las grandes organizaciones disponen de un código de conducta que les ayuda, de una parte a impulsar una cultura de respeto a la legalidad y de otra parte, a transmitir cuáles son las líneas de actuación de la empresa y sobretodo, de qué forma se

²⁷⁷ ALONSO GALLO, J. "Los programas de Cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., pp. 167ss. analiza los procedimientos y normas escritas de las empresas, entre las que se encuentran los códigos de conducta en todos los casos, y para las grandes corporaciones, también "una regulación detallada de áreas de riesgo que precisan una regulación separada o código sectorial".

²⁷⁸ NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Op.Cit., p. 240 distingue dos concepciones de códigos de conducta, según su finalidad. Los denominados "laicos" se destinan a reforzar los mandatos del texto legal y de otra parte, los que persiguen promover una cultura de respeto a la legalidad. En éste último caso, tal como evidencia el autor, la finalidad no se consigue únicamente con el cumplimiento de la Ley sino que implica la puesta en marcha de diversas palancas de actuación con los trabajadores encaminadas a instaurar un ambiente de sumisión a la Ley y las normas.

estructura organizativamente, identificando para ello, las áreas de mayor riesgo²⁷⁹.

Ciertamente, en las grandes corporaciones, la tarea de conocer todas las áreas que la conforman y la función que tengan aparejada, puede resultar engorrosa toda vez que se trata de estructuras muy enrevesadas con muchas dificultades para asegurar una transmisión veraz de la información a todos los empleados, y en estos casos, de forma voluntaria, se confeccionan manuales de trabajo, circuitos de gestión, códigos de conducta, etc. que son fácilmente localizables por los empleados a través de la Dirección competente, la intranet, correo electrónico o cualquier otro medio a su alcance. De otro modo, a estas grandes estructuras les resultaría altamente complicado poder organizarse con un mínimo de eficiencia en los procesos.

3.3 Los canales de denuncia y la protección de los denunciantes o *whistleblowers*

Uno de los factores que deben tenerse en consideración cuando se diseña un *Compliance program* es la definición de los canales de denuncia y la protección de sus denunciantes, también conocidos como *whistleblowers*, información que debe conocer la totalidad de los empleados de la empresa (a todos los niveles) y cuyo objetivo fundamental reside en la viabilidad puesta a disposición de cualquier empleado que tenga sospechas fundadas de la posible comisión de un

²⁷⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., "*Compliance* y derechos de los trabajadores" en AAVV *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., p. 127 señala: "todas las empresas del IBEX y el 70% de las empresas cotizadas afirman poseer, de forma voluntaria, códigos de conducta", lo que corrobora que para las grandes empresas supone un método habitual de organización corporativa.

delito. En otros apartados de este capítulo, analizando los distintos modelos de *Compliance* en derecho comparado, poníamos de manifiesto un dato relativo al anonimato del denunciante, a saber, en Estados Unidos se permite cursar una denuncia anónima de un trabajador sobre un hecho ocurrido en la empresa del que se sospecha pudiera tratarse de un delito, sin embargo, en su traslado a Europa y en punto a cumplir con lo regulado por la Agencia de Protección de Datos Personales, las denuncias no pueden ser anónimas aunque sí se garantiza la confidencialidad de los archivos donde residen los datos del sujeto denunciante²⁸⁰. Este proceso proporciona una garantía de que la voluntad del denunciante se fundamenta en poner en conocimiento de las autoridades competentes un hecho delictivo, descartando la posibilidad de interponer una denuncia falsa o basada en problemas personales con el sujeto denunciado.

De otra parte, la protección del denunciante se presta necesaria a fin de evitar represalias contra su persona, que pudieran repercutir en su puesto de trabajo. Ciertamente, el hecho de denunciar un incidente que pudiera constituir un delito, puede ocasionar graves perjuicios para el trabajador denunciante, cuestión que suscita preocupación y temor en

²⁸⁰ En relación a los sistemas de comunicación de denuncias en derecho comparado, Véase MASCHMANN, F., "*Compliance* y derechos del trabajador" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 162ss. destaca las *Guidelines on Whistleblowing*, como documento de referencia en el plano más internacional que contiene determinadas pautas, que pese a no ser obligatorias, resultan útiles para la implantación de un proceso de denuncia con todas las garantías para los trabajadores denunciantes (se refiere al documento elaborado por la Cámara de Comercio Internacional en el año 2008. Para consultar el documento original: <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/corporate-responsibility-and-anti-corruption/whistleblowing/>).

el entorno laboral, por este motivo, no resulta una cuestión fácil de abordar desde la perspectiva del trabajador²⁸¹.

A propósito de la defensa de los derechos de los trabajadores denunciadores, GÓMEZ MARTÍN alude a lo recomendado por la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD) en cuanto a los requisitos que deben concurrir para obtener la conformidad del *whistleblowing* con la Ley Orgánica de Protección de Datos: "por una parte, todos los empleados de la compañía podrán ser denunciadores o denunciados en el sistema. Por otra, los empleados serán previamente informados de la existencia y finalidad del sistema, su funcionamiento, la garantía de confidencialidad de los datos del denunciante y la garantía de información al denunciado de la existencia de la denuncia. La información deberá figurar en el contrato de trabajo. En tercer lugar, el procedimiento de denuncia será telefónico o presencial. Solo accederán, en principio, a los datos, el responsable del *compliance counter* y las personas para las que resulte imprescindible a fin de investigar los hechos denunciados. Además, el sistema incorporará los datos del denunciante y denunciado, los hechos denunciados y el resultado de las investigaciones. Se informará al denunciado en el plazo más breve posible de los hechos denunciados, los destinatarios de la información, el departamento responsable del sistema y sus

²⁸¹ Acerca de los derechos laborales y *Whistleblowing*, GÓMEZ MARTÍN, V., "Compliance y derechos de los trabajadores" en AAVV *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., pp. 144ss. constata la situación de debilidad en la que se encuentran los trabajadores denunciadores con respecto a la empresa, aludiendo especialmente al caso en el que el trabajador denunciante haya participado en los hechos delictivos que pretende denunciar "únicamente cuando el trabajador reciba la amenaza del empresario de ser denunciada la participación del primero en los hechos delictivos de referencia, quedará este amparado por una eventual exención de responsabilidad criminal por su intervención en el delito objeto de revelación, siempre y cuando, además, denuncie las amenazas".

derechos en materia de protección de datos. No se informará de la identificación del denunciante a menos que éste hubiera obrado de mala fe. Y, por último, los datos serán cancelados en un plazo máximo de dos meses tras el fin de las investigaciones si los hechos no hubieran sido probados. En caso de entablarse acciones, los datos se conservarán en tanto sea necesario para el ejercicio por la compañía de sus derechos en juicio".²⁸²

Los medios de denuncia implementados en la empresa tendrán un carácter transversal, esto es, extensible a todas las áreas, niveles, escalas y categorías de la organización corporativa y cuyo uso efectivo, proporciona una disminución del riesgo generado para la empresa, de forma que, cuanto más protegido se sienta un denunciante y de más información disponga sobre el proceso de interposición de denuncia, mayor seguridad percibirá, disminuyendo el temor a denunciar irregularidades²⁸³. Por consiguiente, un modelo de *whistleblowing* adecuado, conducirá a un descenso del riesgo de albergar conductas delictivas, tornándose uno de los medios más efectivos de control

²⁸² GÓMEZ MARTÍN, V., "Compliance y derechos de los trabajadores" en AAVV *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., p. 142 refleja lo estipulado por la Agencia Española de Protección de Datos en cuanto a las pautas que deberán ser tenidas en cuenta por las empresas en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos.

²⁸³ ALONSO GALLO, J., "Los programas de Cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., pp. 173ss. apunta a un elemento básico en el proceso de protección de *whistleblowers*: se trata de la necesidad de dar a conocer a todos los empleados de la existencia de tal protección, no sólo mediante su incorporación en el código de conducta, sino en un documento explicativo, en la intranet de la corporación y en cursos de formación. Además, para reforzar la garantía de protección, es conveniente adoptar una política de "puerta abierta", es decir, diseñar las vías adecuadas para que el empleado pueda dirigirse a la Unidad de Cumplimiento sin pasar por sus superiores jerárquicos, lo que favorece una disminución del temor del empleado a sufrir represalias.

interno²⁸⁴. Como quiera que el proceso de interposición de denuncias por parte de los trabajadores, deviene una cuestión delicada debido a las consecuencias negativas que puedan revertir sobre su situación laboral, es conveniente asegurar todas las medidas de seguridad pertinentes para garantizar debidamente el respeto a los derechos laborales.

En cuanto a la tipología de las denuncias que pueden interponer los empleados de una empresa, pueden clasificarse según sean internas o externas. Las primeras, se plantean ante los directivos de la misma organización, mientras que las segundas, se tramitan ante órganos externos a la organización, como la Administración Pública o medios de comunicación. Sin duda, supone una mayor relevancia las denuncias externas por cuanto pudiera repercutir gravemente en la imagen reputacional de la empresa.²⁸⁵ Ciertamente, pese a garantizar al máximo una protección de los empleados denunciadores, en los

²⁸⁴ BOCK, D., "Compliance y deberes de vigilancia en la empresa" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit. p. 115 identifica como un avance no solo implementar en la empresa un sistema de *whistleblowing* sino imponer a los trabajadores la obligación de utilizar este método para denunciar las infracciones de las que tenga conocimiento.

²⁸⁵ GÓMEZ MARTÍN, V., "Compliance y derechos de los trabajadores" en AAVV *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., p. 130 efectúa una reflexión sobre la realidad de las denuncias externas y la repercusión que puede tener en la imagen de la empresa: "[...] es cada vez más habitual que las empresas con gran preeminencia comercial -muy particularmente las cotizadas-, por temor al riesgo reputacional que podría representar el conocimiento por parte del mercado (competidores y consumidores) de la existencia de un *affair* interno de cierta relevancia, prefieran no denunciarlo externamente ante las autoridades públicas competentes para su persecución y depurar de puertas adentro las responsabilidades individuales que del mismo pudieran derivarse". Ejemplifica la explicación mediante una apropiación indebida ocurrida a causa de un empleado en una oficina de una destacada entidad bancaria. Pese a que obtendrían resultados beneficiosos para la entidad en caso de denuncia externa (evidenciando una voluntad de persecución de conductas delictivas), también conllevaría una desconfianza de los clientes de la entidad, causando por ello, un grave perjuicio.

entornos laborales impera cierto temor a involucrarse en un proceso que puede repercutir, de algún modo, en su relación profesional con la organización y en la mayoría de los casos, resulta lógico que se tramiten por vía interna. Cuestión aparte es el caso de las denuncias internas que no llegan a prosperar, ya sea por una actitud de desidia de las altas instancias de la empresa, ya sea por pura dejadez y anteposición de otros menesteres, lo que sitúa al empleado en una posición de desamparo. En estos casos, una vez agotada la vía interna, sería conveniente plantear la denuncia externa en cualquier caso, por cuanto lo que se pretende con el proceso *whistleblowing* es perseguir aquellas conductas contrarias a la Ley.

3.4 La figura del *compliance officer*

El desempeño de las funciones de control interno, y en general, las derivadas del programa de cumplimiento, no se asumen directamente por el empresario, sobretodo si nos referimos a las grandes corporaciones (lo que resultaría a todas luces poco operativo e ineficiente) sino que se delegan en la persona del *Compliance Officer* o un departamento liderado por el *Chief compliance Officer*, en el que recaen no únicamente las funciones derivadas de velar por el cumplimiento del *Compliance program*, sino que le conciernen las relativas a su diseño e implementación y formación de los empleados; funciones no originarias que lleva a cabo, como decimos, por delegación del empresario, y quien a su vez, puede delegar funciones en sus subordinados. La función primordial, sin embargo, radica primeramente en la vigilancia mediante la gestión de los controles internos, y una vez detectada la irregularidad, la transmite a sus

superiores a fin de aplicar la medida de corrección oportuna.²⁸⁶ De hecho, sin la debida supervisión impuesta, el *Compliance program* y las funciones de vigilancia atribuidas al *Compliance officer* carecerían de sentido. En resumen, las funciones del *Compliance officer* siguiendo a BERMEJO y PALERMO, "son las de vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de gestión, que no solo deben alcanzar el cumplimiento de la ley y los reglamentos, sino también a las directivas y principios éticos internos y a los *standars* de conducta internacionales".²⁸⁷

El *Compliance officer* forma parte del elenco de personas físicas que a través de la comisión de un delito, pudiera generar una responsabilidad penal para la persona jurídica, recogido en el artículo 31 bis CP, por cuanto se trata del sujeto por excelencia dentro de la organización empresarial, con facultades de organización y control. Además, será quien tenga atribuidas las funciones de supervisión, vigilancia y control del personal subordinado en materia criminal, lo que deriva en una responsabilidad penal en caso que se perpetre un delito por un

²⁸⁶ En relación a la especificación de las funciones del *Compliance Officer*, existen opiniones doctrinales diversas. Por ejemplo, de una parte, BERMEJO, M. y PALERMO, O., "La intervención delictiva del *Compliance Officer*" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., p. 182 localizan las funciones del *Compliance Officer* entorno al diseño, implementación y control interno de los empleados, es decir, funciones centradas en la generalidad del programa de cumplimiento y su inserción en la empresa. De otra parte, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., p.103 además de las funciones descritas, enfatiza en la delegación de vigilancia: "[...]Pero el *Compliance officer* es, también, un delegado de vigilancia. Como tal delegado de vigilancia que gestiona un *compliance program* en principio bien diseñado, el *compliance officer* puede obrar con confianza en el buen funcionamiento del programa y en que éste proporcionará indicios de la comisión de un hecho defectuoso[...]".

²⁸⁷ BERMEJO, M. y PALERMO, O., "La intervención delictiva del *Compliance Officer*" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., p. 189.

ejercicio defectuoso de sus facultades. Así, nos estamos refiriendo al empleado con facultades delegadas, que alberga un mayor riesgo dentro de la estructura corporativa. Parece lógico que, en el caso que se acabe perpetrando un delito dentro de la empresa por una falta de diligencia en las funciones desarrolladas por el responsable de la "vigilancia criminal" de la empresa, fuera éste quien respondiera de una eventual responsabilidad, ya como partícipe, ya como autor o por un delito de comisión por omisión en virtud de su posición de garante, pese a que el legislador con la Reforma del CP de 2015, ha optado por atribuir la responsabilidad penal directamente a la empresa.

En mi opinión, no cabe duda que, en el supuesto que acabamos de mencionar, primeramente se debería evaluar el proceso que llevó a cabo la empresa para seleccionar al *Compliance officer* para el desempeño de las funciones de vigilancia y supervisión, para delimitar la responsabilidad que detenta la empresa desde el inicio del proceso. En efecto, pudiera parecer un tema menor, pero si la selección de la figura del *Compliance officer* no se realizó de forma diligente, sino más bien, como resultado de un proceso llevado a cabo con desinterés e incluso una selección basada en recomendaciones externas o internas, sin evaluar diligentemente las aptitudes prácticas y méritos formativos del candidato, resultaría innegable la participación de la persona jurídica en el resultado de los hechos delictivos, por cuanto la supervisión, control y rigor de la función atribuida al *Compliance officer* no se desarrolló de forma adecuada por carecer, precisamente, de las aptitudes necesarias. Y no únicamente nos referimos al sujeto identificado como *Compliance officer* sino a todos los integrantes del equipo que tienen atribuidas las funciones de vigilancia, supervisión y

control, empezando por el director del departamento, como máximo responsable.

La figura del *Compliance officer* (o sujeto con facultades equiparables) está pensada para un individuo que, con plena capacidad para asumir las funciones delegadas de vigilancia, supervisión y control, dirija su total atención hacia la prevención de delitos, esto es, función proactiva contra la actividad criminal en la empresa, además de la vertiente más reactiva de máxima colaboración para el esclarecimiento del caso, si se llegara a perpetrar un delito. Para ello, dispone de las herramientas de control que, por la actividad y envergadura de la empresa, le sean puestas a disposición por la misma. En este sentido, conviene destacar la función de la Auditoría Interna como herramienta crucial cuya misión radica en verificar que todos los departamentos o unidades que configuran la estructura organizativa, cumplen con lo establecido por los controles internos y no se produce ninguna irregularidad.²⁸⁸

Pese a la alta responsabilidad que alberga la figura del *Compliance officer*, como decimos, éste no trabaja de forma autónoma sino que se integra en un equipo de personas que desarrollan de forma coordinada las funciones atribuidas de vigilancia y control, que habitualmente se denomina Dirección o División de Cumplimiento. El hecho de poseer expresamente una facultad de máximo riesgo (como es la vigilancia,

²⁸⁸ ALONSO GALLO, J., "Los programas de Cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, Op. Cit., p. 172 efectúa una explicación de ambos órganos dentro de la empresa (Dirección de auditoría y Dirección de cumplimiento normativo) señalando que se trata de unidades totalmente independientes, pese a desarrollar funciones encaminadas a hacer cumplir con las normativas internas y externas en punto a evitar conductas delictivas. Asimismo, el autor propone una estructura organizativa que vincula directamente a ambas Direcciones con el Consejo de Administración o, en su defecto, con su Comisión Delegada.

supervisión y control) no exime a la alta Dirección de la empresa de involucrarse en su cometido, por cuanto no conviene olvidar que la máxima responsabilidad en la estructura organizativa la tiene atribuida la alta Dirección y de ella, dependen todos los demás escalones jerárquicos. Por lo tanto, la Dirección no debiera caer en la dejadez a propósito de la delegación de las facultades en el *Compliance officer*, sino que debe velar por su correcta supervisión, si bien, no de forma intensa ni continua (de nuevo, vuelve a relucir la importancia de una excelente selección de la persona que encarnará al *Compliance officer* de la empresa), pues entonces la delegación carecería de sentido.

En definitiva, en España el máximo órgano corporativo en clave de riesgo asumido, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, es la Dirección de Cumplimiento (Director de cumplimiento y *compliance officer*) que precisamente como consecuencia de esta atribución de facultades de "alto riesgo" debe estar plenamente relacionada con la alta línea directiva y/o Consejo de Administración. De hecho, la situación ideal tal como apunta ALONSO GALLO, fuera que el *chief compliance officer* o Director de cumplimiento tuviera la posibilidad de reportar de forma directa con el Consejero Delegado, pues al tratarse de cuestiones que afectan a la seguridad criminal de la empresa, no debiera repararse en trazar esa conexión directa entre ambas figuras, en punto a garantizar la efectividad de las medidas de control y seguridad.

3.5 El proceso de revisión y actualización del programa de cumplimiento

El último de los elementos principales de un *Compliance program* es su proceso de revisión y actualización. El hecho de que continuamente se estén generando avances en el plano tecnológico y financiero, conlleva el surgimiento de nuevas figuras delictivas, nuevos escenarios que transforman el paradigma empresarial que conocemos hasta ese momento, lo que requiere de un continua tarea de revisión tanto de los programas de cumplimiento como de los sistemas informáticos, estructuras jerárquicas, cuadro de sanciones, elementos de control interno, métodos de vigilancia, cuerpos normativos, etc con el fin de evitar que queden obsoletos. A este cometido se dedica (o debiera dedicarse) la Dirección de Cumplimiento, cuya función principal no concluye con la vigilancia y supervisión para que los empleados cumplan con lo dispuesto en el *Compliance program* sino que se prolonga hasta su continua actualización. Parte de los medios que garantizan el desarrollo de esas funciones, son las auditorias (externas e internas) y la obtención de las correspondientes Certificaciones en cada una de los sectores empresariales, pues representan una vía de constatación de que el programa de cumplimiento se encuentra puesto al día.

En cuanto al resto de elementos que integran un programa de cumplimiento, dependerá de la actividad empresarial que se desarrolle y de la envergadura de su estructura, pero todos ellos se configuran en orden a evitar en la medida de lo posible, una actuación delictiva en el seno de la empresa, y a implantar una cultura de respeto a la Ley. Sin embargo, como hemos venido manifestando a lo largo de este trabajo,

conviene recordar que no existe el sistema de prevención infalible, lo que conlleva a efectuar una necesaria reflexión acerca de la eficacia que asiste a los programas de cumplimiento empresariales en punto a evitar la actividad delictiva en el seno de las personas jurídicas.

A lo largo de este capítulo hemos comentado los elementos principales con los que debe contar todo programa de cumplimiento para albergar un mínimo de efectividad frente a la actividad delictiva, lo que no implica que deban ser los únicos a tener en cuenta, pues en realidad, el considerarlos de forma individual minimiza el efecto de prevención para el que están concebidos. Dicho de otra forma, un programa de prevención cobra sentido mediante la armonización de todos los elementos en su conjunto. Así, por ejemplo, un sistema de controles internos que se implanten en la empresa, carecen de todo su significado si no van acompañados de un conjunto de reglas que configuren la estructura normativa de la empresa, o un conjunto de sanciones que vayan aparejadas a las infracciones. Tan importante deviene un programa de cumplimiento o prevención completo y actualizado, como una cultura de prevención que radique en las más altas esferas directivas y se proyecte sobre la totalidad de la estructura organizativa. Dentro de esa cultura empresarial del respeto a la legalidad que venimos apuntando a lo largo de todo el trabajo (que va mucho más allá de la tenencia "formal" o no de un programa de cumplimiento), existe un elemento, a mi parecer, que aloja una notable importancia: la formación a los empleados. Es un deber del empresario procurar a los empleados un método de formación adecuado, que les permita conocer los procesos de primera mano, que en definitiva, son los que desarrollan la actividad diaria y gestionan los riesgos de la empresa. Por tanto, me reitero en incidir en tres cuestiones

fundamentales: Confección e implantación de un completo programa de cumplimiento (cuyo cometido principal no sea la evitación de la sanción penal sino promover una cultura de respeto a la Ley) acompañado de una formación adecuada a sus empleados, correcta instauración de una cultura empresarial de respeto a la Ley y por último, una política rigurosa de selección de personal y recursos humanos.

Por no extender innecesariamente este apartado con cuestiones adyacentes a su contenido, podemos concluir que, en un estadio ideal, la meta final de un programa de cumplimiento es proyectar sobre los empleados una atmósfera de sometimiento a la Ley y a las normas internas de la corporación con tal firmeza o persuasión, que se abstengan de realizar actividades delictivas o llevar a cabo comportamientos irregulares. No obstante, el estadio ideal supone una quimera por cuanto el mero hecho de existir leyes y normas, entraña soportar actuaciones contra ellas, lo que nos conduce a adaptar el objetivo de un programa de cumplimiento a un mundo más realista (que alberga a delitos y delincuentes). La finalidad, por tanto de un programa de cumplimiento debe gravitar no únicamente sobre el concepto de prevención, sino también de detección de comportamientos delictivos. En definitiva, una compañía, de una parte, debe prestar atención a las medidas para prevenir delitos, y de otra parte, le corresponde articular todo un sistema que le proporcione los indicios necesarios para conocer que se está cometiendo un delito en su interior. El hecho de disponer de un programa de cumplimiento que contenga todos los elementos requeridos para prevenir hipotéticamente la comisión de un delito, no conlleva automáticamente que se cumpla con esa finalidad, por cuanto se hace necesario establecer los procedimientos

convenientes para actuar de forma reactiva respecto a la perpetración de un delito, si se diera el caso.

4. El deber de vigilancia del empresario y su posición de garante. La delegación de funciones

El deber de garantía se configura como una de las obligaciones por antonomasia del empresario, ampliamente reconocida por la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia. El referido deber de garantía se proyecta, de una parte, sobre el perímetro interno de la empresa (impedir consecuencias perjudiciales para sí mismo) y, de otra parte, a evitar resultados lesivos sobre terceros ajenos a la empresa en el desarrollo de las actividades laborales de sus empleados²⁸⁹. Una vez delimitado el deber de garantía, se procede a la delegación de competencias, esto es, se transfieren parcial o totalmente las funciones ejercidas por el empresario en otra persona cuyo *status* en la organización empresarial, es subordinado al de aquél. Con ello, la posición de garante original del empresario, se transforma en un deber de vigilancia sobre el subordinado que ejerce sus competencias delegadas y se genera una nueva posición de garante del subordinado delegado, si bien, la posición de garantía del empresario no desaparece por completo sino que se sitúa en un

²⁸⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., pp. 79 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., p. 153. El autor matiza que aunque tradicionalmente la posición de garantía radica en la figura del empresario, en la práctica, se refiere a los socios, de lo que surgen tres cuestiones dogmáticas, a saber: a) Determinar el fundamento de la posición de garantía de los socios que no ejercen funciones de administración b) Si la posición de garantía de los administradores surge por delegación de los socios o es una delegación diferente, y c) Delimitar la existencia o no de un deber de vigilancia del empresario en relación a la conducta de los administradores.

segundo plano²⁹⁰. El deber de vigilancia empresarial puede, a su vez, delegarse en la figura concreta del *Compliance Officer* al que se aludía ampliamente en epígrafes precedentes, en varios subordinados o en personal externo. Asimismo la delegación de funciones opera en todos los niveles jerárquicos en cascada, de manera que, el empresario inicia la cadena de delegación para ser posteriormente repetido en rangos inferiores, con la salvedad de que, en el caso de los empleados no empresarios [tanto delegados como delegantes], se añade la obligación de transmitir la información obtenida al superior jerárquico.

Lo importante de la delegación de funciones, como sostiene FEIJOO SÁNCHEZ, es que las "necesidades del reparto de trabajo no impliquen una merma de las funciones de las funciones de control y aseguramiento de los riesgos propios de la empresa o una mayor desprotección de las potenciales víctimas de una actuación empresarial incorrecta"²⁹¹. En efecto, el espíritu que debe imperar, en todo caso, en la delegación de funciones, es el de optimización o mejora de los procesos productivos, y no la producción de un menoscabo. Cobra

²⁹⁰ BERMEJO, M. y PALERMO, O., "La intervención delictiva del *Compliance Officer*" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, Op. Cit., p. 187; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. "Posición de garante del *Compliance Officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica" en AAVV *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 169 ss.; Sobre esta cuestión, la Fiscalía General del Estado, mediante su 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, Op. Cit., p. 23 matizó que "la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirven de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente". Dicho en otras palabras, los referidos deberes se erigen como una facultad indelegable.

²⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 184 ss.

relevancia, por consiguiente, disponer de mecanismos de detección de errores o descensos en los niveles de eficiencia y productividad.

Llegados a este punto, se hace necesario de nuevo, recurrir a la obligación que asiste al delegante de una correcta selección del empleado que debe encarnar las funciones por él delegadas, de forma que sea capaz de ejercerlas minimizando, en lo posible, el factor de riesgo inherente a las competencias cedidas, y a su vez, procurarle las herramientas necesarias para el ejercicio eficiente y eficaz de sus funciones delegadas (entre las que se encuentra una completa formación del ámbito de su actividad profesional).

Establecida la sinopsis de la distribución de funciones y competencias en el seno de la empresa, surge el debate doctrinal acerca del contenido del deber (genérico) de vigilancia del empresario. Por lo que a éste respecta, como señala SILVA SÁNCHEZ, en Alemania, "se considera que los deberes de vigilancia del superior jerárquico deberían encuadrarse en la posición de garantía tradicional del "control sobre personas peligrosas" o bien "sobre cosas peligrosas". Sin embargo, la primera alternativa parece chocar con el principio de autorresponsabilidad". Prosigue el autor, refiriéndose a la segunda alternativa "tampoco parece fácil su reconstrucción en el caso de la empresa. Pues las "cosas peligrosas" -si es que se trata de cosas concretas- ya las pasa a controlar el respectivo subordinado autorresponsable". En efecto, no es un debate sencillo, pues si se sostiene la idea de autorresponsabilidad del sujeto que ejerce las funciones delegadas, sería incoherente calificarla de "persona peligrosa", además de cuestionar la finalidad de la delegación de funciones como tal. Es decir, si el delegante o el empresario ha

acometido la selección del delegado con diligencia y rigor, de forma que parece ser la persona idónea para el desempeño de las funciones por él atribuidas, en principio, se le debe dotar de autorresponsabilidad suficiente para el ejercicio de sus competencias con base en el principio de confianza, sin embargo, de lo anterior no debería entenderse un total desprendimiento de las obligaciones inherentes en la figura del delegante, por cuanto se debe seguir vigilando que el delegado cumple con sus expectativas. En suma, equilibrar el deber de vigilancia y el nivel de autorresponsabilidad asumible por el delegado no es tarea fácil, toda vez que influyen numerosos factores, que en cada caso son diferentes, por ejemplo, el tipo de actividad que desarrolla la empresa, la clase de competencias delegadas, el nivel de riesgo asumido por el delegado, el grado de confianza depositado en el éste, etc.

En general, la opinión doctrinal mayoritaria se postula a favor de entender que existe un deber de vigilancia del delegante que deriva del dominio jerárquico (capacidad de mando) junto a su posición de garantía sobre el conjunto de la organización, toda vez que la vigilancia concreta sobre el individuo delegado carecería de sentido.

De las reflexiones precedentes subyace una cuestión central que preside la relación entre el delegante y el delegado, que conviene esclarecer: nos estamos refiriendo al principio de confianza antes mencionado. SILVA SÁNCHEZ considera que el principio de confianza se halla en los diferentes sujetos de un grupo delimitado que acaban integrando la tarea común, mientras que el principio de separación de esferas rige en las relaciones interpersonales y horizontales con base en la división del trabajo, donde no se permite la intromisión en esferas

ajenas ni en el ámbito de sus riesgos. En conclusión, el principio de confianza rige fundamentalmente: a) en las relaciones entre delegante y delegado, donde existe un mayor interés por verificar una correcta ejecución de las funciones delegadas, y por consiguiente, cobra sentido el principio de confianza como tal, en virtud de las expectativas depositadas [a título personal] en la figura del delegado, y b) entre varios sujetos que desarrollan una tarea común pertenecientes a un grupo perfectamente delimitado, por ejemplo, el equipo médico-quirúrgico que plantea SILVA SÁNCHEZ²⁹².

Nótese que la simple existencia del principio de confianza [como elemento central de la delegación de funciones] implica admitir el principio contrario, esto es, el principio de desconfianza, que presupondría una falta de certidumbre o seguridad en la gestión de otro. Sin embargo, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, no quedan claras las razones por las que deba presidir el principio de desconfianza, si en principio, los subordinados [a quienes se les atribuyen funciones delegadas] han sido cuidadosamente seleccionados y se les ha dotado de autorresponsabilidad²⁹³. A pesar de que el sentido de ser del

²⁹² SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., pp. 83 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., pp.168 ss.

²⁹³ Véase los posibles fundamentos defendidos por SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Op. Cit., pp. 84 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., pp.169 ss. que podrían explicar las razones por las que podría presidir el principio de desconfianza en las relaciones laborales. En suma, según el autor, la empresa alberga potencialidad criminógena de ciertas dinámicas de grupo. "La tendencia de quienes integran estas organizaciones a la desorganización progresiva, a orientarse únicamente al lucro, a generar pautas informales de conducta, a minusvalorar determinados riesgos. Ello determinaría que los subordinados autorresponsables y correctamente seleccionados pudieran ir mostrando, pese a todo, carencias relevantes en cuanto a la percepción y el subsiguiente control de riesgos". En efecto, las complejas organizaciones

principio de desconfianza no esté claro, la realidad empresarial revela que está presente de forma habitual en las grandes corporaciones, por consiguiente, se podría concluir que algún estadio del proceso se ha llevado a cabo por la empresa de forma deficiente, pues de lo contrario, aquél no existiría. Por lo tanto, se ha de examinar el proceso completo para identificar el fallo, proceder a su subsanación y emplear los medios necesarios para su evitación en un futuro. Bajo mi punto de vista, entre los factores que pueden contribuir a la "desorganización progresiva" referida por SILVA SÁNCHEZ, destacan los siguientes:

a) División del trabajo: El principio de la división del trabajo acuñado por ADAM SMITH sentó las bases de la contemporánea distribución funcional del trabajo, atribuyéndole el objetivo de mejorar el nivel de eficiencia mediante la especialización de los trabajadores en diferentes tareas, de manera que, se ahorra tiempo y recursos materiales para el desarrollo de las funciones, aumentando así, la producción final²⁹⁴. Sin embargo, el propio autor, reconoció que el principio de la división del trabajo puede entrañar un mayor riesgo de albergar conductas "idiotizadas" por realizar tareas muy mecánicas. Secundando ésta última tesis, se alzó KARL MARX, quien reconoció que, a pesar de que la teoría de SMITH acogía algunas ventajas, suponía una táctica abusiva por cuanto especializaba tanto a los trabajadores en una sola

empresariales actuales obligan a reflexionar sobre el fenómeno de "desorganización progresiva" al que alude SILVA SÁNCHEZ, por cuanto, si en el plano teórico, las pautas son claras, no se acaba de entender el motivo por el que, llevadas a la práctica, se distorsiona tanto su naturaleza original que acaba por corromper la organización.

²⁹⁴ Véase SMITH, A., *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Obra traducida por ALONSO ORTIZ, J., (título original: "An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations"), Valladolid, 1794, pp.7 ss. Obra consultada a través de la consulta bibliográfica de Google en el enlace <https://books.google.es>.

área, que los inutilizaba para cualquier otra²⁹⁵. En suma, la división del trabajo [actualmente] proporciona la ventaja de dotar de mayor rapidez y eficiencia a los procesos productivos, si bien, mantener esa estrategia a largo plazo comporta asumir que algunos empleados alcancen tal nivel de pericia en su función que culmine en una pérdida de interés o desmotivación por el resultado. Para solventar esta situación sin renunciar a los beneficios proporcionados por el principio de la división del trabajo, en mi opinión, convendría rotar las funciones cada cierto tiempo, de forma que, a pesar de mantener una "mono tarea", ésta varía una vez alcanzado el nivel máximo de conocimiento [que precede al inicio de la decadencia]. Con la referida práctica los empleados mantienen un nivel estable de motivación por aprender la nueva función, conocen otras fases del proceso productivo dotándolo de sentido, se supera la fase de aburrimiento recalcitrante instalada en determinadas funciones, se evita que los empleados perciban su trabajo como una atribución en exclusiva y se obtiene la ventaja añadida de albergar un elenco de trabajadores expertos en varias tareas, que pudieran sustituirse entre sí, llegado el caso.

b) Falta de diligencia en los directivos y empresarios: La delegación de funciones, como se ha dicho, entraña una modificación del deber de garantía del empresario o directivo delegante y el surgimiento de uno nuevo para el sujeto delegado. No obstante, en ocasiones, la delegación de funciones puede adolecer de una cierta dosis de indolencia en el delegante bajo la premisa de haber trasladado la competencia a otra persona. Dicho de otro modo, el empresario o

²⁹⁵ KÖHLER, HOLM-DETLEV y MARTÍN ARTILES, A., *Manual de sociología del trabajo y relaciones laborales*, 2ª edición, Delta publicaciones, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 70 ss.

directivo que delega parcial o totalmente las funciones, no puede abandonar por completo su obligación de vigilancia o supervisión, por cuanto a pesar de que la realización de la función resida en manos del delegado, sigue siendo responsable de su resultado y, por consiguiente, debe efectuar verificaciones periódicas a fin de asegurar su correcta ejecución, siendo que en caso contrario, actuará conforme a los dictados de la propia empresa (ya sea mediante la imposición de una amonestación, una advertencia, relevarlo de su función, etc.). Sin embargo, no sólo cobra relevancia la supervisión de la función ejecutada por el delegado, sino que al delegante (empresario o directivo) le atañen las obligaciones de motivación del equipo, formación teórica y práctica de sus subordinados, transmisión fidedigna de la información y la llevanza de cuantos asuntos se circunscriban al bienestar del delegado en su entorno laboral.

c) Procesos de selección poco rigurosos: Como se viene apuntando especialmente a lo largo de este Capítulo, los procesos de selección, sobretodo en las grandes corporaciones, son de vital importancia para los procesos productivos, pues obviamente dependen de su desarrollo por los empleados. Si éstos no han sido cuidadosamente seleccionados, la empresa se expone no sólo a no alcanzar los objetivos empresariales, sino a albergar comportamientos perjudiciales para sus intereses. Sin embargo, no es menos cierto que el proceso de selección puede haberse llevado a cabo de forma diligente (en cuanto a haber aplicado todas las garantías), y transcurrido un tiempo, el empleado acabe mostrando falta de aptitudes suficientes para su función. Lo anterior, puede interpretarse: a) como un síntoma de la falta de seguimiento de la persona en cuestión en términos de valoración de aptitudes y resultados (aplicable en todos los niveles jerárquicos) lo que

vendría a corroborar la tesis sostenida en los apartados anteriores, b) desacierto en el proceso de selección en cuanto a la función atribuida al sujeto, es decir, la persona elegida no era la adecuada para esa función y, sin embargo, puede resultar extremadamente útil en la que se ajuste a su perfil. En suma, los procesos de selección no únicamente deben encaminarse a seleccionar a los empleados con base en sus méritos formativos y profesionales, sino que se deben estudiar cuidadosamente los perfiles requeridos para acoplarlos a los seleccionados, y a pesar de parecer una cuestión evidente, sorprende ver cómo en la realidad se destinan sujetos a funciones que nada tienen que ver con sus aptitudes, capacidades ni perfil profesional. Este nivel de exigencia no es únicamente aplicable al último escalón jerárquico sino a todos ellos, especialmente al personal que se destina a realizar los procesos de selección y valoración de méritos, pues en algunas ocasiones es allí donde radica el origen de la "desorganización progresiva"²⁹⁶.

En suma, el principio de confianza que debe presidir especialmente en las relaciones entre delegante y delegado estriba en la falta de necesidad de conocer continuamente el modo en el que se está llevando a cabo una tarea delegada. Sostener lo contrario, desvirtuaría el propósito de la delegación de funciones y sometería la relación a un principio de desconfianza. No obstante, no existe norma o manual que

²⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., p. 163 sostiene que el deber de selección comprende "en primer lugar, un deber de obtener información acerca de los candidatos *ex ante* adecuados para ocupar el lugar (lo que presupone ciertos deberes de publicidad); en segundo lugar, un deber de examen de los diversos candidatos concurrentes así como de elección del mejor posible (obviamente teniendo también presentes las consideraciones económicas) entre ellos. El procedimiento de selección debe ser, por tanto, abierto, de modo que los candidatos puedan acreditar sus méritos y capacidades; o, alternativamente, delegarse en empresas especializadas de selección de personal".

dictamine cuándo someterse a uno u otro principio, como tampoco existe unanimidad en cuanto al contenido del deber de garante del empresario²⁹⁷, lo que origina una diversidad de prácticas que dificultan la tarea del análisis y esclarecimiento de la cuestión.

Por otra parte, se halla el principio de separación de esferas (que nada tiene que ver con el principio de confianza o desconfianza) típico de las relaciones horizontales [división del trabajo], con base en el cual, existe un desconocimiento del modo en el que otro sujeto realiza o debe realizar su tarea. En este contexto, FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que "aunque alguien sepa o pudiera saber que está favoreciendo una conducta delictiva no se le podrá imputar el hecho típico mientras no tenga nada que ver con su ámbito de actividad dentro de la empresa". Prosigue el autor afirmando que "en una empresa no todos sus integrantes tienen que tener cuidado de todo lo que pase en la

²⁹⁷ Una de las teorías que tratan de explicar la posición de garante del empresario es la que recoge NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Op. Cit., p. 47, cuyo fundamento radica en el grado de vinculación del empresario con los procesos de riesgo, es decir, la posición de garante del titular de la empresa subyace en "relación con los procesos de riesgo que el mismo desata". Dicho de otra manera, se trataría de los procesos o factores peligrosos que el empresario domina o debe dominar y que parten de su círculo de organización o se ubican en él, de forma que la responsabilidad se ubica en la cúspide de la pirámide organizativa, lo que da nombre a la responsabilidad hacia arriba. Con base en ésta teoría, podría entenderse de una parte, que el empresario es garante de todos los procesos de riesgo que se inician bajo su dirección por cuanto es el sujeto que los desencadena, de un modo u otro (ya sea mediante la selección/contratación de personal poco cualificado para la función atribuida, una defectuosa implantación de códigos éticos, de conducta o modelos de prevención, una deficiente gestión del control de riesgos, etc.), esto es, como titular de la empresa, encarna la máxima figura organizativa, por consiguiente, referirse a "su círculo de organización" implica aludir a toda la estructura organizativa, aunque sea de forma indirecta. Sin embargo, en las grandes estructuras, lo corriente es que la máxima autoridad en la empresa controle su círculo más cercano, y servirse de la delegación de funciones para un desarrollo eficiente de la actividad, pues pretender dominar de forma personal a toda la organización, sería inconcebible. Por consiguiente, el fundamento de la referida teoría parece cobrar sentido en éste contexto.

empresa sino sólo de determinados aspectos de la sociedad". En mi opinión, resulta plausible que no se le impute el hecho típico a un sujeto que no ha participado de él, sin embargo, esto no implica transgredir el propósito del estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas y, por consiguiente, los modelos de prevención y control de conductas delictivas. Es decir, si un empleado conoce de la comisión de un delito o alberga serias sospechas de ello, debe proceder a su denuncia por los canales adecuados con todas las garantías, pues de lo contrario, estaría contribuyendo a un encubrimiento injustificado, con independencia de que pertenezca o no a su ámbito de actividad.

En definitiva, las relaciones laborales en el seno de una empresa engendran numerosas complicaciones difíciles de resolver. De una parte, no existe normativa suficiente para sentar las bases de los principios que deben regir en este contexto y, de otra parte, los diversos posicionamientos interpretativos sobre la cuestión, a pesar de albergar un claro propósito de esclarecer la cuestión, contribuyen a legitimar una práctica empresarial muy variada.

CAPITULO IV
SISTEMAS DE SANCIONES PREVISTOS PARA LOS DELITOS
COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS

1. Consideraciones generales al régimen de sanciones de las personas jurídicas

El sistema de sanciones, introducido por la Reforma del CP de 2010, viene determinado por el catálogo de penas del artículo 33.7 del CP. Formalmente, dejan de calificarse como consecuencias accesorias del delito para configurarse expresamente como penas principales, y cuya imposición no precisa el enjuiciamiento de una persona física pues las penas no tienen carácter accesorio sino principal, lo que las convierte en autónomas²⁹⁸.

El catálogo de sanciones previsto por el legislador con la Reforma del CP de 2010 no es nuevo, por cuanto hasta entonces, engrosaban la lista de consecuencias accesorias del artículo 129 CP²⁹⁹. De hecho, con la referida Reforma, para la aplicación del estatuto de responsabilidad de los entes sin personalidad jurídica, circunscrito al ámbito de las consecuencias accesorias (artículo 129 CP), se atribuyen algunas de las penas incorporadas en el catálogo del artículo 33.7 CP para las personas jurídicas (en concreto, las establecidas en los apartados c) a g) del referido precepto). Es decir, las penas aplicables a las personas jurídicas, operan de forma simultánea como

²⁹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Op. Cit., p. 24.

²⁹⁹ DE LA CUESTA, J.L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 81.

consecuencias accesorias para los entes sin personalidad jurídica (a excepción de la pena de multa y la disolución de la sociedad)³⁰⁰.

Lo anterior, obliga a efectuar una reflexión sobre la naturaleza jurídica de las penas definidas por el legislador para las personas jurídicas (o consecuencias accesorias para los entes sin personalidad jurídica), en concreto, si verdaderamente existía la necesidad de recoger el mismo catálogo de sanciones con denominaciones distintas. La función atribuida a las penas de las personas jurídicas, parece encaminada a una prevención general para el sector empresarial, por cuanto la dotación de un estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas al Ordenamiento penal, pretende disuadir a aquéllas de profesar una actividad delictiva, de forma que la "amenaza" que representa la atribución de una pena, especialmente pecuniaria (por el agravio económico que les puede suponer), se traduce en una abstención de los entes de perpetrar, encubrir o albergar conductas criminales.

En definitiva, el propósito del sistema de sanciones de las personas jurídicas es promover la adopción de medidas de prevención en el interior de aquéllas. Para FARALDO CABANA, además de su indudable función preventivo-general, "las penas para personas jurídicas, con la excepción de la multa, tienen una clara vocación preventivo-especial. Pretenden controlar o inocuizar, de forma temporal o definitiva, a una persona jurídica que ha revelado una especial peligrosidad a través de la comisión de delitos por sus dirigentes".

³⁰⁰ DE LA CUESTA, J.L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 84; MIR PUIG, S. "Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad" en AAVV *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Op. Cit, p. 10.

Prosigue la autora afirmando que la peligrosidad de la persona jurídica "se relaciona con su incapacidad para organizarse, de forma que sus administradores, representantes y empleados no cometan delitos, de manera que incentivar a la persona jurídica a adoptar medidas preventivas, en fin, resocializarse, es uno de los objetivos fundamentales que persigue el sistema penal"³⁰¹. Por su parte, MIR PUIG sostiene que la pena de multa cumple con la función coercitiva de una multa administrativa, por consiguiente, le reconoce naturaleza jurídica coercitiva, y las demás penas previstas por el artículo 33.7 CP "siguen teniendo la naturaleza de medidas preventivas que poseían y poseen las consecuencias accesorias, con cuyo contenido significativamente coinciden y con cuyo mismo nombre pueden imponerse a los entes sin personalidad jurídica"³⁰². SILVA SÁNCHEZ se remite a la necesidad preventivo-especial relacionada con la imposición de la sanción que alberga el artículo 66 bis CP, para aseverar que "las penas aplicables a las personas jurídicas de los apartados b) a g) del art. 33.7 CP, no son penas, sino medidas de seguridad. Pues las penas no pueden dejar de imponerse aun cuando no haya necesidad preventiva"³⁰³. Por su parte, BAUCCELLS LLADÓS sostiene que "la mejor finalidad en la que fundamentar la pena a las personas jurídicas es la prevención especial positiva o resocialización [...] Desarrollar su actividad sin cometer hechos delictivos que es algo distinto y menos controvertido que el pretender -como hace un

³⁰¹ FARALDO CABANA, P. "Las penas" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015, p. 158.

³⁰² Véase MIR PUIG, S. "Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad" en AAVV *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Op. Cit, p. 12.

³⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Op. Cit., p. 278.

importante sector doctrinal- que las personas jurídicas alcancen una cultura empresarial basada en valores de cumplimiento del derecho"³⁰⁴. Por último, GÓMEZ-JARA DÍEZ considera que el Derecho Penal, en general (de personas físicas y jurídicas) "se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva -en concreto: la retribución comunicativa-. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la función de contribuir -en el sentido de aumentarla probabilidad de éxito de la comunicación-al reestablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como prestación el reforzar el cumplimiento del Derecho"³⁰⁵.

Sin embargo, la función preventivo-general que parece perseguir el sistema de penas diseñado para las personas jurídicas, en mi opinión, podría verse parcialmente enturbiada por la configuración de la pena de multa como sanción preceptiva por antonomasia. Es decir, si la imposición de la pena de multa se justifica como el remedio para evitar las consecuencias jurídicas más gravosas que van asociadas al resto de penas, (como despidos de empleados, por ejemplo), y por

³⁰⁴ BAUCELLS LLADÓS, J., "Las penas previstas para la persona jurídica en la Reforma Penal de 2010. Un análisis crítico" en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, 2013, ISSN 1137-7550, p. 182.

³⁰⁵ Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas - aspectos sustantivos y procesales-*, Op. Cit., p. 45 ss. El autor defiende la "retribución comunicativa" como función de la pena de las personas jurídicas, por cuanto supone una aportación del modelo constructivista de la culpabilidad de los entes, referido en Capítulos anteriores de este trabajo. Así, la mencionada aportación consiste en "una actualización de esta opción [se refiere a la opción de fundamentar la pena a la persona jurídica en una vertiente de la prevención general positiva], apoyándose en los avances experimentados por las ciencias de la comunicación. Por lo que a la función respecta, la pena tanto si se impone a un individuo o a una persona jurídica reestablece comunicativamente la vigencia de la norma y, en este sentido, no se produce diferencia alguna entre el campo del Derecho penal de personas físicas y jurídicas".

consiguiente, se acaba imponiendo a las personas jurídicas de forma sistemática, podría transformarse en la vía "fácil" para zafarse de una pena más coercitiva, lo que acabaría por revertir negativamente el propósito preventivo de la norma. Dicho de otra forma, las personas jurídicas (sobretudo las grandes corporaciones) podrían dejar de temer la consecuencia negativa de la conducta delictiva, bajo la premisa de "es preferible pagar la multa que invertir en más sistemas preventivos".

No obstante, de otra parte, parece lógico que la pena de multa se erija como la principal de las personas jurídicas en punto a evitar las eventuales situaciones insostenibles surgidas como consecuencia de la aplicación de otro tipo de pena más coercitiva, que podrían repercutir negativamente en el desarrollo de la actividad empresarial. En definitiva, hallar el equilibrio entre ambos pretextos, no parece una tarea fácil. En los próximos epígrafes, se abordará en detalle las consecuencias de la imposición de la pena de multa, que como se viene anticipando, a pesar de haberse configurado como la menos gravosa, pudiera acarrear efectos negativos sobre la persona jurídica que la soporta.

El legislador de 2010 optó por configurar como única pena de imposición imperativa prevista para las personas jurídicas, la pena pecuniaria (multa), conforme al sistema de cláusula específica, que comporta múltiples previsiones en el Libro II del CP, mientras que con relación a las restantes penas, podemos concluir que no existe un sistema de penas concretas vinculadas a cada figura delictiva, sino que se trata de un sistema de penas abierto, donde el Juez o Tribunal podrá facultativamente determinar en cada caso, teniendo en cuenta los criterios a los que se refiere el artículo 66 bis del CP. El hecho de

no tener atribuida cada una de las penas restrictivas de derechos de las personas jurídicas a los concretos tipos penales, hace pensar que ya entonces, se articuló un sistema punitivo con base en los defectos de organización de las personas jurídicas³⁰⁶, a pesar de no haberse configurado todavía el defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica como fundamento principal de atribución de responsabilidad penal.

Una peculiaridad destacable del catálogo de penas de las personas jurídicas, es que todas ellas tienen la consideración de graves, con independencia de su naturaleza y duración, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, lo que incide directamente en el plazo de prescripción y cancelación de antecedentes penales³⁰⁷.

Otra característica del sistema de penas de las personas jurídicas es que no se ha previsto consecuencia ninguna para el caso de quebrantamiento de condena (excluyendo la pena de multa) del artículo

³⁰⁶ CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Op. Cit., p. 79; Para MIR PUIG, S. "Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad" en AAVV *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Op. Cit, p. 5, el hecho de que el CP no requiriese para la aplicación de las penas a las personas jurídicas, que éstas debieran haber cometido los delitos asociados a aquéllas, es una consecuencia de que se haga responder a la persona jurídica de un delito cometido por otra persona. De no ser así, se haría "necesario sustituir el concepto de culpabilidad humana por el de alguna forma de culpabilidad de entes no humanos como son las personas jurídicas".

³⁰⁷ FARALDO CABANA, P. "Las penas" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 114; Para DE LA CUESTA, J.L. "Responsabilidad penal de las personas jurídica en el Derecho Español" en AAVV *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 80, que las penas sean consideradas graves en su totalidad, "no deja de suscitar agravios ante las previstas para las personas físicas por algunos delitos en particular, apunta al <carácter de última ratio> de la intervención penal, algo razonable dada la particular onda expansiva del castigo en este ámbito, y tiene especial incidencia en cuanto a la prescripción".

468 CP, es decir, que en caso de producirse éste, la persona jurídica quedaría impune. En el mismo orden de consideraciones, tampoco se ha previsto por el legislador un sistema de sustitutivos penales (a excepción de la pena de multa proporcional del artículo 52.4 CP) que admitan la suspensión de la pena impuesta a la persona jurídica, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas³⁰⁸.

Así las cosas, se puede concluir que el sistema de penas determinado por el legislador para las personas jurídicas, adolece de determinadas previsiones que hubiera sido deseable se hubieran tenido en consideración en el momento de su definición.

2. Clases de sanciones. Especial referencia a la pena de multa

Del catálogo de penas contenido en el referido artículo 33.7 CP, merece especial consideración la primera de ellas, esto es, la pena de multa que será aplicable por cuotas o de forma proporcional y es la única pena que tiene carácter imperativo, en comparación con el resto de penas del catálogo, que tienen carácter potestativo (artículo 66 bis CP). De hecho, la Fiscalía General del Estado instaba a su aplicación

³⁰⁸ DE LA CUESTA, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 84; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas - aspectos sustantivos y procesales-* Op. Cit., p. 125, alude a la incógnita suscitada ante la falta de previsión legislativa en casos de suspensión o sustitución de las penas. El autor, en aras a evitar un trato de perjuicio a las personas jurídicas, plantea "la posibilidad de interpretar analógicamente el beneficio del reo para la concesión a las personas jurídicas de los beneficios de la suspensión y sustitución en caso de penas interdictivas menores a 2 años". Prosigue el autor sosteniendo que el equivalente a la libertad personal de las personas físicas, sería la libertad de empresa en el caso de las personas jurídicas. En definitiva, viene a proponer la posibilidad de sustituir las penas interdictivas de poca duración (por su naturaleza mayormente negativa) por penas de multa o, incluso, trabajos en beneficio de la comunidad.

prioritaria por considerarla, de entre todas las penas, "la más útil para contrarrestar el desequilibrio económico derivado del beneficio y/o ahorro económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva, en buena parte de los casos"³⁰⁹. La opinión doctrinal mayoritaria, reconoce la idoneidad de la pena de multa para castigar los ilícitos penales de las personas jurídicas, por cuanto se considera la sanción "menos gravosa" en términos de perjuicios ocasionados a terceros y, a su vez, la más eficaz para disuadir a aquéllas de la actividad delictiva³¹⁰. Sin embargo, (como adelantábamos en epígrafes anteriores) sin cuestionar lo anterior, pues en efecto, la pena de multa se configura como la más adecuada para materializar el castigo de las personas jurídicas sin necesidad de recurrir a sanciones mucho más restrictivas, conviene efectuar las siguientes consideraciones:

El hecho de recurrir a la imposición habitual de la pena de multa como fórmula "única" de castigo a las personas jurídicas, podría engendrar consecuencias negativas en algunos casos. De una parte, se podría traducir en una disminución de su efecto preventivo general para las grandes corporaciones, por cuanto la amenaza económica que representa la pena de multa, podría verse desdeñada como causa de una más que acreditada capacidad financiera de la persona jurídica

³⁰⁹ Véase la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, Op. Cit., pp.30ss.

³¹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas - aspectos sustantivos y procesales-* Op. Cit., p. 114, por ejemplo, sostiene la efectividad de la pena de multa como medida disuasoria por excelencia, de una parte, por los costes estatales asociados a su ejecución [son menores, con respecto a otras penas] y, de otra parte, porque "las empresas calculan escrupulosamente los costes y beneficios derivados de su actuación".

que debe soportarla y, por consiguiente, la pena dejaría de infligir el temor necesario para disuadir al sujeto de perpetrar el delito.

De otra parte, en el contexto de las pequeñas empresas, la imposición de penas de multa podría dimanar en un importante menoscabo de la solvencia económica de la persona jurídica que deba hacer frente a la sanción, pues pueden ver tan cercenado su deteriorado *status* financiero, que la única salida sea, finalmente, la disolución³¹¹. Este supuesto no parece tan descabellado, teniendo en cuenta que el estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo se activa cuando se ha producido un beneficio económico para el ente, sino que en su lugar, se puede generar otro tipo de ventaja no monetaria, como por ejemplo, una ganancia reputacional, en cuyo caso, la pena multa no representaría una compensación por el lucro (económico) obtenido. Incluso en el supuesto de no disolución, en el ámbito de las pequeñas empresas con una limitadísima solvencia económica, la imposición de una multa puede repercutir, a largo plazo, en la viabilidad del negocio, pues el empresario que deba hacer frente al pago de la sanción, ante la necesidad de restablecer su situación económica, deba encarecer sus productos o servicios, despedir a algunos empleados o dejar de abonar algunas facturas a proveedores.

³¹¹ FARALDO CABANA, P., "Las penas" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.121, se refiere a los efectos de "overspill" y "deterrence trap" para explicar las consecuencias negativas de la aplicación de la pena de multa, como castigo recurrente e indiscriminado para todas las personas jurídicas, sin distinción alguna. Así, en el primer caso (*Overspill*), la autora subsume los supuestos de sobredimensionamiento de las multas, que pudieran acarrear perjuicios para terceros inocentes, como los acreedores, trabajadores y clientes o consumidores; mientras que en el segundo supuesto (*Deterrence trap* o trampa de la disuasión) se hallarían las personas jurídicas incapaces de afrontar la multa impuesta y, por consiguiente, obligadas a disolverse.

En palabras de FARALDO CABANA "la multa se puede considerar un coste empresarial más, que la persona jurídica puede trasladar a sus clientes y consumidores a través del aumento de los precios de sus productos y servicios"³¹². Por lo tanto, la previa consulta del estado financiero de la persona jurídica y sus obligaciones económicas y fiscales, deviene una cuestión decisiva, en aras a ajustar la pena de multa que se le pretenda imponer, pues de lo contrario, como se ha advertido, podría ser difícilmente asumible por la persona jurídica, consiguiendo el efecto contrario al pretendido, de inicio, por el legislador³¹³.

Para mitigar los efectos indeseados de una aplicación incorrecta de la pena de multa, se ha previsto en el artículo 33.7 CP un mecanismo que podría evitar el sobredimensionamiento de la cuantía de la sanción, al que se aludía anteriormente, esto es, la posibilidad de imponer la pena de multa en sus dos modalidades: por cuotas o proporcional.

En el caso de la pena de multa por cuotas, existen dos indicadores a tener en cuenta: el número de cuotas diarias (en ningún caso inferior a 10 días ni superior a 5 años según el artículo 50.3 CP) y el importe de cada una de ellas, para la determinación de la cual, se tendrá en consideración la capacidad económica de la persona jurídica, siendo su

³¹² FARALDO CABANA, P.. "Las penas" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.121.

³¹³ La consideración aquí efectuada, orilla una vez más, en la necesidad de haber diferenciado el tratamiento otorgado a las grandes corporaciones y pequeñas empresas con apuros económicos, no únicamente a efectos de imposición de la pena sino en cuanto a la aplicación (en general) del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, matización que se ha venido efectuando a lo largo de este trabajo, especialmente en materia de *Compliance* penal.

importe mínimo de 30 euros y el máximo de 5.000 euros, según lo establecido por el artículo 50.4 CP³¹⁴.

La multa proporcional, en cambio, según se establece en el artículo 52 CP, se calcula en relación al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio obtenido por el mismo. En caso de que con estos criterios no sea posible calcular el importe de la multa, el artículo 52.4 CP prevé que la multa será de 2 a 5 años si el delito cometido por la persona física tuviese prevista una pena de prisión de más de 5 años; de 1 a 3 años si el delito cometido por la persona física tuviese prevista una pena de prisión de más de 2 años no incluida en el apartado anterior, y de 6 meses a 2 años en el resto de los casos.

Por lo que respecta a la imposición de las referidas tipologías de multa, nótese que no se ha seguido ningún criterio que permita seleccionar delitos que se castigan con días-multa o multas proporcionales.

A propósito de la cuantía impuesta a la persona jurídica en concepto de pena de multa, se advierte que el factor multiplicador de algunos delitos de la Parte Especial del CP, no se aplica de forma análoga en las personas físicas y jurídicas, siendo la pena, en algunos casos, mucho mayor para unas que para otras, como si el mismo delito fuera más o menos grave en función del sujeto que lo ejecuta³¹⁵.

³¹⁴ El Código Penal en su artículo 50 apartado 2 dispone que: “*La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa*” por lo que, en caso de aplicarse una sanción de multa proporcional, así lo establecerán de forma expresa los Jueces y Tribunales.

³¹⁵ Para un mayor detalle de la cuestión, véase FARALDO CABANA, P., “Las penas” en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 124, quien ejemplifica el supuesto mediante el delito de defraudación tributaria, recogido en el artículo 305 CP para las personas físicas y en el 310 bis CP para las

En el artículo 53.5 CP se contempla la posibilidad para las personas jurídicas de efectuar el pago fraccionado de la multa, siempre que la cuantía de la sanción “ponga en peligro la supervivencia de aquella, o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”, circunstancias que deberán ser acreditadas. El fraccionamiento en el pago de la multa impuesta, se configura como una facilidad "extraordinaria" conferida por el Ordenamiento penal a las personas jurídicas, para evitar que las dificultades de pago, puedan acarrear perjuicios mayores, como ya se ha dicho. Sin embargo, limitar su alcance únicamente a las personas jurídicas, supone admitir que los conflictos económicos soportados por las personas individuales por idénticos motivos (la imposición de la una pena de multa) interesan menos al Derecho que los de las personas jurídicas³¹⁶, de lo que subyace una referencia discriminatoria a favor de los entes, que puede no ser fácilmente comprendida.

personas jurídicas. En el primer caso se impone una multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada o indebidamente obtenida, mientras que en el caso de las personas jurídicas, el mismo delito se sanciona con una multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada. Además, a propósito de las incongruencias halladas en la regulación del sistema de sanciones aplicables a las personas jurídicas, la autora efectúa la siguiente reflexión: si el factor multiplicador se hace depender a veces de la pena de prisión prevista para la persona física por el mismo delito, supone "una muestra de que, pese a que la proclamación de que la responsabilidad penal de una y otra es independiente, la realidad es bien distinta. En efecto, se establece una dependencia que llama la atención, por cuanto se trata de un paralelismo difícilmente justificable".

³¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas - aspectos sustantivos y procesales-* Op. Cit., p. 119, advierte que el hecho de otorgar facilidades de pago únicamente a las personas jurídicas, puede "ser contemplado por las personas físicas como un beneficio difícilmente justificable y, en el futuro, quizás pudiera dar lugar a solicitudes de interpretación analógica *in bonam partem* para estas últimas".

Por lo que respecta a la imposición de la pena de multa, conviene tener en consideración lo dispuesto en el artículo 31 bis CP, en relación a la imposición simultánea de la pena de multa a la persona jurídica y la física, a la que venimos aludiendo a lo largo de este trabajo. Dicho precepto establece que, en aras a evitar que la suma de las sanciones pueda infringir el principio de proporcionalidad en relación con la gravedad del delito, los jueces y tribunales se ven obligados a modular las cuantías conforme a ese principio, derogando así (con la Reforma del CP de 2010) la disposición regulatoria de la responsabilidad solidaria que se le atribuía a la persona jurídica para hacer frente al pago de la multa del antiguo artículo 31.2 del CP (versión 2003)³¹⁷. En el epígrafe dedicado al principio de proporcionalidad de las penas, se analizará el alcance del referido principio respecto de la naturaleza del modelo de estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Además de la pena de multa, el artículo 33.7 CP contempla las siguientes penas:

a) Disolución de la persona jurídica, que produce la pérdida definitiva de la personalidad jurídica y, por ende, la pérdida de la capacidad para actuar en el tráfico jurídico o para protagonizar cualquier actividad, aunque fuere ilícita. Como es lógico se trata de una pena con efectos irreversibles, cuya aplicación se somete a los parámetros de apreciación facultativa del artículo 66 bis CP regla 1^a. De este modo, su aplicación reclama una precisa y específica motivación por parte del órgano judicial en lo relativo a su necesidad para prevenir la

³¹⁷ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Op. Cit., p. 3.

continuidad delictiva o los efectos del delito, y en lo concerniente a la evaluación de las consecuencias económicas y sociales, especialmente por lo que respecta a la continuidad de los puestos de trabajo y los derechos de los trabajadores; por último se reclama que esa motivación alcance a una evaluación judicial del puesto que ocupaba la persona física infractora en el organigrama de la empresa. Dada la contundencia de esta pena, es previsible que los Tribunales adoptarán muchas cautelas para su imposición, y estarán muy atentos al carácter facultativo de la misma, a la vista del tenor del artículo 66 bis CP. Además, este precepto en su regla 1ª señala que la imposición de la pena de disolución exige que concurra la reincidencia de la persona jurídica con la cualificación que expresa la regla 5ª del artículo 66 CP, o bien que concurra la circunstancia de utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos, de modo que la actividad legal de la persona jurídica sea menor relevante que la actividad ilegal.

b) Suspensión de actividades por un plazo que no podrá exceder de 5 años. Se trata también de una penalidad muy contundente porque se nos antoja difícil la prognosis de continuidad de una empresa si han suspendido sus actividades, pues normalmente la imposición de esta pena determinará la pérdida de puestos de trabajo y el cierre de la misma durante el período de tiempo que dure la suspensión. De nuevo, la imposición de esta pena reclama la concurrencia de los parámetros de imposición facultativa que señala la regla 1ª del artículo 66 bis CP, que deberán ser consignados y motivados en sentencia. El legislador además, respecto de esta pena, prevé en la regla 2ª del artículo 66 bis CP que la duración de la misma no podrá exceder de la duración de la pena de prisión impuesta para la persona física. No se alcanza a

entender esta vinculación de duración temporal, dada la independencia y autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica. No obstante, el legislador en la referida regla, sigue incluyendo cautelas para la imposición de la pena de suspensión de actividades, de modo que si la sanción se impone por un plazo superior a dos años, deberá concurrir la circunstancia de la reincidencia en la persona jurídica o bien la relativa a la utilización instrumental de la misma para la comisión de ilícitos penales. Puede comprobarse el temor del legislador a la imposición automática de este tipo de penas o los efectos económicos y laborales que puede causar, como la disolución por inactividad empresarial por un período superior a un año, recogida en la Ley de Sociedades de Capital³¹⁸. En consecuencia, si lo que se pretende es imponer una pena de suspensión temporal de actividades empresariales, que no culmine con la disolución de la persona jurídica (lo contrario carecería de sentido), se tendrá en consideración, de una parte, que de ordenarse sobre la actividad total, se hará por un período inferior a un año y, de otra parte, si se estima la suspensión por un período mayor, se establecerá sobre una o varias partes de la actividad empresarial (sin alcanzar la totalidad). En éste último caso, se entiende que la pena de suspensión parcial de actividades se proyectaría sobre el sector "que esté más directamente vinculado con la actividad

³¹⁸ El artículo 363 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital determina las causas de disolución de las sociedades de capital, entre las que se encuentra "el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año".

delictiva atribuida a la corporación", a pesar de que el precepto no lo especifique³¹⁹.

c) Clausura de locales y establecimientos de la persona jurídica por un plazo que no podrá exceder de 5 años. De nuevo estamos ante una sanción penal que puede tener efectos definitivos desde el punto de vista de la continuidad empresarial y de los grupos de trabajo; de nuevo concurren los requisitos generales del artículo 66 bis CP de la apreciación facultativa por los Tribunales, así como las reglas específicas de cautela expresadas en la regla 2ª de ese precepto a las cuales ya hemos hecho referencia.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva, constanding que si fuera temporal no podrá exceder de 5 años. Probablemente se trata de la pena privativa de derechos que permite compatibilizar mejor las necesidades punitivas con la preservación de la continuidad empresarial y de los grupos de trabajo, dado que la sanción se circunscribe a la prohibición de realización futura de específicas actividades sociales directamente relacionadas con el delito cometido. Incluso el legislador debería haber optado por un modelo de sanciones similares a esta, como por ejemplo la inclusión de la pena de prohibición de realizar publicidad sobre determinados productos o servicios directamente relacionados con el delito cometido en el seno de la empresa. De nuevo aquí son proyectables los estándares generales para la aplicación facultativa de

³¹⁹ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, Op. Cit., p.66.

la pena privativa de derechos, previstos en el artículo 66 bis CP, siendo reproducibles las cautelas ya expuestas, contempladas en la regla 2ª de este precepto, a las que antes hemos hecho referencia.

e) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, así como para contratar con el sector público y obtener beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder los 15 años. Debe reiterarse la inexorable concurrencia de los estándares generales del artículo 66 bis CP para su apreciación facultativa, así como los específicos de la regla 2ª del referido precepto; debe significarse que si la imposición de la pena fuere superior a 5 años será necesario que se den circunstancias añadidas para la imposición por más tiempo de esta sanción conforme señala el artículo 66 bis CP regla 2ª *in fine*. El propósito principal de las penas de inhabilitación administrativa radica, según la Fiscalía General del Estado, "en la prevención especial, de modo que la persona jurídica comprobadamente entregada a una actividad delictiva, resulte privada de determinadas ayudas y/o alejada de la actividad y los intereses estatales". Concretamente, la pena de inhabilitación para contratar con el sector público responde a una finalidad de "impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas", mientras que la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, además de corroborar lo anterior, "adquiere más peso el puro factor aflictivo de no poder acceder a la obtención de beneficios estatales"³²⁰.

³²⁰ Véase Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, Op. Cit., pp. 67 ss.

f) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de 5 años. El legislador señala que esta pena puede afectar a la totalidad de una empresa o solo a parte de la misma (determinadas instalaciones o unidades de negocio), de modo que el Tribunal deberá determinar exactamente el alcance de la sanción penal. Asimismo el artículo 33.7 CP exige que el órgano judicial precise quién dirigirá la intervención de la empresa, de la misma manera que la sentencia debe determinar los plazos en los que se irá informando al órgano judicial de la evolución del cumplimiento de la sanción penal. Lo anterior determina que la intervención puede modificarse o suspenderse, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El CP señala que en el futuro por vía de reglamento se determinará el estatuto del interventor.

Llama la atención que el artículo 33.7 CP se refiera a la intervención judicial y no a la Administración judicial, situación esta última que tiene un identificable estatuto jurídico; no así la intervención, que incluso podía hacer pensar que alberga una función más bien de medida cautelar, que en su caso debería obtener su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal³²¹. De nuevo debe reiterarse el recordatorio a los requisitos exigibles a la apreciación facultativa de esta pena, previstos en el artículo 66 bis CP.

En cuanto a Reforma del CP operada en 2015, el legislador modificó la regla 2ª del artículo 66 bis CP, en el sentido de limitar la duración de las penas cuando el delito sea perpetrado por los sujetos definidos en la

³²¹ MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 63.

letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis CP, bajo la condición que el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que haya permitido la comisión del delito, no sea de carácter grave.

El legislador penal contempla la función de medida cautelar, durante la instrucción penal, de algunas de las penas recogidas en el artículo 33.7 CP. En particular consigna tal función para la clausura temporal de locales y establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial. Estas dos últimas, a la vista de su contenido, parecen coherentes con las medidas cautelares que el instructor puede adoptar durante el período de investigación criminal del proceso. La clausura temporal de locales y establecimientos, dados los efectos económicos y laborales que puede comportar no se compadece bien con la función de una medida cautelar, propia de la instrucción penal, que, como se sabe, están sometidas a los estándares de subsidiariedad y excepcionalidad, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial.

En otro orden de consideraciones, llama la atención el hecho de que tanto en el artículo 262 como en el 424.3 del Código penal, se establezca una responsabilidad accesoria automática de las personas jurídicas, lo que resulta incongruente con la nuevas exigencias del estatuto general del artículo 31 bis del CP y con las limitaciones establecidas en el artículo 66 bis CP. La incongruencia es aún mayor si se tiene en cuenta que para idéntica conducta del artículo 424.3 CP, pero protagonizada por funcionarios de la UE (artículo 427 CP), en cambio, se reclama la aplicación de las reglas del artículo 31 bis CP, y por consiguiente del estatuto general previsto para las personas jurídicas. La regulación es incomprensible en este punto y ha llevado a

parte de la doctrina a considerar inconstitucionales las cláusulas antes referidas de los artículos 262 y 424.3 CP³²².

3. Criterios de modulación de las sanciones

En el Proyecto de CP anterior a la Reforma de 2010, el artículo 66.3 CP disponía que “en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, procederán los jueces o Tribunales según su prudente arbitrio, procurando observar las reglas establecidas en este capítulo”. Ese “arbitrio” al que se refería este artículo debía estar fundamentado en criterios racionales y no en aspectos subjetivos. Sin embargo, esta previsión resultaba insuficiente e inducía a la aplicación de las reglas previstas para la graduación de las penas aplicables a las personas físicas. Con esta interpretación, resultaba incoherente la independencia del estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas al que no se le puede aplicar el régimen de eximentes o de circunstancias modificativas de la responsabilidad de las personas físicas³²³.

El artículo 66 bis CP trata de mitigar esos efectos con la aplicación de reglas específicas para la modulación de las penas privativas de

³²² GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Op. Cit., p. 3 considera que el legislador ha aplicado un criterio inconsecuente al no regular del mismo modo los delitos previstos en los artículos 262 y 424.3 de la misma forma que lo hace en el artículo 427. Considera por ello, que “se vulnera el principio de culpabilidad (por la falta de inclusión de criterios de imputación, al principio de legalidad (por la contradicción interna de la regulación que la convierte en incierta), y al principio de igualdad (por resultar discriminatoria)”.

³²³ MORALES PRATS, F. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 64 ss.

derechos, que facultativamente los Tribunales pueden imponer. No obstante, en epígrafes posteriores, efectuaremos unas reflexiones críticas respecto al reenvío a las reglas del artículo 66 CP, que contempla el régimen de determinación de la pena para la responsabilidad penal de personas físicas, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El artículo 66 bis CP, entre las reglas que contempla alude a que los Tribunales tengan en cuenta el puesto que desempeña la persona en el seno de la empresa: según sea una persona que ostente poder societario o un empleado sobre el que no se han ejercido sobre él los deberes de vigilancia, supervisión y control. Conecta con esta regla, la referencia que se hacía en el Capítulo dedicado a la culpabilidad, de la necesidad de modular la graduación de la culpabilidad en función del nivel de vinculación entre la persona física que perpetra materialmente el delito, y la persona jurídica en cuyo nombre, beneficio o por cuya cuenta actúa (por cuanto el grado de responsabilidades y asunción de riesgos no es equiparable en todos los casos). Es decir, la referida regla incluida en el artículo 66 bis CP viene a corroborar la exigencia de una modulación de la pena en función del *status* que ostente la persona física en la estructura organizativa, por cuanto el primero de los supuestos resulta más gravoso que el segundo. Asimismo, la Reforma del CP operada en 2015 limita la duración máxima de la pena a 2 años cuando la responsabilidad penal de la persona jurídica "derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave", esto es, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis CP (delitos cometidos por personal subordinado), por lo que se puede concluir que, en este sentido, la Reforma del CP ha operado de forma positiva.

Parecen lógicos los requisitos generales restantes que contempla el artículo 66 bis CP para la imposición de penas privativas de derechos, relativos a la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos, así como la evaluación de las consecuencias económicas, sociales y laborales que puede comportar la imposición de la sanción penal. Se trata de cautelas que obligan al juzgador a exigencias de evaluación y motivación específicas.

Otra regla de cautela establecida por el artículo 66 bis CP, parece aludir al principio de proporcionalidad, cuando señala que las penas previstas en las letras a) y g) del artículo 33.7 CP, si se imponen con duración limitada no podrán exceder, en cuanto a su duración máxima, de la prevista para las penas privativas de libertad imponibles a la persona física. Esta regla parece satisfacer el principio de proporcionalidad, pero es difícilmente compatible con las finalidades preventivas de las penas privativas de derechos previstas para la persona jurídica³²⁴. Asimismo, de la referida limitación, subyace de nuevo la idea de que la responsabilidad de las personas jurídicas no se halla totalmente desligada de la responsabilidad de las personas físicas, lo que compromete el modelo de responsabilidad penal autónoma de los entes que pretende acuñar el legislador en el Ordenamiento jurídico penal³²⁵.

³²⁴ MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 65

³²⁵ FARALDO CABANA, P., "Las penas" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 151 sostiene que, efectivamente, la vinculación de la duración máxima de las penas privativas de derechos a la duración máxima de la pena privativa de libertad, es un "indicio de confusión del legislador respecto del funcionamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En el mismo orden de consideraciones, la autora hace notar que la referida vinculación únicamente existe "cuando se prevé para la persona física una pena privativa de libertad, no cuando se contemplan penas de otra naturaleza".

En relación a la determinación de la pena, el artículo 66 bis CP remite a lo dispuesto en el artículo 66.1 CP, a excepción de la regla 5ª relativa a la multirreincidencia. De todo ello se deduce que el sistema de determinación de las penas es el mismo que en el caso de los delitos cometidos por personas físicas, con el enjambre de problemas interpretativos que ya expusimos con anterioridad.

Como se refería en epígrafes anteriores, puesto que las sanciones que se han previsto para las personas jurídicas tienen la condición de graves, se incide directamente en el plazo de prescripción, que según el artículo 133 del código penal, tendrá lugar a los 10 años, lo cual significa que las penas impuestas a las personas físicas y a las jurídicas pueden estar sometidas a diferentes plazos de prescripción, que a pesar de que resulte una opción político criminal asumible, quizá debió haberse mencionado en la Exposición de Motivos de la Ley.

En definitiva, pese a haber mejorado el texto del proyecto, no parece ser acertada la redacción del artículo 66 bis CP, que transmite una sensación de indeterminación e incertidumbre. No obstante, de forma general se debe acoger esta regulación de forma positiva, porque a pesar de sus carencias, se introducen al menos algunos criterios específicos para determinar las penas aplicables a las personas jurídicas, ligeramente concretados con la Reforma del CP de 2015. Y en cualquier caso somete la aplicación de las penas restrictivas de derechos a un régimen estricto de requisitos, y convierte a estas penas en sanciones de apreciación judicial facultativa.

4. El principio de proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad de las penas, se configura como la base para concretar la pena que se imponga dentro del marco penal genérico, y éste a su vez, deberá ser proporcional a la gravedad del delito en abstracto³²⁶.

Se configura la pena de multa como sanción más habitual para castigar los ilícitos penales de las personas jurídicas, aunque también se prevén otro tipo de penas potestativas, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 "La pena de multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis CP"³²⁷.

Los artículos 50 y siguientes del CP recogen las reglas sobre la imposición de las multas facilitándose unos parámetros específicos para su individualización en caso de ser impuesta a persona jurídica. En caso de concurrir atenuantes, se moderará la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta³²⁸.

³²⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, 7ª (edición revisada y puesta al día), Op. Cit., p. 474.

³²⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Op. Cit., p. 3

³²⁸ El propio texto de la reforma, prevé en el apartado 1 del artículo 31 ter que "cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces y tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no se desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos". Este apartado, parece coherente con un modelo de transferencia de la responsabilidad, el cual facilita un mecanismo de adecuación de la sanción a la gravedad del ilícito.

En aras a salvaguardar el principio de proporcionalidad, tal como hemos indicado en el apartado anterior, el artículo 66 bis regla 2ª CP establece que: “cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP se impongan con una duración limitada, ésta 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”³²⁹. En definitiva, lo que se pretende es que la pena impuesta a los mismos sujetos, aunque lo sea por títulos jurídicos diferentes, no sea desproporcionada a la entidad del hecho³³⁰.

Este sistema de doble responsabilidad tiene una ventaja y un inconveniente. La ventaja radica en que se evita el desplazamiento hacia la responsabilidad de la persona jurídica, ya que paralelamente también se tiene en cuenta la responsabilidad de la persona física. El inconveniente es que la acumulación de penas puede desembocar en castigos desproporcionados determinados por un mismo delito. En virtud del principio de proporcionalidad, las penas deben ser proporcionales al daño causado, lo que conlleva que para la imposición de una determinada pena, se tenga en consideración la acumulación de la impuesta a la persona física con la impuesta a la persona jurídica³³¹.

Sin embargo, tal como se aludía en Capítulos anteriores, recurrir al principio de proporcionalidad de las penas en aplicación del estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone admitir, en

³²⁹ MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 65.

³³⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p. 384.

³³¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p.384.

cierta manera, que la responsabilidad penal de los entes no responde a una naturaleza autónoma, por cuanto si se ha configurado como independiente de la declarada para la persona jurídica, no se entiende el motivo por el que deban modularse las penas, si se trata de sujetos y responsabilidades distintas. Esta base argumental fue sostenida por la Fiscalía General del Estado en relación a la previsión del precepto (del Anteproyecto de Reforma del CP de 2010) sobre el principio de proporcionalidad de las penas, reseñándola como la opción más coherente "con el modelo de transferencia de la responsabilidad elegido por el legislador"³³². Con ello, se reconoce la naturaleza vicarial del modelo legislativo elegido por el legislador con la Reforma del CP de 2010, si bien, no se había producido la posterior Reforma del CP operada en 2015 donde se definía, [como se ha abordado detalladamente en Capítulos anteriores] el defecto de organización como elemento central de la fórmula normativa que permite atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica con base en un hecho propio, prescindiendo de las clásicas categorías dogmáticas, únicamente predicables respecto de las personas físicas (lo que finalmente acabó por configurar, en mi opinión, un modelo mixto que admite posicionamientos antagónicos sobre la naturaleza autónoma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Al hilo de lo anterior, y a pesar de haber abordado la cuestión con anterioridad, conviene incidir en el hecho que, a pesar de que el

³³² La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado "Relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010", Op. Cit., p. 22, proseguía: "el modelo vicarial resulta inobjetable desde el punto de vista constitucional". Con ésta afirmación, entre otras, se postulaba claramente a favor del reconocimiento de un modelo de transferencia de la responsabilidad (en cuyo caso, el principio de proporcionalidad hubiera tenido más sentido).

legislador proclama la responsabilidad penal de las personas jurídicas autónoma e independiente de la declarada para la persona física, (incluso en los casos en los que la persona física ni siquiera haya podido ser individualizada o no se haya podido seguir el procedimiento contra ella), el delito se debe haber cometido. Es decir, por más se haya querido configurar un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas como herramienta de atribución de culpabilidad directa a los entes, si no se ha verificado un delito perpetrado por sujeto individual, aquélla no se sostiene por sí sola. En palabras de DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ, "el injusto se tiene que haber cometido; si el mismo no concurre no cabe plantearse una posible responsabilidad de la persona jurídica; porque se estaría exigiendo la misma por algo que no es lícito"³³³. Asimismo, los referidos autores efectúan la siguiente reflexión: "¿por qué la proporción se tiene que establecer sólo cuando la pena sea de multa y no con independencia de la naturaleza de la pena?" ciertamente, a pesar de que la pena de multa se presenta como la más idónea (o más fácil) para ser modulada proporcionalmente al delito cometido, en rigor, debería ser un criterio aplicable el resto de penas, por cuanto, la multa ni siquiera representa el castigo más grave que se le puede imponer a un sujeto, a diferencia de la pena de prisión por ejemplo, para las personas físicas, o la suspensión de la actividad empresarial, para el caso de las jurídicas³³⁴.

³³³ DE LA MATA BARRANCO, N.J. y HERNÁNDEZ, L., "Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013, p. 237.

³³⁴ Véase las consideraciones efectuadas por DE LA MATA BARRANCO, N.J. y HERNÁNDEZ, L., "Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 237, con respecto a la importancia (innecesaria) con la que se ha dotado a la pena de multa.

5. Las consecuencias accesorias

Las consecuencias accesorias se introdujeron en el CP de 1995 como medidas generales de prevención contra la criminalidad empresarial³³⁵, recogidas en el artículo 129 CP, lo que supuso la antesala de la introducción del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ordenamiento jurídico Penal, con la posterior Reforma del CP de 2003. La referida Reforma, como se ha dicho con anterioridad, mediante una modificación operada en el artículo 31 CP, incluyó la responsabilidad directa y solidaria de las personas jurídicas respecto del pago de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho por hechos relacionados con su actividad. En este sentido, se puede concluir que ambos hitos (consecuencias accesorias del artículo 129 CP y responsabilidad directa y solidaria del pago de multa del artículo 31.2 CP) se erigieron como el antecedente inmediato del actual estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, definido por el legislador como autónomo e independiente de la responsabilidad declarada para las personas físicas.

Como se viene refiriendo a lo largo de este Capítulo, las consecuencias accesorias, desde que se definió un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas autónomo, directo e independiente del estatuto de responsabilidad de las personas físicas, han quedado relegadas a un segundo plano, únicamente aplicables para los delitos cometidos "en el seno, con la colaboración, a través o por medio de

³³⁵ Véase MAYORDOMO, V. "El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en <razones de equidad, justicia o utilidad pública>" en AAVV *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 271 ss. La autora sostiene que el artículo 129 CP no iba dirigido a "personas jurídicas con una actividad legal, sino aquéllas sin otra actividad que la delictiva o eran tapaderas del crimen organizado o del terrorismo".

empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por estar desprovistas de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis CP", por cuanto, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas, para su aplicación se exige una previa declaración de responsabilidad penal de la persona individual. Como sostiene MORALES PRATS, "la lógica del artículo 129 no es la misma que la del artículo 31 bis que contempla una responsabilidad penal directa e independiente de la persona jurídica", por consiguiente, desde la Reforma del CP de 2015, la función que cumple el artículo 129 CP es puramente residual o supletoria del artículo 31 bis CP³³⁶, esto es, los entes que se someten a la regulación del artículo 129 CP son los que, por su naturaleza jurídica, no pueden subsumirse en los supuestos definidos en el artículo 31 bis CP.

En suma, como decimos, la única diferencia entre uno y otro régimen, estriba en la naturaleza jurídica del sujeto que se somete a su regulación, de forma que en un caso (consecuencias accesorias del artículo 129 CP) la falta de personalidad jurídica del sujeto, obliga a verificar una previa declaración de responsabilidad penal del individuo que materialmente perpetra el delito (persona física), mientras que en el otro caso (artículo 31 bis CP), ya no se precisa una declaración de responsabilidad penal principal. Siguiendo a DE LA FUENTE HONRUBIA "el aspecto distintivo no es la medida en sí, sino los sujetos destinatarios de las mismas quienes, en este caso, no pueden ser

³³⁶ MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 67; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 64.

penalmente responsables y no pueden imponérseles éstas medidas como consecuencia de su propia acción"³³⁷. De hecho, obsérvese que en ambas regulaciones, de una parte, se sigue exigiendo la previa actuación criminal de un sujeto individual, sin la cual, el estatuto de responsabilidad penal del ente (sea persona jurídica o no), no se activa y, de otra parte, salvo la pena de multa y la disolución, el resto de medidas son aplicables, de forma indistinta, a personas jurídicas y a entes que carezcan de personalidad jurídica.

La ausencia de elucidación sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias o la inexistente definición de los criterios que permitían la atribución de responsabilidad a los entes a las que daba lugar, fue causa de debate desde sus orígenes, toda vez que la doctrina no ha logrado consensuar la función que venían a cumplir en el Ordenamiento jurídico Penal. Para ZUGALDIA ESPINAR, por ejemplo, se trataba de auténticas penas, a pesar de que lo fueran por exclusión (no podían calificarse, a su juicio, de sanciones administrativas, ni civiles, ni tampoco de medidas de seguridad), "ya que la sanción a una persona jurídica exige su propia acción [ya que las personas jurídicas tienen capacidad infractora de las normas] y su propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad. Dicho de otra forma, si la aplicación de las consecuencias accesorias exige como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica, es que esas consecuencias accesorias son penas"³³⁸. Por su parte, ECHARRI CASI no duda del carácter sancionador de las "consecuencias accesorias"

³³⁷ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Op. Cit., p. 64.

³³⁸ Véase ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "Las consecuencias accesorias aplicables como penas de las personas jurídicas en el Derecho penal español", en artículo disponible a través de la página Web de la Universidad de Friburgo, en el siguiente enlace: "www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_15.pdf".

contenidas en el artículo 129 CP, " al participar en cierto modo en la naturaleza de las penas y las medidas de seguridad, y ello es así, porque su aplicación lleva consigo la comisión de un hecho delictivo, previsto en la Parte Especial del Código, cuya eficacia y continuidad se pretende evitar, en especial frente a terceros que nada han tenido que ver con aquélla, puesto que en estos casos no se revela suficiente el castigo de la persona individual autor de los hechos". Prosigue el autor: "no creo que existan obstáculos insuperables que de <lege ferenda> impidan al legislador la catalogación de esas <consecuencias>, como medidas de seguridad referidas a las personas jurídicas, sobre la base de esa peligrosidad objetiva"³³⁹. En cambio, GARCIA ARÁN, sostiene que las consecuencias accesorias no son penas ni medidas de seguridad, es decir, no exigibles sus presupuestos en relación a la empresa. La autora argumenta que "difícilmente pueden considerarse penas cuando no guardan relación con la gravedad del hecho y son facultativas". Prosigue afirmando que "si bien es posible atender a la peligrosidad de la empresa a partir del artículo 129.3, ello sólo permite establecer una proximidad con los presupuestos de las medidas de seguridad, pero no equipararlas a las actualmente previstas en cuanto a su naturaleza: las medidas de seguridad en el derecho penal español son las que son, esto es, las aplicables a sujetos individuales que

³³⁹ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 114. El autor analiza los diferentes posicionamientos doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, y se posiciona a favor de considerar a las consecuencias accesorias como sanciones, por albergar elementos propios de las penas y de las medidas de seguridad. Cuando el autor se refiere a la "peligrosidad" como fundamento de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias como medidas de seguridad, alude a la "peligrosidad objetiva de la organización de medios materiales o de las concretas actividades que se llevan a cabo a través de la estructura de la organización o de la empresa y su imposición es también expresión del ejercicio del poder coercitivo y no del poder punitivo"(p. 124).

manifiestan una peligrosidad subjetiva basada en determinadas situaciones de inimputabilidad[...]"³⁴⁰. Por último, GONZÁLEZ SIERRA sostiene que el hecho de que la multa tenga una verdadera función preventivo general positiva y negativa "la hace diferente de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, por lo que éstas no pueden ser penas"³⁴¹. Continúa el autor citando a FEIJOO SÁNCHEZ, "la inexistencia de penas pecuniarias demuestra que el art. 129 CP no persigue fines preventivo-generales sino exclusivamente preventivo especiales".

El CP de 1995 no indicaba explícitamente que se tratara de penas ni de medidas de seguridad, sino "consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas", por consiguiente y en mi opinión, si la persona jurídica adolecía de autonomía en términos de culpabilidad, lo más que podía sostenerse es que se tratara de sanciones cuyo fundamento se aproximaría al definido para las medidas de seguridad ante una eventual peligrosidad (a pesar de que, como decíamos, algunos autores se apresuraron por sostener que el artículo 129 CP de 1995 supuso la fórmula para desterrar el clásico aforismo *societas delinquere non potest*, en favor del reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas) y ello con independencia de que tampoco puedan

³⁴⁰ Véase GARCÍA ARÁN, M., "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Op. Cit., pp. 251 ss. La autora concluye que las consecuencias accesorias "son sanciones [privaciones de derechos consecuencia de un hecho ilícito], penales [porque el ilícito es un ilícito penal y se orientan a la prevención de delitos], que pueden recaer sobre personas jurídicas, pero que no participan en los fundamentos legales, ni de las penas ni de las medidas de seguridad, refiriéndolos al sujeto sobre el que recaen".

³⁴¹ GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas - Análisis del art. 31 bis CP*, Op. Cit., p. 285.

subsumirse en la categoría de medida de seguridad como tal. En este sentido, compartimos la tesis sostenida por GARCÍA ARÁN, por cuanto se trataría de "sanciones penales que pueden recaer sobre personas jurídicas" con fundamentos distintos a los definidos para las penas y medidas de seguridad.

En suma, las consecuencias accesorias siempre han sido cuestionadas por su "grave indefinición" e "indeterminación"³⁴², no sólo respecto de su naturaleza jurídica, sino por la falta de determinación de los principios que justifiquen la atribución de responsabilidad a los entes³⁴³.

En otro orden de consideraciones, la pena de multa se configura como pena exclusivamente aplicable a las personas jurídicas, lo que no se acaba de entender, atendiendo a la relevancia con la que el legislador la ha dotado. De lo anterior se infiere que, si la multa se erige como la pena más apropiada para su aplicación a las personas jurídicas, nada hace pensar que no lo fuera para los entes sin personalidad jurídica, pues en rigor, la condición jurídica del sujeto no influye sobre el tipo de sanción que se pretenda imponer. Para MIR PUIG, es posible que "la multa fuese la que decidió la denominación de <penas> para las medidas aplicables a las personas jurídicas. La opción de añadir la multa a las consecuencias accesorias del art. 129 pudo encontrar la

³⁴² DE LA CUESTA, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p.85.

³⁴³ Véase la cuestión de la "accesoriedad" abordada por ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Op. Cit., p.73 como causa del debate doctrinal acerca de la exigencia (o no) de la imposición de una previa condena penal al sujeto individual como autor material del delito o, por el contrario, sería suficiente el haber realizado la acción típica y antijurídica, sin tener que concurrir necesariamente, la declaración de culpabilidad.

objeción de que toda multa encierra un significado punitivo distinto al de las consecuencias accesorias"³⁴⁴. En cualquier caso, hubiera sido deseable una explicación del legislador a fin de disipar las dudas doctrinales acerca de esta cuestión.

Adquiere relevancia que el artículo 129 CP alberga un régimen de aplicación potestativa de las consecuencias accesorias vigentes hasta ahora, mientras que las responsabilidades contempladas por el artículo 31 bis CP lo son de forma preceptiva para las personas jurídicas. Asimismo, cabe matizar que el artículo 129 CP no detalla lo que debe entenderse por ente sin personalidad jurídica³⁴⁵. En este sentido, el legislador podría haber previsto un catálogo de definiciones en cuanto a los términos de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que careciendo de personalidad jurídica, intervienen en el tráfico jurídico, utilizando una cláusula definitoria *ad hoc*, para esclarecer la cuestión y generar un mínimo de seguridad jurídica.

³⁴⁴ MIR PUIG, S., "Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad" en AAVV *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Op. Cit, p. 11. Concluye el autor que "su inclusión [referida a la multa] entre las "penas" abría la puerta a la responsabilidad penal de la persona jurídica y a poder prever también otras "penas", aunque fueran las mismas que se siguen previendo como consecuencias jurídicas para las entidades desprovistas de personalidad jurídica".

³⁴⁵ Sobre esta cuestión, la Reforma del CP de 2010 no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco resulta útil en este sentido la enumeración contenida en el artículo 297 del Código Penal, por cuanto además de hacer referencia fundamentalmente a las sociedades de naturaleza mercantil, su aplicación se circunscribe al Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal relativo a los delitos societarios. Según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 11/1998 de 2 de junio de 1998, la persona jurídica solo puede ser rectamente concebida si se la conceptúa como un instrumento más de los que el Derecho pone al servicio de las personas físicas para que puedan actuar en el tráfico jurídico y alcanzar los más diversos fines de interés público y privado reconocidos por el propio ordenamiento. Para obtener el concepto de persona jurídica, de perfiles más amplios que el del artículo 297 CP, nos tendremos que remitir a la legislación civil, mercantil y al Derecho societario.

Por último, conviene recordar que el artículo 129 CP prevé un sistema de cláusula específica, de forma que para la imposición de una consecuencia accesoria, se estará a lo dispuesto en los artículos con expresa previsión en el CP³⁴⁶.

6. La responsabilidad civil derivada de delito

La responsabilidad civil derivada de delito para las personas jurídicas en el Código Penal, se regula en dos artículos: de una parte, el 116.3 CP establece la responsabilidad civil solidaria y, de otra parte, el 120.4 CP ordena la modalidad subsidiaria.

La responsabilidad civil solidaria de las personas jurídicas (artículo 116.3 CP) se incorporó al CP mediante modificación operada por la Reforma del CP de 2010 (hasta entonces, la responsabilidad de las personas jurídicas, únicamente era subsidiaria), y se declara que "la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren **condenadas** por los mismos hechos". Obsérvese que el referido precepto exige como presupuesto, que se verifique una condena a persona física, lo que colisiona de plano con el propósito de declarar responsable penal a la persona jurídica "aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido

³⁴⁶ MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Op. Cit., p. 67.

posible dirigir el procedimiento contra ella" (apartado 1 del artículo 31 Ter)³⁴⁷.

De atenderse a una interpretación taxativa del precepto, en estos supuestos, la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad civil por adolecer del presupuesto exigido, esto es, la condena del sujeto individual, sin embargo, sostener lo anterior carecería de toda lógica, pues no parece ser ese el sentido con el que el legislador ha dotado al estatuto de las personas jurídicas. Siguiendo a GÓMEZ TOMILLO, "la conjunción del artículo 1089 el Código Civil con el artículo 118 del Código Penal, unido a la no prohibición de interpretación extensiva que rige en el Derecho Civil, debería conducir a mantener la regla de la solidaridad entre la persona física y la jurídica"³⁴⁸. De hecho, como sostiene el autor, la ausencia de condena a la persona física puede deberse a una causa de inimputabilidad (como una alteración psíquica, por ejemplo), y sin embargo, el hecho antijurídico existe. Por consiguiente, conviene efectuar una interpretación extensiva del artículo 116.3 CP.

En cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas, ésta se origina, según el artículo 120.4 CP "por los delitos cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios". Conviene

³⁴⁷ Reflexión efectuada por SALVO ILABEL, N., en Tesis doctoral "Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno", CUGAT MAURI, M. (Dir.), Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, pp. 192 ss.

³⁴⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., "La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial problemática del tercero lucrativo (CP art. 122)" en AAVV *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015, p. 179.

matizar que, el referido precepto se definió con base en un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas anterior a la Reforma del CP de 2010, es decir, todavía no existía la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, de forma que éstas podían responder subsidiariamente de los delitos cometidos por los sujetos individuales antes descritos³⁴⁹. Por consiguiente, parece existir una contradicción entre éste precepto y el 116.3 CP, por cuanto el primero exige responsabilidad subsidiaria y el segundo, como se ha dicho, responsabilidad solidaria cuando ambos sujetos sean condenados por los mismos hechos (supuesto admisible a partir de la Reforma del CP de 2010). Así las cosas, un sector de la doctrina concluye que procedería aplicar el artículo 120.4 CP en el caso que no exista responsabilidad penal de las personas jurídicas, y el artículo 116.3 CP, cuando ésta concorra, sin más matices.

En mi opinión, en aras a dotar de significado a la aparente contradicción entre ambos preceptos, conviene distinguir dos supuestos: de una parte, los casos en los que el delito cometido por el sujeto individual no pertenece al catálogo cerrado de delitos capaces de generar una responsabilidad penal para aquélla, es decir, cuando no exista responsabilidad penal para la persona jurídica como tal (por

³⁴⁹ Véase la explicación efectuada por RAMÓN RIBAS, E., *La persona jurídica en el Derecho Penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 51 ss. en cuanto a la subsidiariedad de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, con anterioridad a la introducción del estatuto de responsabilidad penal de éstas, con la Reforma del CP de 2010. En suma, la subsidiariedad de la responsabilidad civil de los entes colectivos, vino configurada como una garantía de resarcimiento del daño causado al tercero perjudicado por la acción delictiva del sujeto individual, en virtud de que "la responsabilidad civil no es, a diferencia de la penal, personalísima", y por consiguiente, determinados sujetos [en este caso, la persona jurídica], responde civilmente de los daños y perjuicios cometidos por otro.

ejemplo, el delito de homicidio) y, de otra parte, los supuestos en los que, pudiéndose haber declarado una responsabilidad penal de las personas jurídicas (por tratarse de un delito incluido en el catálogo de delitos cuya responsabilidad penal es extensible a las personas jurídicas) ésta no ha concurrido por una falta de verificación del defecto de organización u otro de los presupuestos exigidos en el artículo 31 bis CP.

En el primer caso, no existe responsabilidad penal de forma originaria, de lo que cabe deducir que la responsabilidad civil derivada de delito proyectable a la persona jurídica, seguirá siendo subsidiaria como venía ocurriendo hasta la introducción del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, si concurren las circunstancias descritas en el artículo 120.4 CP, es decir, un delito cometido por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios³⁵⁰. En cambio, en el

³⁵⁰ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., "La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial problemática del tercero lucrativo (CP art. 122)" en *AAVV Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 180. El autor plantea un supuesto "excepcional" en el que, a su juicio, se podría generar una responsabilidad subsidiaria para la persona jurídica a partir de una absolución jurídicopenal de la misma por una ausencia de defecto de organización; a saber: "en tales casos, sin embargo, debe estimarse que permanece su responsabilidad civil, la cual sería subsidiaria, sobre la base del artículo 120.4 CP, y cursaría de forma análoga a lo que ocurriría en los casos de estado de necesidad, miedo insuperable, anomalía o alteración psíquica (CP art. 118), al permanecer el carácter antijurídico de su conducta (CC art. 1089). Lo expresado es particularmente claro si se tiene en cuenta que, pese a la ausencia del defecto de organización, cabe que la persona física realmente actuante, directivo o trabajador, haya intervenido, en palabras del Código Penal, "en nombre o por cuenta" y, sobre todo, "en beneficio directo o indirecto" de la persona jurídica". En mi opinión, si bien es cierto que puede existir una actuación individual "en nombre o por cuenta" y "en beneficio directo o indirecto" de la persona jurídica" a pesar de no producirse un defecto de organización que permitiera la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, no es menos cierto que existe la posibilidad de practicar una absolución de responsabilidad penal si la persona jurídica demuestra que, efectivamente, actuó con diligencia y por consiguiente, no se verificó un defecto de

segundo caso, la inexistencia de responsabilidad penal verificada con posterioridad a la comisión del delito [mediante la concurrencia de una circunstancia eximente], exige la necesidad de eximirla de la consiguiente responsabilidad civil, por cuanto de sostenerse lo contrario, el contenido del artículo 116.3 CP carecería de sentido.

organización. En suma, si el defecto de organización se erige como el elemento principal que legitima una atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, y éste no concurre, la responsabilidad penal desaparece, y con ella, las obligaciones civiles aparejadas al delito. Conviene recordar que se trata de sujetos distintos (persona física y jurídica), con responsabilidades independientes, de forma que es perfectamente posible que una de ellas se declare absuelta mientras que el procedimiento penal continúe su curso contra la otra. Distinto sería que, en el seno de un procedimiento judicial por la comisión de un delito por el que no se pueda criminalizar a la persona jurídica (es decir, un delito, como decimos, no circunscrito al catálogo de delitos proyectables a la persona jurídica), a pesar de haberse perpetrado por un individuo en el desempeño de sus obligaciones laborales (es decir, en el seno de la persona jurídica), se le exija, al menos, responsabilidad civil por los perjuicios causados a terceros o por el beneficio obtenido.

CAPÍTULO V
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En este capítulo, de una parte, se acometerá sucintamente, la cuestión relativa a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, las circunstancias atenuantes, eximentes y agravantes.

Con la Reforma del CP de 2010 se define un catálogo específico de circunstancias atenuantes, cifradas en la verificación de comportamientos *ex post factum*, renunciando así a configurar atenuantes proyectables al momento de comisión del hecho delictivo y al esclarecimiento del régimen de las eximentes incompletas. El contenido del sistema de circunstancias atenuantes definido por el legislador de 2010, quedó a salvo con la Reforma del CP de 2015, que únicamente vino a reubicarlo en otro precepto (31 quater CP).

Por lo que respecta a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se verá, no se ha previsto de forma explícita ningún régimen específico en el CP, tan sólo se han incorporado determinadas reglas que pueden interpretarse, todo lo más, como una vía indirecta que esboza algunos criterios de agravación.

Por otra parte, se dedica un epígrafe a la inversión de la carga de la prueba, como materia inédita para el Ordenamiento jurídico penal, subyacente en el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Reforma del CP de 2015. Por último, se abordará la regulación elegida por el legislador en el contexto de las medidas cautelares proyectables a las personas jurídicas.

1.1 Circunstancias atenuantes: comportamientos posteriores al hecho delictivo. Especial alusión a la acreditación parcial de condiciones merecedoras de atenuación de pena

El artículo 31 quater CP (antiguo 31 bis apartado 4 CP) define las circunstancias atenuantes que se tendrán en consideración para la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica encausada y la determinación de la correspondiente pena asociada al delito cometido. A saber:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) 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.

Sin perjuicio de abordar sus peculiaridades individuales más adelante, se efectúan a continuación las siguientes consideraciones:

De una primera lectura de las circunstancias atenuantes del artículo 31 quater CP, se puede concluir que su naturaleza se circunscribe a comportamientos verificados con posterioridad a la comisión del delito, referida al contexto de reconocimiento y aceptación de la responsabilidad, y de colaboración con la Administración de Justicia. Esto es, la aplicación de estas atenuantes presupone la renuncia al ejercicio en sentido pleno del derecho de defensa, política legislativa que merece una puntual crítica desde el punto de vista de las garantías penales con reconocimiento constitucional. En palabras de CARBONELL MATEU y MORALES PRATS, del referido sistemas de atenuantes *ex post*, subyace "un planteamiento inquisitivo *tout court*, en el que queda el ejercicio del derecho de defensa, en caso de no triunfar en términos de absolución, queda punitivamente tarifado, bajo el peaje de exclusión de circunstancias atenuantes"³⁵¹.

Además, esta cultura de arrepentimiento y entrega (rendición y delación) *post delicto* no es "premiada" por el legislador penal con gran generosidad, por cuanto no se contempla excusa absolutoria (causa de

³⁵¹ CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Op. Cit., p. 77.

levantamiento de pena) ni tan siquiera para los casos en los que la colaboración con la Administración de Justicia sea intensa y decisiva; tampoco se prevé una excusa absolutoria para el caso de concurrencia de varias atenuantes con un significado muy cualificado. La única eximente introducida en la Reforma del CP de 2015, prevista para las personas jurídicas reside en la adopción, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de organización y gestión eficaz para prevenir el delito de la naturaleza del que fue cometido (según las exigencias recogidas en el artículo 31 bis CP).

Otra nota característica de las atenuantes aplicables a las personas jurídicas es que se recogen en un catálogo cerrado, de lo que se puede deducir fácilmente que el legislador no contempla posibilidad alguna de aplicar a las personas jurídicas alguna de las atenuantes previstas en el artículo 21 del Código Penal para las personas físicas, al incluir, al inicio del precepto (31 quater CP) el término "sólo". Es lógico que alguna de las circunstancias atenuantes recogidas en los apartados 1º a 5º de dicho artículo, sean de exclusiva aplicación a las personas físicas toda vez que requieren la concurrencia de tales circunstancias en la persona humana encausada, pero pudiera darse la circunstancia de concurrir la atenuante por dilaciones indebidas recogida en el apartado 6º del mencionado artículo, lo cual sería perfectamente aplicable a un proceso dirigido contra una persona jurídica y sin embargo, no se podría aludir a tal posibilidad por no haber contemplado este supuesto en el redactado de la nueva regulación, acarreando previsibles situaciones de desigualdad entre personas físicas y jurídicas³⁵².

³⁵² DE LA CUESTA, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op.

Resulta llamativo que el artículo 31 quater CP exija que esos comportamientos verificados con posterioridad a la comisión del hecho delictivo que pueden servir como base para la aplicación de una atenuante, deben ser llevados a cabo por representantes de la persona jurídica inculpada. Es decir, mediante esta previsión, en principio, se excluye cualquier otra figura corporativa que pudiera aportar datos beneficiosos para la persona jurídica contra la que se dirige el procedimiento. Sin embargo, de verificarse una ventaja para aquélla en términos de atenuación de la pena, se deberá proceder conforme a una interpretación extensiva del precepto, de forma que se permita la aportación de cualquier sujeto relacionado con la persona jurídica, sin necesidad de encarnar la figura del representante legal³⁵³.

A continuación se procede al análisis pormenorizado de las atenuantes recogidas en el artículo 31 quater CP:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades: es una síntesis de la atenuante genérica contenida en el artículo 21.4 del Código Penal: "*La de haber procedido el culpable, antes de conocer*

Cit., pp.86 ss.; MAYORDOMO, V., "El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en <razones de equidad, justicia o utilidad pública>" en AAVV *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 285; CORTÉS BECHIARELLI, E., "Causas de la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4 a, b y c) en AAVV *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015, p. 104; GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas - Análisis del art. 31 bis CP*, Op. Cit., pp. 411 ss.

³⁵³ CORTÉS BECHIARELLI, E., "Causas de la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4 a, b y c) en AAVV *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 105; GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas - Análisis del art. 31 bis CP*, Op. Cit., p. 413.

que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades". Surgen dudas en cuanto al alcance de la confesión, dado que una cosa es confesar la infracción penal de la propia persona jurídica (por ejemplo asumir que existe un defecto de organización relevante, y admitirse la tesis que sustenta este fundamento en la responsabilidad de la persona jurídica) y, otra bien distinta, es entender por confesión la identificación de la persona física que perpetró el delito. No esclarece esta cuestión el texto legal y surgen dudas en cuanto al objeto de la confesión.

Asimismo, no se definen las "autoridades" ante las que se debe confesar la infracción. De una parte, los jueces y fiscales podrían considerarse las autoridades adecuadas pero, de otra parte, la falta de concreción deja la puerta abierta a poderla efectuar ante cualquier autoridad administrativa, aún en el caso de existir un procedimiento judicial abierto³⁵⁴.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad. De nuevo el tenor de la atenuante no queda muy esclarecido. Parece que se trata de una circunstancia muy exigente pues reclama que se aporten pruebas nuevas y decisivas para dilucidar la responsabilidad penal investigada. Probablemente un comportamiento colaborador tan alto (pruebas que no están al alcance de la investigación y que además permiten cerrarla por cuanto son decisivas) debería haber dado lugar a una excusa absolutoria. No ha

³⁵⁴ GOMEZ-JARA DIEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Reforma del Código Penal" en revista *La Ley* número 14962/2010.

sido esta la pretensión del legislador, por cuanto le otorgan un mero efecto de atenuación; parece que en la práctica esta atenuante puede tener un efecto perverso. Pueden imaginarse supuestos en los que el representante de la persona jurídica aporta pruebas, (lo que ya supone una aceptación de la responsabilidad adquirida) con renuncia al derecho de defensa y, sin embargo, el juez instructor dictamina que las pruebas aportadas, a pesar de ser nuevas (y por lo tanto, desconocidas) no son decisivas para la resolución del caso, por referirse únicamente a elementos adyacentes a la cuestión central del asunto. En estos casos, se habrá aceptado la responsabilidad (autoinculpación) y ni tan siquiera se habrá alcanzado el contenido que exige la circunstancia atenuante³⁵⁵.

c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito, es también una síntesis de la 5ª atenuante del artículo 21 del CP: "*La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*"³⁵⁶.

³⁵⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., "Causas de la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4 a, b y c) en AAVV *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 106 matiza que la colaboración con la investigación se entenderá realizada a instancias de la propia persona jurídica, a pesar de que el precepto no lo exija explícitamente. De sostenerse lo contrario, esto es, que la aportación de nuevas pruebas lo sea a requerimiento del Juez o Tribunal, la calificación de "nuevas" carecería de sentido, por cuanto si las pruebas son nuevas, a su vez serán desconocidas para el órgano judicial.

³⁵⁶ Véanse, por ejemplo, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en favor de la aplicación de la atenuante de reparación del daño causado en la Sentencia del Tribunal Supremo 2/2007 de 16 de enero de 2007, número de Recurso 1043/2006, Fundamento de derecho Noveno: "son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la

Esta atenuante no ofrece problemas por cuanto tiene una consolidada tradición legislativa y jurisprudencial.

d) 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. Esta atenuante parece reclamar la presentación de una prueba pericial, con anterioridad al juicio oral, en la que se acredite una reorganización preventiva hacia el futuro de la empresa (*corporate compliance*), en aras a la evitación de comisión de delitos y, en su caso, con el objetivo de poderlos descubrir con prontitud y eficacia. Esta atenuante fue un importante indicio legislativo (con la Reforma del CP de 2010) de que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas residía en el defecto de organización relevante y habilitante para la comisión del delito, por parte de la persona física.

A pesar de que con la Reforma del CP de 2010, la interpretación de las "medidas eficaces" a las que se refería (y refiere actualmente) el precepto, se limitaba a criterios abstractos, toda vez que el legislador no especificó en lugar alguno lo que debía entenderse por medida

decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5^a no lo exija"; ó en la Sentencia del Tribunal Supremo 733/2012 de 4 de octubre de 2012, Recurso número 2301/2011, Fundamento de derecho Tercero: "Con esta previsión [referida al artículo 21.5 CP] se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados". En suma, la atenuante de reparación del daño es perfectamente proyectable a las personas jurídicas.

eficaz, con la posterior Reforma del CP de 2015, la aludida eficacia quedó relegada a las condiciones específicas exigidas a los modelos de prevención del artículo 31 bis CP. En este sentido, la Reforma operada debe inferirse positiva, por cuanto esclareció la cuestión tanto en términos legislativos como judiciales.

En suma, según el artículo 31 bis CP, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas operarán, de una parte, cuando a falta de un modelo de prevención eficaz implantado con anterioridad a la comisión del delito, se pueda acreditar alguna de las cuatro circunstancias recogidas en el artículo 31 quater CP (entre las que se incluye, la posibilidad de incorporar el referido modelo de prevención, una vez iniciado el procedimiento pero antes del juicio oral) y, de otra parte, existiendo el modelo de prevención con anterioridad a la comisión del delito (junto al resto de requerimientos recogidos en el artículo 31 bis CP para los delitos cometidos por los sujetos descritos en la letra a)) , se acredite parcialmente su eficacia.

Por lo que respecta a éste último supuesto, es decir, a la acreditación parcial de la eficacia de los modelos de prevención, en realidad, se incorporó en el artículo 31 bis CP con la Reforma del CP de 2015, como un "intento fallido" de acreditación de las condiciones exigidas para pretender una eximente. Dicho de otra forma, si la persona jurídica no puede acreditar la totalidad de circunstancias demandadas en el artículo 31 bis CP para practicar una circunstancia eximente, se podrá considerar como una acreditación "parcial" en orden a evaluar una atenuación de la pena. Lo anterior entraña, de nuevo, connotaciones difíciles de concebir, toda vez que, como advirtió el

Consejo de Estado "todo hecho de relevancia penal ha de ser objeto de la correspondiente acreditación"³⁵⁷.

En efecto, no cabe la prueba parcial de un hecho. Distinto es que una vez practicadas las pruebas, éstas demuestren que el delito se perfeccionó, no se perfeccionó, o lo hizo parcialmente, pero no conviene confundir la acreditación parcial con la ejecución parcial del delito. Trasladando esta aseveración al contexto de los modelos de prevención, prosigue el Consejo de Estado que "no se trata de que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado en parte, sino que únicamente se ha probado que hubo cierta preocupación por el control, un control menos intenso que el exigido para la exención plena de responsabilidad penal pero suficiente para atenuar la pena"³⁵⁸.

Sin embargo, a pesar de que la previsión del legislador en este sentido parece inadecuada, conviene efectuar, en mi opinión, una interpretación amplia del precepto en punto a permitir su aplicación

³⁵⁷ Consideración Quinta del Dictamen del Consejo de Estado Número 358/2013 aprobado el 27/6/2013, Op. Cit.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013" en AAVV *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Op. Cit. p.35 se postula a favor de la tesis aquí sostenida en cuanto a la imposibilidad de "acreditación parcial". En este sentido, el autor efectúa la siguiente reflexión: "no queda clara la lógica de la atenuación, porque si estamos hablando de un supuesto en que concurre efectivamente responsabilidad penal de las personas jurídicas, es porque la falta de cuidado ha sido grave. Por ello, si en efecto se prestaron medidas tan insuficientes que permiten hablar de una falta de cuidado grave, ¿cuál es la justificación del efecto atenuatorio?".

³⁵⁸ Interpretación defendida por la Fiscalía General del Estado en la 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, Op. Cit., p.46.

efectiva. A este respecto, siguiendo a DÓPICO-GÓMEZ ALLER sería preferible entender que "si la diligencia en la evitación no ha sido suficiente como para otorgar una exención de pena, podría servir para conceder una atenuación (algo que, obviamente, no tiene nada que ver con si se prueba plena o parcialmente)".

1.2 Eximentes

La Reforma del CP de 2010 prescindió, de inicio, de un catálogo de eximentes propio, proyectables a la persona jurídica, a diferencia de lo que acontece con las circunstancias atenuantes, (respecto de las cuales el antiguo artículo 31 bis CP apartado 4 contempló un régimen específico). Por consiguiente, de manera explícita no se definió eximente alguna. No obstante, de manera indirecta el artículo 31 bis apartado 3 abordaba la cuestión, en cuanto a que "la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, no excluirá ni modificara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente"³⁵⁹. De esta forma, se excluyeron las causas de inimputabilidad y de exculpación (referidas exclusivamente a las personas físicas). Pero sobre esta cuestión, volveremos más adelante.

Con la Reforma operada en el CP de 2015, se introdujeron las demandadas eximentes de la responsabilidad penal de las personas

³⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p.385.

jurídicas, a través del artículo 31 bis CP. En esencia, éstas vienen referidas a la obligación que incumbe a las personas jurídicas de adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que alberguen medidas de vigilancia y control para la prevención de comportamientos delictivos, de manera que, si una vez perpetrado el delito, las personas jurídicas pueden probar que cumplieron con las exigencias concretadas en materia de prevención del artículo 31 bis CP, quedarán exentas de responsabilidad penal. En éstos términos, parece lógico que si el fundamento de la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas reside en el defecto de organización empresarial, las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, se circunscriban a las obligaciones organizativas que les atañen³⁶⁰. Sin embargo, con la referida Reforma del CP se mantuvo el contenido del artículo 31 bis apartado 3 CP (reubicado en el apartado 2 del artículo 31 ter CP) al que aludíamos anteriormente, de forma que, se confirmaba que las circunstancias que afectaran a la culpabilidad del acusado (persona física) no excluiría ni modificaría la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así las cosas, a pesar de haber incluido en el estatuto jurídico-penal de las personas jurídicas, las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, siguen quedando excluidas del mismo las causas de inimputabilidad (ausencia de presupuesto de culpabilidad de las personas físicas), así como las causas de exculpación (algunos supuestos de estado de necesidad, si se acepta la teoría dualista

³⁶⁰ HERNÁNDEZ, L., "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica" en AAVV, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 120.

entorno a esta eximente, y los supuestos de miedo insuperable). Esta exclusión parece lógica puesto que se refieren a eximentes, contempladas en el artículo 20 CP, que aluden al juicio de reproche personal e individual sobre la persona física autora del delito, en cuanto que juicio de exigibilidad de conducta adecuada a derecho; es procedente la exclusión, dado que estas causas de exclusión de responsabilidad penal conceptualmente no pueden proyectarse sobre la persona jurídica.

En cuanto a las causas de justificación (causas de exclusión de la antijuricidad del hecho), parece objetable que el reformado artículo 31 bis CP continúe sin esclarecer lo que acontece con las mismas, por cuanto estas eximentes excluyen la ilicitud del hecho cometido por la persona física, y desde el ámbito dogmático no puede sobrevivir la responsabilidad penal de la persona jurídica, si respecto del hecho protagonizado por la persona física se decreta la exclusión de la antijuricidad. El silencio del artículo 31 bis CP al respecto, debe ser sustituido por la conclusión hermenéutica de que las causas de justificación se proyectarán también sobre la responsabilidad de la persona jurídica, excluyéndola³⁶¹. Esta solución es perfectamente postulable para las causas de justificación completas; no parece que tenga una gran trascendencia práctica por lo que respecta a la legítima defensa (artículo 20.4 CP) ni por lo que respecta al estado de necesidad (artículo 20.5 CP); por el contrario, la conclusión sí alberga una gran trascendencia práctica respecto de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber, que

³⁶¹ CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, Op. Cit., p.75.

conceptualmente parece más proyectable a la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica, sobretodo si tenemos en cuenta la función de armonización jurídica y de cláusula de cierre del ordenamiento jurídico, que alberga esta causa de justificación.

Asentado lo anterior, no puede ocultarse los problemas que pueden surgir en los casos de concurrencia de una causa de justificación incompleta, por cuanto en el apartado legislativo de circunstancias atenuantes específicas para la persona jurídica (artículo 31 quater CP) no se contempla previsión alguna relativa a la concurrencia de eximentes incompletas, lo que nos sumerge en un laberinto interpretativo, debido a ese vacío legislativo. Tampoco parece que el artículo 66 bis CP permita un cauce legal de integración de las causas de justificación incompletas para personas jurídicas, por cuanto remite, para la modulación de las penas aplicables a los entes, a las reglas del artículo 66 CP, relativas a circunstancias atenuantes y agravantes, remisión que no alcanza al artículo 68 CP que es el que alude a las eximentes incompletas. Así las cosas, solamente cabe acudir a una hermenéutica integradora de las causas de justificación incompletas, para proyectarlas a la persona jurídica, mediante el recurso a la analogía *in bonam partem*, con los consabidos problemas que desde el principio de legalidad se suscitan cuando se acude a este expediente de integración normativa³⁶².

En atención a lo expuesto, a pesar de acoger positivamente la incorporación de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es obligada la crítica al artículo 31 bis CP,

³⁶² QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, Op. Cit., p. 385.

por cuanto debería haber esclarecido los efectos en la graduación de la pena en los casos en que concurra una incompleta causa de justificación respecto del hecho perpetrado por la persona física. El legislador ha obviado una cuestión central que generará problemas en la práctica.

1.3 Las circunstancias agravantes del artículo 66 bis CP

Por lo que respecta a las circunstancias agravantes, como se verá, el artículo 31 bis CP tan solo nos señala que no serán aplicables a la persona jurídica las circunstancias agravantes propias de la responsabilidad de la persona física; el legislador no ha contemplado un catálogo específico de agravantes. Esta opción del legislador se contradice con el tenor del artículo 66 bis CP, cuando este precepto remite a las reglas del artículo 66 CP para graduar la imposición de penas a las personas jurídicas. No puede entenderse esta remisión por cuanto las reglas del artículo 66 CP regulan los efectos punitivos de la concurrencia de atenuantes, agravantes o bien, reglas compensatorias en caso de concurrencia de ambas. Parece un misterio cómo se proyectaran estas reglas a la persona jurídica, si se tiene en cuenta que para la responsabilidad de esta, no se ha instituido un régimen de circunstancias agravantes. El desconcierto en el que queda sumido el intérprete es grande. Dicho lo anterior, en cambio pueden interpretarse algunas reglas, previstas en el artículo 66 bis CP como criterios de agravación de la responsabilidad de las personas jurídicas, no sólo porque abren la puerta para la aplicación de penas privativas de derechos (por tanto distintas y añadidas a la pena de multa) sino porque además esos criterios o circunstancias determinan la graduación con que se imponen esas penas privativas de derechos

(por ejemplo, que la persona jurídica sea reincidente, o bien que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de delitos). Más allá de esta consideración no existe un régimen propio de circunstancias agravantes de responsabilidad de la persona jurídica.

Como ya se ha indicado, el artículo 31 bis CP no contempla un régimen específico de circunstancias agravantes, tan solo por vía indirecta podemos identificar criterios de agravación de responsabilidad en el artículo 66 bis CP, para los casos de imposición de penas privativas de derechos. Es el caso de la reincidencia de la persona jurídica o de su utilización instrumental para la comisión de ilícitos penales.

2. Inversión de la carga de la prueba

Uno de los efectos más desafortunados del novedoso estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas es el referido a la exigencia que pesa sobre las personas jurídicas de demostrar la ausencia de responsabilidad penal. Dicho en otras palabras, se ordena, de forma perniciosa, una inversión de la carga de la prueba, lo que viene a cuestionar la presunción de inocencia, principio constitucionalmente consagrado en España.

Pero vayamos por partes. Antes de analizar una posible vulneración, como decimos, del principio constitucional de la presunción de inocencia, conviene conocer los modelos más destacables de distribución de la carga de la prueba en Derecho comparado. Para ello,

se recurre, de forma sintetizada, al estudio efectuado por GIMENO BEVIÀ sobre la cuestión³⁶³:

a) Modelo norteamericano: la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, que reúne los datos necesarios del programa de cumplimiento de la persona jurídica acusada para su evaluación. El proceso lo puede llevar a cabo mediante dos vías: colaboración recompensada con la posible evitación del procedimiento; y, a falta de colaboración, se le insta para aportar la documentación requerida, bajo amenaza de que, en caso contrario, obstruiría la acción de la justicia (la persona jurídica queda obligada a acatar el requerimiento).

b) Modelo italiano: en los delitos cometidos por los dirigentes, la carga de la prueba recae sobre la persona jurídica. En el resto de casos, es decir, en delitos cometidos por subordinados, es la acusación quien ostenta la carga de la prueba. Lo anterior, a pesar de poder infringir el principio de presunción de inocencia, se justifica con base en las siguientes consideraciones: en los delitos de los dirigentes "se parte de la ineficacia del programa, ya que si el delito se comete por quien tiene que implantarlo y evaluar su cumplimiento, es razonable pensar que no existe o es inefectivo. La carga se traslada a la sociedad, quien tiene que probar su efectividad". En cambio, en el caso de los subordinados, puesto que la falta de vigilancia constituye el elemento central del fundamento de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, será la acusación quien deba probar su ineficacia.

³⁶³ GIMENO BEVIÀ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 288 ss.

En mi opinión, el modelo norteamericano parece ser la opción más acorde con el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin atentar contra los Derechos Fundamentales constitucionales. Esto es, si la tradición jurídica española toma como base que la carga de la prueba recaiga sobre la acusación, parece plausible que en el caso de las personas jurídicas deba seguirse la misma regla, por cuanto, es la parte acusadora quien a la vista de las pruebas aportadas, previo requerimiento, deba evaluar si concurren indicios suficientes que demuestren la culpabilidad de la acusada. Sin embargo, como matiza GIMENO BEVIÀ, en España, la ocultación de pruebas por el imputado no representa un delito de obstrucción a la justicia, amparado en el derecho de no auto incriminarse, por consiguiente, el apercibimiento efectuado para aportar la documentación y/o datos necesarios para su evaluación y posterior determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se vería privado del efecto necesario, por adolecer de la solidez jurídica con la que se le ha dotado en la legislación norteamericana³⁶⁴.

En el mismo orden de consideraciones, el Consejo de Estado previno que "debido a la inexistencia del programa de *Compliance*, se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de *Compliance* o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras"³⁶⁵. Por su parte, DOPICO GÓMEZ-ALLER sostiene que, (como se ha abordado

³⁶⁴ GIMENO BEVIÀ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 288 ss.

³⁶⁵ Consideración Quinta del Dictamen del Consejo de Estado Número 358/2013 aprobado el 27/6/2013, Op. Cit.

en otros epígrafes del trabajo), la inversión de la carga de la prueba incorporada en el estatuto español de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es el resultado de haber importado el proyecto (casi de forma literal) de la legislación italiana. Como se ha explicado anteriormente, la legislación italiana se basa en la inversión de la carga de la prueba para los delitos cometidos por los dirigentes, siendo que en Italia, no está constitucionalmente vetada, lo que explicaría la tesis sostenida por DOPICO GÓMEZ-ALLER. Sin embargo, en España se protege constitucionalmente el derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que viene a cuestionar la ilógica decisión del legislador de contravenir lo que ya se halla secularmente preservado en el texto constitucional³⁶⁶, al margen de que con ello, se pudiera sentar un peligroso precedente.

En el plano judicial, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre la conveniencia de mantener la carga de la prueba en la acusación, pues lo contrario "equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal", a pesar de que en la práctica, reconoce el Tribunal que "será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al

³⁶⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013" en AAVV *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Op. Cit. p. 23

procedimiento penal"³⁶⁷. Sin embargo, el voto particular de la misma Sentencia, aboga por residenciar la obligación de alegar la concurrencia de medidas eficaces de prevención delictivas en la persona jurídica, en punto a construir una base sobre la que practicar la prueba necesaria "para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos 2º a 4º del artículo 31 bis CP, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal"³⁶⁸.

El Tribunal Supremo insiste (frente a la opinión del Voto particular) en la idea de no confundir el propósito que persigue la exención de responsabilidad penal [posibilitar la pronta exoneración de la persona jurídica para evitar mayores perjuicios para sí misma] con "el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación deberá corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exoneración corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente"³⁶⁹.

3. Medidas cautelares

El Proyecto de Código Penal de 1980 obviamente no reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por ende, no se

³⁶⁷ Fundamento Jurídico octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015.

³⁶⁸ Apartado 3º "La exención de responsabilidad penal y su prueba: ¿procede configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas?" del Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015.

³⁶⁹ Fundamento Jurídico octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016, número de recurso 10011/2015.

concebía que éstas pudieran entrañar peligrosidad alguna para la comisión de delitos. No obstante, este Proyecto ya anunciaba la posibilidad de imponer ciertas medidas de seguridad a las personas jurídicas con la finalidad de contrarrestar la peligrosidad que hubieran evidenciado en su trayectoria empresarial con el objetivo de evitar la comisión de futuros delitos³⁷⁰.

No fue hasta la Reforma del CP de 2010, que se incorporaron medidas cautelares concretas con proyección a las personas jurídicas, pues hasta entonces, las únicas aplicables eran algunas de las definidas para las personas físicas como la anotación preventiva de embargo o la imposición de una fianza.

Como decimos, a partir de la Reforma del CP de 2010 es posible imponer a las personas jurídicas una medida cautelar, de entre las definidas explícitamente en el artículo 33.7 CP, esto es, "la clausura temporal de locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial". En realidad, forman parte del catálogo de penas determinado para las personas jurídicas, pero el legislador consideró que las antes referidas pueden destinarse igualmente a cumplir la función de medida cautelar³⁷¹.

³⁷⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* 4ª edición., Barcelona, 1996, Op. Cit., p. 789.

³⁷¹ La Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal incorporó en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un apartado quáter en su artículo 544, por el que se fijan someramente, algunas directrices en materia procesal para acordar medidas cautelares en un procedimiento contra personas jurídicas: " La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrente en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente".

Conviene recordar que, en general, el propósito de la imposición de una medida cautelar (tanto personales como reales) es asegurar el buen fin del proceso penal. Siguiendo a DE LA FUENTE HONRUBIA, "las medidas cautelares tienen naturaleza excepcional, y sólo pueden ser adoptadas para evitar lo que devendría irreparable, pudiéndose sustraer el reo a la acción de la justicia, o verse mermados los derechos y pretensiones legítimas de las víctimas o de los perjudicados"³⁷². En el caso de las medidas personales, éstas se imponen atendiendo a la peligrosidad criminal del sujeto (detención, prisión provisional, libertad provisional y citación); en cambio, las medidas reales vienen a asegurar la actividad patrimonial del sujeto, para atender a las responsabilidades dinerarias derivadas del proceso penal. Pues bien, si se trasladan éstas reglas teóricas a los sujetos colectivos, sorprende comprobar que el artículo 33.7 CP no ha previsto medida cautelar alguna de carácter real, lo cual hubiera sido deseable, si lo que se pretende es garantizar la buena marcha del procedimiento penal sin infligir un castigo desproporcionadamente gravoso para la persona jurídica.

Sentado lo anterior, en el caso de la suspensión de la actividad o la clausura de locales, subyace un serio peligro de continuidad de la actividad empresarial, lo que exige la necesidad de reservar su aplicación para los casos más graves, donde exista una sospecha de futura reincidencia durante la pendencia del procedimiento. En cambio, la intervención judicial parece pensada para los casos en los que no exista tal riesgo de reincidencia y se desee favorecer la continuidad de

³⁷² DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 172.

la actividad empresarial, con la sobrentendida obligación de adoptar un programa de cumplimiento efectivo³⁷³.

En cuanto a la duración de las medidas cautelares, aunque el artículo 33.7 CP no lo indica claramente, se podría admitir la duración máxima de seis meses, plazo estándar de la instrucción penal tras la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. Este plazo es prorrogable hasta un máximo de dieciocho meses en las instrucciones de especial complejidad.

La medida cautelar impuesta a la persona jurídica imputada, se revocará cuando se haya dictado una sentencia de sobreseimiento o de absolución. Si el contenido de la sentencia fuera condenatorio, la medida cautelar impuesta puede convertirse en ejecutiva, lo que requerirá una compensación entre ambas. Si la pena impuesta consistiera en una multa, la compensación vendría dada por la medida cautelar de intervención judicial, la única factible en este caso³⁷⁴, pues no resulta adecuada en el resto de penas previstas por el legislador, si lo que se pretende es la continuación de la actividad empresarial.

Con base en este razonamiento, se puede concluir que una medida cautelar impuesta a una persona jurídica imputada en un proceso penal puede conllevar una futura sentencia condenatoria distinta a la

³⁷³ Interesa la aclaración efectuada por PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la persona jurídica según la nueva reforma del código penal” en *Revista Aranzadi Doctrinal* número 5/2011, Editorial Aranzadi, Pamplona 2011 (BIB 2011/1050), en relación a la diferencia entre la intervención judicial y administración judicial; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Op. Cit., pp. 171 ss.

³⁷⁴ A este respecto, el artículo 52.4 CP determina que “pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o al a cantidad defraudada o indebidamente obtenida”.

pena de multa, pues de otra forma resultaría incongruente (aunque no improbable) el hecho de imponer una medida cautelar como la clausura del local y finalmente, dictar una sentencia que contenga una pena de multa.

Recordemos que, a diferencia de lo que ocurre en un proceso civil (donde se exige el depósito de una fianza), en el proceso penal se exige la concurrencia de dos presupuestos básicos para la aplicación de una medida cautelar: *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora*. En el primer caso, el juez deberá realizar una valoración entorno a la existencia del *Fumus delicti commissi*, mediante la apreciación razonada de la existencia del delito y la concurrencia de elementos suficientes y vinculantes para que se le pueda imputar la comisión del hecho punible a la persona jurídica imputada mediante una relación de autoría o participación en el mismo. En cuanto al segundo presupuesto *Periculum in mora*, presupone la existencia de una situación de peligro con base en que el sujeto pudiera eludir el proceso en curso o el cumplimiento de la futura condena, es decir, persigue el aseguramiento de la efectividad de la sentencia a pesar de las dilaciones del procedimiento.

Por último, el auto que recoja la medida cautelar, deberá contener el delito que se presume cometido por la persona jurídica o cuya participación ha supuesto la existencia del hecho punible. Esta participación o autoría de la persona jurídica en el hecho punible será la misma que quedará reflejada en la sentencia (tras el juicio oral) con la salvedad que la medida cautelar se aplica como consecuencia de una urgente necesidad del procedimiento.

CONCLUSIONES FINALES

-I-

Hasta la Reforma del CP operada en 2010, el sistema penal se concebía únicamente con respecto a las personas físicas en cuanto a la imputación directa por los delitos cometidos, mediante la atribución de responsabilidad criminal basada en conductas humanas. Este modelo de intervención penal ha sido cuestionado en los últimos tiempos, considerándose insuficiente la atribución de responsabilidades penales exclusivamente a las personas físicas, puesto que político-criminalmente se ha considerado necesario, la posibilidad de exigir responsabilidades penales a los entes a fin de evitar posibles lagunas de impunidad en el ámbito de la criminalidad organizada.

Como consecuencia del gran cambio sufrido por el fenómeno de la criminalidad en las sociedades capitalistas, los países miembros de la Unión Europea, determinados por las directivas y recomendaciones, han tenido que ir adecuando sus legislaciones, debido a que ya no sólo se concibe la comisión del delito por individuos aislados, sino que, coexisten diversas formas de cometer delitos mediante sofisticadas estructuras, sin descartar que muchas veces estas formas societarias son meras pantallas para la comisión de delitos por parte de las personas físicas.

-II-

A pesar de que el tratamiento que se hace de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es uniforme en toda Europa ni desde el

punto de vista de su articulación concreta ni desde la concepción de la responsabilidad, cada país ha ido adoptando en su derecho interno soluciones legislativas diversas. No obstante, el afán de la Unión Europea es, de una parte, homogeneizar al máximo posible las diferentes legislaciones de los países miembros y, de otra parte, impulsar la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en los sistemas internos de todos los Estados miembros, sin prejuzgar a ultranza si el instrumento adecuado es el Derecho penal o el Derecho administrativo sancionador.

La complejidad del sistema económico ha ido sustituyendo la figura de la persona física por las grandes empresas, lo que ha provocado una revisión del clásico aforismo "*societas delinquere non potest*" desde el punto de vista político criminal. Por ello, la mayoría de los países han ido aplicando fórmulas de represión penal con la finalidad de tratar de manera equitativa las conductas delictivas cometidas tanto por persona física como jurídica, cuyo factor en común, se centra en una deficiente organización empresarial como modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A pesar de la disparidad de modelos de responsabilidad de los entes, todos los ordenamientos coinciden en la importancia de la obligación del empresario por velar por la prevención de la comisión de delitos tanto por parte de sus empleados como de sus directivos, pero la instauración de esa obligación no radica necesariamente en el Derecho penal. Así, por ejemplo, algunos países como Alemania, Austria o Italia, han optado por ubicar esa responsabilidad de los entes en el Derecho administrativo sancionador, descartando la intervención del Derecho penal.

-III-

Hasta la Reforma del CP de 2010, el caso español presentaba particularidades que no permiten establecer similitudes con otros modelos europeos, ni tan siquiera con aquellos que optan con nitidez por la responsabilidad tan solo administrativa de las sociedades (caso alemán); la singularidad del régimen jurídico que albergaba el artículo 129 CP, en la versión anterior a la Reforma del CP de 2010, no encuentra parangón en otros ordenamientos europeos.

La situación española, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas refleja, un cúmulo de interpretaciones desacertadas de la función que vino a cumplir el artículo 31 del CP de 1995 y su antecedente, el artículo 15 bis CP. En realidad, el primer precepto (artículo 31 CP de 1995) venía a dar respuesta a supuestos muy específicos de solventación de la autoría de personas físicas en delitos especiales propios, cometidos en el seno de la persona jurídica; esta legislación, en ocasiones, llevó a un entendimiento erróneo de la aplicación del precepto, pues ocasionalmente se pretendió su proyección a otros delitos, probablemente con la finalidad de evitar los problemas probatorios de la autoría por dominio del hecho en las personas jurídicas; con este proceder, se pretendía en ocasiones extraer reglas punitivas de la autoría, que enmascaraban la verdadera función del artículo 31 CP, pues extender su radio de acción a todo tipo de delitos, conllevaría aplicar inadecuadamente el precepto. La función del artículo 31 CP, como la del artículo 15 bis CP antecedente, es la de establecer un puente de tipicidad para los delitos especiales propios que hubieran quedado impunes por no concurrir en la persona física las cualidades y condiciones exigidas en el tipo penal.

Junto a esta conclusión debe añadirse además que, antes de la Reforma del CP de 2010, el artículo 31 CP no afrontaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

-IV-

El objetivo principal que vino a afrontar la Reforma del CP de 2010, fue implantar una responsabilidad penal de las personas jurídicas directa e independiente de la responsabilidad penal de la persona física, de forma que no se hace necesaria la previa individualización de ésta última como responsable del delito cometido. Sin embargo, la intención del legislador pareció "fracasar" desde un inicio, por varios motivos, entre ellos: la falta de concreción de un hecho propio de la persona jurídica que permitiera una atribución de la culpabilidad sin trasladar las categorías del dolo y la culpa individuales; la ausencia de un estatuto procesal regulador del procedimiento criminalizador de las personas jurídicas; la necesidad de concurrir, de forma conjunta, la totalidad de los presupuestos requeridos en la norma; la inexplicable exclusión de los sindicatos y partidos políticos del elenco de sujetos sometidos al ámbito de aplicación del precepto (31 bis CP), y la exigencia de una falta del "debido control" en los delitos cometidos por los subordinados (configurando así, un delito de omisión). Todo lo anterior, acabó convirtiendo al estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad indirecta o transferida, prácticamente inaplicable por los órganos judiciales y duramente criticado por amplios sectores doctrinales.

El modelo de estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue ampliamente modificado por la Reforma del CP de 2015, en un intento por superar los evidentes escollos normativos introducidos por la regulación anterior ante la falta de elementos identificativos de un sistema de responsabilidad penal directa e independiente. Sin embargo, tras las modificaciones operadas, se acabó verificando un modelo definitivo mixto que, de una parte, reúne elementos típicos del modelo previo de heterorresponsabilidad (por ejemplo, la necesidad de modular las penas impuestas a ambos sujetos) y, de otra parte, alberga características propias del modelo de responsabilidad directa con base en el hecho propio (por ejemplo, el defecto de organización o posibilidad de continuar el procedimiento contra la persona jurídica aunque la física no se haya podido identificar o se haya sustraído a la acción de la justicia), lejos, a mi parecer, de definir un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas directa e independiente.

Entre las modificaciones operadas, destacan las relativas a la configuración del defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica y la incorporación de los modelos de organización y gestión empresarial como herramienta, aunque no preceptiva, de justificación del sometimiento de la persona jurídica a la Ley y las normas, de forma que su verificación, permitirá solicitar la atenuación de la pena e incluso la exención de la responsabilidad penal. En mi opinión, la incorporación en el Código Penal de los modelos de organización y gestión empresarial, no está exenta de sombras, por dos motivos: de una parte, al no ser preceptivos, no se acaba de entender el propósito de su regulación por vía penal y, de otra parte, responden a una naturaleza distinta de la que alberga el ordenamiento

en el que se han insertado, de forma que su encaje se percibe, cuanto menos, complicado.

En suma, a pesar de las recomendaciones y advertencias doctrinales vertidas sobre el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador omitió prácticamente todas ellas en la Reforma del CP de 2015 (incluidos la Circular de la Fiscalía General del Estado y el Informe del Consejo de Estado), para establecer un modelo legislativo "importado" de forma casi literal de la legislación Italiana, cuyo éxito ha sido más que cuestionable en su país de origen.

-V-

Los criterios de imputación se circunscriben a la conducta de la sociedad, concretamente a su organización, y no a la persona física que haya cometido el delito. Subyace la idea de responsabilidad derivada por actos cometidos por otra persona que, sin duda, resulta complicada, teniendo en cuenta que nuestra tradición toma como base la idea de responsabilidad penal por hecho propio (responsabilidad personal sin posibilidad de transferirla, es decir, nadie puede ser castigado por un hecho realizado por otro).

El sistema elegido por el legislador es el de responsabilidad mixta, donde, primeramente, la atribución de responsabilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica queda condicionada a un presupuesto, que no es otro que la comisión de un delito por una persona física, que actúa en el seno de la sociedad con la que mantiene vínculos. Posteriormente, una vez verificado el presupuesto, se activa el estatuto de responsabilidad del artículo 31 bis CP,

debiéndose a la concurrencia del defecto de organización como elemento decisivo al que se supedita la exigencia de responsabilidades penales de manera directa sobre el ente.

-VI-

Aunque la responsabilidad penal de las personas jurídicas se dibuje como directa e independiente de la responsabilidad de la persona física, no se puede entender como totalmente separada sino que la una se deriva de la otra, pero no se trata de una derivación automática sino supeditada a determinados presupuestos que configuran el nexo de unión entre el delito de la persona física y la persona jurídica, a saber: actuar en nombre de la persona jurídica o en el ejercicio de actividades sociales, por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto.

El beneficio obtenido por la persona jurídica se conforma, por lo tanto, como uno de los presupuestos exigidos para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. El referido beneficio cobra sentido en el contexto del delito perpetrado por el sujeto individual, es decir, la persona física debe haber cometido el delito beneficiando, de algún modo, a la persona jurídica, de forma que de no concurrir ventaja alguna, ésta última actuaría como perjudicada y no como receptora del reproche penal. Por consiguiente, conviene distinguir los casos en los que la persona jurídica obtiene un beneficio de los que no sólo no obtiene beneficio ninguno sino que se le ocasiona un perjuicio (ya sea a ésta directamente o a un tercero), a pesar, incluso, de que en ambos casos concorra un defecto de organización, que pueda haber dado lugar al resultado delictivo y cuya preservación, podría haberlo evitado.

-VII-

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha tratado de evitar los inconvenientes que subyacen de la exigencia de una culpabilidad para la persona jurídica, lo cual es únicamente proyectable para las personas físicas. No es asumible una transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica, puesto que supone obviar la fundamentación de la responsabilidad de la persona jurídica, admitiendo la responsabilidad objetiva por el hecho ajeno. La culpabilidad y, en suma, la responsabilidad no se puede transferir de un sujeto a otro sin más.

Resulta muy dificultosa la transferencia del dolo y la culpa como categorías de imputación subjetiva a las personas jurídicas en el ámbito penal; todo lo más puede aspirarse a una elaboración de la infracción de los deberes de actuación de la sociedad admitiendo que en el plano objetivo previamente se ha identificado un déficit organizativo en la empresa. Ante la imposibilidad de trasladar las tradicionales categorías del dolo y la culpa a las personas jurídicas, y la dificultad de construir un modelo consensuado de culpabilidad de los entes con base en un hecho propio, surgieron diversas teorías que trataron de hallar la fórmula perfecta. De entre las referidas teorías, destaca la del "defecto de organización" (acuñada en origen por TIEDEMANN), cuyo propósito se refiere a los fallos en las medidas de prevención que puedan haber facilitado la comisión del delito y que sirvió de referente al legislador español para sostener un concepto de culpabilidad de las personas jurídicas con base en un hecho propio.

El grado de culpabilidad vendrá definido por el nivel de vinculación que el sujeto persona física mantuviera con la persona jurídica al momento de perpetrar el delito, por cuanto no es lo mismo que la conducta criminal se lleve a cabo por un subordinado que por un administrador, teniendo en cuenta que la responsabilidad que alberga uno y otro sujeto, son considerablemente distintas, por lo tanto, la exigencia de responsabilidad en un caso y en otro debe ser diferente.

Con el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas se plantea el supuesto que no pueda identificarse claramente a la persona física que ha cometido el delito; casos en los que la persona jurídica resulte la única responsable penal; igual ocurre cuando, con anterioridad al juicio oral había fallecido la persona física o bien se haya proyectado sobre ella una eximente que afecte a la culpabilidad o sus presupuestos. En estos supuestos se sigue el principio de que la responsabilidad de las personas jurídicas, es totalmente independiente de las personas físicas, lo cual supone que subsistirá aún en el caso que no resulte posible individualizar a la persona física o bien, no se pueda dirigir el procedimiento contra la misma.

-VIII-

Con la Reforma del CP de 2015 cobra importancia, el estatuto de organización de las empresas en aras a establecer un fundamento propio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y de ese estatuto de organización, serán relevantes en el ámbito penal aquellos aspectos cuya preservación hubieran podido evitar la comisión del delito; así como las deficiencias graves conectadas directamente con la comisión del delito.

Se configura de este modo el defecto de organización como el hecho propio de la persona jurídica, lo que permite, de inicio, una atribución de culpabilidad a los entes colectivos sin necesidad de trasladar las categorías del dolo y la culpa de la persona física. Sin embargo, plantea los siguientes inconvenientes: a) la atribución directa de la responsabilidad penal a las personas jurídicas con base en un hecho propio, podría erigirse como un atajo para el castigo penal, evitando que el delito quedara impune, lo que convertiría al estatuto de las personas jurídicas en una vía de transferencia de la responsabilidad penal del sujeto individual autor material del delito. Por ello, habrá que evitar cualquier automatismo en la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y proceder a una averiguación de la persona física que perpetró el delito; b) por defecto de organización se podría entender tanto aquel fallo puntual que, casual o intencionadamente, se produjo, favoreciendo la comisión del delito o, por el contrario, un déficit organizativo reiterado como resultado de una cultura de falta de sometimiento a las leyes y las normas. En éste último caso, se estaría castigando a la persona jurídica por su contexto empresarial, lo que equivaldría, para un sector de la doctrina, al Derecho penal de autor o por el modo de vida para las personas físicas, además de acarrear la construcción de un fundamento de la responsabilidad adicional al exigido en la norma basado en criterios abiertos e indeterminados; c) para un sector de la doctrina no se menciona en el referido precepto si el fallo de organización debe haber sido intencionado (lo que colisionaría de plano con el objetivo que persigue el estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas) o, imprudente (es decir, la persona jurídica respondería imprudentemente por un delito doloso de la persona física), sin embargo, de lo anterior subyace una intención de trasladar las categorías jurídico-penales de la persona física a la

jurídica, lo que carece de sentido por cuanto albergan naturalezas radicalmente distintas.

En mi opinión, a pesar de lo anterior y de que el concepto "defecto de organización", en general, no parece encajar con nuestra tradición jurídico penal, debe optarse por la tesis que genera menos coste en términos de garantías penales, y lo cierto es que el defecto de organización como fundamento correctamente verificado, permite evitar el automatismo y la objetivización de la responsabilidad del ente, paliando además el problema de la responsabilidad por hecho ajeno, de ahí que sea preferible mantener este fundamento, pese a tensionar en cierta medida la interpretación del artículo 31 bis CP, en los términos manifestados en el apartado anterior.

-IX-

En un primer momento, con la Reforma del CP de 2010, no se contempló un catálogo de eximentes propio, proyectables a la persona jurídica, a diferencia de lo que acontecía con las circunstancias atenuantes. Sin embargo, con la Reforma del CP de 2015, el legislador dotó al estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas de una eximente referida a la obligación de adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión. Parece lógico que si el fundamento de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas reside en el defecto de organización, las circunstancias modificativas de la referida responsabilidad, se circunscriban al mismo criterio.

Se ha recurrido a la inversión de la carga de la prueba como alarmante fórmula para invocar una exención de responsabilidad penal, que cercena el principio constitucional de presunción de inocencia, lo que, indudablemente, podría sentar un peligroso precedente. A este respecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo sosteniendo que no conviene confundir la finalidad de las actuaciones que persigue la exoneración de la responsabilidad con el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que corresponde, sin matices, a la acusación. Sostener lo contrario, equivaldría a ignorar los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

En cuanto a las causas de justificación del artículo 20 CP, se puede concluir que puesto que suponen una eliminación de la antijuricidad del hecho para la persona jurídica, esta misma aplicación debería revertir también para la persona física, a pesar de que no se haya previsto de forma explícita. Sostener lo contrario carecería de toda lógica.

Por el contrario, tiene sentido que se excluyan del estatuto jurídico-penal de las personas jurídicas las causas de inimputabilidad (ausencia de presupuesto de culpabilidad de las personas físicas) así como las causas de exculpación (algunos estados de necesidad, si se acepta la teoría dualista entorno a esta eximente, y los supuestos de miedo insuperable) que quedan referidas exclusivamente a la persona física.

Las circunstancias atenuantes, definidas en el artículo 31 quater CP, se circunscriben a comportamientos verificados con posterioridad a la comisión del hecho delictivo y giran entorno a la idea de reconocimiento y aceptación de la responsabilidad, así como de colaboración con la Administración de Justicia. Sin embargo, el

arrepentimiento y entrega no es tomada en consideración por el legislador a efectos de valorar una excusa absolutoria (causa de levantamiento de pena) ni siquiera para los casos en los que la colaboración *post delicto* sea decisiva; tampoco se ha previsto excusa absolutoria para la concurrencia de varias atenuantes con un significado muy cualificado.

En concreto, las circunstancias atenuantes operan en dos casos: a) cuando no exista modelo de prevención eficaz pero se pueda acreditar alguna de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 31 quater CP; b) Existiendo un modelo de prevención con anterioridad a la comisión del delito, "se acredite parcialmente su eficacia". Lo anterior no cabe sino entenderlo como un error de sintaxis, por cuanto no proceden las pruebas parciales de hechos. En cualquier caso, la interpretación que se debe efectuar entiende probado que hubo un control menos intenso que el exigido para la exención de plena responsabilidad penal (en lugar de una "acreditación parcial" entendida como prueba en el proceso).

Las circunstancias atenuantes deben quedar acreditadas por los representantes legales de las personas jurídicas, excluyendo así la posibilidad que cualquier otro sujeto vinculado con aquélla, pueda aportar datos beneficiosos para el proceso.

En cuanto a las circunstancias agravantes, el legislador no ha contemplado un catálogo específico y el artículo 31 ter CP únicamente señala que no serán aplicables a la persona jurídica las circunstancias agravantes propias de la responsabilidad de la persona física. Existe una contradicción en el artículo 66 bis CP, por cuanto remite a las

reglas del artículo 66 CP para la graduación de las penas aplicables a las personas jurídicas. Esta remisión resulta incoherente teniendo en cuenta que las reglas del artículo 66 CP regulan los efectos punitivos de la concurrencia de atenuantes, agravantes o bien, reglas compensatorias en caso de concurrencia de ambas. Resulta difícil imaginar cómo se proyectarán estas reglas a la persona jurídica, si se tiene en cuenta que para la responsabilidad de ésta, no se ha instituido un régimen de circunstancias agravantes. No obstante, se tendrán en cuenta las reglas de la reincidencia y la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales, como condiciones agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero teniendo en cuenta que no existe un régimen propio como tal.

A pesar de que los principios de determinación de la pena del artículo 66 bis CP se caracterizan por albergar incertidumbre e indeterminación en sus criterios, deben acogerse de forma positiva ante la evidente escasez de especificaciones legislativas en éstos términos

-X-

El artículo 129 CP establece la responsabilidad de empresas, organizaciones, entidades u agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica, es decir, de las entidades que por su naturaleza jurídica, no puedan someterse al ámbito de proyección del artículo 31 bis CP, de forma que en este sentido, han quedado relegadas a un segundo plano. Albergan un régimen de aplicación potestativa de las consecuencias accesorias vigentes hasta ahora y su contenido implica una previa declaración de responsabilidad penal principal del autor del delito persona física, por lo que se puede concluir que la lógica del

artículo 129 CP dista mucho del artículo 31 bis CP, que recoge una responsabilidad penal directa e independiente de la persona jurídica.

Desde sus orígenes, las consecuencias accesorias han adolecido de criterios claros que permitan la atribución de responsabilidad a los entes, lo que ha generado opiniones dispares sobre su naturaleza jurídica, de forma que, una parte de la doctrina sostiene que se trata de auténticas penas, otros autores defienden su naturaleza de medidas de seguridad, mientras que el sector mayoritario las considera una tercera categoría ajena a las anteriores por cuanto no cumplen con la mayoría de sus particularidades. En este sentido, se comparte la tesis defendida por un sector doctrinal en cuanto a que las consecuencias accesorias no son penas ni medidas de seguridad, pues no guardan relación con la gravedad del hecho, son facultativas y cuyos fundamentos son distintos de aquéllas.

-XI-

El sistema de sanciones introducido por la Reforma del CP de 2010, vino definido por las penas del artículo 33.7 CP. Dejan de calificarse como consecuencias accesorias del delito para configurarse expresamente como penas principales. Para su imposición no se precisa el enjuiciamiento de una persona física pues las penas no tienen carácter accesorio sino principal, lo que las convierte en autónomas.

La función que vienen a cumplir las penas de las personas jurídicas es preventivo general (promover la adopción de medidas de prevención delictiva) y especial por su carácter coercitivo (a excepción de la pena

de multa). Se identifican ausencias relevantes en el sistema de penas como: prohibición de cotizar en mercados financieros u obligación de servicios a la comunidad

El legislador optó por configurar como única pena de imposición preceptiva, la multa, que será aplicable por cuotas o proporcional, siendo que el resto de penas, albergan carácter potestativo, especialmente las medidas más severas cuya imposición adicional se reserva sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis CP. Asimismo se puede concluir, que (al margen de la pena de multa) no existe un sistema de penas concretas vinculadas a cada figura delictiva, sino que se trata de un sistema de penas abierto, donde el Juez o Tribunal podrá facultativamente determinar en cada caso, teniendo en cuenta los criterios a los que se refiere el artículo 66 bis CP. La responsabilidad solidaria que se le atribuía a la persona jurídica para hacer frente al pago de la multa que establecía el artículo 31.2 CP (versión del 2003) fue derogada por la Reforma del CP de 2010.

No se entiende que el legislador, de una parte, haya erigido la multa como pena por antonomasia aplicable a las personas jurídicas, en aras a evitar la imposición de penas menos gravosas desde el punto de vista de la continuidad de la actividad empresarial y, de otra parte, haya definido unas medidas cautelares que encarnan las penas más graves aplicables a las personas jurídicas.

La imposición de la multa a las personas jurídicas como pena habitual aplicada de forma automática, pudiera originar dos efectos negativos: a) disminución del efecto preventivo (ante pérdida de temor de la

imposición de una pena, sobretodo en grandes corporaciones con reconocida solvencia económica) y, b) graves perjuicios económicos en pequeñas empresas con dificultades financieras.

En cuanto a la relación de la responsabilidad de las personas jurídicas con la propia de las personas físicas que actúan, se desdobra en dos vías: a) la absorción de responsabilidad penal por las personas jurídicas, en los casos en los que no pueda individualizarse la responsabilidad de la persona física o bien esta haya fallecido; b) distinción entre responsabilidad penal de la persona física y la jurídica.

En el caso contrario, es decir, cuando la persona física sea efectivamente determinada y declarada culpable, el artículo 31 bis CP permite la acumulación de sanciones, del mismo modo que ocurre en aquellos casos de coautoría, lo cual en un primer momento hace pensar que no se infringe el principio "*non bis in idem*", pero en el supuesto que se impongan doblemente la pena de multa a la sociedad y a la persona física, se prevé una modulación de las cuantías para que no resulte desproporcionada con la gravedad de los hechos.

Llegados a este punto, es necesaria una reflexión específica: si la persona jurídica es entendida como un ente totalmente diferenciado e independiente de las personas físicas que la componen, de manera que hablamos de sujetos distintos, no se entiende el motivo por el que se debe modular la pena de multa en atención al principio de proporcionalidad. Probablemente la llamada que efectúa el precepto a este principio se deba a que se le esta atribuyendo una responsabilidad a la sociedad por hecho ajeno, y a que las penas que, con carácter ordinario, se consignan para castigar a las sociedades son las penas

de multa. Combinados estos dos factores se explicaría la cláusula de llamada al principio de proporcionalidad en el artículo 31 bis CP. De lo contrario, la alusión legislativa carece de sentido pues en todo caso los Tribunales al imponer sanciones penales deben atender al mandato de proporcionalidad en las sanciones con relación a la gravedad del delito cometido.

Para la determinación de la pena, (como ocurre con el grado de culpabilidad atribuido a la persona jurídica) el artículo 66 bis CP contempla determinadas reglas a tener en cuenta por los Tribunales, entre las que se encuentra la verificación del puesto que desempeña la persona en el seno de la empresa, según sea una persona que ostente un poder societario o un empleado sobre el que se han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Puesto que las sanciones que se han previsto para las personas jurídicas tienen la condición de graves, se incide directamente en el plazo de prescripción, que según el artículo 133 CP, tendrá lugar a los 10 años, lo cual significa que las penas impuestas a las personas físicas y a las jurídicas pueden estar sometidas a diferentes plazos de prescripción, y quizá debió haberse mencionado en la Exposición de Motivos de la Ley.

La responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas (120.4 CP) seguirá subsistente para los delitos cometidos por personas físicas que no se encuentren incluidos en el catálogo de delitos capaces de generar responsabilidad penal para las personas jurídicas [si se cumplen los requisitos allí exigidos], mientras que la responsabilidad civil solidaria surgirá aparejada a la declaración de responsabilidad

penal de la persona jurídica (es decir, cuando se perpetre uno de los delitos incluidos en el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal en las personas jurídicas y no concorra ninguna circunstancia eximente). En los casos de absolución de la persona jurídica por no concurrir los presupuestos necesarios para una atribución de responsabilidad penal, se podría concluir que se le eximirá a su vez, de la consiguiente responsabilidad civil aparejada al delito, ante la ausencia de reproche penal.

-XII-

El legislador penal contempla la función de medida cautelar, durante la instrucción penal, de algunas de las penas contempladas en el artículo 33.7 CP. En particular, consigna tal función para la clausura temporal de locales y establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial. Éstas medidas se consideran excesivamente gravosas, en comparación con la multa, erigida como pena aplicable a las personas jurídicas por antonomasia, lo que evidencia una contradicción entre la finalidad que debe cumplir la medida cautelar y la pretendida naturaleza "menos nociva" de las penas. Piénsese en la incongruencia del caso en el que cautelarmente se clausure o se suspenda una actividad (con las ulteriores consecuencias), para finalmente, imponer una pena de multa. Por lo tanto, se entiende que la única medida cautelar compatible con la pena de multa será la intervención judicial.

-XIII-

La "idea" del *Compliance* penal en España no surge como una deber impuesto por la Unión Europea, pues tal obligación no existe como tal. El legislador español, por lo tanto, decidió incorporar el *Compliance* en el Código Penal como un sistema que, a su parecer, cumplirá con la función preventiva de contención de conductas criminales en el entorno de las personas jurídicas, lo que genera recelos en la doctrina y en el ámbito judicial, por cuanto se han incorporado en el CP instrumentos más propios del ámbito administrativo o mercantil.

Si el sentido de un *Compliance* penal es prevenir la perpetración de delitos en el seno de las personas jurídicas, no se acaba de entender por qué los individuos mencionados en el apartado a) del artículo 31 bis 1, es decir, los que albergan capacidades de dirección o control, no se someten a sistema de control, vigilancia y supervisión alguno. Es de suponer que precisamente en las altas esferas es donde residen los mayores riesgos delictivos, sin embargo, los mayores controles para la prevención de la actividad delictiva se proyectan sobre los subordinados. Lo anterior anuda en la siguiente reflexión: si la responsabilidad penal de las personas jurídicas se activa cuando el delito se perpetra "en su beneficio", parece más lógico pensar que a mayor vínculo con la persona jurídica, mayor sea el interés por beneficiarla con la acción delictiva, esto es, los sujetos con capacidades de dirección o control que detentan un mayor interés en beneficiar a la persona jurídica que un subordinado, por lo que, en mi opinión, los sistemas de vigilancia, control y supervisión debieran haberse proyectado, como mínimo, sobre todos ellos por igual.

El hecho de condicionar la aplicación de una eximente a la adopción de un modelo de organización y gestión, puede cuestionar el verdadero propósito de la norma, por cuanto de una parte, las personas jurídicas disponen de un mecanismo relativamente sencillo (*Compliance program*) que prácticamente les garantiza un resultado absolutorio y, de otra parte, subyace un deliberado incremento en la demanda de éstos modelos organizativos bajo el rentable pretexto de "evitar la responsabilidad penal de las empresas". De hecho, ya son muchos los profesionales del Derecho, auditores y consultores que lo publicitan, como uno de sus servicios estrella, ofreciendo incluso paquetes promocionales de servicios de *Compliance* penal.

En cuanto a la naturaleza que alberga el *Compliance program*, no cabe duda que cualquier mecanismo que se integre en una empresa con el objetivo de frenar la actividad delictiva en su seno, reforzará la dificultad de perpetración del delito, en mayor medida que en aquella otra empresa que no disponga de ningún programa o modelo de gestión u organización. Sin embargo, entender el *Compliance program* como elemento único para la evitación de la actividad delictiva empresarial, sería poco realista teniendo en cuenta que el individuo que actúe maliciosamente, hallará la manera de perpetrar el delito zafándose de los sistemas de control.

-XIV-

La falta de apreciación, por parte del legislador, de las evidentes diferencias entre las pequeñas empresas y las grandes organizaciones, en incluso medianas empresas (tanto a nivel de complejidades organizativas, obligaciones financieras, asunción de riesgos, etc.) en

materia de *Compliance* penal y atribución de responsabilidad penal, ha obligado a la Fiscalía General del Estado a efectuar una interpretación de los artículos reguladores del estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el sentido de no otorgar el mismo tratamiento a todos los entes colectivos por igual. Así, la Circular de la Fiscalía General del Estado de 2016, insta a los Sres. Fiscales a verificar *a priori* las dimensiones de la persona jurídica encausada, para proceder a una justa atribución de responsabilidad penal en aras a evitar una fácil vulneración del principio *non bis in idem* (por la habitual confusión de funciones en las pequeñas empresas), y a adecuar las exigencias en materia de *Compliance* penal o control de empleados. En este mismo sentido parecen encaminarse las limitadas resoluciones judiciales dictadas en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La delegación de funciones, a pesar de ser un mecanismo necesario en manos de los empresarios [particularmente útil en las grandes corporaciones], no debe percibirse como un medio que legitima al delegante a desentenderse de su posición inicial de garante, si bien, la figura de la delegación como tal, exige una transformación de ésta en un deber de vigilancia, además de una relación entre delegante y delegado presidida por el principio de confianza. En este contexto cobra importancia la correcta selección del delegado que ejecute las competencias cedidas, la dotación de herramientas necesarias (en el plano formativo y material) y la supervisión proactiva del delegante (mediante controles aleatorios o periódicos). Por último, la delegación de funciones reviste de especial dificultad a la tarea de identificar responsabilidades individuales en el seno de la empresa, por cuanto se agrega la intervención de diversos sujetos, que mediante diferentes

incursiones en el hecho típico, pueden haber contribuido a su producción.

-XV-

La escasas resoluciones judiciales dictadas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas desde su introducción en el Ordenamiento penal con la Reforma del CP de 2010, y las diversas interpretaciones que se vienen efectuando de la norma en las propias resoluciones, evidencian una más que dificultosa labor hermenéutica a la que deben someterse los jueces y Tribunales. De lo anterior, se infiere una cuestionable viabilidad del modelo de responsabilidad penal elegido por el legislador para las personas jurídicas, y la necesaria reflexión acerca de si el contenido de los preceptos reguladores del estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas cumple con el propósito que parecía perseguir de inicio.

INDICE BIBLIOGRÁFICO

ALONSO GALLO, J. "Los programas de cumplimiento" en AAVV *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, DIAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2011

BACIGALUPO, E., *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011

-"Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "compliance" (a propósito del Proyecto de Reformas del Código Penal de 2009), en *Diario La Ley*, número 7442. Viernes, 9 de julio de 2010

BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos" en AAVV, *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativ*, Cuadernos penales José María Lidón, Número 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011

BAJO FERNÁNDEZ, M., "La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro" en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI - En homenaje al Prof. Antonio González-Cuellar García*, Colex, 2006

BASABE SERRANO, S., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas*, Ediciones Abya-Yala, Corporación Editora Nacional, Quito, Diciembre 2003

BAUCELLS LLADÓS, J., "Las penas previstas para la persona jurídica en la Reforma Penal de 2010. Un análisis crítico" en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, 2013, ISSN 1137-7550, pp. 175 a 218.

BERMEJO, M. y PALERMO, O., "La intervención delictiva del *Compliance Officer*" en AAVV *Compliance y teoría del derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013

BOCK, D., "*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013

BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933

CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCIA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

COCA VILA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?" en AAVV *Criminalidad de la empresa y compliance-prevención y reacciones corporativas-*, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), Atelier, Barcelona, 2014

CORDOBA BUENO, M., "Insider Trading" en *Diario Expansión* consultable online mediante el siguiente link: "www.expansion.com/diccionario-economico/insider-trading/html."

CORTÉS BECHIARELLI, E., "Causas de la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4 a, b y c) en AAVV *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015

CUZÓN CÁNOVAS, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada" en AAVV, *Reforma Penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, Cuadernos penales José María Lidón, Número 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. e ISABEL PÉREZ, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídica en el Marco Europeo: las Directrices Comunitarias y su implementación por los Estados" en AAVV, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA

CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal" en AAVV *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. y HERNÁNDEZ, L. "Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013

DE VICENTE MARTINEZ, R. "Sanciones y reparación en el derecho penal económico" en AAVV, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008

DEL CASTILLO CODES, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Artículos doctrinales de derecho penal*, Noticias Jurídicas, Diciembre 2011

DEL MORAL GARCIA, A. "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? (comentarios a la Reforma del art. 31 Código penal)" en *Especial Reforma Código Penal*, SepínNET, Revista Práctica Penal, nº 11, septiembre-octubre 2004

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013" en AAVV *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, ALVAREZ GARCIA, F.J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J.R. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2014

-"Posición de garante del Compliance Officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica" en AAVV *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FARALDO CABANA, P. "Las penas" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015

ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003

FEIJOO SÁNCHEZ, B., Problemas de imputación objetiva en el Derecho Penal Económico y empresarial" en AAVV *Cuestiones actuales de Derecho Penal Empresarial*, Colex, Madrid, 2010

- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV, *Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (Dir.), Thomson Reuters, Navarra, 2011

- *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Ed. Reus, Madrid, 2007

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., La Reforma del Código penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV, *La Reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008

- "Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31 bis 1, 2 inciso 1º y 5)" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015

GARCÍA ARÁN, M., "Hacia un Derecho penal europeo: la propuesta del Corpus Iuris" en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi número 1, 1999

- "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Estudios de derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 115. Madrid, 2007.

GIMENO BEVIÀ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra 2014

GIMENO SENDRA, V. y GIMENO BEVIÀ, J. "Código de buena conducta de las personas jurídicas", consultable online en la página Web del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid, a través del enlace: "[www. icava.org/documentacion/persjuridica.pdf](http://www.icava.org/documentacion/persjuridica.pdf)".

GÓMEZ COLOMER, J.L., "La persona jurídica acusada en el proceso penal español" en AAVV *El derecho penal económico en la era Compliance*, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*; Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005

-*La responsabilidad penal de las empresas en los EE UU*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006

-"El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*" en AAVV *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Ed.), Navarra, 2006

-"Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas -aspectos sustantivos y procesales-*, Ed. La Ley, Madrid, 2011

-*Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial - propuestas globales contemporáneas -*, Aranzadi, Navarra, 2006

-"Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Reforma del Código Penal" en revista *La Ley* número 14962/2010

-"La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial problemática del tercero lucrativo (CP art. 122)" en AAVV *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015

GÓMEZ MARTÍN, V., "Art. 31 bis" en AAVV, *Comentarios al Código Penal-Reforma LO 5/2010*, CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.), Tirant Lo Blach, Valencia 2011.

-*Compliance y derechos de los trabajadores*" en AAVV *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN,L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid 2013

GOMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2010

-"Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas en el sistema español. Antecedentes" en AAVV, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, versión actualizada el 1 de septiembre de 2015

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la Reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", en *Diario la Ley* número 7501, de 3 de noviembre de 2010

GONZALEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31bis CP.*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014

GRACIA MARTIN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General (Tomo I)*. Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1985

-*Fundamentos de dogmática penal-la introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006

HERNÁNDEZ, L., "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica" en AAVV, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013

IGLESIAS, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "Los órganos sociales de las sociedades de capital" en AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENENDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.), Civitas, Octava Edición, Navarra, 2010

ISABEL PÉREZ, A., "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996

KÖHLER, HOLM-DETLEV, MARTÍN ARTILES, A., *Manual de sociología del trabajo y relaciones laborales*, 2ª edición, Delta publicaciones, Las Rozas (Madrid), 2007.

KUHLEN, L., "Cuestiones fundamentales de Compliance y derecho penal" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "*The Insider Trading*" consultable en la página Web de Dialnet, a través del siguiente link:

"www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46443.pdf"

MASCHMANN, F., "Compliance y derechos del trabajador" en AAVV *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013

MAYORDOMO, V., "El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en <razones de equidad, justicia o utilidad pública>" en AAVV *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General* 4ª edición., Barcelona, 1996

- "Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad" en AAVV *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), Edisofer, Madrid, 2014

MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, número 155. Consejo General del Poder Judicial. Estudios de derecho judicial, Madrid, 2009

- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi. Navarra, 2010

- "La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español: de lo accesorio a lo principal" en AAVV *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología, Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, MUÑOZ CONDE, F.J. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

- "Los modelos de unificación del derecho penal en la Unión Europea: reflexiones a propósito del Corpus Iuris", en *Revista Penal* número 3, 1999

- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de Reforma en el Derecho penal español" en AAVV *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009

MORILLAS CUEVAS, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Anales de Derecho*, número 29, 2011, ISSN 1989-5992

MORÓN LERMA, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales" en AAVV, *Las Sanciones Penales en Europa*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, Navarra, 2009

MORÓN LERMA, E. y RODRIGUEZ PUERTA, M.J., "Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad" en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, número 7.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 7ª (edición revisada y puesta al día), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

NAVAS MONDACA, I., "Los códigos de conducta y el Derecho penal Económico" en AAVV *Criminalidad de la empresa y compliance-prevenición y reacciones corporativas-*, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), Atelier, Barcelona, 2014

NIETO MARTÍN, A., "Por qué es útil y necesario sancionar penalmente a las personas jurídicas" en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008

-*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla la Mancha

-"Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal" en *AAVV Compliance y teoría del derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013

NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. La teoría jurídica del delito*, 2ª edición corregida y aumentada, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986

ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Los sujetos de la relación jurídico-administrativa" en *AAVV Manual de Derecho Administrativo Vol. I*, PAREJO ALFONSO, L. (Coord.), Ariel Derecho, Barcelona, 1998

PABLO MONTIEL, J., "Autolimpieza empresarial: *Compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales" en *AAVV Compliance y teoría del Derecho Penal*, KUHLEN, L., PABLO MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013

PALMA HERRERA, J.M., "El papel de los *Compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *AAVV Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PALMA HERRERA, J.M. y GONZÁLEZ TAPIA, M.I. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2014

PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2014

PÉREZ MACHÍO, A.I., "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas" en *AAVV, Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013

PORTAL MANRUBIA, J., "La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última Reforma del Código penal" en *Revista Aranzadi Doctrinal* número 6/2010, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010

PRADEL, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones" en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, número 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia

QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas" en AAVV *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Estudios de derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 115, Madrid, 2007

- "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2015

- *Comentarios al Código Penal. Tomo I 6ª Edición*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011

ROBLES PLANAS, R. "¿Delitos de las personas jurídicas? - A propósito de la Ley Austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos", en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, número 344, Barcelona, Abril, 2006

ROXIN, C., *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales* - Estudios en honor de Klaus Roxin en su 50º aniversario-, 2ª edición, SCHÜNEMANN, B. (comp.), prólogo 2012, introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J.M., B de F, Montevideo, 2012

RUIZ VADILLO, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo" en *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 1. Universidad Nacional de educación a distancia. Facultad de Derecho, Madrid, 1991

SALVO ILABEL, N., en Tesis doctoral "Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno", CUGAT MAURI, M. (Dir.), Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013

-"Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" en AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN, L., MONTIEL, J.P. y ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013

SMITH, A., *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Obra traducida por ALONSO ORTIZ, J., (título original: "An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations"), Valladolid, 1794

TIEDEMANN, K., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado" en AAVV, *La Reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), Publicaciones de la Univ. Jaume I, Castellón de la Plana, 1997

ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos - análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

-"La ampliación al sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal" en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, Ponencia ofrecida por el autor, consultable a través de la página oficial del Ministerio de Justicia, en el enlace: "www.mjusticia.gob.es"

-"Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", en *Cuadernos de política criminal*, número 53, 1994

-"Las consecuencias accesorias aplicables como penas de las personas jurídicas en el Derecho penal español", en artículo disponible a través de la página Web de la Universidad de Friburgo, en el siguiente enlace:

"www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_15.pdf".

ZUNZUNEGUI, F., "Qué son las murallas chinas?" en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, octubre de 2006, consultable a través del recurso electrónico: "www.rdmf.wordpress.com"

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2003

-*"Societas delinquere potest"* en AAVV *La Reforma penal de 2010*, ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., GORJÓN BARRANCO, M.C. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2011

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Sentencias del Tribunal Supremo

STS 774/2005 de 2 de junio de 2005, recurso número 347/2003
STS 816/2006 de 26 de julio de 2006, recurso número 1494/2005
STS 59/2007 de 26 de enero de 2007, recurso número 1064/2006
STS 2/2007 de 16 de enero de 2007, recurso número 1043/2006
STS 480/2009 de 22 de mayo de 2009, recurso número 10084/2008
STS 607/2010 de 30 de junio de 2010, recurso número 424/2010
STS 733/2012 de 4 de octubre de 2012, recurso número 2301/2011
STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016, recurso número 10011/2015
STS 514/2015 de 2 de septiembre de 2015, recurso número 111/2015

Sentencias de Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 742/2014 de 17 de diciembre de 2014, recurso número 1627/2014
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 155/2014 de 19 de febrero de 2016, recurso número 101/2013
Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 48/2001 de 8 de junio de 2001, recurso número 33/2001

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 11/1998 de 2 de junio de 1998
STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008
STC 246/1991 de 19 de diciembre de 1991

