



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado Ciencias Sociales

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Autor:

Javier Escrihuela Chumilla

Directores:

Dr. D. José María Caballero Salinas

Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Dr. D. José Ruiz Espinosa

Murcia, junio de 2019



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado Ciencias Sociales

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Autor:

Javier Esrihuela Chumilla

Directores:

Dr. D. José María Caballero Salinas

Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Dr. D. José Ruiz Espinosa

Murcia, junio de 2019



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DE LO/S DIRECTOR/ES DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. José María Caballero Salinas, el Dr. D. César Augusto Giner Alegría y el Dr. D. José Ruiz Espinosa como Directores de la Tesis Doctoral titulada “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” realizada por D. Javier Escrihuela Chumilla en el Programa de Doctorado de Ciencias Sociales, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011, 1393/2007, 56/2005 y 778/98, en Murcia a 21 de junio de 2019



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DE LO/S DIRECTOR/ES DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. José María Caballero Salinas, el Dr. D. César Augusto Giner Alegría y el Dr. D. José Ruiz Espinosa como Directores de la Tesis Doctoral titulada “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” realizada por D. Javier Escrihuela Chumilla en el Programa de Doctorado de Ciencias Sociales, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011, 1393/2007, 56/2005 y 778/98, en Murcia a 21 de junio de 2019

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO II- METODOLOGÍA.....	29
CAPÍTULO III - LAS PERSONAS JURÍDICAS: CONCEPTO, NATURALEZA, CLASES Y OTROS ASPECTOS.....	31
3.1. Concepto y naturaleza.....	31
3.2. Clases de personas jurídicas:	37
3.2.1 Corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.....	40
3.2.2 Asociaciones de interés particular, civiles o mercantiles, a las que la Ley concede personalidad propia e independiente de la que de cada uno de sus asociados.	41
3.3 La deformación del concepto de persona jurídica. La doctrina del levantamiento del velo.....	43
3.4. La capacidad.....	46
3.5. Representación.....	50
3.6 Extinción.....	54
3.7 Las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado.	55
3.8. Entes colectivos susceptibles de responsabilidad penal	55
3.8.1 Entes colectivos dotados de personalidad jurídica.....	57
3.8.2 Exclusiones:.....	59
3.8.3. Régimen de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción o escisión.....	63
3.8.4. Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares.....	64
3.9 Conclusiones	66
CAPÍTULO IV - DERECHO HISTORICO.....	71
CAPÍTULO V - MODELOS DE IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	83
CAPÍTULO VI - DERECHO COMPARADO	101
6.1- Derecho Alemán.....	109
6.2- Derecho Italiano	110
6.3- Derecho Francés.....	111
6.4. Derecho Anglosajón.....	113

6.5. EEUU	116
6.6. Sudamérica: Chile, Perú y Brasil.....	117
6.7 Títulos de imputación en derecho comparado.....	118
6.8 Sistema sancionador o de penas.....	119
CAPÍTULO VII - FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. TEORÍAS.....	
121	
CAPÍTULO VIII – REGULACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.....	
125	
8.1. Aspectos generales.....	125
8.2. El modelo actual	196
8.2.1. Títulos de imputación	196
8.2.2. Supuestos expresamente previstos en el CP.	236
8.2.3. Imputabilidad	243
8.2.4. Personas jurídicas exentas	272
8.2.5. Circunstancias de atenuación.	280
8.2.6. Penalidad, medidas e intervención de empresas	284
CAPÍTULO IX - MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN. COMPLIANCE PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PYMES.	
315	
9.1. Los modelos de organización y gestión	315
9.2. El régimen de exención de responsabilidad penal.	322
9.3. Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión	327
9.4. La eficacia de los modelos de organización y gestión.	346
9.5. Carga de la prueba.....	366
9.6. Compliance penal.....	374
CAPÍTULO X - JURISPRUDENCIA	
399	
CAPÍTULO XI - ASPECTOS PROCESALES	
455	
CAPÍTULO XII - CONCLUSIONES	
501	
CAPÍTULO XIII- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	
515	

CAPÍTULO I -. INTRODUCCIÓN

La persona que realiza el hecho delictivo es el sujeto activo del delito. Como se estudia en la Parte General de Derecho Penal cabe afirmar que el sujeto activo del delito es la persona que comete el hecho delictivo, delincuente, o protagonista del drama penal en terminología de Ferri¹, que sea cual sea la posición que se adopte en la sistemática del Derecho Penal y en la teoría jurídica del delito, resulta obligado su estudio y referencia, bien con sustantividad propia según se sistematice el Derecho Penal como hace Jiménez de Asúa² en la tricotomía delito, delincuente, pena, o como elemento personal de la acción en la dicotomía delito y pena aceptada por Cuello Calón³, que es el sentido que se le da en la definición del delito que ofrece el art. 10 del Código Penal, cuando señala que : “*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”⁴.

En definitiva, se recogen en dicho precepto todos los elementos del delito: la acción como conducta humana dirigida por la voluntad, incluye la referencia tanto a acciones como omisiones, el elemento de culpabilidad en la exigencia de que las acciones sean dolosas o imprudentes, antes con la expresión culposas; la antijuridicidad y tipicidad en la referencia a “*penadas por la ley*”, consagrando igualmente el principio de legalidad, y por último la punibilidad o establecimiento de una pena, al no concurrir una de las causas excluyentes de la responsabilidad criminal.

¹ FERRI, E., *Sociología criminale*, Roma 1905.

² JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires 1950-1970.
ID., *El nuevo derecho penal*, Madrid 1929.

ID., *La Teoría Jurídica del Delito*, 1931. Discurso pronunciado en la apertura del curso 1931 a 1932.

³ CUELLO CALON, E., *Tratado de Derecho Penal, y la moderna penología*, Barcelona 1958.

⁴ Como señala ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid 2016.

Por tanto, nuestro Código Penal considera al sujeto activo como un elemento de la acción, elemento activo del delito considerado en abstracto, en su posibilidad de autor o cómplice, interesando otras cuestiones como el estudio de su personalidad, sus reacciones, a otras ciencias penales como la Criminología, ajenas a nuestro estudio.

Caracterizado el delito como acción y no un hecho (que es todo acaecimiento de la vida que puede provenir tanto de la naturaleza como de la voluntad humana), supone un ser dotado de inteligencia y voluntad, atributos que solo pueden reconocerse en un principio en el hombre.

Por tanto, desde esta perspectiva, únicamente las personas pueden ser sujeto activo del delito y ostentar la condición de delincuente. No cabe la responsabilidad de animales ni cosas.

En consecuencia, desde siempre se entendía que, desde el punto de vista penal, sólo las personas físicas podían ser penalmente responsables. Otras personas o entes jurídicos no eran susceptibles de ser sometidas al control penal y, por lo tanto, no podían tener responsabilidad penal. En este sentido, se decía que, en nuestro Derecho Penal regía de forma general la máxima: “societas delinquere non potest”. Considerado desde este punto de vista, de lege data, las personas jurídicas no se encontraban sometidas al Derecho penal. Esta afirmación parecía ser tan evidente que no se consideraba a la persona jurídica como sujeto del Derecho penal.

En la actualidad es justamente lo contrario, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se relaciona, fundamentalmente, al ámbito de los delitos económicos, es decir, a todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. En este contexto, resulta de especial importancia la

criminalidad de empresa, como suma de todos los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas. La criminalidad de la empresa establece así una frontera, por un lado, respecto de los delitos económicos cometidos al margen de una organización empresarial y, por otro lado, respecto de los delitos cometidos dentro de la empresa, contra la empresa misma, o contra miembros de la empresa.

En definitiva, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas responde esencialmente a criterios político-criminales vinculados al fenómeno de la denominada criminalidad empresarial. En este sentido, cabe distinguir siguiendo a SCHÜNEMANN⁵ dentro del concepto de criminalidad de empresa entre criminalidad dentro de la empresa y criminalidad desde la empresa. En relación con el particular resulta palmario que la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se vincula directamente con el concepto de criminalidad desde la empresa (o criminalidad de empresa⁶) pudiendo abarcar tanto los supuestos de empresas creadas específicamente para fines delictivos, como aquellos en los que la empresa desarrolla una actividad propia de la economía legal, produciéndose, no obstante, en su seno actuaciones ilícitas (en lo que aquí interesa, de naturaleza penal, lo cual no prejuzga que puedan generarse igualmente ilícitos administrativos)⁷.

Como señala Asier Urruela Mora, en el marco de nuestras sociedades

⁵ SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de la criminalidad de empresa», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (41) 1998, p. 531.

⁶ CESANO, J. D., BALCARCE, F. I., «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (56) 2003, pp. 386-432.

⁷ URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la lo 5/2010: perspectiva de lege lata», en *Estudios Penales y Criminológicos* (32) 2012, pp. 413-468.

postindustriales actuales gran parte de los principales riesgos para bienes jurídicos fundamentales objeto de protección penal (bienes jurídicos de naturaleza individual y colectiva) proceden precisamente de la actuación de determinadas empresas. Ello ha producido una importante corriente doctrinal en España favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siguiendo para ello las tendencias existentes en la esfera comparada. que luego se analizarán . En este sentido, clásica resulta la admisión de dicha responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países anglosajones; destacadamente, Reino Unido que en la esfera legislativa lo recoge ya desde 1925 en virtud de la Criminal Justice Act siendo muy anterior la aceptación jurisprudencial de la misma. Igualmente, países como Estados Unidos reconocen desde hace más de un siglo una responsabilidad penal de los entes colectivos⁸. En la esfera europea continental países como Holanda, ya desde el año 1976 o Francia en virtud del art. 121-2 del Código Penal francés (de acuerdo con la dicción literal de dicho precepto derivada de Ley nº 92-683 de 22 de julio de 1992 de reforma de las disposiciones generales del Código Penal que entró en vigor el 1 de marzo 1994) admiten expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Italia, junto a Alemania en los que sigue rigiendo formalmente el aforismo *societas delinquere non potest*, mantienen un sistema de responsabilidad administrativa (en el caso italiano en virtud del Decreto Legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001) que un sector importante de la doctrina penal sostiene que se configura materialmente como una verdadera y propia responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los problemas de imputación y de prueba que surgen dentro de la criminalidad de la empresa tienen su origen, fundamentalmente, en el hecho

⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid 2011.

de que son personas físicas las que actúan para la empresa. La empresa en sentido estricto, es decir, como unidad organizada y determinada por el fin económico, plantea otra clase de problemas básicamente de derecho procesal y problemas probatorios, el orden jurisdiccional competente, la imputación jurídico penal y su fundamento, y la averiguación del verdadero responsable, entre otros.

No obstante, como veremos con la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/10 de 22 de junio, en nuestra legislación penal española, no solo las personas físicas, también las personas jurídicas son penalmente responsables, en los casos especialmente previstos, como se analizará detalladamente.

Como acertadamente pone de manifiesto DÍEZ RIPOLLÉS,⁹ la legitimidad de la decisión político-criminal adoptada por el legislador español al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en virtud de la LO 5/2010 deriva del hecho de que en el marco de la moderna criminalidad socio-económica, únicamente a través de una eficaz intervención penal en los denominados entes colectivos (integrando, en consecuencia, a las personas jurídicas como sujetos activos del delito) cabe hacer frente de manera efectiva a la misma.

Siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS cabría señalar tres baterías de argumentos manejados doctrinalmente para justificar dicha decisión político-criminal:

- Necesidad de una intervención penal en los entes colectivos a la luz de las dificultades para exigir responsabilidades individuales en el seno de organizaciones complejas en las que la responsabilidad tiende a difuminarse.
- Escaso efecto preventivo en la empresa de la responsabilidad individual

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (1) 2012, pp.1-33.

o de la propia del derecho administrativo sancionador, repercutiendo únicamente de manera efectiva y eficaz sobre el ente colectivo la responsabilidad penal.

– Por último, las sanciones penales a personas jurídicas buscarían implicar de manera efectiva a las propias empresas en la prevención y detección de los delitos cometidos en su seno por parte de personas físicas. Con ello, se estaría vinculando la introducción de la responsabilidad penal a la promoción de la autorregulación en la esfera empresarial (destacadamente a través de los llamados Compliance Programs o programas de cumplimiento corporativo ya introducidos de manera rutinaria en la praxis cotidiana de numerosas empresas).

Existían supuestos en el derecho antiguo de responsabilidad colectiva en los que la responsabilidad de un reo transcendía al grupo familiar o social, así en las Partidas¹⁰ que imponía la infamia a los hijos varones del traidor por la maldad que hizo su padre. Aparte del interés anecdótico no existen en nuestro sistema restos de tales responsabilidades colectivas.

Cuestión distinta a la antes referida de responsabilidades colectivas, es la relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas, sobre la base del principio considerado fundamental de *societas delinquere non potest*, en virtud del cual se negaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre la consideración de la persona jurídica como una ficción a la que no podía atribuirse una voluntad susceptible de ser examinada conforme al principio de culpabilidad, ya que se entendía que solo la persona humana

¹⁰ Las Siete Partidas (o simplemente Partidas) es un cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo xiv recibió su actual denominación, por las secciones en que se encontraba dividida. Partida 421 que establece las penas de los traidores: “Muerte o confiscación de bienes para el reo, infamia e inhabilitación absoluta de sus hijos varones para cargos de honra, herencias y legados, parcial en este último punto para las hijas...”

individualmente considerada podía ser sujeto de una acción penalmente relevante, no podía serlo una persona jurídica, cuya naturaleza era una entequeia, formulándose objeciones por cuanto se decía que de aceptar tal criterio, era contrario al principio de personalidad de las penas al castigarse indirectamente a todos los miembros algunos de los cuales, sin duda, no habrían tenido intervención, y que no podía hablarse de penas, pues a un grupo o entidad no le era imponible por ejemplo la prisión, aunque es cierto que pudieran ser disueltas, lo que equivalía a su muerte.

No obstante, la tesis en favor de la responsabilidad criminal prosperó en las legislaciones, castigándose primeramente a las personas individuales que cometían esos hechos ilícitos en el seno de las sociedades, y más tarde a las propias personas jurídicas.

Aun así se plantean dudas sobre las sanciones a aplicar y, en especial, acerca del fundamento de la culpabilidad, en relación con los criterios de imputación, que no son coincidentes con los que rigen para las personas físicas. Parte de la doctrina justifica su incriminación para evitar que los fines societarios se consigan mediante la comisión de delitos, o que la falta de control o los defectos de organización posibiliten la vulneración de la ley penal por las personas que gobiernan las personas jurídicas o por los individuos a través de los cuales las entidades actúan. Tal cuestión se analizará más detalladamente.

En esta consideración, la consagración legislativa de una responsabilidad penal de las personas jurídicas supone, de momento, la derogación de uno de los principios esenciales de nuestro Derecho Penal tradicional, formulado a través del conocido axioma “*societas delinquere non potest*”, lo que suponía la imposibilidad de delinquir de manera que en ningún caso podía ser sujeto activo de hechos criminales.

Tras la Ley Orgánica 5/2010, de modificación del Código Penal, el panorama cambia ya que tal principio queda sustituido por el de “*societas delinquere et puniri potest*”. No obstante, GÓMEZ MARTÍN¹¹, señala que la verdadera derogación se produce respecto del principio *societas puniri non potest*, pues que la persona jurídica pueda ser penada no significa que el legislador haya entendido que pueda delinquir.

Este nuevo modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, que sí era posible en otros órdenes jurídicos (derecho administrativo, derecho mercantil, particularmente.) era desconocido en el Derecho Penal, básicamente por los principios básicos tales como el de culpabilidad y de personalidad de las penas.

La doctrina tradicional negaba la posibilidad de esta responsabilidad dado que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva. Por tanto, y para este sector, no era posible concebir a la persona jurídica como sujeto activo del delito debido a que ese ente colectivo no puede realizar una acción penalmente relevante (no puede matar, ni violar, etc.) no podía, por tanto, ser declarada culpable ni tampoco se le puede imponer una pena (POLAINO¹²).

No obstante lo anterior, la responsabilidad penal de la persona jurídica surge, en palabras de ZUGALDÍA ESPINAR¹³, “como un intento serio de lucha contra la corrupción y la criminalidad económica organizada”, lo que es acorde con la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal que la instaura, y en tal contexto actual debe

¹¹ GÓMEZ MARTÍN, V., *Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo*, Madrid 2012.

¹² POLAINO NAVARRETE, M. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Perú 2009.

¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (4) Valencia 2010.

valorarse.

La responsabilidad de la persona jurídica en nuestro país inició su andadura a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983¹⁴, que incluyó en el artículo 15 bis del viejo código la responsabilidad personal del directivo, órgano de la persona jurídica o representante (legal o voluntario, se decía) por los hechos cometidos por las entidades aun cuando no concurrieran en aquel las condiciones necesarias para la aplicación del delito de que se tratara (el ejemplo paradigmático lo constituye el delito fiscal en el ámbito societario en el que el sujeto pasivo del tributo –y verdadero defraudador según el derecho tributario- es la sociedad y no la persona física que administra a dicha sociedad, aun cuando se entendía que en tales casos realmente quien cometía el acto delictivo era la persona física).

Como se razonaba en la propia exposición de motivos de la citada ley, la rigurosa interpretación de la autoría dificultaba la imputación de responsabilidad al que se presume verdadero autor dada las condiciones y cualidades que éste debe tener. Esto es, se negaba a la persona jurídica las cualidades necesarias para ser considerada autora de hechos criminales.

En el año 1995, con la instauración del vigente Código Penal, se producen

¹⁴ Anteriormente el Proyecto Silvela del Código Penal (1884) afirmaba que “por una parte que la responsabilidad criminal es individual y [disponía], por otra, la posibilidad de imponer las medidas de suspensión y disolución de las sociedades”, criterio que fue precisado en el Código penal de 1928 al establecer como medidas de seguridad la disolución, suspensión o supresión de las entidades o personas jurídicas. Así lo recuerda MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General* (9) Barcelona 2011. Concretamente se disponía en el artículo 25 del Proyecto que “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 proporciona, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los Tribunales decretarán en la sentencia la suspensión de las funciones de la sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda”, aunque como señala MORILLAS CUEVAS esta especie de responsabilidad penal de las personas jurídicas sería una excepción ya que el propio artículo se inicia con la rotunda afirmación de que “la responsabilidad por los delitos o faltas es individual” (MORILLAS CUEVA, L., «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», en *Anales de Derecho* (29) 2011, pp. 1-33.

dos cambios importantes en la materia que nos ocupa. Por un lado, se modifica la cualidad del autor persona física dentro de la entidad jurídica descrita en el anterior artículo 15 bis –se ubica en el artículo 31- pasando de directivo u órgano a administrador de hecho o de Derecho, y de otro, en el nuevo artículo 129 se incluye un haz de consecuencias accesorias que podían imponerse directamente a la persona jurídica con el fin de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, y que iban desde la clausura definitiva o temporal de la empresa hasta la disolución de la sociedad, pasando por medidas de intervención, etc.

Sería más adelante, concretamente en el año 2003, cuando por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, se incorpora al Código un segundo apartado en el artículo 31 que modifica ampliamente el escenario y augura en cierto modo la situación creada con la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010. En aquel apartado segundo se implantaba la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica cuando el autor persona física, en cuyo nombre y por su cuenta actuaba, fuera condenado, en los supuestos establecidos, a pena de multa. Dicho de otro modo, cuando el delito fuera cometido a través de una persona jurídica (o “por ella misma” pero a través de las personas físicas que la dirigen) y la pena a aplicar por ese delito fuera la de multa, la persona jurídica respondería solidariamente respecto de esa pena.

En aquel contexto legal, vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, la persona jurídica podía por tanto sufrir consecuencias accesorias (vía artículo 129 del Código Penal) y/o ser responsable directo y solidario del pago de la pena de multa impuesta al autor del delito (vía 31.2 del Código Penal), pero en caso alguno podía ser sujeto responsable de una conducta penal.

Como señala ADÁN NIETO¹⁵, pese a que la intención del legislador fue probablemente establecer una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, el art. 31 puede interpretarse como un supuesto de responsabilidad civil de la sociedad por la sanción impuesta al administrador, semejante a la que ha existido tradicionalmente en el ordenamiento italiano.

Este marco legal –Art. 31.2 y al Art. 129 Código Penal- queda derogado completamente por la Ley Orgánica 5/2010 que instauro un sistema autónomo de responsabilidad penal de la persona jurídica, articulado a través del extenso y nuevo artículo 31 bis del Código Penal. En concreto se deroga el artículo 31.2 y se modifica la redacción del artículo 129 que pasa a regular las medidas aplicables a aquellas entidades que, por carecer de personalidad jurídica, no pueden incardinarse en el actual artículo 31 bis.

Solo la reforma operada en el año 2010 constituye la completa derogación, o supuesta superación, de la vieja locución *societas delinquere non potest*, y por tanto es a partir de dicha fecha cuando se instauro la verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas .

Entre las causas que, según algún sector doctrinal y la propia exposición de motivos de la LO 5/2010, han inspirado la instauración de esta responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran, por un lado, las numerosas recomendaciones que en instrumentos internacionales y

¹⁵NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid 2008, p. 204.

Europeos¹⁶ - la llamada Third Party Strategy¹⁷ - se han hecho en ese sentido respecto de algunos delitos y, por otro, las numerosas estadísticas que constatan la participación directa o indirecta de la persona jurídica en la comisión de determinados delitos. Así se refiere a la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

En este sentido MORILLAS CUEVA¹⁸, afirma que ésta supuesta exigencia internacional debe necesariamente relativizarse, pues como bien

¹⁶ Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas; Decisiones marco 2001/413/JAI, 2002/629/JAI, 2003/BO/JAI, 2004/757/JAI, 2005/222/JAI, 2005/667/JAI, 2004/6B/JAI; Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE, así como también otros instrumentos, como el Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción o el Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales

¹⁷ "Implicación político-criminal de la empresa en la evitación de la comisión de conductas delictivas que puedan favorecerle", en MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General* (9) Barcelona 2011.

¹⁸ MORILLAS CUEVA, L., «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», en *Anales de Derecho* (29) 2011, pp. 1-33.

indica 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 Ley Orgánica número 5/2010 ni los tratados internacionales ni el llamado Derecho penal de la Unión Europea plantean la radical obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza distinta a las penas.

Como señala DEL ROSAL BLASCO¹⁹ se trata de una explicación parca que ni aclara, exactamente, el por qué de su necesidad político-criminal en el actual contexto social y económico español ni le dedica el menor esfuerzo a argumentar nada acerca de la conveniencia o idoneidad del concreto sistema de atribución de responsabilidad elegido.

Es más, frente a este argumento, debemos recordar que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 2 de octubre de 1991 (caso proceso penal contra Paul Vandevenne y otros), y concretamente respecto de la interpretación del artículo 15 del Reglamento (CEE) núm. 3820/85 del Consejo, de 20 diciembre 1985 contestaba al interrogante de si se pretendió al redactarse dicho artículo introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados miembros en que es desconocida o es menos conocida, en los términos siguientes:

“Según jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia (véase la reciente Sentencia de 10 julio 1990, Hansen, C-326/88, Rec. pg. I- 2911, apartado 17), cuando un Reglamento comunitario no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando

¹⁹ DEL ROSAL BLASCO, B., «Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas en La Ley Orgánica 5/2010», en *Enfoque XXI*, Barcelona 2011.

remita a este respecto a las disposiciones nacionales, los Estados miembros conservarán una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones. Sin embargo, de conformidad con el apartado 5 del Tratado CEE (LCEur 1986\8), que impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, éstos deben velar por que las infracciones de un Reglamento comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.”

Por tanto, lo único a lo que viene obligado el Estado es a introducir en el ámbito interno una normativa que contenga una sanción efectiva, proporcionada, preventiva y disuasoria, que perfectamente puede ser de carácter administrativo sancionadora, pero en modo alguno, la Unión Europea puede imponer una ruptura en el ordenamiento español mediante la introducción de un sistema penal en el que la única característica es la de imponer una pena a la persona jurídica, omitiendo consideraciones de orden constitucional en tanto esta responsabilidad formal adolece, desde perspectivas generales, del componente culpabilístico (ejemplo de ello es Alemania, que remite cualquier reproche al derecho de contravenciones o administrativo, y no al Derecho Penal).

La posterior reforma de 2015 insiste en las recomendaciones internacionales para llevar a cabo la reforma a las que se refiere la propia exposición de motivos de la LO 1/15 de reforma del CP, más concretamente a las recomendaciones de la OCDE en el informe adoptado por el Grupo de trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones

Comerciales Internacionales.

La previsión de una pena por la utilización de personas interpuestas (con la consecuente aplicación de medidas accesorias para la persona jurídica) era ya una realidad con la anterior regulación, entendiendo que la creación de un modelo genérico y directo de responsabilidad penal para las personas jurídicas acarrea problemas más profundos de índole procesal y sustantivo sobre los que la doctrina discrepa y sobre los que la jurisprudencia no termina de pronunciarse, mas concretamente con los problemas del fundamento de la imputación, las vías de imputación, si estamos en presencia de una responsabilidad vicarial o por transferencia, o por el contrario una responsabilidad por el hecho propio y autónoma de la persona jurídica, la eficacia y consideración de los modelos de organización, y un sinfín de cuestiones que dada la novedad del sistema ,ofrecen soluciones variadas a los temas que se plantean, y mas a nivel dogmático, existiendo tantas soluciones como autores se pronuncian del tema.

CAPÍTULO II- METODOLOGÍA

El estudio que vamos a realizar constituye un análisis cualitativo, ya que los análisis metodológicos empleados son: teóricos, manejando fuentes documentales y etnográficos, a través del análisis de realidades concretas con colectivos concretos .

Ante el planteamiento de llevar a cabo una investigación en la que se incluye el comportamiento humano y las normas sociales se piensa en términos de si la investigación ha de ser de tipo cualitativo o cuantitativo. En nuestro caso, el valor de las construcciones teóricas que incluye la investigación, conceptos, definiciones, representaciones, descripciones, etc., como hipótesis de perfectibilidad de una pequeña parte de la realidad social, dependen de la experiencia para su legitimación, y, a su vez, son el resultado de la coordinación de ideas recogidas en la experiencia, para aplicarlas a la mayor extensión posible. Estas construcciones teóricas sirven de andamiaje al conocimiento de una parte de lo real y, a su vez, se correlacionan en un sistema infinitamente perfectible. De manera que, solamente van a sobrevivir las más coincidentes con el fin último para el que fueron concebidas.

Mediante la utilización de método fundamentalmente inductivo deductivo, basado en las fuentes del ordenamiento jurídico, así como de los estudios doctrinales existentes sobre la materia, realizaremos un exhaustivo análisis sustantivo de los documentos encontrados.

Dentro de las técnicas metodológicas que hemos utilizado, destaca la observación documental a través de:

- Metaanálisis: búsqueda documental y tratamiento de datos

- El análisis de contenidos: unidades de análisis, categorización, codificación y cuantificación
- El análisis secundario: fuentes de datos, análisis e interpretación

La documentación analizada incluye monografías, revistas especializadas, nacionales e internacionales, fuentes demográficas e históricas, prensa y conferencias. Todo ello para aportar rigor científico a la presente obra.

CAPÍTULO III - LAS PERSONAS JURÍDICAS: CONCEPTO, NATURALEZA, CLASES Y OTROS ASPECTOS.

3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

La capacidad jurídica, la cualidad de sujeto de derecho (la personalidad), la tienen no sólo las personas físicas, los seres humanos, sino también ciertas organizaciones que tienen una base humana y gozan de personalidad jurídica independiente de las personas físicas que las crean, integran o dirigen. Estas organizaciones son las personas jurídicas.

Esta idea de organización inspira la definición de Albaladejo²⁰: “organización humana encaminada a la consecución de un fin, a la que el Derecho acepta como miembro de la Comunidad, otorgándole capacidad jurídica”.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, proclamada por las Naciones Unidas, dispone en su artículo 20 que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. En el mismo sentido, en la Constitución española artículo 22.1 dispone “Se reconoce el derecho de asociación.”

No obstante, el concepto actual de la persona jurídica se forma a través de una larga evolución histórica que no culmina hasta época reciente. En este sentido, se ha dicho que, aunque las fuentes son fragmentarias y poco claras, el derecho romano no llegó a formar un concepto abstracto de persona como sujeto de derecho, y mucho menos de persona jurídica. Sí se reconoció cierta personificación a entidades vinculadas al ámbito de lo público, como

²⁰ ALBALADEJO, M., *Derecho civil. Introducción y parte general*, Madrid 2006 .

el *populus*, el municipio o los *collegia*. Los conceptos que los romanos aplicaban a estas realidades eran los de “*corpus*” y el de “*universitas*”.

En el derecho intermedio, a través de la glosa de los textos romanos, se continúa en la elaboración de los conceptos de *corpus* y *universitas*.

En el derecho canónico se introducen dos figuras que también están en el origen de las modernas asociaciones: los monasterios, como colectividades de personas, y las *causae piae*, precursoras de las fundaciones.

En la época moderna será cuando la figura de la persona jurídica se desarrolle dentro del derecho privado, a través de la creación de la “compañía”, que pretendía obtener de una pluralidad de pequeños inversores los recursos necesarios para grandes empresas comerciales, como el comercio con de las Indias. Se trataba de entidades creadas por una especial concesión del monarca, que les concedía el beneficio de la limitación de responsabilidad.

Con el triunfo de las ideas liberales en el siglo XIX, se sustituirá el sistema de previa autorización del monarca (*oktroi*), por el de libre constitución, sin perjuicio del posible control de legalidad.

Los Ordenamientos modernos reconocen las personas jurídicas, con una amplitud que ha llegado, según algunos autores, a deformar su concepto inicial, como veremos.

No obstante, a la hora de establecer un concepto, cabe afirmar que, bajo cualquier condición, se considerarán personas jurídicas las recogidas en el artículo 35 del Código Civil. En cualquier caso, existen dos rasgos definitorios de las personas jurídicas, su estructura y capacidad jurídica.

Las teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas han sido numerosísimas. En ellas subyace una cuestión política, el control del Estado sobre estas figuras intermedias. Podemos clasificarlas del siguiente modo:

I. Teorías negativas

Partiendo del concepto de derecho subjetivo y de la consideración del sujeto del mismo, se ha negado la existencia de la persona jurídica. Windscheid sostuvo la posibilidad de derechos subjetivos sin sujeto, relacionándolos con la persona jurídica. Según Ihering²¹, los sujetos de derecho son siempre las personas físicas; la persona jurídica no es sujeto de derecho, es decir, no es verdaderamente persona, aplicando su teoría del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, en cuanto los titulares del interés son siempre, en última instancia, las personas físicas. Negó también la persona jurídica como sujeto de derecho, Brinz, quien la consideraba como patrimonio sin sujeto, que tiene el destino de servir a un fin. Acentuando también el aspecto patrimonial, Planiol²² consideró a la persona jurídica como una forma de propiedad colectiva, sin llegar a ser sujeto de derecho.

Estas teorías tienen un interés puramente histórico, en cuanto la realidad de las personas jurídicas se encuentra hoy plenamente consagrada.

II. Teorías positivas

Tienen en común que reconocen la existencia de las personas jurídicas como sujetos de derecho independientes de las personas físicas que las integran. Son las siguientes:

A. Teorías de la ficción.

Según dice De Castro²³ “aunque la expresión “ficticio” suscita la idea de falso, mentido o irreal, este sentido solo minoritariamente se ha atribuido a la persona jurídica”.

Los precedentes de estas teorías se remontan al Derecho canónico y aparecen claramente en el Derecho intermedio. Se atribuye al canonista

²¹ VON IHERING, R., *El fin en el Derecho*, Granada 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho*, Granada 2000.

²² PLANIOL, M., *Tratado elemental de derecho civil*, Cajica 1984..

²³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid 2008.

Sinibaldo De Fieschi (que luego fue el Papa Inocencio IV) la idea de persona ficta (teoría creada por este canonista con la finalidad de que el castigo impuesto a ciudades o estados no afectase directamente a los ciudadanos de las mismas). No obstante, dicen Díez Picazo y Gullón²⁴, que los juristas medievales en general consideraron a la universitas una realidad distinta de sus miembros.

Su formulación moderna se debe a Savigny²⁵, quien consideraba a la persona jurídica como un sujeto creado artificialmente por la ley para tener un patrimonio. El Ordenamiento positivo, según Saigny, puede tanto negar la personalidad a ciertos seres humanos, como los esclavos, como extenderla a entes morales, las personas jurídicas, aunque distingue Savigny entre las personas jurídicas con personalidad previa al reconocimiento del Estado, como las ciudades, de las que la adquieren solo por reconocimiento estatal.

Según explica De Castro, esta teoría pretende fortalecer al Estado a costa de las entidades intermedias, recordando la condición de Savigny de estadista prusiano.

B. Teorías de la realidad

B.1. Teoría de la realidad orgánica.

Otto von Gierke, con precedentes en la escuela iusnaturalista (Grocio, Puffendorf) y partiendo de la tradición germánica, defendió la teoría de la realidad orgánica o personalidad real de la persona jurídica, entendiendo que es una persona efectiva y completa, como la individual. Su alma está en la voluntad común; su cuerpo en el organismo asociativo; su comportamiento en la realidad es semejante al del ser humano; tienen una propia potestad de querer y son capaces de ser sujetos de Derecho. Por todo ello, el reconocimiento de su personalidad por el Ordenamiento jurídico no es

²⁴ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 2016.

²⁵ SAVIGNY, M. F. C., DURÁN Y BAS, M., *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid 2004.

constitutivo, sino declarativo, es decir, no es más que la declaración de que estos entes tienen capacidad jurídica.

Políticamente es una teoría completamente distinta a la de Savigny, buscando librar a las colectividades y municipios del control absoluto del Estado.

B.2. Teoría de la realidad jurídica.

Es quizá la teoría que más aceptación, con matices y salvedades, tiene en la doctrina actual. Fue formulada por Ferrara²⁶ y su idea central es que la persona jurídica es una forma o vestidura jurídica que los entes sociales reciben del Ordenamiento positivo. Pero, aunque sea el Estado el que reconoce su personalidad, en la persona jurídica existe un substrato real, aunque no equivalente al ser orgánico.

En nuestro Derecho, la Constitución (artículos 22 y 34, antes citados) reconoce los derechos de asociación y fundación, que son la base de las personas jurídicas. Una consecuencia natural de estos derechos podría ser el reconocimiento de la personalidad jurídica a las asociaciones de personas o a las organizaciones fundacionales, con los requisitos que el Estado decida en cada caso (recordar que la teoría del levantamiento del velo, que después analizaremos, tiene su base precisamente en la falta de substrato real de la persona jurídica, lo cual, por lo tanto, se considera un presupuesto necesario de la persona jurídica).

No obstante, como señalan Díez Picazo y Gullón²⁷, la existencia de un grupo de personas asociadas para un fin común, no siempre conduce a la atribución de personalidad jurídica, citando ejemplos como las comunidades de propietarios de un edificio en propiedad horizontal. Otro supuesto en el que se ha negado la personalidad jurídica a grupos de personas asociadas es

²⁶ FERRARA, F., *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid 1921.

²⁷ Díez-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 2016.

el de las comunidades vecinales de montes en mano común, a pesar de que la ley reguladora les reconozca plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, lo que se ha interpretado que no equivale a reconocimiento de personalidad jurídica (así Resolución DGRN de 20 de marzo de 2014, que se funda en la falta de personalidad jurídica de las comunidades de montes vecinales para negar que puedan constituir sociedades mercantiles).

Aunque las teorías de la realidad jurídica tienen una amplia difusión doctrinal, en realidad, en la evolución legislativa de nuestro derecho se aprecia una gran influencia de las teorías de la ficción, no tanto en cuanto al sometimiento a un mayor control estatal, sino en cuanto a la flexibilización de los requisitos necesarios para adquirir la personalidad jurídica, lo que implica que el legislador puede prescindir de la existencia de un auténtico sustrato personal o real de la persona jurídica, y citaremos dos ejemplos dentro del ámbito del derecho de sociedades, que constituyen en la práctica las personas jurídicas más numerosas y económicamente importantes en el tráfico.

- La admisión de la sociedad mercantil unipersonal.

La Resolución DGRN de 21 de junio de 1990 (que admitió la unipersonalidad sobrevenida en las sociedades de capital) consideró en franca decadencia las tesis realistas, declarando “el sustrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico a que apelan las tesis realistas, sino la unidad artificial de imputación «válidamente constituida» (cfr. art. 35.1, II CC), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas.”

Posteriormente a esta resolución, la legislación mercantil admitió la unipersonalidad, tanto sobrevenida como originaria, de las sociedades mercantiles.

- La desaparición del sustrato patrimonial de la sociedad.

La reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización (además de extender el beneficio de la limitación de responsabilidad al emprendedor persona física), admite la llamada sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva, para la que no se exige verdaderamente un capital social mínimo, con lo cual el sustrato patrimonial de la sociedad puede faltar en el mismo momento de constitución de la misma.

3.2. CLASES DE PERSONAS JURÍDICAS:

El artículo 35 Código Civil dispone:

“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 válidamente 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.”

En la doctrina se han propuestos diversos criterios de clasificación de las personas jurídicas:

1- Personas jurídico públicas y privadas.

El criterio de distinción entre unas y otras es el encuadramiento en la organización estatal. Son personas jurídico-privadas las ajenas a la organización estatal y personas jurídico-públicas las encuadradas en la organización estatal.

Dentro del concepto de administración pública se incluye la administración pública territorial (el Estado, las Comunidades Autónomas, las provincias, los municipios, entes locales menores), y la llamada administración pública institucional, pero determinar la extensión de esta

última puede plantear dificultades. La Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, integra en la Administración institucional los denominados organismos autónomos, pero no las entidades públicas empresariales y las sociedades anónimas con capital total o parcialmente público (aunque se ha reconocido una excepción para las sociedades de los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona, basada en Leyes especiales).

Aunque no sean propiamente “administración pública”, ciertas entidades, como partidos políticos o sindicatos, sí pueden considerarse parte de la organización estatal, teniendo en cuenta su reconocimiento constitucional, y, en consecuencia, su condición será de personas jurídico-públicas.

2- Personas jurídicas de interés público y de interés privado.

Es la distinción que recoge el artículo 35 del Código Civil. No coincide exactamente con la anterior, pues puede suceder que una persona jurídica privada busque un interés público, y en ocasiones, será así por propia definición (caso de las Fundaciones). Entre las de interés público, el Código Civil menciona a las “corporaciones, asociaciones y fundaciones”, y entre las de interés privado, a las asociaciones, civiles, mercantiles e industriales.

En cuanto a las corporaciones, si atendemos al Código Civil, su particularidad es la de haber sido creadas o reconocidas expresamente por ley, que les otorga su concreta capacidad, mientras el resto de personas jurídicas se crean por negocio jurídico. Pero hay autores, como Marín López²⁸, que identifican corporación con ente de naturaleza jurídico-pública.

No obstante, hay ciertas entidades calificadas legalmente como corporaciones, cuya condición presenta matices. Así, los colegios profesionales (Ley 2/1974, de 13 de febrero), las comunidades de regantes

²⁸ MARÍN LÓPEZ, J. J., *Comentarios al Código Civil*, Valencia 2013.

(Texto Refundido Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), y las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación (Ley 3/1993), calificadas todas ellas por su respectiva legislación reguladora como corporaciones de derecho público, atienden también a la defensa de intereses privados de sus miembros. Su especial condición ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia, que ha negado a los colegios profesionales (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 28 de noviembre de 2011) y a las comunidades de regantes (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 15 de diciembre de 2006), la condición de administración pública institucional (a los efectos de rechazar la aplicación a dichas entidades de la exención subjetiva en el impuesto de transmisiones patrimoniales prevista para la administración pública institucional). Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 (sobre la LOAPA -Ley orgánica de armonización del proceso autonómico-) declaró, en relación a las cámaras oficiales, que dichos entes participan de la naturaleza de las administraciones públicas (a los efectos del reconocimiento de competencias legislativas sobre las mismas al Estado).

3- De base personal y de base patrimonial o institucional.

La asociación es una organización formada por un grupo de personas, que deciden sobre su funcionamiento. Son *universitas personarum*. La fundación es una organización creada (fundada) por una persona (el fundador) para cumplir un fin de interés general impuesto por ésta, para lo cual le ha dotado de medios económicos adecuados. Su esencia radica en la dotación de los medios adecuados para el fin. Son *universitas bonorum*.

Dentro del concepto genérico de asociación, se distinguen las asociaciones *stricto sensu* (reguladas por Ley de 22 de marzo de 2002), que aun pudiendo perseguir fines privados no tienen un directo ánimo de lucro, de las sociedades civiles o mercantiles, caracterizadas por el ánimo de lucro.

Según el artículo 36 Código Civil, a las asociaciones de interés particular, civiles, mercantiles o industriales, les aplicarán las disposiciones del contrato de sociedad, según su naturaleza.

3.2.1 Corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

A las “asociaciones y fundaciones” se refieren los artículos 22 y 34 de la Constitución. La diferencia entre Corporaciones y Asociaciones de interés público radica según la opinión doctrinal más extendida en que las Corporaciones son creadas por Leyes especiales que establecen su regulación propia en cada caso, mientras que las Asociaciones son creadas por la voluntad individual y reconocidas por el Derecho en la forma que la Ley general en la materia determina. A las asociaciones de fines no lucrativos se refiere el artículo 22 de la Constitución, desarrollado por la Ley de asociaciones de 22 de Marzo de 2002.

Su inclusión en el régimen del 31 bis del Código Penal no parece plantear problema, pues en ambos casos tienen personalidad jurídica si se cumple lo preceptuado, es decir, en el primer caso la entrada en vigor de una Ley y en el segundo su acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, y habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el simple otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10 de la citada Ley. Por tanto la única formalidad es el contrato fundacional.

A las fundaciones se refiere el artículo 34 de la Constitución, que reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley, y desarrollado por la Ley de 26 de diciembre de 2002, Las Fundaciones son entidades jurídicas distintas de las sociedades. Así, mientras que las sociedades toman como base una colectividad de sujetos,

las Fundaciones se constituyen en torno a un conjunto de bienes destinados a la realización de unos fines concretos.

En nuestra legislación, las Fundaciones no pueden adoptar formas societarias, aunque pueden actuar en el tráfico mercantil. Así, el artículo 28 del Reglamento de Fundaciones Culturales permite a estas entidades la realización de actividades mercantiles o industriales que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, siempre que se dé cuenta de ellas al Protectorado, sin que, en los demás casos, estas Fundaciones puedan ejercer por sí mismas estas actividades, sin previa y expresa autorización de aquél. Y es aquí donde reside su equiparación a las sociedades a efectos de la aplicación de los preceptos penales.

Tanto asociaciones como fundaciones son sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

3.2.2 Asociaciones de interés particular, civiles o mercantiles, a las que la Ley concede personalidad propia e independiente de la que de cada uno de sus asociados.

Con respecto a las sociedades civiles según el artículo 1.665 del Código civil:

"la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias".

El Código Civil se refiere a la personalidad jurídica de la sociedad civil en los siguientes artículos: el citado 35 y el artículo 1.669 que señala que *"no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros"*. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Es decir que no tendrán

personalidad jurídica. Que a una sociedad civil no se la inscriba en el pertinente registro y se mantenga, como dice el artículo citado, en secreto los pactos la priva de personalidad jurídica y, por tanto, no serían responsables penalmente mediante el régimen del 31 bis Código Penal sino con el del 129 del Código Penal.

Con respecto a la sociedad mercantil es persona jurídica que nace por consecuencia del contrato de compañía cuando se cumplen las formalidades señaladas al efecto por la Ley tal y como señala el artículo 116 Código de Comercio. Es decir, para tener personalidad jurídica deberá cumplir los requisitos de forma y de publicidad que prescribe el artículo 119 del Código de Comercio, esto es: escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. El artículo 122 del Código de Comercio, señala: "*Por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: la regular colectiva, la comanditaria, simple o por acciones, la anónima, la de responsabilidad limitada*".

La fórmula "por regla general" indica que la enumeración es ejemplificativa, existe además una variada tipología que nace de Leyes especiales, así: las sociedades laborales; las de capital riesgo, las de inversión colectiva, las sociedades profesionales, la sociedad cotizada y la sociedad europea.

El artículo 124 del Código de Comercio complementa el catálogo anterior con otros dos tipos sociales: las mutuas y las cooperativas, siempre que se den una serie de requisitos que el mismo precepto establece.

Ahora bien, sólo podrán ser calificadas de mercantiles las sociedades expresamente tipificadas por el legislador, sin que en ningún caso lo puedan ser, las sociedades atípicas.

3.3 LA DEFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.

El profesor Federico de Castro²⁹ hablaba de la deformación del concepto de persona jurídica, aludiendo a la extensión a la flexibilización de los requisitos exigidos para la su constitución, con la extensión del beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios a supuestos en los que falta un verdadero substrato que lo justifique.

De Castro distinguía entre las personas jurídicas perfectas, que son conformes a los modelos sobre los que se construyó la figura, en donde sitúa al Estado y los municipios (hoy serían encuadrables aquí otros entre públicos territoriales como las Comunidades Autónomas), y también en el ámbito del derecho privado, a las asociaciones, fundaciones y a la sociedad anónima. Como personas imperfectas menciona, además de una serie de entes públicos no territoriales, dentro del derecho privado, a las sociedades civiles, las colectivas y las comanditarias, las cuales no logran, dice, “independencia completa, ni en su gestión, ni en su patrimonio, sea respecto del Estado o sea respecto de los socios”.

Desde la época en la que De Castro hablaba de la deformación del concepto de persona jurídica, la evolución legislativa ha seguido una dirección de progresiva y mayor flexibilización de los requisitos de atribución de la personalidad jurídica, a lo que ya hemos aludido previamente (sociedad unipersonal, sociedad sin capital social mínimo).

En cuanto a la teoría del levantamiento del velo, su origen se sitúa en el ámbito de la jurisprudencia anglosajona -disregard of legal entity-. Para un cierto sector de la doctrina, esta teoría nace como respuesta a los abusos que estaban surgiendo en torno a la persona jurídica fruto de las corrientes

²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid 2008.

formalistas que, en el siglo XIX, habían equiparado prácticamente la persona jurídica a la física. Ello derivaba en situaciones en que la persona física se escondía tras la jurídica para llevar a cabo acciones contrarias al ordenamiento. Así, en el seno de la jurisprudencia norteamericana y, en general, en los sistemas basados en el Common Law, se formula la doctrina del *disregard of the legal entity*, que permitirá a los jueces desenmascarar a aquellas personas físicas que actúan con la protección del velo corporativo. Habría que remontarse al caso *Salomon vs. Salomon* para encontrar el origen de este principio. Desde el citado caso, los tribunales en Estados Unidos, Inglaterra y Australia han encontrado excepciones al principio general y han perforado el velo corporativo para descubrir a esas personas físicas que controlan los entes colectivos. No obstante, hay que denotar que los juzgadores anglosajones se han encontrado con un problema, que no es otro que el de tratar de acotar los criterios y circunstancias que permiten levantar dicho velo.

Se trata, en suma, de descartar o prescindir de la persona jurídica si los Tribunales sospechan que se han cometido actividades ilícitas en su seno y valiéndose de su cobertura, para indagar y encontrar a la persona física auténticamente responsable de los hechos. Dicho en otros términos, se produce lo que se conoce como “ruptura del hermetismo de la persona jurídica”.

El siguiente paso ha de venir determinado por la exploración de la aplicabilidad de esta técnica o principio judicial al Derecho penal, concretamente la utilización de la doctrina del levantamiento del velo para descubrir a las personas físicas auténticamente culpables, y por tanto, responsables –dicen los seguidores de esta teoría– de un hecho delictivo cometido en provecho de la persona jurídica.

En España tuvo importancia en la recepción doctrinal de la teoría, la obra de Rolf Serick (traducida y anotada por Puig Brutau³⁰), autor que se refería al abuso de la personalidad jurídica cuando se utilice la persona jurídica para "burlar la ley, quebrantar obligaciones, conseguir fines ilícitos y, en general, para defraudar".

La jurisprudencia española recoge estas ideas, permitiendo prescindir de la forma jurídica y penetrar en el sustrato de la persona jurídica, cuando se estime que la personalidad jurídica no responde a un auténtico sustrato real, sino a un intento de defraudar los derechos de terceros. Las sentencias son múltiples, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 mayo de 1984 (que se considera el leading case en esta materia). La aplicación de la teoría se ha extendido desde la responsabilidad, contractual o extracontractual, hasta cuestiones como la nacionalidad. Su apoyo legal se encuentra en principios generales como la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y del fraude a la ley. No obstante, la admisión no es indiscriminada, exigiéndose una prueba de la actuación fraudulenta o de abuso. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2012 declara que los supuestos clásicos de aplicación del levantamiento del velo son los de infra-capitalización, confusión de personalidades, dirección externa, fraude o abuso.

Como señalan Díez Picazo y Gullón³¹, aunque en general la doctrina se aplica para comunicar la responsabilidad de la persona jurídica a sus miembros, también existen sentencias en la que la comunicación se produce entre sociedades del mismo grupo (nuestra actual Ley concursal no ha llegado a establecer que el concurso de una sociedad del grupo determine automáticamente el de las otras sociedades del grupo. Por eso la doctrina

³⁰ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona 1982.

³¹ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 2016.

general del levantamiento del velo sigue jugando un papel, para posibilitar por ejemplo que ante la insuficiencia patrimonial de la sociedad filial, puedan los acreedores dirigirse contra la sociedad matriz).

Desde el punto de vista penal, igualmente se plantea si la institución aquí estudiada también es aplicable o bastaría aplicar la regulación de la actuación en nombre de otro, recogida en el artículo 31.1 de nuestro Código Penal. Según ésta, una persona que actúe en nombre de otra podrá ser penalmente responsable de los hechos delictivos que puedan haber sido imputados al sujeto mediante el que se actúa, aunque no concurren en el primero de ellos los elementos típicos o cualidades requeridas. Apuntan quienes defienden esta solución que el precepto del artículo 31.1 cubre tanto aquellos supuestos en que quien se sirve ilícitamente de la forma social lo haga siendo directivo, órgano o representante legal de la persona jurídica como aquellos en que no ostenta quien actúa dicha condición. Concluyen aseverando que este artículo es plenamente acorde al principio de indagación de la verdad material frente a la verdad formal que impera en todo proceso penal. En todo caso, cabría plantear la responsabilidad penal de la persona jurídica.

3.4. LA CAPACIDAD.

El Artículo 37 del Código Civil establece que: *“La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario.”*

Se ha planteado si las personas jurídicas gozan de capacidad jurídica general, al modo de las personas físicas, o de una capacidad jurídica especial, limitada al cumplimiento de su objeto social.

La redacción literal del artículo 37 apoyaría la tesis de una capacidad jurídica limitada de las personas jurídicas, dependiente de la ley, los estatutos o las reglas de la fundación. Para Marín López³², la capacidad jurídica es de orden público y no puede limitarse a través de actos privados, como los estatutos de una asociación o fundación.

Sin embargo, la propia naturaleza de la persona jurídica puede suponer límites a la titularidad de ciertos derechos.

Obviamente no podrán ser titulares de derechos de familia (derechos de patria potestad, filiación, adopción, parentesco, alimentos, matrimonio). Aunque sí se admite que sean tutores, siempre que no tengan finalidad de lucro y que entre sus fines se encuentre la protección de los menores e incapacitados (artículo 242 Código Civil).

En el ámbito sucesorio, podrán ser designadas sucesores testamentarios, pero carecen de derechos legitimarios, vinculados al parentesco y matrimonio. En la sucesión intestada, en cuanto también está vinculada al parentesco y matrimonio, solo tienen un papel residual (llamamiento al Estado y otros entes públicos como últimos sucesores ab intestato).

En el ámbito de los derechos patrimoniales, en principio su capacidad jurídica es casi general, aunque existen algunas limitaciones. El Código Civil no permite constituir el derecho de usufructo a favor de una persona jurídica por tiempo superior a treinta años. Por la propia naturaleza del derecho, no podrán ser titulares de los derechos de uso o habitación. Se ha discutido si pueden ser titulares de servidumbre personales y si se aplica en este caso el límite temporal del derecho de usufructo.

³² MARÍN LÓPEZ, J. J., *Comentarios al Código Civil*, Valencia 2013.

Podrán ser titulares de los derechos de la personalidad que sean compatibles con su naturaleza, como el derecho al nombre, a la inviolabilidad del domicilio (artículo 203 Código Penal), o a la asociación. Ha sido discutida la posibilidad de que sean titulares del derecho al honor. El Tribunal Constitucional se ha manifestado a favor (Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1995, entre otras).

El artículo 38 Código Civil señala: *“Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.”*

La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.”

Dice Marín López que, mientras el artículo 37 se refiere a la capacidad jurídica, el artículo 38 Código Civil se refiere a la capacidad de obrar de la persona jurídica.

Nuevamente se plantea aquí el valor que las limitaciones estatutarias pueden tener en relación con los actos de los representantes orgánicos de la persona jurídica, particularmente en cuanto afecten a terceros de buena fe. Para Marín López, la limitación que resulta del artículo 38 del Código Civil -conforme a las leyes y las reglas de constitución-, debe interpretarse restrictivamente, referida solo al ámbito procesal. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme en este punto, y hay ejemplos de sentencias que reconocen la eficacia de las limitaciones estatutarias y su oponibilidad a los terceros, al menos en el ámbito de las fundaciones y asociaciones, y también ejemplos de la tesis contraria. Las sociedades mercantiles tienen un régimen especial, cuyo estudio remitimos a la parte correspondiente del programa.

Según el artículo 38, pueden las personas jurídicas adquirir y poseer bienes de todas clases. Son admisibles todos los modos legítimos de adquisición, incluidos los hereditarios (artículo 745.2 Código Civil). En cuanto a la prescripción, podrán adquirir por usucapión y el artículo 1932 Código Civil aclara expresamente que la prescripción extintiva produce sus efectos "incluso respecto a las personas jurídicas".

En relación con la posibilidad de contraer obligaciones, podrán tener su fuente en el contrato celebrado a través de sus representantes legítimos, pero también pueden surgir de otras fuentes, entre ellas la responsabilidad extracontractual, cometiendo a través de sus representantes orgánicos o voluntarios ilícitos extracontractuales de cuyas consecuencias deben responder.

El Código Penal, como ya se señaló, tras su reforma por la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos casos.

La posibilidad de ejercitar acciones civiles es admitida claramente en la LEC, que reconoce la capacidad para ser parte en el proceso, no solo a las personas jurídicas, sino también a masas patrimoniales y entidades sin personalidad jurídica.

En relación con las acciones criminales, se había discutido si están legitimadas para ejercitar la acción popular, reconocida en el artículo 125 Constitución Española y los artículos 101 y 270 Ley de enjuiciamiento criminal. El Tribunal Constitucional así lo ha admitido en cuanto a las personas jurídico-privadas, a las que extiende el concepto de ciudadanos que emplea la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1994, entre otras).

Más dudoso ha sido el caso de las personas jurídico-públicas. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2001 niega la

posibilidad de ejercitar la acción popular a un Gobierno autonómico por injurias a su policía autonómica. Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de octubre de 2006, recogiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 2001, admite la posibilidad de ejercicio de la acción popular a un Gobierno autonómico, en un supuesto de violencia de género, al estar prevista expresamente en la legislación autonómica aplicable esa capacidad.

3.5. REPRESENTACIÓN.

Dentro de la representación de las personas jurídicas, cabe distinguir entre la representación voluntaria de las mismas, que se regirá por las reglas generales, de una forma de representación propia de las mismas, con especiales caracteres: la representación orgánica.

Esta forma de representación se ha calificado como *tertium genus* respecto de la voluntaria y la legal, compartiendo caracteres con una y otra. Así:

- Tiene su origen en una decisión voluntaria del representado, que elige al su representante y puede extinguir su representación. Con todo, existen peculiaridades, pues la posibilidad de revocar la representación puede estar aquí más limitada que en el ámbito de la voluntaria, como demuestra la regulación de la sociedad civil en relación con el representante designado en el contrato social.

- Tiene un carácter necesario. Parece que es consustancial a la figura de la persona jurídica la existencia de una representación orgánica, en cuanto toda persona jurídica necesita un órgano externo, que integra la estructura de la sociedad, a través del cual ejercitar su capacidad jurídica y relacionarse con tercero. Con todo, hay casos en los que un mismo órgano asume la función de regir la vida social y establecer relaciones jurídicas con terceros.

La representación orgánica no es, por otra parte, una figura exclusiva de la persona jurídica, pues puede encontrarse en comunidades de personas con intereses comunes que actúan externamente como tales sin que implique la personificación del grupo, como comunidades de vecinos en régimen de propiedad horizontal o comunidades vecinales de montes en mano común.

- La característica fundamental de la representación orgánica es que su ámbito no depende en exclusiva de la voluntad de los representados, sino que existe un núcleo relativo al funcionamiento giro o tráfico normal de la entidad en que la representación tiene carácter necesario y no puede ser limitada en relación con terceros que contraten con la entidad.

El artículo 41 Código Civil dispone que, *“Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto.”*

La jurisprudencia ha declarado que el domicilio, a efectos de determinar por ejemplo la nacionalidad, no podrá ser meramente ficticio.

La legislación de transacciones económicas con el exterior y de inversiones extranjeras, hace depender el concepto de residencia o no en España del domicilio de la entidad, considerando que tienen su residencia en España las entidades que tengan su domicilio social en España y que tienen su residencia fuera de España las entidades con domicilio social fuera de España (artículo 2.1 Ley 19/2003, de 4 de julio, de transacciones económicas con el exterior; sin embargo, el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones extranjeras, establece solo la presunción de que las entidades domiciliadas en España residen en España).

Por su parte, el artículo 28 Código Civil dice que: *“Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en*

España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código.

Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales.”

Según el artículo 9.11.1 del Código Civil: *«la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción».*

El artículo 28 Código Civil ha sido objeto de una triple interpretación. Con arreglo a una primera posición, lo decisivo sería el domicilio (Albaladejo, Trías, Aguilar). Para una segunda posición, minoritaria, lo decisivo sería la constitución, de manera que el simple hecho de estar constituida la persona jurídica conforme al derecho español determinaría su nacionalidad española, con independencia de su domicilio (Peña). La tercera posición combina las dos tesis anteriores y exige que la persona jurídica tenga su domicilio en España y se haya constituido con arreglo al derecho español. Esta tesis parece la mayoritaria en la actualidad (así O'Callaghan o Marín López, quien cita a favor de esta tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1922 y 3 de noviembre de 1967 y las Resoluciones DGRN de 25 de mayo de 1950 y 17 de abril de 1953 y 23 de marzo de 1966).

La nacionalidad española o extranjera de la persona jurídica no viene determinada por la de los miembros de la misma (así Marín López, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1967).

Según esta tesis, el traslado del domicilio social al extranjero de una sociedad española supondría la pérdida de su nacionalidad, y, al contrario, el que una sociedad tuviese su domicilio en España no implicaría

necesariamente que tuviese la nacionalidad española, si no se hubiese constituido con arreglo al derecho español.

Para las sociedades mercantiles, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, vincula la nacionalidad al domicilio en España. En la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se regula el traslado del domicilio de las sociedades mercantiles tanto de España al extranjero como a la inversa. En particular, cuando se pretende trasladar a España el domicilio de una sociedad constituida en el extranjero "deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente".

Por último, como dice Marín López³³, el artículo 28 no sienta reglas para la atribución a una persona jurídica de una determinada nacionalidad extranjera.

De la misma forma que una persona jurídica tiene su nacionalidad, también tiene vecindad civil. Ésta tiene importancia, pues el Derecho civil de las Comunidades Autónomas puede afectar a la persona jurídica (artículo 13.2 Código Civil) y además, existe una legislación autonómica de cierta transcendencia sobre asociaciones y fundaciones.

Ante la falta del establecimiento de criterios legales en la materia se han sostenido diversas posiciones:

- Considerar que el criterio de determinación de la vecindad civil de la persona jurídica debe ser el mismo que para la determinación de su nacionalidad: el haberse constituido de acuerdo con la normativa de la Comunidad Autónoma (si existe) y el tener su domicilio en dicha Comunidad.

³³ MARÍN LÓPEZ, J. J., *Comentarios al Código Civil*, Valencia 2013.

- Ley Navarra atribuye vecindad civil navarra a las personas jurídicas domiciliadas en Navarra, criterio que algunos autores proponen extender de modo general.

3.6 EXTINCIÓN.

Establece el artículo 39 Código Civil: *“Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.”*

La enumeración de causas del artículo 39 no se considera taxativa, mencionándose otras como la resolución judicial firme (estando constitucionalmente prohibida la disolución de las asociaciones o la suspensión de sus actividades por resolución administrativa -artículo 22.4 Constitución Española-), o el acuerdo de los socios, además de otras reguladas en la legislación especial, como la fusión o escisión de las sociedades.

La libertad de las cláusulas fundacionales para decidir el destino de los bienes está hoy limitada por las leyes especiales. Así en materia de asociaciones, la Ley de Asociaciones dispone que el destino del patrimonio "no podrá desvirtuar el carácter no lucrativo de la entidad". El artículo 33.2 de la Ley de Fundaciones estatal, también exige que el patrimonio se destine

a entidades de interés general, no siendo posible establecer una cláusula de reversión a los herederos del testador, como sí admitió en aplicación del artículo 39 Código Civil, antes de la Ley de Fundaciones de 1994, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1987 (siendo esta posibilidad por otra parte discutida en la doctrina en el ámbito de las fundaciones benéficas). Sin embargo, queda abierta la discusión en el ámbito de ciertas leyes autonómicas como la de Madrid, que deja abierta a la voluntad del testador el destino de los bienes de la fundación, o la gallega que contiene una remisión al Código Civil.

3.7 LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Según el artículo 9.11 Código Civil *“La Ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.*

En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas Leyes personales.”

En cuanto a la fusión de las mismas, el artículo 27 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles recoge el mismo criterio de este artículo 9.11. Además dicha Ley contiene una regulación material de las fusiones intracomunitarias.

3.8. ENTES COLECTIVOS SUSCEPTIBLES DE RESPONSABILIDAD PENAL

El precepto central de las sucesivas reformas penales tanto la de 2010 como la de 2015 en cuanto afectan a la responsabilidad penal de las personas

jurídicas es el nuevo art. 31 bis del Código Penal, como es sabido, y respecto del mismo debe determinarse que personas jurídicas son susceptibles de incurrir en responsabilidad criminal.

Así pues, como señala la FGE en la Circular 1/11 debe determinarse qué entes colectivos están dotados de personalidad jurídica en nuestro ordenamiento, cuáles son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal, y que se establece para las entidades carentes de dicha personalidad.

En este sentido, es necesario anticipar que se ha establecido un sistema dual de responsabilidad, si bien es cierto que asentado sobre distintos fundamentos dogmáticos: por un lado las consecuencias accesorias para las entidades supraindividuales carentes de personalidad jurídica –artículo 129 CP– y por otro sanciones penales para las personas jurídicas –artículo 31.bis CP–.

La determinación de los entes a los que resulta de aplicación la responsabilidad penal de personas jurídicas consagrada en el art. 31 bis CP es una de las cuestiones que ha dado lugar a pronunciamientos doctrinales dispares, a falta de definición en el Código Penal de un concepto de persona jurídica a estos efectos. Así un sector doctrinal entiende que habrá que acudir a otras ramas del ordenamiento jurídico para determinar los entes que están dotados de personalidad jurídica, siendo éstos los únicos a los que se podrá imponer responsabilidad penal (concepto o concepción formal). Entretanto, otros autores defienden que el concepto jurídico penal de persona jurídica no puede derivarse automáticamente de lo previsto en otras ramas del ordenamiento jurídico, admitiendo matizaciones propias orientadas a los fines del Derecho penal. Pese a todo, lo que este último sector doctrinal viene a poner de manifiesto es que existen motivos para advertir en la legislación española la existencia de un ulterior criterio (restrictivo) de carácter organizativo-material como fundamento de la culpabilidad de la persona

jurídica, sin negar por lo demás que la personalidad jurídica se establece en el texto legal como presupuesto de la imputabilidad.

Consecuentemente, hay que partir del criterio formal de ostentación de personalidad jurídica (criterio que también es asumido por la FGE).

3.8.1 Entes colectivos dotados de personalidad jurídica

Ante la inexistencia de un concepto de persona jurídico responsable resulta obligado acudir a la legislación civil o mercantil para encontrarlo, y mas concretamente al art 35 CC antes señalado a al art 116 del CCom. Además, es requisito ineludible para la exigencia de la responsabilidad penal, que la sociedad tenga personalidad jurídica, sin perjuicio de la posibilidad de imputar por la teoría del levantamiento del velo a aquellas sociedades ocultas que en realidad son las verdaderamente responsables, con las dificultades que ello entraña.³⁴

³⁴ Señala la Circular 1/11 de la FGE que, la reforma del Código Penal no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco resulta útil en este sentido la enumeración contenida en el art. 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, 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.

Por consiguiente, para obtener el concepto de persona jurídica, de perfiles sin duda más amplios que el contenido en el citado art. 297 del Código Penal, habremos de remitirnos a la legislación civil, mercantil y al Derecho societario. En ese sentido, y en primer término, el art. 35 del Código Civil, ya señalado, esto es las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley y 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.

Por su parte, en cuanto respecta a las sociedades mercantiles, el art. 116 del Código de Comercio, regula el denominado «... contrato de compañía, por el cual dos o más personas se

obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, [que] será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código», previendo además que «una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos».

En cuanto a los requisitos constitutivos de las diferentes formas asociativas y societarias reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, habrá de atenderse, en cada caso, a lo previsto en el Código Civil, el Código de Comercio y el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Conforme al art. 20 de esta última norma, la constitución de las ahora llamadas sociedades de capital -cuya presencia es quizá la más frecuente en la práctica- exigirá escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil, mientras el art. 33 prevé que la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido con su inscripción.

Así pues, los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido, de modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso -de aplicación potestativa- en el art. 129 del Código Penal según redacción del precepto dada por la Ley Orgánica 5/2010, corregida en algún extremo por Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

En nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el art. 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.

Asimismo, resultan de aplicación los criterios relativos a los límites espaciales de la Ley penal coincidentes con el ámbito de la jurisdicción, y por tanto, y con carácter general, los establecidos en el art. 23 Ley Orgánica Poder Judicial.

No obstante lo dicho hasta este momento, en los casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación -el ejemplo más clásico y nutrido lo encontramos en las sociedades trucha de las tramas de defraudación del IVA-, nada obsta a recurrir bien a la figura de la simulación contractual, bien a la doctrina del levantamiento del velo -que en sede penal constituye básicamente un recurso de búsqueda de la verdad material-, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla. Así, aun a pesar de que desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al art. 31 bis del Código Penal, en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 274/96 acudió a la doctrina del levantamiento del velo para imputar un delito tributario a una persona física que no era el obligado formal, pero que desde una perspectiva fáctica se había servido de la personalidad jurídica, abusando de ella para eludir sus obligaciones y ocultar su condición de administrador de hecho. La resolución destacaba que «ni el régimen de transparencia fiscal ni ningún otro

3.8.2 Exclusiones:

2.8.2.1. Personas jurídicas de Derecho público que luego se examinarán en el art 31 quinquies, habiéndose eliminado de la exclusión por la reforma de 2015, a los partidos políticos y a los sindicatos.

Establece el citado precepto, artículo 31 quinquies CP:

instituto fiscal o mercantil impiden a los tribunales penales levantar el velo societario para tener conocimiento de la realidad económica subyacente». Según la misma resolución, al aplicar la doctrina del levantamiento del velo se trata únicamente de reconocer que «las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad».

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo número 952/2006, de 10 de octubre, autoriza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como plenamente procedente a la vista de que, en el caso concreto, la sociedad era simple apariencia o pantalla, y con más razón en un área o rama jurídica como el Derecho punitivo en el que rige el principio de averiguación de la verdad material.

En similares términos, la Sentencia número 986/2005, de 21 de julio del mismo Tribunal, declara aplicable la doctrina sobre el levantamiento del velo en la medida en que proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado, si con ello se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros por medio de la utilización como escudo del ente social ficticio como algo pretendidamente distinto de sus elementos personales constitutivos.

La anterior interpretación no colisiona con la norma penológica prevista en la letra b) de la circunstancia 2ª del art. 66 bis del Código Penal, cuando establece que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», por cuando el propio legislador define el supuesto aludiendo a los casos en que «la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal», y aquellos a los que se hace mención más arriba se refieren a entidades colectivas sin actividad, -en el ejemplo de las sociedades trucha de las tramas de IVA, aquellas no desarrollan ninguna actividad, no son las sociedades interpuestas quienes realmente compran y/o venden-, siendo utilizadas como meras titularidades formales de las obligaciones tributarias y como eficaces parapetos tras los que se oculta la actividad delictiva de los particulares, cuya conducta, siguiendo con el mismo ejemplo, puede recibir cumplida respuesta por medio de la aplicación de los arts. 31 y 305.1 a) del Código Penal.

Por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos -piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias-, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in idem.

“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.”

El citado precepto prevé una serie de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal, y a las que no puede imputársele responsabilidad penal alguna.³⁵ Si en la reforma de 2010 se excluía también del régimen de

³⁵ Señala la Circular 1/10 de la FGE que la norma transcrita opta en este caso por el establecimiento de una regla general que excluye la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas de Derecho público, y una excepción a la misma consistente en permitir su sanción si se aprecia que tales formas jurídicas han sido creadas con el propósito de eludir una responsabilidad penal.

La exclusión del Estado es común en la mayor parte de los ordenamientos de los países de nuestro entorno y tiene su justificación en la incongruencia que supone hacer responder al Estado, titular del ius puniendi, frente a sí mismo.

Las Agencias Estatales están reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAE) y en la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); por otra parte, constituyen ejemplos de Organismos Reguladores la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal.

Las Entidades Públicas Empresariales se definen en el art. 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y tienen esta naturaleza, entre otras, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT).

En cuanto a la expresión organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas, parece remitir a los Organismos Autónomos regulados en la propia Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La

responsabilidad a los partidos políticos, sometidos al sistema sancionatorio previsto en la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio, de Partidos Políticos, y a los sindicatos, como consecuencia de las funciones constitucionales que ambos están llamados a cumplir y siempre que no sean constituidos con las intenciones a que hace referencia expresa el último párrafo del precepto. La LO 1/15 elimina tal exclusión, al tratarse de una decisión político-criminal más que discutible.

interpretación teleológica del precepto obliga a entender que esta exclusión -cuya dicción resulta manifiestamente mejorable- afecta a las organizaciones no en todo caso, sino exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas, lo que enlaza con la preservación del ejercicio de la función pública que está en el espíritu de todo el precepto.

Nos encontramos en este apartado con entes muy heterogéneos desde las Cámaras de Comercio a las diversas Comisiones de regulación, los Colegios profesionales, etc. Su carácter público y la defensa de intereses generales las hace acreedoras de la exclusión. Sin embargo, se podría puntualizar que no siempre actúan en defensa de intereses generales, porque también tienen una dimensión empresarial en determinados aspectos de su funcionamiento, por ejemplo, en materia de contratación de servicios por los Colegios Profesionales

En coherencia con lo anterior y a falta de mención expresa, no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público, por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística.

Más discutible es la exclusión de las entidades públicas empresariales “que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general” por su naturaleza mercantil (RENFE ,AENA ADIF). Si bien, estas sociedades se encuentran muy vinculadas a intereses generales y siempre que tengan asignadas legal o estatutariamente o que les sean encomendadas por las Administraciones Públicas competentes tales funciones deberían excluirlas.

En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales.

El precepto establece igualmente que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que alguna de las anteriores se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, en alusión señala la FGE a los supuestos en los que se utilice la personalidad jurídico-pública como medio o instrumento a través del cual sortear la responsabilidad penal.

3.8.2.2 Exclusiones por carecer de personalidad jurídica.

Las organizaciones que no poseen personalidad jurídica podrán verse afectadas por el régimen del artículo 129 del Código Penal que contiene la exigencia de motivación para la imputación de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica sancionándolas con 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 del Código Penal. Nunca el art 31 bis que se refiere a entidades con personalidad jurídica.³⁶

³⁶ Señala la FGE en la Circular 1/16 que no poseen personalidad jurídica las Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas (Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional. En su artículo 7.2 indica “la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia”), que son según nuestra legislación meros sistemas de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro; las comunidades de bienes a las que se refiere el Título III del Libro II del Código Civil –que incluyen comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, reguladas por la Ley 49/1960, de 21 de julio 21–; las comunidades titulares de montes vecinales en mano común, conforme a la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, o la normativa de las Comunidades Autónomas que en cada caso les resulte aplicable; las herencias yacentes; las sociedades civiles sin personalidad jurídica; determinados fondos financieros ; las mencionadas asociaciones y fundaciones que no cumplan las formalidades legales (por ejemplo, una fundación no constituida en escritura pública) y las denominadas sociedades en formación como sociedades irregulares, a las que luego nos referiremos. Estas últimas en sentido amplio, pueden definirse

3.8.3. Régimen de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción o escisión

El apartado 2 del art. 130 del Código Penal, prevé lo siguiente:

«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.»³⁷

como aquellas que o no se han constituido en escritura pública, o habiéndose otorgado la escritura de constitución, ésta no se ha inscrito en el registro mercantil. En sentido estricto, el concepto de sociedad irregular requiere además que la misma actúe en el tráfico como tal sociedad es decir una publicidad de hecho, y la intención de los socios de operar como tal sociedad sin haber cumplido los citados requisitos. Ello permite su distinción de la sociedad de formación, que se diferencia de la irregular en que si bien no se ha inscrito aun la sociedad los socios no tienen la voluntad de actuar en el tráfico sin la debida publicidad. Simplemente se encuentra en trámite

³⁷ Señala la Circular 1/11 de la FGE que de la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión.

Sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos

3.8.4. Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares.

Existen figuras asociativas y societarias en nuestro ordenamiento jurídico, sobre los que pueden existir dudas respecto de su personalidad jurídica y por ende a la posibilidad de imputación por esta vía, así las sociedades secretas, las UTES o las sociedades irregulares.³⁸

que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. Así pues, cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin sería procedente la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del art. 33.7 del Código Penal.

No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el art. 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación.

³⁸ Señala la Circular 1/11 de la FGE las siguientes:

a) Sociedades secretas:

Según el art. 1665 del Código Civil, el de sociedad es un contrato, por el cual, dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes, o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Conforme al art. 1667 del Código, la sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública. Sin embargo, prevé el art. 1669 del Código Civil que carecen de personalidad jurídica aquellas cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, en cuyo caso, se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Por consiguiente, el vínculo societario preexistente habrá de ser público y notorio, de tal modo que cualquiera que contrate con la sociedad conozca a ciencia cierta con quién se está comprometiendo al asumir sus obligaciones y derechos, en cuyo caso, la sociedad constituida estará dotada de personalidad jurídica, siendo potencial responsable penal conforme al art. 31 bis del Código Penal. En el supuesto de mantenerse oculta, carecerá de dicha personalidad y le será de aplicación el régimen previsto en el art. 129 del Código Penal.

b) Sociedades mercantiles y/o de capital en formación y sociedades devenidas irregulares:

El art. 20 de la LSC establece que «La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil». En el art. 33 del mismo texto legal se dice que con la inscripción registral la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

Así pues, y a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, la Ley de Sociedades de Capital dedica dos preceptos diferentes a esta cuestión, uno, el art. 20, donde se recogen los requisitos de constitución, y otro, el art. 33, ubicado en otro capítulo de la Ley, en el que se prevén los efectos de la inscripción, esto es, la adquisición de la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido.

Aún cuando la Ley sigue sin resolver de forma clara y terminante la polémica doctrinal y jurisprudencial que tradicionalmente se ha mantenido en relación con la eficacia del acuerdo social antes de su inscripción en el Registro Mercantil, un importante sector de la doctrina civilista entiende que el art. 20 de la LSC tiene como objeto determinar los requisitos para la adquisición -primero provisional, cuando se otorga la escritura pública, y luego definitiva- de la condición de sociedad de capital. Desde este punto de vista, con la escritura pública en la que conste la elección por uno de estos tipos de sociedad, anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, la sociedad que se constituye adquiere la condición de sociedad de capital, y en cuanto sujeto autónomo de derecho, puede adquirir bienes y derechos y contraer obligaciones (art. 38 del Código Civil). La sociedad en formación goza así de personalidad jurídica general, sin perjuicio del régimen jurídico complementario previsto por la LSC en su art. 37.

Sin embargo, la adquisición de la condición de sociedad de capital en los aludidos términos tiene un carácter transitorio, por cuanto, conforme prevé el art. 39 de la LSC, relativo a las denominadas sociedades devenidas irregulares, «una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad [en el Registro Mercantil] y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones», de modo que por imperativo de la norma y a falta de la inscripción registral, se produce la conversión de la sociedad - originariamente de capital- en uno de los dos tipos generales de sociedad establecidos en el ordenamiento jurídico, civil o colectiva, según que hubiere o no iniciado o continuado sus operaciones. La anterior interpretación es coherente y da sentido al tenor literal del art. 33 de la LSC cuando establece que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

A tenor de lo expuesto, el matiz diferenciador está en que, mientras las sociedades colectivas pueden permanecer irregulares por tiempo indefinido y continúan siendo tales aunque no se inscriban, las de capital solo pueden permanecer irregulares por tiempo determinado, y pierden esa condición en caso de no producirse la inscripción en el plazo legalmente previsto. Así pues, no es el nacimiento del nuevo ente jurídico lo que está condicionado a la inscripción, sino su subsistencia como tal sociedad de capital.

A mayor abundamiento, el régimen de la irregularidad en nuestro ordenamiento jurídico consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad no inscrita o irregular, de modo que la falta de inscripción no afecta a la personalidad jurídica, sino estrictamente al régimen de publicidad de la entidad. En ese sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 919/2002 de 11 de octubre argumenta que «En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 8 de julio de 1993 que cita las de 3 de abril, 11 de junio y 6 de noviembre de 1991, según la cual desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil.»

Por consiguiente, tanto las sociedades en formación como las devenidas irregulares, están dotadas de personalidad jurídica, y por tanto, pueden ser potenciales responsables penales conforme a las previsiones del art. 31 bis del Código Penal.

c) Grupos de sociedades y Uniones temporales de empresas, (UTE's):

3.9 CONCLUSIONES

De lo expuesto ha de concluirse que solo las entidades que tengan personalidad jurídica son los únicos sujetos susceptibles de incurrir en responsabilidad penal de conformidad con el artículo 31 bis del Código Penal debiendo acudir al concepto de persona jurídica propio del derecho privado a falta de concepto legal en el ámbito penal. Las personas jurídicas instrumentales, es decir, aquéllas personas jurídicas con una estructura empresarial prácticamente nula, también se encuentran formalmente comprendidas por el artículo 31 bis al estar prevista su posibilidad de disolución. Por el contrario, toda organización, por más estructurada y voluminosa que sea, que no cuente con personalidad jurídica se verá derivada al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.

El art. 18 de la LSC establece que en el grupo de sociedades una de ellas es dominante con respecto a otra u otras, entendiéndose por tal aquella que ostente o pueda ostentar directa o indirectamente el control de otra u otras, lo que se presume siempre que concurra alguno de los supuestos que se contemplan en la remisión que la Ley hace al art. 42 del Código de Comercio; el grupo como tal carece de personalidad jurídica.

Más específicamente, y conforme a los arts. 7.2 y 8 de la Ley 16/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial, las uniones temporales de empresas también carecen de personalidad jurídica propia distinta de la de sus miembros, ya que se configuran como un sistema de colaboración entre empresarios de duración temporal y para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio o suministro. Así pues, a las UTE's no les es de aplicación el art. 31 bis del Código Penal y sí el art. 129 del mismo texto legal, sin perjuicio de que las sociedades que las integran, individualmente consideradas, sí pueden ser penalmente responsables.

Con carácter general, el art. 129 conforme a la nueva redacción dada por la reforma -y sin perjuicio de las particularidades del precepto relativos a los catálogos de delitos y de sanciones-, resulta de aplicación a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica.

Hay por tanto una doble vía de exigencia, bien por el art 31 bis para las entidades con personalidad jurídica, y vía art 129 para las que carecen de ella.

Sin embargo, opinamos que:

1.- En sede de delitos societarios, el CP ofrece un concepto de sociedad en el art. 297 CP que dice:

«A los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Y los tipos de los arts. 293 y 294 CP se refieren a las sociedades, constituidas o en formación

Por tanto, se entiende por sociedad, además de las establecidas, aquellas caracterizadas por dos notas, la primera que sea una «entidad de análoga naturaleza», lo que supone que tengan personalidad jurídica, órganos de administración y patrimonio, y la segunda, «que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado», lo que supone un fin o actividad mercantil. A las que se unen las sociedades irregulares o en formación.

De ahí, que aras a lograr uniformidad y seguridad jurídica, y sobre todo para poder extender la aplicación del tipo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a ciertas entidades que aún careciendo de personalidad jurídica pueden funcionar, y funcionan de hecho como tales, se propone que el artículo 31 bis del Código Penal sea ser interpretado armónicamente con el 297 que sí observa como sujetos a las sociedades irregulares o en formación, aunque sean sociedades carentes de personalidad jurídica.

2.- La LO 5/10 de 22 de junio, añadió novedosamente un apartado 2 al art. 130 en sede de extinción de la responsabilidad penal que consagra legalmente la llamada teoría del levantamiento del velo en orden a las disoluciones encubiertas o meramente aparentes, que dice:

«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».

Se desprende de la lectura del precepto que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión. Dice la Circular 1/11 de la FGE que sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. No se menciona sin embargo la disolución

real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación.

Por consiguiente el art 31 bis del CP se debería interpretar conjuntamente con el artículo 130.2. Si la persona jurídica conserva como dice el citado 130.2º su actividad económica y se mantiene la identidad de la mayoría de clientes, proveedores y empleados, se entiende que existe una casi idéntica estructura empresarial y, por tanto, subsiste la responsabilidad. El legislador parece indicar con esto que es posible una interpretación extensiva del art 31 bis del CP

3.- Además, se sostiene, no ya por conseguir uniformidad en la regulación, mayor seguridad jurídica, y por evitar la dispersa y complicada regulación de la materia, la incorporación al régimen del art 31 bis del CP de las entidades sin personalidad jurídica, que como se ha dicho poseen un sustrato estructural organizativo y actúan en el tráfico mercantil, a las que se les aplicaría el régimen del art 129 CP, precisamente por su falta de personalidad jurídica, teniendo en cuenta que se han incluido las sociedades instrumentales en el régimen del 31 bis, que carecen de ese sustrato y son simples herramientas para la comisión del delito, por lo que con mayor motivo deberían incorporarse las entidades carentes de personalidad jurídica con estructura organizativa establecida y un giro en el tráfico mercantil usual en dicha vía del art 31 bis.

Cuestión distinta es entender cuando estamos en presencia de una sociedad instrumental, ya que en el artículo 66 bis 2, el legislador, nos dice que estamos ante ella “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”. Lo cual es un tanto ambiguo, ya que por sociedades instrumentales siempre se han tenido las sociedades vacías de contenido o con muy poco, cosa a la que no hace referencia el precepto.

4.- Por tanto, se propone la aplicación del art 31 bis a todas las entidades, tengan o no personalidad jurídica, eliminando así una doble vía la del art 31 bis y la del art 129 CP. Lo determinante para la aplicación de un régimen de responsabilidad penal a entidades o agrupaciones en general debería ser la existencia de una estructura orgánica -unidad económica- y de un patrimonio autónomo, tenga o no personalidad jurídica-.

Señala la FGE la utilidad práctica que supone extender el régimen de responsabilidad del artículo 31 bis a entes sin personalidad al poder, por ejemplo, imponer una pena de multa contra un fondo de inversión condenado por blanqueo de capitales, cosa que, con la regulación actual, sería imposible

CAPÍTULO IV - DERECHO HISTORICO

Siguiendo a SILVINA BACIGALUPO³⁹, podemos distinguir varias etapas:

A.- Derecho Clásico

El Derecho Romano al igual que los ordenamientos antiguos no conocían la persona jurídica, tal como hoy es entendida, aunque sí existían conjuntos de personas con determinados derechos subjetivos, y es a través del tratamiento dispensado al colectivo, como sujeto distinto a la mera suma de miembros que lo componían, *universitas* frente a *singuli*, donde se pretende radicar el antecedente remoto en la colectividad

El colectivo (o la corporación) más relevante era, sin duda alguna, el Municipio, la ciudad de la Provincia. En el Digesto 4, 3, 15, 1 trata Ulpiano la cuestión de si se puede ejercer la *actio de dolo malo* (la acusación) contra el municipio, cuando el perceptor de impuestos ha engañado a una persona enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad. En tal caso Ulpiano sostuvo la posibilidad del ejercicio de una acción contra el municipio y, como resultado, los habitantes de la ciudad debían devolver lo obtenido por medio de la acción de los perceptores de impuestos en favor de la ciudad, negando en todo caso la responsabilidad por hecho propio de la corporación.

“Pero dudase si se da la acción de dolo contra los Municipios. Y opino, que, a la verdad, no puede darse por su dolo; porque ¿qué pueden hacer con dolo los Municipios? Pero si algún lucro les ha alcanzado por el dolo de los que administran sus bienes, juzgo que debe darse. Más por el dolo de los Decuriones se dará la acción de dolo contra los mismos Decuriones”⁴⁰

³⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S., *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona 1998 ;ID., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto de derecho penal*, Madrid 1997.

⁴⁰ Digesto 4, 3, 15, 1, Traducción de Ildefonso García Corral (1889), página 16, Tomo I

Como señala Jacinto Pérez Arias⁴¹, aun entendiendo que es difícil, basar la génesis de la responsabilidad penal de la persona ficta en el Derecho Romano –básicamente porque tal sujeto no existía-, lo cierto es que en la época clásica sí se puede advertir, por un lado, la responsabilidad del municipio por los hechos realizados por sus administradores, y siempre que ello le hubiera reportado algún beneficio, y, por otro, la diferenciación y diverso tratamiento jurídico entre la persona individual (*singuli*) y el colectivo (*universitas*).

Para BACIGALUPO SAGGESE, las fuentes del derecho romano muestran en cualquier caso que en esta época se admitía la responsabilidad penal de la corporación, y se sientan las bases de la diferenciación entre la responsabilidad colectiva y la individual .

En cualquier caso, la persona jurídica no fue una creación del Derecho Romano, la discusión doctrinal actual sobre la cuestión de la responsabilidad penal las personas jurídicas se plantea a de finales del siglo XIX y comienzos del XX.

B.- Los glosadores

En la Edad media se plantea la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas toda vez que las corporaciones tienen una mayor importancia económica y social, surgiendo fuertes discrepancias, en ocasiones, entre el Señor o Emperador y las ciudades que de él se independizan. En esta época la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge como un necesidad exclusivamente practica de la vida estatal y eclesiástica dominante.

Situados en la época de los glosadores y del resurgimiento del Derecho Romano, los juristas medievales contemplaron igualmente la

⁴¹ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid 2013.

responsabilidad corporativa, como la mera agrupación de personas (*universitas*). Las corporaciones tenían capacidad para delinquir cuando la totalidad de sus miembros daba comienzo a una acción delictiva por medio de una toma de decisión conjunta, lo que presuponía una acción corporativa. Al margen de estas situaciones, las acciones se imputaban a los perceptores de impuestos, a los administradores o a cualquier miembro individualmente responsable de acuerdo con los principios de imputación del Derecho penal individual; asimismo, aquellos delitos que solo se podían imputar a un miembro en forma individual también repercutían sobre la totalidad de los mismos, siempre y cuando hubieran sido aprobados con posterioridad por estos .

C. Los canonistas

A partir de las consideraciones eclesiásticas se establece una teoría de la corporación específicamente eclesiástica dando así lugar al concepto de la persona jurídica. La *universitas*, solo posee capacidad jurídica por medio de la ficción jurídica.

Es al derecho canónico a quien se debe que en el siglo XIII surgiera la concepción de las *societas* como *universitas ficta*, atribuida fundamentalmente a SINIBALDO DE FIESCHI (Inocencio IV).⁴²

⁴² Señala Silvana Bacigalupo que : “Esta formulación doctrinal es desarrollada por el canonista medieval SINIBALDO DE FIESCHI, que fue Papa bajo el nombre de INOCENCIO IV, con la finalidad de sostener la imposibilidad de poder excomulgar a corporaciones enteras, dado que la *universitas*, como ser sin alma, no podía ser excomulgada. El desarrollo de INOCENCIO IV debía servir para afirmar que se trataba de una persona ficticia. La *universitas* era tratada como un *individuum fictio*: INOCENCIO IV la denominaba una persona ficticia (“*cum collegium in causa universitas fingatur una persona*”). Por lo tanto, afirmaba que la *universitas* no tenía ni capacidad de acción ni tampoco capacidad delictiva: “*impossibile est, quod universitas delinquat*”¹⁹, aunque si la acción delictiva del perceptor o del administrador era realizada por indicación de los miembros o a petición expresa de los mismos, sí admitía la responsabilidad de la *universitas*³⁰. La finalidad de esta elaboración doctrinal era evitar que el castigo a las ciudades o corporaciones que se revelaban contra el Papa o el Emperador recayera sobre cada uno de sus miembros, fuesen culpables o no.”

Es por tanto al derecho canónico a quien se debe que en el siglo XIII se considerara a la persona jurídica como persona ficticia, su capacidad jurídica se encontraba separada de la de sus miembros, y que carecía de acción, ya que siempre precisaba de sus miembros o representantes para poder actuar. No obstante muchos canonistas afirmaban la capacidad delictiva de la universitas. Si bien mayoritariamente se entendía que precisaba de un actuación conjunta de sus miembros, de igual forma que pensaban los glosadores.

Por tanto, aunque la universitas era, considerada ya como una persona ficticia, no tenía capacidad activa ni pasiva, era incapaz de actuar aunque dentro de la conducta criminal se entendía su capacidad de responsabilidad en el supuesto de que la acción delictiva cometida por el administrador, hubiera sido realizada por solicitud de los miembros del colectivo. Sinibaldo indicaba que cuando una de estas colectividades intervenía en una causa debía “fingirse” que se trataba de una persona.

Como señala Silvina Bacigalupo: *“los canonistas fueron los primeros en distinguir claramente entre la universitas y sus miembros, también fueron los primeros que pudieron diferenciar entre la responsabilidad de esta y la de aquellos. Tanto la responsabilidad de la universitas como la de sus miembros tenía lugar de forma paralela. Ambas eran sometidas a un proceso penal con la única particularidad que la corporación era representada, mientras que el individuo en cuestión no podía serlo. Por lo demás, en el proceso penal ambas estaban sometidas a las mismas reglas. Las penas aceptadas por los canonistas para la corporación era la pena pecuniaria o la limitación de algunos”*.

D. Los postglosadores.

Partiendo de la concepción canónica expuesta, según la cual la universitas era una persona ficta, aunque admitieron también la posibilidad de que la corporación pudiese cometer delitos, BARTOLUS DE

SASSOFERRATO en el S. XIV, (1314-1357), quien fundamentaba la capacidad delictiva de la universitas con una fictio iuris, diferenciaba dentro de los delitos de las corporaciones entre aquellos delitos que la universitas podía llevar a cabo de forma propia (relacionados con los de deberes propios de una corporación, como los delitos omisivos de sus miembros) y los impropios de la corporación como los que podía realizar de por medio del perceptor de impuestos o de sus miembros .

Señala Silvina Bacigalupo que : *“La limitación que supone esta teoría frente a la de los canonistas es que las acciones punibles realizadas por aquellos órganos que actúan en representación de la corporación no se le pueden imputar a ésta. Solo es posible interponer la accusatio frente a la universitas. Según la opinión de BARTOLUS en el caso de los delicta propria de la universitas esta es autor y sus miembros serian coautores o instigadores y en el caso de los delicta impropia de la universitas esta seria coautor o instigador, mientras que el autor seria su representante.”*

En resumen, se atribuía capacidad delictiva al colectivo solo respecto de los hechos cometidos en el ámbito de la esencia y deber, y por los delitos de omisión de sus miembros, esto es, por la llamada delitos propios de la universitas. Esta concepción de la persona jurídica vinculada de manera inexorable a un fin (entendido como ámbito de su esencia y deber) llega hasta nuestros días.

E- Giro conceptual a partir del S. XIX

La situación jurídica relatada hasta ahora se mantuvo prácticamente inalterada hasta finales del siglo XVIII. Sin embargo, el punto de arranque en donde podemos situar el estudio de la corporación como sujeto de particular naturaleza y autonomía jurídica la encontramos en SAVIGNY Y GIERKE (S. XIX), con perspectivas bien distintas en cada una de ellos.

Señala Silvina Bacigalupo que “las ideas del Iluminismo y del Derecho natural implicaron una reducción del autoritarismo que había

marcado al Estado de las corporaciones de la Edad Media. A partir de ahora, el individuo adquiere un lugar determinante del orden social. La liberación del individuo frente a todas las relaciones autoritarias tiene que llevar necesariamente a rechazar todo tipo de responsabilidad colectiva; la responsabilidad que no se basa en un hecho propio, sino en la pertenencia a una comunidad no resulta compatible con la idea de libertad y la autodeterminación del individuo que era soberano.”

Surge así el principio universalmente reconocido de “ *societas delinquere non potest*”, en virtud del cual se niega la posibilidad de que la persona jurídica como ente lequía que es pueda delinquir, negándose su capacidad de acción

Señala Silvina Bacigalupo que “la negación de la responsabilidad de las corporaciones mereció pronto gran aceptación y fue defendida también en el ámbito del Derecho penal, especialmente por FEUERBACH , para quien la persona jurídica jamás podía ser sujeto (activo) de un delito. FEUERBACH ni siquiera aceptaba la posibilidad en el caso en que todos los miembros de una asociación hubiesen querido y realizado el delito, ya que tampoco en estos casos estarían actuando como asociación, pues en la comisión del delito no estarían actuando de acuerdo con la finalidad de la asociación, sino con una finalidad distinta “.

La cuestión cambia radicalmente con la teoría de la ficción de SAVIGNY del siglo XIX, que tiene sus orígenes en la dogmática del Derecho romano y canónico antes expuesto, y admite por dicha consideración ficticia la posibilidad de delinquir a los representantes de las corporaciones. La cuestión se plantea desde el punto de vista de quienes pueden ser sujetos de derecho, quienes son los sujetos de una relación jurídica y por tanto quienes tienen capacidad jurídica para hacer nacer una relación jurídica, entre los que se encuentra la persona jurídica a través de sus representantes.

Savigny parte de una concepción individualista, donde la esencia de la relación jurídica reside en la voluntad individual, de manera que solo puede ser sujeto de derechos el ser humano individual, siendo el ejercicio del derecho una consecuencia de la personalidad. Es la teoría de la voluntad de Savigny. La persona jurídica, partiendo de la premisa anterior, es un sujeto de Derecho ficticio que, aunque exprese por medio de sus representantes una voluntad que le es imputable como voluntad propia, no tiene una voluntad real sino ficticia. Mas como no tiene voluntad real no puede delinquir, ya que el derecho penal exige actuaciones voluntarias, a diferencia del derecho civil..

Señala Jacinto Pérez Arias que : “Para Savigny, la persona jurídica no es más que una ficción del hombre para perseguir determinados fines jurídicos o, como dijera el propio autor, “todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos casos: todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho. Verdaderamente que el derecho positivo puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando por decirlo así, dicha capacidad del individuo a estos seres ficticios se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos”. De ahí que Savigny dijera que “la persona jurídica es el resultado de una operación de puro fingimiento, puesto que solo el hombre, individualmente considerado, es persona para el derecho”.

Pese a su aceptación durante mucho tiempo, el principio de *societas delinquere non potest* se flexibilizó , y la teoría de Savigny fue objeto de críticas y matizaciones, dando lugar a numerosas teorías:

Así Brinz formula la teoría de los “derechos sin sujetos”, considerando a la persona jurídica una forma especial de patrimonio.

Para Bekker sujeto de Derecho es quien resulte determinante en el ejercicio del derecho tanto por su propia voluntad como, en caso de impedimento, por la voluntad de su representante, distinguiendo quien dispone y quien disfruta del derecho.

JHERING formula la teoría del ilícito objetivo, diferenciándolo del ilícito subjetivo, importante al establecer la culpabilidad y distinguir el ilícito civil y penal. Para el solo las personas reales pueden ser sujetos de derecho, aunque acuña el concepto de que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, tratando de solucionar la cuestión de quien es sujeto de derecho con el que tiene el disfrute del mismo..

Frente a esta visión jurídica de ficción se sitúan Gierke y Jellinek, para los que la persona jurídica es una realidad que va mas allá de la voluntad de las personas físicas que la dirigen.

La teoría de la personalidad real de la asociación o teoría orgánica, como se la denomina mayoritariamente, surgió como oposición a la teoría de la ficción de SAVIGNY y las demás teorías desarrolladas a partir de aquella. Se oponen a la consideración como único sujeto de Derecho posible a la persona éticamente responsable.

En su Discurso de investidura como Rector de la Universidad de Berlín 1902 GIERKE presentó nuevas reflexiones sobre la teoría de la ficción y expuso su “Teoría de la personalidad jurídica real de la asociación”.

Concretamente Gierke, señala J. Pérez Arias⁴³ “afirmaba que una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de

⁴³ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid 2013.

acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa. Así, si para Savigny la persona jurídica era una creación del Estado, que era quién dotaba artificialmente de personalidad a una ente-lequia, para el cumplimiento de sus propios fines. Para Gierke el Estado solo tenía facultades declarativas, toda vez que la verdadera personalidad del ente se derivaba de sus órganos, esto es, de la voluntad colectiva –no individual- de las personas físicas que la componen.-Mientras la intervención del Estado - en la teoría de la ficción - tiene valor constitutivo; en la doctrina real, sólo tiene valor declarativo. Mediante dicha intervención, el Estado se limita a reconocer un hecho ya consolidado en la realidad.”

GIERKE sostiene que la persona jurídica tiene, al igual que las personas físicas, voluntad y que esta, también al igual que en la persona física se expresa por medio de sus órganos. Por tanto, las personas podían tener como individuos o como asociación el derecho a la personalidad jurídica , si bien en este caso por medio de una abstracción de la conciencia jurídica basada en la idea de organismo.

Solo a partir de estos autores es posible hablar con propiedad de persona jurídica. Señala SILVINA BACIGALUPO SAGGESE⁴⁴ que “ en el ámbito del Derecho penal la Teoría de la personalidad real de la asociación (teoría orgánica) desarrollada por GIERKE tuvo gran influencia fundamentalmente sobre aquellos autores que pretendieron a finales del siglo XIX y principios del XX, en contra de la doctrina dominante de aquella época, afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La teoría

⁴⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona 1998.

de la personalidad real de la asociación considera. a las personas jurídicas tanto capaces de acción como de culpabilidad; estas actúan y delinquen a través de sus órganos, en la medida en que los órganos actúen dentro del ámbito de sus competencias delimitadas estatutariamente .GIERKE sostiene esta idea tanto respecto de los delitos de Derecho privado como de los delitos penales”

Ya en el ámbito penal, VON LISZT⁴⁵ (y en igual sentido PRINS) expresó que la persona jurídica podía ser sujeto de responsabilidad penal ya que “quién puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios o incumplir los contratos concluidos”. Sin embargo, no se explicaba convenientemente la capacidad de acción ni la culpabilidad de las personas jurídicas. Von Liszt acuña la teoría de la culpabilidad psicológica, como presupuesto de la punibilidad. Concibe la acción como cualquier movimiento corporal, de modo que no podía explicar la cualidad de sujeto activo de la persona jurídica, al carecer de esas facultades atribuibles solo al hombre, al igual que no se explicaba la pena desde la óptica de la prevención especial , admite expresamente que la posibilidad de delinquir de una persona jurídica, o no supone la aplicación de una pena, por lo que no se establecía una verdadera responsabilidad directa de la persona jurídica.

Según BACIGALUPO SAGGESE, Von LISZT⁴⁶ promueve la instauración de un sistema de doble vía introduciendo las medidas de seguridad, permitiendo de esta forma la aplicación de dichas medidas a sujetos no capaces de culpabilidad.

V.LISZT entiende que a la persona jurídica se le puede reconocer capacidad de acción y, en consecuencia, la capacidad de cometer un delito,

⁴⁵ VON LISZT, F. R., *Tratado de derecho penal*, Madrid 1929.

⁴⁶ BACIGALUPO SAGGESE, S., «La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid 1997.

pero al no poder afirmarse su capacidad de culpabilidad (en el sentido psicológico, desarrollado por v. LISZT), solo se le pueden aplicar medidas de seguridad.

HAFTER, sostiene que la persona jurídica es una "configuración natural" que responde al instinto de asociación del individuo y como tal es un ser viviente que tiene una voluntad especial (constituida por todas las voluntades individuales de los sujetos que la integran. Para él la organización es la única forma de determinante de la voluntad y la acción de la asociación, y tiene voluntad especial distinta de la de sus miembros. La voluntad de la asociación se forma por la decisión común de varios miembros o por la decisión del órgano, pero esta se ejecuta bien por una acción común o por la acción de un solo individuo, que no necesariamente tiene que ser un órgano. Por tanto las asociaciones de personas son seres reales con capacidad de voluntad y de acción, que en este sentido son semejantes al individuo, y, por lo tanto, su capacidad para delinquir se presume, *iuris tantum*. Para Hafter la asociación tiene voluntad propia, en orden a la culpabilidad, y en cuanto a la punibilidad. no encuentra dificultades en adaptar las penas a ella.

Al igual que GIERKE, HAFTER no solo exige la punibilidad de la persona jurídica, sino también la del individuo que llevó a cabo la acción, dado que la voluntad del órgano no solo es una voluntad conjunta, sino en parte también la voluntad del individuo.

BUSCH, por su parte, abandona el punto de partida del sujeto de Derecho determinado por una concepción de SAVIGNY, refiriéndose a la personalidad social de la asociación

Dentro de este recorrido histórico, es preciso mencionar la importantísima opinión de FERRARA. Señala Pérez Arias, que:⁴⁷ “*Este*

⁴⁷ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* Madrid 2013.

autor, partiendo de la concepción de SAVIGNY, señalaba que la personalidad jurídica es un producto del ordenamiento jurídico, y surge por el reconocimiento del derecho objetivo. Por tanto, es el ordenamiento jurídico el que es soberano para dotar de personalidad jurídica a quién considere oportuno y, en consecuencia, no puede buscarse un derecho natural -previo al propio ordenamiento- para encontrar la preexistencia de personalidad. Ejemplo de ello es el reconocimiento de personalidad, en el derecho romano, a Dioses (como a Apolo y Júpiter) o a Incitatur, caballo de Calígula.

Para FERRARA, cuando el ordenamiento jurídico concede la calidad de persona a entes que no son seres humanos debe tenerse en cuenta que esta atribución de personalidad no es otra cosa que una forma de realización de intereses humanos. De lo contrario carecería de vigencia la aseveración formulada por Hermogeniano: “omne jus hominum causa constitutum est”.

Dicho de otro modo, solo a la satisfacción y cumplimiento de intereses humanos se debe que el ordenamiento jurídico dote de personalidad a ciertos entes; ente que, por tanto, no tienen ni intereses propios ni vida autónoma más allá de los fines para los que ha sido creado.

CAPÍTULO V - MODELOS DE IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En la actualidad, partiendo de las teorías formuladas por la doctrina anglosajona y norteamericana a partir del Siglo XIX, podemos señalar que hay tres sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con diferentes variantes internas, si bien las propuestas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas oscilan entre un modelo de responsabilidad por atribución y otro denominado de responsabilidad por un hecho propio. Ello en función de que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se produzca por una mera transferencia a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en la cúspide de su entramado organizativo o bien por la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica como tal.

El modelo de responsabilidad “por atribución” a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, la responsabilidad por ese hecho delictivo se *transfiere* a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquélla, son, también, de esta última. Algunos autores se refieren a este modelo como “modelo de accesoriedad”. Lo que queda abierto en todo caso, para este modelo, es la cuestión del título en cuya virtud la responsabilidad por ese hecho puede ser transferida a la persona jurídica.

Se critica que existe un único hecho de un único sujeto, el del órgano, de modo que la doble sanción incurriría en un bis in ídem. Por otro lado para

evitar la crítica de que se trataría de una responsabilidad por un hecho de otro es precisamente para lo que se construye la teoría de la identificación o del “alter ego”, que guarda cierta analogía con las doctrinas del actuar en lugar de otro, aplicadas al revés: esto es, se utiliza para transferir la responsabilidad del órgano a la persona jurídica en lugar de para transferir las condiciones de autoría de la persona jurídica al órgano que carece de ellas.

La doctrina muestra, con todo, problemas en, al menos, tres casos: en el caso en que quien realiza el hecho es una persona de rango inferior en la estructura jerárquica de la empresa, de la que resulta difícil afirmar que representa la voluntad de la sociedad; en el caso en que no se identifica persona física alguna como autora del hecho por atribuir a la persona jurídica; y en tercer lugar, en el caso en que la persona física cuya responsabilidad habría de ser transferida a la persona jurídica obra de modo inculpable.

Lo primero trató de resolverse en el ámbito anglosajón modificando la doctrine of identification (o alter ego theory), a la que en ocasiones se le habían añadido los criterios de la agency (mandato), y adoptando el puro criterio de la atribución (attribution). La consecuencia práctica de este cambio de enfoque es, efectivamente, que permite imputar a la compañía hechos de empleados situados en niveles inferiores a los orgánicos o representativos. El criterio no sería ya la capacidad de la persona física para controlar o determinar la actuación general de la persona jurídica, sino que bastaría con que tuviera una competencia sectorial con autonomía operativa (branch managers, section heads, etc.). Este problema, sin embargo, puede resolverse de un modo distinto, como señala Jesús María Silva Sánchez, centrandó el hecho cuya imputación a la persona jurídica fundamenta la responsabilidad de esta última no en la comisión activa llevada a cabo por personas físicas situadas en los niveles intermedios, sino en la omisión de

vigilancia o coordinación, ésta sí cometida por los órganos rectores de la empresa.

En cuanto al segundo problema, que se corresponde con las situaciones de irresponsabilidad organizada, debe señalarse que sólo es compatible con un modelo de responsabilidad transferida, si se acoge, un modelo de sanción para la persona jurídica independiente de la identificación de la persona física concreta que realizara el hecho punible, este sí concretado.

Por fin, el tercer problema, tiene difícil solución pone de relieve la inconveniencia de la mezcla que produce el modelo de responsabilidad transferida entre los niveles individual y supraindividual de imputación. Seguramente por ello se ha tendido a configurar modelos basados en la responsabilidad propia de la persona jurídica.

El otro modelo es el de responsabilidad por “hecho propio”. El modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Es una responsabilidad de estructura “anónima” en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva.

Su génesis se debe a que, en el ámbito anglosajón, la teoría de la identificación, incluso con las modificaciones referidas, seguía sin ser apta para hacer frente a los casos en que no se identificaba a persona física alguna como autora del hecho en cuestión. De ahí que dicha doctrina fuera sometida a una intensa crítica, por estimarse además que desconoce el modo de operar de las grandes compañías, en las que las decisiones no responden tanto a criterios individuales cuanto a prácticas y procedimientos estructurales de la

compañía en sí. Gráficamente, se había afirmado que la empresa sigue su paso de elefante prácticamente indiferente a la sucesión de jinetes, de modo que debería prescindirse de todas las reglas de atribución y hacer a las compañías, como tales, directamente responsables. Dicha responsabilidad, se indica, tampoco debería construirse sobre la base de la “aggregation doctrine” de origen estadounidense, esto es, por la vía de acumular los elementos objetivos y subjetivos de todas las personas físicas integradas en la estructura organizativa cuyas acciones u omisiones han conducido al resultado delictivo.

El otro modelo es el de responsabilidad por “hecho propio”. El modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Es una responsabilidad de estructura “anónima” en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva.

Su génesis se debe a que, en el ámbito anglosajón, la teoría de la identificación, incluso con las modificaciones referidas, seguía sin ser apta para hacer frente a los casos en que no se identificaba a persona física alguna como autora del hecho en cuestión. De ahí que dicha doctrina fuera sometida a una intensa crítica, por estimarse además que desconoce el modo de operar de las grandes compañías, en las que las decisiones no responden tanto a criterios individuales cuanto a prácticas y procedimientos estructurales de la compañía en sí. Gráficamente, se había afirmado que la empresa sigue su paso de elefante prácticamente indiferente a la sucesión de jinetes, de modo que debería prescindirse de todas las reglas de atribución y hacer a las compañías, como tales, directamente responsables. Dicha responsabilidad, se indica, tampoco debería construirse sobre la base de la “aggregation doctrine” de origen estadounidense, esto es, por la vía de acumular los elementos objetivos y subjetivos de todas las personas físicas integradas en la estructura organizativa cuyas acciones u omisiones han conducido al resultado delictivo.

En nuestro entorno europeo la discusión gira alrededor de la denominada “culpabilidad por defecto de organización” y a la responsabilidad por la “actitud criminal de grupo”, que se proponen como títulos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica.

Y es cierto que, por esta vía, cabe intentar resolver mejor los casos en que la persona o personas individuales obrantes no han podido ser identificadas o bien han obrado de modo no culpable (con lo que no pueden transferir una responsabilidad que no ha surgido). Pero también este modelo presenta problemas. Por un lado, el de dónde cabe localizar el referido hecho propio de la persona jurídica (ni la actitud criminal de grupo ni el defecto de organización son –en sentido estricto– “hechos”).

En efecto, mientras que la cuestión del hecho no plantea problemas en un modelo de responsabilidad transferida (es el hecho de un órgano o de otro miembro de la persona jurídica), sí los plantea en el modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica, en el que no resulta fácil singularizar los elementos de tal hecho. Necesariamente, el hecho debería delimitarse en torno a la vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial, en la medida en que ésta haya sido determinante de la producción del resultado delictivo por la actuación de alguna persona física identificada o no.

Pero no está claro que pueda hablarse de que tal vulneración es un hecho de la propia persona jurídica. Más bien, podría decirse, será un hecho de los órganos encargados de la vigilancia o coordinación del desarrollo de las actividades de la empresa. Con lo que, de nuevo, los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por hecho propio acabarían en la imputación de un hecho ajeno, aunque ahora éste sea el hecho del órgano de vigilancia. Por expresarlo de otro modo: cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo. En realidad, pues, puede afirmarse que, en buena medida, las construcciones de la culpabilidad por defecto de organización siguen estrechamente vinculadas a la atribución como propio de un hecho ajeno; en este caso, la omisión de los órganos rectores de la persona jurídica.

Claro es que esto no implica que estén vinculadas a la identificación del autor de ese hecho. Pero eso, como se ha visto, tampoco era una consecuencia inevitable del modelo de la accesoriedad.

El segundo problema que apunta la doctrina a propósito de este modelo es el de cómo podría sancionarse a la empresa por un hecho propio, en sí mismo considerado, sin una tipificación de las posibles formas de organización peligrosas en que puede incurrir. No obstante, dicha sanción

requeriría un acto de alguna persona física que produjera un resultado penalmente relevante y que, a su vez, se hubiera visto favorecido, en los términos convencionales de la teoría de la imputación objetiva, por el defecto de organización de la empresa.

Así, la responsabilidad de la persona jurídica por un hecho propio de favorecimiento estaría sujeta a una cierta accesoriedad, en el sentido de la teoría convencional de la participación, con respecto a la actuación principal de alguna persona física, haya sido ésta identificada o no. Los problemas, como se verá, no vienen de aquí sino de otros aspectos de la construcción del “hecho propio” de la persona jurídica.

Señala Díez Ripollés que ⁴⁸: “el modelo de transferencia de responsabilidad imputa a la sociedad los hechos delictivos cometidos por sus directivos, administradores o empleados, siempre que la conducta de éstos se haya realizado por cuenta y en beneficio de la sociedad.” Para transferir los hechos delictivos a la empresa puede requerirse, según las diversas propuestas legales y doctrinales, alguna de las siguientes tres opciones a) que los hechos los cometan los administradores o los directivos –eventualmente puede bastar que los hayan tolerado, consentido o inducido–; b) que los hechos los cometan sus administradores o directivos, o sus empleados debido a un defectuoso control o vigilancia de los primeros; c) que los hechos los cometan administradores, directivos, empleados sometidos a defectuoso control, o cualquier persona a cuenta de la sociedad. Con frecuencia es irrelevante que tales personas hayan sido identificadas –siempre que conste la realización del hecho delictivo– o que, aun identificadas, puedan ser declaradas penalmente responsables.”

⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Revista para el análisis del derecho* (1) 2012, pp. 1-33; ID., *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, Málaga 2011.

En definitiva por este modelo se hace responder a la persona jurídica por un hecho ajeno, no por un actuación delictiva propia. Son los representantes, con sus hechos, los que comprometen a la sociedad, a la que se le transfiere la responsabilidad.⁴⁹

Como señala DIEZ RIPOLLES, “el modelo de autorresponsabilidad imputa a la sociedad los hechos delictivos por ella misma cometidos, si bien presupone que un directivo, administrador o empleado ha llevado a cabo un hecho por cuenta y en provecho de la sociedad. Esa responsabilidad de la sociedad se puede fundar en cuatro criterios alternativos de imputación:

-El primero imputa a la persona jurídica el hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados, que se considera un hecho delictivo propio de la sociedad; en consecuencia, es en ella en quien ha de darse el injusto culpable del hecho, sin perjuicio de que la persona física ejecutora material deba responder por un injusto propio ligado a ese mismo hecho.

⁴⁹ Este modelo, como señala DIEZ RIPOLLES, infringe el principio de responsabilidad por un hecho propio, elemento constitutivo del principio de imputación personal. Se hace responder a la persona jurídica por un hecho delictivo ajeno, propio de sus representantes o empleados: el mismo injusto cometido por estos es el que se imputa asimismo a la persona jurídica. Por lo demás, el injusto de los representantes o empleados es un injusto propio de ellos, pues tales representantes o empleados no se consideran meros instrumentos materiales de ejecución de un injusto en realidad propio de la persona jurídica, lo que llevaría a tener que declararlos irresponsables. Tampoco se atribuye a representantes o empleados y a la persona jurídica una intervención conjunta pero diferenciada en un mismo hecho delictivo, lo que implicaría configurar modalidades de autoría y participación en un hecho propio de todos. A tal conclusión no es obstáculo que los representantes o empleados hayan actuado por cuenta o en provecho de la persona jurídica.

La constatación precedente reconduce la cuestión a si rige el principio de exclusión de la responsabilidad penal por el hecho ajeno para las personas jurídicas. El asunto se suele plantear en términos estrictamente constitucionales: un sector doctrinal estima que nuestra constitución avala que las personas jurídicas no deberían gozar de las mismas garantías que las personas físicas, al carecer aquellas de determinados atributos de estas, singularmente la dignidad personal; eso permitiría afirmar la no vigencia respecto a ellas de principios como el de responsabilidad por el hecho propio o el de imputación subjetiva.

-El segundo imputa al ente colectivo un defecto de organización concreto, el cual ha facilitado o no ha impedido que sus representantes o empleados hayan realizado un hecho delictivo singular; será ese defecto de organización concreto lo que constituya el hecho delictivo propio de la sociedad. Esto es lo que sostiene la mayoría de la doctrina

- El tercero imputa a la sociedad una cultura corporativa defectuosa, la cual fomenta o no impide a lo largo del tiempo la realización por sus representantes o empleados de hechos delictivos como el concreto acaecido; esa cultura societaria defectuosa constituirá el hecho delictivo propio de la sociedad.

-El cuarto imputa a la persona jurídica una reacción defectuosa frente al hecho delictivo, ya realizado, por sus representantes o empleados, y es la ausencia de ese comportamiento post-delictivo adecuado lo que constituye el hecho delictivo propio de la sociedad””

Señala Diez Ripolles que en último término, ninguna de las cuatro variantes explica bien por qué se mantiene la responsabilidad de la persona física junto a la de la persona jurídica. En las variantes de cultura corporativa defectuosa y reacción defectuosa al delito la existencia de una persona física responsable sirve simplemente para asegurar una correcta identificación de la persona jurídica, constituyendo pues un mero elemento de la punibilidad. En la variante del defecto de organización concreto no se explica, si asumimos que el hecho delictivo de la persona física es distinto del de la persona jurídica, por qué el injusto de aquella es requisito necesario y determinante para que responda la persona jurídica; y si partimos de que la responsabilidad de la sociedad se asienta sobre el injusto, al menos objetivo, de la persona física, no se entiende por qué no se reconoce que hay cierta transferencia del injusto de la persona física a la persona jurídica. A su vez, en la variante de hecho delictivo societario, la persona física, al ser mero

instrumento de ejecución de la persona jurídica, no debería responder del hecho delictivo de esta última; se podría objetar que la persona física, además de instrumento ejecutor de la sociedad, tiene un injusto de participación propio, pero entonces se da un concurso de leyes a favor de su papel como mero e imprescindible ejecutor de la conducta de autoría de la sociedad. Naturalmente detrás de todas estas inconsecuencias late una justificada preocupación político-criminal, que la introducción de la responsabilidad de la persona jurídica abra campos de impunidad a las personas físicas.

En su opinión, la variante que hemos llamado de hecho delictivo societario, que imputa a la sociedad, como hecho delictivo propio, el ejecutado materialmente por sus representantes o empleados, marca la vía correcta a seguir. Ello exige configurar un nuevo sujeto de imputación, la persona jurídica, y un sistema de responsabilidad penal ajustado a sus características, sin que la deseable semejanza de ese modelo de autorresponsabilidad al vigente para la responsabilidad de la persona física deba condicionar decisivamente su construcción. En todo caso, ya hay antecedentes de modelos específicos de responsabilidad penal bien conectados con el sistema de imputación individual normal, como en el caso del derecho penal de menores o de las medidas de seguridad para peligrosos. En su estructuración, por último, no deberán olvidarse, aunque sea en un plano complementario, las razones pragmáticas tan presentes en este debate.

El modelo mixto, imputa a la sociedad los hechos delictivos cometidos por sus directivos, administradores o empleados según el modelo de transferencia. Sin embargo, exime o gradúa la responsabilidad del ente societario atendiendo a su comportamiento, que puede ser anterior o posterior al hecho delictivo transferido y sin directa relación con él. Esta opción no elude la infracción del principio de exclusión de responsabilidad por el hecho ajeno, sin que, pese a las apariencias, logre vincular de algún modo la responsabilidad a un hecho delictivo propio de la sociedad

Siguiendo a JACINTO PEREZ ARIAS⁵⁰ podemos señalar los siguientes modelos de imputación, como antecedentes históricos mas recientes, distinguiendo entre el modelo de transferencia, el modelo de identificación o alter ego y el modelo de hechos propio⁵¹. El segundo modelo

⁵⁰ PEREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Murcia 2013.

⁵¹ Señala PEREZ ARIAS, J. "1.- Modelo de Transferencia. En primer lugar, nos encontramos con el MODELO PURO DE TRANSFERENCIA, de origen anglosajón, basada en la relación feudal del common law, los Señores eran responsables de todas las acciones de sus sirvientes. Sin embargo, esta primera concepción solo permitía atribuir una responsabilidad al superior por meras omisiones de control respecto del inferior. No servía por tanto para imputar una responsabilidad por acción, puesto que, en puridad, el señor respondía por haber omitido el control pero no por un hecho propio o, lo que es igual, el resultado de la acción no respondía causalmente a ninguna acción del Señor, con independencia de que pudiera atribuirse a este el resultado dada la acción de un tercero (sirviente) del que omitió su debido control.

Posteriormente, a través de resoluciones judiciales, sobre todo de la jurisdicción estadounidense e inglesa, se abrió la posibilidad que permitía mediante el traslado de la responsabilidad según el modelo feudal- la atribución formal de responsabilidad corporativa por omisiones o incumplimientos de sus directivos, pero basado en una responsabilidad objetiva, no siendo suficiente, sin embargo, para aquellas acciones en las que, además, debía existir un especial ánimo delictivo en el autor, pues la corporación no podía llevar a cabo conductas para las que se precisaran elementos físicos.

Para exponer, desde un punto de vista histórico, el punto al que evoluciona este modelo de atribución de responsabilidad, debemos señalar que la concepción de la responsabilidad pura de transferencia se recibe en el derecho de los Torts en el siglo XIX, abriéndose la posibilidad de hacer responder a las corporaciones, también, por delitos de acción, pero sólo para los llamados delitos de strict liability (responsabilidad objetiva), no para delitos con una dimensión moral que requieren de una mala intención criminal (BERNARDO DEL ROSAL). Ejemplos judiciales de este modelo de atribución de responsabilidad a las corporaciones las encontramos en, Inglaterra, caso Queen v. Great North of England Railway (1846) o en, Estados Unidos, el caso State v. Morris & Essex Railroad Co.66 (1852).

2.- Modelo de identificación o alter ego.a.- Esto nos lleva a la primera de las dos evoluciones experimentadas en el modelo de transferencia, denominado MODELO DE IDENTIFICACIÓN O ALTER EGO, surgida a comienzos del siglo XX. A fin de subsanar las deficiencias del modelo puro de transferencia se terminará por concebir a la sociedad como un sujeto dominado y gestionado por sus directivos, a los que se les tilda de ser la mente y la voluntad de la corporación (la acción del directivo es la acción de la corporación). Sin embargo, esta versión de responsabilidad solo permitía imputar a la corporación por aquellas acciones de sus representantes (cerebro) pero no por las de sus empleados (sus manos).

Muchas de las imputaciones además se salvaban haciendo valer por la sociedad la DUE DILIGENCE, es decir, la debida diligencia o control respecto del verdadero autor del delito que, pese a ello, terminaba por poder cometerlo.

La introducción del verdadero modelo de identificación o alter ego, a partir de estas experiencias, surge con el caso Lennard's Carrying Co. Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd. (1915)

y concretamente por la opinión vertida por el VIZCONDE HALDANE al decir, como recuerda BERNARDO DEL ROSAL, que si bien una corporación es una abstracción, que no tiene mente propia como no tiene cuerpo propio su activa y directiva voluntad debe, consecuentemente, ser buscada en la persona de alguien que, para determinados propósitos, puede ser llamado agente, pero que es en realidad la mente directiva y la voluntad de la corporación; el verdadero ego y centro de personalidad de la corporación.

Se instauraba así la responsabilidad de la corporación mediante la identificación de sus hechos a los cometidos por las personas físicas que la dirigían. No obstante, quedaba por completar la delimitación de las concretas personas que, con su actuación, podían hacer responder a la corporación. Delimitación que llegó con la decisión de la Cámara de los Loes, *Tesc Supermarkets Ltd. v. Nattrass* [1971] 2 All E.R. 127 al entender que solo los directivos o gerentes podían controlar a la persona jurídica, y excluyéndose, por tanto, de esta capacidad de hacer responder a la corporación a los empleados a los que se les atribuía la mera función de manos de la entidad pero no de cerebro.

A partir de aquí la corporación responderá por las acciones de sus directivos. No obstante, y como se señalaba más arriba muchas de las imputaciones se salvaban haciendo valer por la sociedad la DUE DILIGENCE, es decir, la debida diligencia o control respecto del verdadero autor del delito que, pese a ello, terminaba cometiendo el delito.

b- Para paliar, a su vez, está incompleta capacidad del modelo a la hora de sostener una responsabilidad íntegra de la corporación, se evolucionó a una nueva versión de la teoría por transferencia, la llamada RESPONSABILIDAD VICARIAL ESTRICTA, surgida en la década de los noventa del siglo XX, a través de la resolución del Tribunal de Apelaciones inglés, en el caso *R v. British Steel* (1995).

Bajo este modelo se permite sostener la responsabilidad corporativa no solo por los hechos cometidos por sus representantes legales sino por sus empleados, siempre que éstos hubieran actuado en el ámbito de la autoridad y suponga un provecho para la corporación. La responsabilidad seguiría siendo de los representantes legales por no haber efectuado un control de sus empleados.

La concreción práctica de las teorías estudiadas plantea numerosos problemas para poder justificar una responsabilidad integral, sin fisuras conceptuales, de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así, y respecto de la modalidad de la identificación, resulta imposible su aplicación a grandes corporaciones, debido a la división de funciones, además de no permitir la responsabilidad corporativa por la conducta individual fraudulenta de un solo directivo. Por su parte, y respecto de la modalidad de responsabilidad vicaria, la no culpabilidad del empleado determinaría para la corporación una responsabilidad sin culpa y, en todo caso, estaríamos ante una verdadera responsabilidad por hecho ajeno.

3.- Modelo del Hecho propio. La situación expuesta ha provocado la transición hacia un modelo en el que se pretende argumentar una responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio.

Siguiendo este modelo, la responsabilidad de la persona jurídica no es resultado de una transferencia por la responsabilidad de la persona física, sino de su propia realidad como estructura organizada independiente de las personas que la hacen actuar y que pueden incluso cambiar sin que ello afecte a la propia naturaleza de la corporación (lo que recuerda la concepción de la persona jurídica de Gierke). De esta forma, el defecto de organización social se erige en causa de imputación, partiendo de que muchas omisiones en el control no pueden ser atribuidas a los directivos o representantes, que a veces nada pueden cambiar, sino a la propia realidad de la persona jurídica. Esta teoría está basada en la sociología de las organizaciones, cuyo máximo

no es sino una variante del modelo del de transferencia, de ahí nuestra preferencia a establecer dos grandes modelos, el de transferencia o también llamado vicarial y el del hecho propio o de autoresponsabilidad.

De los modelos señalados podemos destacar que todos tienen grandes ventajas e inconvenientes, de ahí la dificultad dogmática en el mantenimiento a ultranza de uno de ellos sobre otro:

a.- Respecto del modelo de transferencia (ya sea puro de identificación y vicarial estricta) ya que a responsabilidad de la persona jurídica nace de un hecho ajeno, la mayor crítica es su compatibilidad con el principio esencial de culpabilidad propio del Derecho Penal, pues el conocimiento y la voluntad más bien es atributo de las personas. A ello cabría objetar a su vez en el presunto provecho que la conducta criminal puede originar a la persona jurídica, en este caso habría que articular algún tipo de responsabilidad

b.- Respecto del modelo de hecho propio, supone establecer parámetros propios desde el punto de vista de la imputabilidad de manera que la persona jurídica responde, bien por su falta de control o por su deficiente organización que posibilitan la comisión de hechos delictivos en su seno, con independencia de los delitos que cometan sus representantes.

exponente fue CHARLES PERROW. Para este sociólogo norteamericano el alto grado de especialización interna de los sujetos que forman las corporaciones permite un alto control de la actividad y, por tanto, una reducción patente de la incertidumbre de los procesos empresariales.

La introducción, en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de las nuevas teorías sociológicas sobre sujetos concebidos tradicionalmente como artificiales (teoría de la acción comunicativa de Habermas o la teoría de los sistemas de Luhmann, son ejemplos de ello) implican, como señala BACIGALUPO SAGGESE, un replanteamiento diverso del que tradicionalmente ha inspirado la dogmática penal.

No obstante, para poder imputar una responsabilidad penal a la persona jurídica se debe analizar la relación de causalidad entre la organización y los daños producidos, de forma que solo cuando se evidencia un defecto sistémico en la organización puede hablarse propiamente de la responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio. Esta sería la tesis mantenida por TIEDEMANN que considera que este defecto de organización se erige en el específico concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

De contrario, señala Jacinto Perez Arias que es una artificiosa teoría jurídica que atenta, entre otros, contra el principio de imputabilidad, entendida esta, en palabras de COBO DEL ROSAL, como la capacidad de comprender y valorar la licitud del hecho y de actuar según esa apreciación. Ningún acto o efecto de una persona jurídica puede valorarse con abstracción del poder de control de los sujetos responsables. Además, el diseño del debido control así como su incumplimiento –como fundamento de imputación- solo puede ser analizado desde un punto de vista de conducta humana.

En nuestro texto legal, en la redacción dada por la LO 1/15 de 30 de marzo, el Art. 31 bis, apartados 1 y 2, del Código Penal, vemos que el texto penal recoge un sistema de doble vía, por un lado son autores individuales los administradores y aquellos con facultades de obligar a la persona jurídica, y por otro lado, los que estén sometidos a la autoridad de los mismos, los subordinados cuyos hechos respondería la persona jurídica, si han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos del debido control o haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia, y control.

El Código Penal español ha instaurado dos sistemas de atribución de responsabilidad en función de si nos encontramos en el apartado 1 del artículo 31 bis o en el apartado 2, combinando los modelos de transferencia y autoresponsabilidad, aunque tal posición no es unánime, como veremos más aún después de la reforma de 2015. Todo ello partiendo, de una confusa redacción de la norma que ni es afortunada ni es precisa.⁵²

⁵² Señala JACINTO PERZ ARIAS, Los criterios más relevantes esgrimidos por la doctrina sobre el modelo de doble vía empleado en el Código Penal son los siguientes:

A.- Para un sector doctrinal (encabezado por BERNARDO DEL ROSAL), el código recoge un modelo amplio de identificación, en tanto que la conducta delictiva parte siempre de quien tiene la representación de la sociedad, de forma que cuando hablamos de responsabilidad por los representantes, lo haremos como delito de acción que se transfiere a la persona jurídica, mientras que cuando hablamos de conducta penal de los empleados, lo haremos como delito de omisión por no haber llevado a cabo los representantes de la corporación el debido control.

B.- Para otro sector doctrinal (representado por ZUGALDÍA ESPINAR), el modelo empleado por el Art. 31 bis del Código Penal se corresponde con el del hecho propio, basándose para ello en que el propio texto legal hace responsable a la persona jurídica con absoluta independencia de que se identifique o no («levantamiento del velo») a la persona física que ha actuado en su seno.

C.- Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de la LO de Reforma que dio lugar a la LO 5/2010 manifiesta que el modelo de imputación empleado por el legislador es, vicarial, cuando se esté ante la responsabilidad de los representantes (también si la responsabilidad de los empleados es consecuencia de una ausencia en el debido control de los superiores y no en un defecto social de organización), o por hecho propio en el caso de responsabilidad por los empleados derivado de una ausencia de organización en la corporación.

D.- La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, parte de la premisa de que el código no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica. Por tanto y partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas -gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial- se viene a establecer un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Dicho de otro modo, para la Fiscalía General del Estado la responsabilidad penal de la persona jurídica establece inequívocamente un sistema mixto de transferencia. Opinión ésta a la que también llega RODRÍGUEZ MOURULLO –aunque éste último absolutamente en desacuerdo con la instauración del modelo- que entiende que la responsabilidad de la persona jurídica prevista en el Art. 31 bis se deriva inequívocamente de la propia responsabilidad de la persona física, lo que nos sitúa, como sigue diciendo el citado autor ante el quebranto de principios constitucionales, porque, como declara la STC 150/1991: “La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal”

Gran parte de la literatura penal actual supone, como premisa incontestable, la existencia de un hecho propio como causa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues, en caso contrario, esta responsabilidad se convertiría –y, sin duda, lo es- en objetiva y, por tanto, la norma sería inconstitucional. En este sentido dice DOPICO GÓMEZ-ALLER que se trata de un modelo de responsabilidad por la propia conducta, y no un modelo de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno (responsabilidad de la persona jurídica por el delito de la persona física), lo cual sería inconstitucional.

En realidad el verdadero problema de partida es este, pues si la responsabilidad penal de la persona jurídica no viene sustentada en un hecho propio relevante –evaluable según el principio de culpabilidad- sino en la conducta de otro, la norma, a todas luces, y como indica el propio CGPJ, puede resultar inconstitucional. Así sería en todo caso en ordenamientos jurídicos, como el español, en los que el principio de culpabilidad constituye un derecho constitucional, dado que la responsabilidad por hecho ajeno es, precisamente, una responsabilidad sin culpa (en igual sentido, ENRIQUE BACIGALUPO).

Que la norma fundamental española consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal lo acredita sin margen de duda la STC 246/1991/79, a la que luego haremos obligada referencia habida cuenta la base teórica, que algún sector de la doctrina, otorga a esta Sentencia para sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica (baste señalar ahora que la citada sentencia se centra en la culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo). En todo caso, y como señala MADRID CONESA, la Constitución es punto obligado de referencia y, al mismo tiempo, límite infranqueable de toda política criminal.

Por otra parte, ésta responsabilidad objetiva vendría vedada por los artículos 5 y 10 del Código Penal, que exigen, para valorar la comisión delictiva y para aplicar una pena, la existencia de dolo

o culpa. De ahí que la sala Segunda del Tribunal Supremo tenga manifestado que en todo caso será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación (STS 642/2011, entre otras). En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, cuando dice que la consecuencia que se deriva de la vigente definición del artículo 10 es que la responsabilidad penal de la persona jurídica que introduce la Reforma es una responsabilidad penal sin delito y que la pena que se impone a la persona jurídica es una pena sin dolo o imprudencia, que contraviene, por ello, la contundente garantía consagrada en el artículo 5 del Código Penal.

No puede imaginarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas con absoluta indiferencia de la definición legal del delito recogida en el artículo 10, del principio de responsabilidad subjetiva consagrado en el artículo 5, ambos del Código Penal, y de los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena proclamados por el Tribunal Constitucional. Por tanto, los principios elementales del proceso penal como el principio de culpabilidad han de estar presentes.

Solo desde un planteamiento político criminal es posible hallar conductas atribuibles penalmente a las personas jurídicas, y esto es así por un mero acto legislativo, no por una construcción conceptual válida en Derecho Penal.

Es más, como señala JACINTO PEREZ ARIAS el debate sobre la existencia o no de conducta penal propia de la persona jurídica nos lleva a una segunda cuestión, que es la confusión que en algunos sectores –véase en este sentido la propia circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado– se viene produciendo entre el hecho penal en sí y el fundamento de la posible responsabilidad de la persona jurídica. En efecto, si cualquier enjuiciamiento penal consiste en determinar cuál es la conducta típica del acusado (delito fiscal, estafa, etc.) en el caso de la persona jurídica tal enjuiciamiento resulta inane ya que la conducta penal (convertida en mero hecho de referencia) ha sido realizada por un directivo o por un empleado y no por aquella, y su responsabilidad surgirá en base al artículo 31 bis, esto es, no por un hecho sino por su vinculación con las personas físicas, sea cual fuera el hecho; Vinculación a la que, de manera caprichosa, se resta valor solo para aplicar la pena (art. 66 bis) –no para determinar su responsabilidad– pues la responsabilidad siempre será exigible y por tanto la persona jurídica siempre responderá aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (Art.31 bis, apartado 2). Es decir, que dado un hecho delictivo del que pueda responder una persona jurídica, su condena se producirá por existir vinculación típica con el autor material y por haber obtenido un provecho. Pero dónde queda el hecho penal del que va a resultar condenada la persona jurídica es el interrogante. A título de ejemplo, en un delito fiscal la persona jurídica no responderá por haber defraudado la cuantía típica a la Hacienda Pública sino, sencillamente, por estar vinculada a la concreta persona física –de la que sí se predica su autoría en el modo que se exige en el artículo 31 bis y dado el provecho que tal conducta le ha reportado.

Sin embargo, y de seguir esta confusión de términos en la que se mezcla hecho penal típico y forma de imputación, resultaría que la persona jurídica no cometería nunca una conducta típica y su responsabilidad penal se anclaría en base a un modelo de imputación que viene ya predeterminado por ley. Es decir, la presunción de responsabilidad de la persona jurídica basada en una vinculación persona física - persona jurídica, predeterminada legalmente por completo equivaldría, valga la analogía y para entendernos, a la presunción de paternidad matrimonial establecida en el artículo 113 de Código Civil.

A tal punto llega esta desconexión de la responsabilidad de la persona jurídica con el hecho penal y con el autor persona física que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformada mediante la Ley 37/2011, y que en el capítulo correspondiente será analizada con detenimiento,

Pese a esa aparente combinación de los modelos de atribución en nuestro ART 31 BIS CP, frente a otros que siguen manteniendo la consagración del sistema vicarial o de transferencia, por el cual, se imputa a la persona jurídica el hecho injusto cometido por sus representantes, administradores o empleados, podemos afirmar que un sector importante de la doctrina defiende que el sistema de imputación introducido ha sido el correspondiente al modelo de autorresponsabilidad: A la persona jurídica se le imputa un injusto culpable propio, distinto del que hayan podido realizar las personas físicas competentes en ella integradas. El injusto suele identificarse con un defecto de organización de la persona jurídica, y la culpabilidad va referida a ese injusto cometido por la persona jurídica⁵³.

permite en el Art. 787.8 la conformidad de la entidad jurídica de manera aislada a la del resto de posibles acusados, es decir, instaura la llamada conformidad no litisconsorcial ampliamente proscrita por la norma y por la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo. Conformidad no litisconsorcial que, sin lugar a dudas, compromete el derecho de defensa del resto de acusados por mucho que se diga en el citado precepto que su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.

⁵³ Las pocas formulaciones sobre el contenido de la culpabilidad son muy diversas:

GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, pp. 394-397, 400-401.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010, pp. 8-10.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 7, 9-10.

En todo caso se reconoce la no previsión de eximentes o atenuantes de la culpabilidad propia de la persona jurídica –así, BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, p. 28-30; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010, p. 396; QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Madrid 2010, p. 58; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid 2008, p. 204; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia 2010, pp. 586-587, 592–, por más que algunos autores promueven ciertas interpretaciones que llevan a la admisión de unas u otras, o de ambas –así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad Penal Y Administrativa De Las Personas Jurídicas y Programas De Compliance», en *Diario La Ley* (7442), Madrid 2010, p. 4; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La*

Señala Díez Ripolles⁵⁴ que “esta interpretación aporta diversos argumentos: Destaca que en la segunda modalidad comisiva del art. 31 bis 1, donde el protagonismo corresponde a empleados de la sociedad, se exige que no haya concurrido el debido control de éstos por parte de las personas físicas que ejercen la autoridad de la persona jurídica. Además, el debido respeto de determinados principios constitucionales y jurídico-penales, como los de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno, la imputación subjetiva o el principio de culpabilidad, obliga a proyectar ese requisito a la segunda modalidad comisiva, centrada en la actuación de los representantes o administradores de la sociedad. Por otra parte, no se ven argumentos suficientes a favor del modelo de transferencia. Es cierto que ha de constar que un representante, administrador o empleado del ente colectivo ha cometido también el delito. Pero la ley admite la responsabilidad de la persona jurídica con independencia de que se desconozca qué persona física concreta ha cometido el delito, de que no se pueda proceder contra la persona física, o ésta haya fallecido o se haya sustraído de algún modo a la justicia. Sin olvidar que las eximentes y circunstancias de la responsabilidad concurrentes en la persona física no son aplicables a la persona jurídica.”

No faltan quienes mantienen la existencia de un modelo mixto: se reconoce que parte del modelo de transferencia, pero se tiende a configurar en mayor o menor medida por el modelo de autorresponsabilidad, incluso manteniendo que para el apartado primero del art 31 bis estaríamos ante un modelo de transferencia, y en el apartado 2 de l citado articulo , seria un

Ley (7534) 2010, p. 10; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, p.13. pp. 885-908.

⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (1) 2012, pp.1-33.

modelo de autorresponsabilidad por el deficiente control de la persona jurídica.⁵⁵

No obstante la reforma de 2015 tiende al reconocimiento de la autorresponsabilidad, al configurarse un injusto culpable específico de la persona jurídica, están previstas eximentes y graduaciones de injusto y culpabilidad propias, ligadas al defecto de organización de la sociedad y su reproche.

CAPÍTULO VI - DERECHO COMPARADO

El aforismo latino que decía “societas delinquere non potest”, por el cual la sociedad, no podía delinquir, era enunciado de modo categórico, hasta fechas recientes negándose la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, aunque si era posible a sus representantes. No obstante, en

⁵⁵ Para Díez Ripollés, hay buenos argumentos en contra de las interpretaciones precedentes: Ante todo, sostener el modelo de autorresponsabilidad en nuestro código supone hacer una interpretación sin base legal de la referencia del art. 31 bis 1 (párrafo 2) a la ausencia del debido control de los representantes o administradores sobre sus empleados. Por otra parte, llama la atención que la comisión por imprudencia, tan relevante en todas las construcciones basadas en el defecto de organización, se contempla en muy pocos supuestos. El art. 31 bis no contiene una cláusula de imprudencia, aplicable a todos los delitos en los que las personas jurídicas pueden ser responsables. Tampoco la alusión, en la segunda modalidad comisiva, al debido control de los representantes o administradores sobre sus empleados puede considerarse en sus términos una disposición expresa de imprudencia punible en el sentido del art. 12 del código. Por lo demás, no va referida a todo el art. 31 bis, en realidad ni siquiera a las personas jurídicas. Es más, si lo fuera impondría sorprendentemente la misma pena a la comisión dolosa que a la imprudente. Se pasan por alto o desconsideran ciertas previsiones legales adicionales, incompatibles con un modelo de autorresponsabilidad. La exigencia de responsabilidad penal a las sociedades instrumentales solo tiene sentido dentro del modelo de transferencia, pues en el modelo de autorresponsabilidad el injusto culpable de la sociedad instrumental carece de sustento. Lo que procede es el delito de testaferría de la persona física y la medida de disolución de la sociedad. Asimismo, la obligación de modular las penas de multa imponibles tanto a la persona física como a la jurídica para que su cuantía total se ajuste a la gravedad de unos mismos hechos –art. 31 bis 2– presupone que ambas personas están sustancialmente respondiendo por el mismo injusto culpable. No pueden arrumarse tampoco diversas previsiones legales que condicionan la gravedad de la pena de las personas jurídicas a la de las personas físicas.

la actualidad, la perspectiva ha cambiado de tal manera que lo contrario es inimaginable, afirmándose el principio *societas deliquere potest*.

La relevancia actual de la criminalidad empresarial provoca exigencias político criminales que han motivado que el antes excepcional principio se transforme en una tendencia dominante que trasciende los límites del *common law*.⁵⁶

En el Derecho comparado se observaba que los países anglosajones y EEUU predominaba la regla de la responsabilidad directa de la persona jurídica; mientras en los países del orden jurídico europeo continental, regía el viejo aforismo, sin posibilidad de sancionar a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de sus administradores.

Hoy en día ese planteamiento ha cambiado, aceptándose que la sociedad puede delinquir. Existe una tendencia creciente a reconocer la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, en la línea marcada por nuestro legislador desde la reforma del CP de 2010 y reforzada en 2015.⁵⁷

Señala Marta García Mosquera⁵⁸ que “la implicación cada vez más frecuente de grandes empresas multinacionales en graves violaciones de derechos humanos viene siendo objeto de atención explícita en el marco de Naciones Unidas desde hace tiempo.

⁵⁶ DONAIRES SÁNCHEZ, P., «Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado», en *Derecho y Cambio Social* (31) 2013, pp.1-22.

⁵⁷ Considera, Donaire Sanchez, en esa línea de tendencia creciente en el derecho europeo continental, la implementación en el Código penal francés de una regla de responsabilidad directa de la propia persona jurídica y la introducción en el Código penal español, como veremos, a favor de responsabilizar directamente a la persona jurídica, se observa cómo el Corpus Juris europeo destinado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea muestra en su artículo 13º (antes el artículo 14º) una disposición de responsabilidad penal directa de las corporaciones.”

⁵⁸ GARCÍA MOSQUERA, M., «La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad penal del ART. 31 BIS CP Consideraciones en el contexto de la Unión Europea», en *Estudios Penales y Criminológicos* (23) 2011, pp. 321-368.

En el año 2003, la Subcomisión de Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las llamadas Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los Derechos Humanos.⁵⁹ Pese a los intentos, los tribunales internacionales, y muy particularmente la Corte Penal Internacional, carecen de competencia para imponer sanciones penales a las personas jurídicas, y ello como consecuencia del expreso rechazo, en el proceso de elaboración del Estatuto de Roma, de la propuesta en tal sentido planteada por el Gobierno francés. No existe por tanto para las personas jurídicas en cuanto tales un poder punitivo supraestatal”.

Añade que : “A la vista de ello resulta, pues, obligado acudir a las jurisdicciones penales domésticas y explorar la viabilidad de esta opción nacional como respuesta a los retos planteados por la globalización económica y los potenciales abusos de grandes corporaciones.

La creciente incorporación en los respectivos ordenamientos penales de numerosos países de la llamada “responsabilidad penal de las personas jurídicas” responde básicamente a la motivación de prever una respuesta punitiva específica al fenómeno de la criminalidad empresarial, entendiendo por tal la protagonizada por formas organizativas dedicadas a actividades de carácter comercial, industrial o económico.”

En países de nuestro entorno, existen numerosos precedentes de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Fiscalía General del Estado⁶⁰ que aborda la cuestión insiste en las recomendaciones internacionales para llevar a cabo la reforma a las que se refiere la propia exposición de motivos de la LO 1/15 de reforma del CP, más concretamente a las recomendaciones de la OCDE en el informe adoptado por el Grupo de trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente

⁵⁹ Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto 2003.

⁶⁰Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado

a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Señala RODRIGUEZ FERNANDEZ, RICARDO,⁶¹ como precedente más relevante en la Unión Europea, el art 12.3 del Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los : igualmente responsables los directores de la empresa y cualquier otra persona que tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, respecto de las infracciones de los artículos 1 a 8 que hayan sido cometidas por una persona que actúa bajo su autoridad, cuando no hayan ejercido el deber de vigilancia necesario y siempre que su incumplimiento haya facilitado la comisión del delito”.

Dicho cuerpo legal aborda la responsabilidad penal de los responsables o directivos de la empresa en el art 13, y de las entidades colectivas en el art 14, siempre que la infracción hubiera sido perpetrada por cuenta de la persona jurídica por un órgano, representante o cualquier persona que actuase con un poder de decisión o de derecho.

CARRETERO GONZALEZ, ADOLFO,⁶² recuerda diversos tratados internacionales, Convenio de Derecho penal del consejo de Europa contra la corrupción, Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, Convenio de la ONU contra la delincuencia organizada de 15 de noviembre de 2000.

En el Derecho comunitario, son abundantes las referencias a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así en las siguientes Decisiones Marco:

⁶¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. R., «Regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado, especial referencia al derecho europeo», en *la ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (112) 2015, p.8.

⁶² CARRETERO SÁNCHEZ, A., «Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Diario La Ley* (7786) 2012.

_Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

_Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 , relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil-

_Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos del delito y de las penas aplicables al tráfico de drogas.

_Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

_Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación de buques-

_Decisión Marco 2005/60/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

- la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito

- Delitos relativos al mercado y a los consumidores: Decisión Marco 2003/6 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado

- Acerca de los denominados delitos informáticos, la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información.

- En materia de tráfico de drogas, la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, 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.

- Reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas: Decisión Marco 2008/919/JAI.

-Respecto a los delitos de corrupción de funcionario público de la UE (delitos de cohecho), cuanto se recoge en el Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999.

En términos generales, las normas de armonización europeas y la obligatoriedad de transposición de las directivas comunitarias, inciden en la necesidad de sancionar a las personas jurídicas, si bien han dejado libertad a los Estados miembros para sancionar a las personas jurídicas bien sea por la vía penal bien por la vía administrativa o civil. Lo cual dentro del ámbito de la UE podría predisponer a las empresas hacia lo que se conoce como “forum shopping” (interés por someterse a los ordenamientos que ofrezcan a la empresa la mayor protección y las menores obligaciones). En este sentido, podría dar lugar a que determinadas empresas elijan como sedes países cuyos ordenamientos jurídicos no establezcan como principio general la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶³.

Ésta es una preocupación ya recogida en el Libro verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, donde se afirma que “si este tipo de medidas (penas aplicables a personas jurídicas) no existe en todos los Estados miembros, se corre el peligro de que estas personas jurídicas localicen sus actividades y/o sus activos en el Estado miembro en el que el riesgo de pena sea menor, si no inexistente”.

Dentro de la construcción del espacio judicial europeo debe aclararse cómo opera el principio de reconocimiento mutuo de sentencias penales cuando las resoluciones se refieran a condenas impuestas a personas

⁶³ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Castilla la Mancha 2010.

jurídicas. Nuestra Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el ámbito de la Unión Europea, Ley 23/14 de 20 de noviembre.⁶⁴

Desde otra perspectiva, recuerda CAMEO CESTERO, MARIO, que para entender el incremento en la implementación de los compliance officer hay que remontarse al escándalo Enron-Arthur Andersen, que contribuyó a la destrucción de documentos relacionados con la auditoría de Enron, en los que la gigante energética habría camuflado su precaria situación financiera, siendo condenada por ello en EEUU.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas existe en buena parte de los países de nuestro entorno (Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza) si bien con importantes diferencias respecto a regulación española.

Como ya se ha dicho, tradicionalmente, se distinguían dos sistemas correspondientes al derecho anglosajón o al derecho europeo continental ; los primeros que admitían sin problemas la responsabilidad penal de la persona jurídica como Reino Unido y Estados Unidos, y los otros más dogmáticos que se resistían a su aplicación. No obstante, recientemente se admite por casi todos los países, si bien la regulación sobre este tema difiere de un país a otro.

⁶⁴ Tratándose del reconocimiento y ejecución en España de una resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria, dispone en el artículo 180 LRM: “1. El Juez de lo Penal competente estará obligado a reconocer y ejecutar una resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria que le haya sido remitida por la autoridad competente de otro Estado miembro, sin sujeción a control de doble tipificación cuando se refiera a alguno de los delitos enumerados en los apartados 1 y 2 del artículo 20.

2. También se ejecutará la sanción pecuniaria que se haya impuesto en el Estado de emisión a una persona jurídica por una infracción penal para la que no se prevea su responsabilidad de acuerdo con el Derecho español.”

Destacan LAMATA, BILBAO Y ALGORTA⁶⁵, que la influencia de nuestro entorno más próximo -Francia introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1994, Italia en 2001-, la inercia europea ,Bélgica, Gran Bretaña, Holanda, Portugal o Noruega, e incluso otros referentes como Chile, EEUU, Japón o Perú, han favorecido que en nuestra legislación penal se haya tomado partido claro a favor de esta opción.

Son pues varias legislaciones europeas las que ya han previsto la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de manera que estas responden por su propia culpabilidad derivada de un defecto de organización, por lo general, no haber puesto las medidas organizativas necesarias para impedir la infracción cometida: Holanda (1976), Gran Bretaña, Irlanda y Noruega(1991), Islandia (1993), Francia (1994), Finlandia (1995), Eslovenia(1996), Dinamarca(1996), Estonia(1998), Bélgica (1999), Suiza y Polonia (2003), y Portugal(2007).

RODRIGUEZ FERNANDEZ ⁶⁶ señala que prácticamente han incorporado estos programas todos los países de la Unión europea, menos Alemania, Grecia e Italia. Y se admite también en el Corpus para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, en el nuevo código penal tipo iberoamericano (desde la reunión de Panamá de 1998, y en numerosos países iberoamericanos (Argentina, Chile, Cuba, Honduras, mexicana, Nicaragua, panamá, Perú y Venezuela).Otros países aplican a las personas jurídicas sanciones tipo administrativas tales como Italia o Alemania, en estos casos conlleva la apreciación de tal responsabilidad, únicamente la imposición de sanciones pecuniarias .

⁶⁵ DE LA MATA BARRANCO, N. J., BILBAO LORENTE, M., ALGOERTA BORDA, M., «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», en *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* (87), pp. 1 ss.

⁶⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., «Regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho comparado, con especial referencia al derecho europeo», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (112) 2015, p. 8.

Analizaremos de forma esquemática la regulación sobre la materia en aquellos países de nuestro entorno, entre los que destaca Alemania, Francia e Italia por su influencia en España, y en el derecho Anglosajón Reino Unido y Estados Unidos, regulaciones con mayor evolución en este tipo de responsabilidad corporativa.

6.1- DERECHO ALEMÁN

En Alemania la responsabilidad de las personas jurídicas es de carácter administrativo y no penal. Se considera desde el punto de vista penal que este tipo de responsabilidad atenta contra el principio de culpabilidad al entender que la persona jurídica no responde por un hecho propio sino de tercero, de manera no puede imponerse pena alguna, contra el riesgo de vulnerar la constitución.

No obstante, la sociedad a través de la que se delinque puede ser sujeto pasivo de un proceso, si bien no penal sino administrativo (Derecho de contravenciones).

En cualquier caso las posturas doctrinales, como en el resto de Europa, siguen enfrentadas, ya que muchos autores reclaman la instauración de responsabilidad penal de la persona jurídica frente a otros que no, manteniendo que debe ser una sanción administrativa, y los intermedios que proponen la adecuación de las categorías de acción y culpabilidad a las personas jurídicas.

En cualquier caso, el modelo legislativo alemán se ha caracterizado por prever, desde hace tiempo, sanciones de naturaleza penal - administrativa contra la persona jurídica. En efecto, el Código Contravencional Federal en su párrafo 30º permite, en todo caso, la imposición de verdaderas consecuencias principales de carácter sancionador a la empresa como tal, en forma de multas contravencionales. De esta manera, podrá imponerse una multa a las personas jurídicas cuando sus órganos o representantes lesionen

mediante la realización de comportamientos delictivos o contravencionales de deberes de la empresa relacionados con ella o cuando han obtenido o intentado su enriquecimiento.

La imposición de una multa contravencional a la empresa, exige, como hecho vinculante un delito o una contravención cometidos por una persona física plenamente imputable. Y el hecho que sirve de conexión debe, o bien haber vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación, o bien debe haber producido o perseguido el enriquecimiento de la empresa.⁶⁷

6.2- DERECHO ITALIANO

Se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas, pero de manera híbrida, que no podemos señalar que sea una responsabilidad penal, pues la persona jurídica responde en el proceso penal con sanciones que se recogen bajo la denominación de administrativas.

El sistema Italiano, mantiene la imposición de medidas sancionadoras a la persona jurídica con la particularidad de que ésta son acordadas por el Juez Penal, a semejanza de la regulación española de 2010 que preveía determinadas consecuencias accesorias a las personas jurídicas, pero no eran una propia responsabilidad penal de la persona jurídica que no podía delinquir.

La Constitución italiana, en su art. 27, inc. 1, señala que «la responsabilidad penal es personal», de ahí las dificultades dogmáticas en la

⁶⁷ Así, según el procedimiento señala Jacinto Pèrez Arias, debe distinguirse entre:

1: La llamada multa asociacional acumulativa, que se impone en un proceso único al autor del hecho que sirve de referencia y a la asociación de personas (párrafo 30. I OWIG); y,

2: La denominada multa asociacional aislada que, de conformidad al párrafo IV del párrafo 30 de la OWIG, se impondrá en un proceso independiente a la empresa, siempre que no se haya incoado un proceso penal o un proceso contravencional contra el autor del hecho vinculante o, aun cuando se lo incoara, si el tribunal hubiese suspendido la imposición de la pena.

construcción de una verdadera responsabilidad penal, que la doctrina italiana trata de superar.

En Italia, restringida constitucionalmente la responsabilidad en el ámbito de las personas físicas (artículo 27.1), el Decreto Legislativo Giugno 2001 núm. 213 de 8 de junio de 2001, regula una especie de derecho penal administrativo, estableciéndose como presupuesto para la imposición de las sanciones, la comisión del delito por quienes sean representantes, directivos o administradores de hecho o de derecho, así como las personas que ejerzan labores de control, siempre que actúen en interés o beneficio de la persona jurídica. Se opta por un modelo mixto, en el que se logra compaginar la culpabilidad por defecto de organización con el modelo de responsabilidad vicarial.

En este régimen destaca en su art 6 la exención para las personas jurídicas que adopten modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos, al igual que nuestra actual legislación penal. Señala VICENTE MAGRO SERVET⁶⁸, que entre las exigencias de dicho sistema de compliance se incluyen la individualización de las actividades de riesgo en función de la empresa, el desarrollo de protocolos específicos, la individualización de la gestión de los recursos financieros, el desarrollo de obligaciones de información y la previsión de un específico sistema disciplinario.

6.3- DERECHO FRANCÉS

En Francia, la responsabilidad penal de la persona jurídica se instauró en el año 1994 en el Código penal francés, que lo reconoce en su parte general, artículo 121.1, aunque con carácter excepcional, coexistiendo aquella con la de sus dirigentes que es la norma general.

⁶⁸ MAGRO SERVET, M., *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención*, Madrid 2017.

Al igual que en nuestra legislación actual, quedarían exentas el Estado y los entes territoriales y sus agrupaciones, que sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público (Artículo 121.2 Código Penal Francés).

Al igual que ocurre en España, en Francia, se puede llegar a condenar a una persona jurídica por la comisión de un delito, aún cuando la persona física -autora real- no haya podido ser determinada y condenada. En este sentido, el artículo 121.3 del Código Penal Francés, afirma “Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3,⁶⁹ la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”.

En cuanto a las penas, el código penal francés regula las penas correspondientes a las personas jurídicas en los artículos 131-37 a 131-49. Concretamente el artículo 131-37 establece que las penas criminales o correccionales que pueden imponerse a las personas jurídicas son: 1º La multa; 2º En los casos previstos por la ley, las penas enumeradas en el artículo 131-39.

Por tanto, la pena principal es la multa aunque, al igual que ocurre en España, se prevén otras penas accesorias, como son la disolución, el sometimiento, por un periodo de hasta cinco años, a vigilancia judicial; la clausura; la prohibición de ejercer una actividad profesional o social; la exclusión de la contratación pública a título definitivo o por un periodo de

⁶⁹ Por su parte, el artículo 121.3, párrafo cuarto, establece “En el caso previsto en el párrafo anterior, las personas físicas que no hayan causado directamente el daño, pero que hayan creado o contribuido a crear la situación que haya permitido su realización, o que no hayan adoptado las medidas que hubieran permitido evitarlo, serán responsables penalmente si se prueba que, o bien violaron de forma manifiestamente deliberada una obligación especial de prudencia o de seguridad prevista por la ley o por el reglamento, o bien incurrieron en culpa cualificada y que expuso a otro a un riesgo de especial gravedad que no podían ignorar”.

hasta cinco años; el comiso de la cosa que haya servido o estuviera destinada a cometer la infracción o del producto de la misma, etc.

También hay un catalogo cerrado de delitos de los que puedes ser responsable la persona jurídica.⁷⁰

Este modelo es común⁷¹ al de Bélgica, Dinamarca , Finlandia y Holanda.

En efecto, el artículo 51º del Código Penal holandés, expresamente prevé la posibilidad de responsabilizar penalmente a las corporaciones. Dicha norma expresa que: “1. Los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas. 2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, pueden ser perseguidas y sancionadas : 1) la empresa; o, 2) la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo; o, 3) cualquiera de los sujetos a la vez”.

6.4. DERECHO ANGLOSAJÓN

Son los precedentes judiciales anglosajones a los que debemos en gran parte la doctrina sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que es en estos sistemas es donde, generalmente, se ha

⁷⁰ En cuanto a las características de este modelo legislativo, señala Jacinto Prez Arias, que se identifica que la responsabilidad es: a) acumulativa, b) especial; y, c) condicionada.

Se dice que es acumulativa por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye, sea en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo (art. 121º-2).

Es también una responsabilidad especial por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley (para el caso de delitos) o reglamento (cuando se trata de contravenciones) que define la infracción. De esto se desprende que: es necesario, para poder responsabilizar al ente ideal que, tal posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional que se quiere aplicar. Ello significa que tal responsabilidad penal no ha sido regulada con un carácter general sino especial.

Es una responsabilidad condicionada a un doble requisito: a) la infracción debe haber sido cometida por un órgano o representante de la persona moral; y, b) debe, además, haberlo sido a su cuenta.

⁷¹ VELASCO NÚÑEZ, E., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales», en *Diario La Ley* (7883) 2012.

propiciado en sus legislaciones la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en contraposición a los sistemas continentales donde, se ha optado por el mantenimiento del clásico principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, el panorama ha variado sensiblemente. No obstante, en el derecho anglosajón la persona jurídica responderá penalmente siempre salvo que se establezca otra cosa distinta.

La posibilidad de sancionar penalmente a una persona jurídica es una creación jurisprudencial que data del inicio del siglo XIX. En las primeras decisiones, los tribunales ingleses sólo la admitían como excepción al principio de irresponsabilidad para delitos omisivos culposos (*non feasant*) y comisivos dolosos (*misfeasance*). Posteriormente, por intervención legislativa, fue reconocida la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Interpretation Act (1889), por medio de un dispositivo general que ha pasado a considerar el término persona como comprensivo también del ente colectivo. Esa especie de responsabilidad fue aplicada, inicialmente, a las *regulatory offences* (*public welfare offences*), infracciones castigadas con sanciones menos severas y de forma objetiva (independientemente de culpa). A partir de 1940, considerablemente ampliada, alcanzó a crímenes de cualquier naturaleza, incluido delitos contra las personas.

Por consiguiente, según el sistema anglosajón a la persona jurídica puede serle imputable cualquier delito, no hay limitación siempre y cuando por su naturaleza le permitiera realizar. Eso ocurre, especialmente, en el campo de los delitos referentes a las actividades económicas, de seguridad en el trabajo, de contaminación atmosférica y de protección al consumidor.

Se admite la responsabilidad objetiva contraria a los dictados del principio de culpabilidad, y siendo indispensable una acción u omisión del ser humano, se preciosa atribuir tal conducta humana a la persona jurídica. El fundamento penal encontrado está en la teoría de la identificación originaria de la jurisprudencia civil (resolución de la House of Lords, 1915),

que acabó por alcanzar el área criminal, en 1944. El juez o tribunal debe procurar identificar a la persona que «no sea un empleado o agente, cuya sociedad sea responsable por el hecho a consecuencia de una relación jerárquica, sino a cualquiera que la torne responsable porque el acto incriminado es el propio acto de la sociedad». Se sostiene, por tanto, que la persona natural «no habla, no actúa para la sociedad; ella actúa en cuanto sociedad y la voluntad que dirige sus acciones es la voluntad de la propia sociedad». Ella es la personificación del ente colectivo; su voluntad es la voluntad de éste.

Por lo demás, la teoría de la identificación exige al menos un único dirigente, responsable de la misma a quien atribuir la culpa.

Destaca VELAZQUEZ VIOQUE⁷², la UK Bribery Act de 2010 que entró en vigor el 1 de julio de 2011, y que permite la persecución de compañías internacionales con presencia en el Reino Unido si estas o sus socios se hallan involucrados en casos de corrupción, salvo que puedan acreditar fehacientemente que han implementado procedimientos adecuados de prevención al respecto, entre los que destaca una completa evaluación del riesgo penal.

En cuanto a la pena, igual que sucede en la mayoría de las legislaciones es fundamentalmente la multa, la pena en exclusiva imponible a las personas jurídicas.

Idéntico modelo se sigue en los países de Noruega y Suiza.

El código penal austriaco y suizo adoptan un modelo más próximo al denominado de la responsabilidad propia u originaria o de la culpabilidad de empresa, en el que se buscan los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver más con la infracción de los deberes propios que incumben exclusivamente a la persona jurídica.

⁷² VELAZQUEZ VIOQUE, D., «Responsabilidad penal de empresas. ¿Cómo probar el debido control?», en *Diario la Ley* (7794) 2012.

6.5. EEUU

El Tribunal Supremo de EEUU resolvió la polémica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas a principios del siglo XX, como recuerda VERCHER NOGUERA ⁷³, en el sentido de admitir su responsabilidad criminal y de regular la responsabilidad de la persona jurídica por los crímenes por ella cometidos.

En 1991 se aprobaron unas “directrices para la determinación individual de la pena (sentencing guidelines).

Destaca VELAZQUEZ VIOQUE⁷⁴, que las US Federal Sentencing Guidelines for Coprporations, en relación con la implemetación de un “effective Compliance and Ethics Program”, destaca como elementos esenciales de dicho programa los siguientes:

1. Establecimiento de standares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal, ejercicio por parte del Consejo de Administración de una autoridad supervisora sobre implementación y mejora del programa de compliance.
2. El nombramiento de un Compliance Officer y la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas.
3. El reporting periódico a los miembros del Consejo de administración y altos directivos.
4. La exclusión de empleados incumplidores de los puestos de responsabilidad.
5. La impartición de formación continuada en materia de compliance.
6. Monitorización y auditoria constante de la eficacia del programa.
7. Aseguramiento de que el programa de Compliance es promovido y reforzado dentro de la empresa mediante incentivos para actuar en

⁷³ VERCHER NOGUERA, A., «La persona jurídica y el sistema de compliance en el código penal. Su aplicación en el contexto ambiental.», en *Diario la Ley* (8823) 2016.

⁷⁴ VELAZQUEZ VIOQUE, D., «Responsabilidad penal de empresas. ¿Cómo probar el debido control?», en *Diario la Ley* (7794) 2012.

cumplimiento del mismo o bien mediante el establecimiento de las medidas disciplinarias adecuadas.

8. El establecimiento de una adecuada respuesta a los incumplimientos detectados, en orden a prevenir conductas similares en el futuro, lo cual incluye las necesarias modificaciones que debieran llevarse a cabo de dicho programa.

El Model Penal Code norteamericano establece « Art. 2.07.1. Una sociedad anónima puede ser condenada por la práctica de un delito si: c) la práctica del delito fue autorizada, solicitada, ordenada, o ejecutada por la dirección o por un alto funcionario (gerente) actuando en representación de la sociedad y durante el empleo».

6.6. SUDAMÉRICA: CHILE, PERÚ Y BRASIL

En la legislación chilena el art 3 de la ley 20.393 de 25 de noviembre de 2009, exige para que la empresa responda tanto de los delitos cometidos por directivos como para los que lleven a cabo otros empleados , que haya existido infracción “ de los deberes de dirección y supervisión”, declarándose de forma expresa que, “ se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

En Perú, el Código penal vigente, si bien no se recoge como principio la responsabilidad de las personas jurídicas, si se acepta de manera innovadora la aplicación de las denominadas “consecuencias accesorias” reguladas en el artículo 105º de dicho cuerpo de leyes, las que según la doctrina mayoritaria vendrían a ser verdaderas sanciones penales aun cuando otros consideran que sólo son medidas de seguridad. Si se regula la responsabilidad penal del representante de la persona jurídica.

La ley penal brasileña de los crímenes ambientales (Ley 9.605 de 12 de febrero de 1998), dispone, en su artículo 3º, que «las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de su entidad». Luego, seguidamente dispone: «La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho».

6.7 TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN DERECHO COMPARADO

Con carácter general, y como ya se dijo podemos afirmar con RODRIGUEZ FERNANDEZ⁷⁵, que se admiten tres formas distintas de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas:

-Responsabilidad directa: Se sanciona de manera inmediata a las personas jurídicas, sin que ello este condicionado por la responsabilidad del representante, y sin que impida la eventual sanción de la persona jurídica que haya tenido la dirección de la acción prohibida(Francia y Holanda)

- Responsabilidad impropia: las consecuencias económicas del delito cometido por la persona física, se ponen a cargo de la persona jurídica en cuyo nombre e interés se ha actuado, de tal manera que la persona jurídica queda obligada solidariamente al pago de las citadas cantidades ,aunque se puede repetir contra la persona física criminalmente responsable(Italia y Belgica).

- Responsabilidad propia directa: El delito de una persona física es también imputado a la persona jurídica que responde con independencia del anterior, discutiéndose cuales son los criterios de imputación que permiten

⁷⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., «Regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho comparado, con especial referencia al derecho europeo», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (112) 2015, p. 8.

tal atribución, como puede ser el actuar en en la esfera de la persona jurídica o haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica (Dinamarca, Grecia, Irlanda y Reino Unido) .

6.8 SISTEMA SANCIONADOR O DE PENAS

Siguiendo a RODRIGUEZ FERNANDEZ, básicamente son cuatro las vías por las que los diferentes países de nuestro entorno optan por establecer sanciones por la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- A. Sanción pecuniaria o multa: España, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia (solo cuando también se haya podido penar a la persona física), Holanda, Noruega, Reino Unido, Suiza (solo cuando se pueda penar a la persona física, salvo corrupción, terrorismo, crimen organizado y blanqueo) EEUU (cuando la empresa no se autorregule e incumpla determinados deberes de control para evitar el delito. Es este el sistema seguido en España tras la LO 5/10 de 22 de junio, imponiéndose la multa y otras penas como veremos.
- B. Sanción administrativa. Alemania y Portugal
- C. Sanción administrativa cuasi penal. Sanción pecuniaria administrativa impuesta por Juez Penal: Austria, Italia y Polonia.
- D. Sanciones accesorias. Suecia.

CAPÍTULO VII - FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. TEORÍAS.

Resulta obvio señalar que la culpabilidad es elemento esencial en el ámbito penal, ya que no hay pena sin dolo o culpa por exigencias de la legalidad penal y como fundamento básico de cualquier sistema penal o sancionador.

Como señala Escrihuela,⁷⁶ la culpabilidad es la estructura básica del Derecho Penal, en la idea de que las acciones delictivas sean conscientes y voluntarias o al menos imprudentes en detrimento de la responsabilidad por el resultado. Se configuran así el dolo y la imprudencia (culpa) como el nexo entre el sujeto y la acción, nadie puede ser castigado sino ha obrado con malicia o al menos con imprudencia. Dicho principio inspira nuestro CP y lo dignifica con su reforzamiento con una triple manifestación del principio, como fundamento de la pena, como elemento de la determinación de la pena en atención a la mayor o menor gravedad, y como proscripción de la responsabilidad objetiva o por el resultado, que impide la atribución de un resultado imprevisible sin dolo o imprudencia.

Pues bien independientemente del concepto dogmático de culpabilidad es claro que una persona culpable lo es por haber cometido un hecho penal relevante, que le puede ser atribuido según las reglas de la imputación objetiva y que por tanto, es merecedor de una pena. Este hecho culpable debe ser realizado por una persona física, en tanto tiene capacidad de acción. De ahí las dificultades del encuadramiento de la culpabilidad a las personas jurídicas, toda vez que carecen de voluntad en sentido

⁷⁶ ESCRHUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid 2016.

estricto y sin voluntad no hay culpabilidad, La acción realizada en nombre de la persona jurídica, en principio, tampoco puede ser susceptible de reproche social, ni realmente le puede ser imputable, pues se trata de un mero patrimonio para un fin mercantil.

Siguiendo a Jacinto Perez Arias⁷⁷, este señala que “desde perspectivas sistemáticas, el debate en torno a la culpabilidad de las personas jurídicas ha partido de tres ideas básicas:

-De un lado, la propuesta por SCHÜNEMANN que, aún admitiendo la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, sostiene que el fundamento del reproche se halla en un estado de necesidad del bien jurídico.

-De otro, la propuesta por TIEDEMANN⁷⁸ que elabora toda una teoría de culpabilidad sobre la base del defecto de organización. Casi todas las teorías existentes son meras derivadas de estas dos formulaciones (así, HIRSCH, KORTE, EIDAM, etc.).

-Una tercera fundamentación de la culpabilidad en general –y que ha querido extrapolarse, en algún caso, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas- se sustenta en criterios funcionalistas elaborados desde el punto de vista de la prevención de la pena. En este sentido, nos encontramos, a su vez, con dos teorías sobre la culpabilidad: De un lado, la propiciada por ROXIN, que desde perspectivas de prevención especial y bajo un funcionalismo moderado, parte de la necesaria existencia de un sujeto persona física (único capaz de resocialización), por lo que, en modo alguno, satisface la culpabilidad colectiva y, de otro, la sostenida por JAKOBS que,

⁷⁷ PEREZ ARIAS, J., *Sistemas de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Murcia 2013.

⁷⁸ TIEDEMANN, K., «Die “Bebüßung von Unternehmen nach dem 2” Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”», en *Neue Juristische Wochenschrift*, (41) 1988, pp. 1172 y ss.

fundamentando la culpabilidad en la función preventiva general y conforme a un funcionalismo radical, admitiría, partiendo de una metateoría sobre los sistemas de Luhmann, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.”

PEREZ ARIAS ,siguiendo a GÓMEZ-JARA⁷⁹ sistematiza las siguientes teorías:

1.- Culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica.

Teoría defendida por HAFTER, para el que la voluntad de la persona jurídica puede ser individualizada de la voluntad de las personas físicas que la componen. La persona jurídica tiene voluntad especial cuando hay discrepancias entre sus miembros.

2.- Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica.

Defendida por BUSCH, para el que que la voluntad de la persona jurídica es producto de la voluntad de todos los miembros que la componen, de tal manera que, de ser culpable esta voluntad, la culpabilidad será predicable de todo los sujetos que forman el colectivo. Para él no existen inocentes en la persona jurídica ya que todos participan en la formación de la voluntad, y todos tienen obligación de actuar, por lo que la omisión también es relevante.

3.- Culpabilidad funcional del órgano

Sustentada por SCHROTH, que entiende que la la persona jurídica es culpable según sus defectos organizativos u orgánicos, propios de la empresa, con independencia del comportamiento aislado de sus miembros.

⁷⁹PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid 2013. Que cita a GÓMEZ-JARA, C., BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Navarra 2012.

4.- Culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica

En un sentido similar al anterior HIRSCH, distingue entre una culpabilidad individual y otra de la persona jurídica. Para éste la culpabilidad de la persona jurídica se hallaría en la evitabilidad del hecho penal por parte de la corporación.

5.- Culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica

EHRHARDT, destaca el especial deber de la persona jurídica para actuar contra aquellos elementos criminógenos que puedan surgir en su seno, siendo responsable del delito cometido siempre que la persona jurídica, haya podido evitar la conducta criminal.

6.- Culpabilidad por el carácter de la empresa

Creada por LAMPE, este autor entiende que la culpabilidad de la empresa radica en un sistema defectuoso de organización. Teoría con gran aceptación

7.- Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial

Para HEINE, la falta continuada de implantación de medidas suficientes para evitar delitos ha desembocado es el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica.

8.- Culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial.

Recientemente, DANNECKER, la culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta en los déficits de la estructura de la organización o de la ética de la persona jurídica.

9.- La culpabilidad por defecto de organización

La teoría más comúnmente aceptadas por la generalidad de los autores es entender que el fundamento de la responsabilidad penal de

las personas jurídicas es sostener la culpabilidad por defecto de organización de la propia empresa, que fomenta y no evita las conductas criminales en su seno. Dicha teoría se debe a TIEDEMAN.

CAPÍTULO VIII – REGULACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

8.1. ASPECTOS GENERALES

Como ya se dijo en la introducción cabe afirmar que el sujeto activo del delito es la persona que comete el hecho delictivo, delincuente o protagonista del drama penal en terminología de Ferri⁸⁰. Por tanto, nuestro CP considera al sujeto activo como un elemento de la acción, elemento activo del delito.

Caracterizado el delito como acción y no un hecho (que es todo acaecimiento de la vida que puede provenir tanto de la naturaleza como de la voluntad humana), supone un ser dotado de inteligencia y voluntad, atributos que solo pueden reconocerse en un principio en el hombre. **Por tanto**, únicamente las personas pueden ser sujeto activo del delito y ostentar la condición de delincuente. No cabe la responsabilidad de animales ni cosas.

No obstante, con las reformas del CP operadas por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, y más concretamente por Ley Orgánica 5/10 de 22 de junio, se adopta la posición legal en virtud de la cual no solo las personas físicas, sino también las personas jurídicas son penalmente responsables, en los casos especialmente previstos. *Por tanto, no solo las personas singulares sino también las personas jurídicas son penalmente responsables.*

Era principio considerado fundamental el de “*societas delinquere non potest*”, en virtud del cual se negaba la responsabilidad penal de las personas

⁸⁰ FERRI, E., *Sociología criminal*, Roma 1905.

jurídicas, sobre la consideración de la persona jurídica como una ficción a la que no podía atribuirse una voluntad susceptible de ser examinada conforme al principio de culpabilidad, solo la persona humana individualmente considerada podía ser sujeto de una acción penalmente relevante, formulándose objeciones por cuanto se decía era contrario al principio de personalidad de las penas al castigarse indirectamente a todos los miembros, y que no podía hablarse de penas, pues no le era imponible por ejemplo la prisión, aunque pudieran ser disueltas.

No obstante, la tesis de la responsabilidad prosperó en las legislaciones, castigándose primeramente a las personas individuales que cometían esos hechos ilícitos en el seno de las sociedades, y más tarde a las propias personas jurídicas. Si bien cabe discutir si esa responsabilidad tenía que ser penal o bastaba la simplemente administrativa

Aun así se plantean dudas sobre las sanciones a aplicar, que tipo de sanciones cabe imponérseles habida cuenta de la imposibilidad de aplicarles la más típica sanción penal como es la privación de libertad y, en especial, acerca del fundamento de la culpabilidad, en relación con los criterios de imputación, que no son coincidentes con los que rigen para las personas físicas. Parte de la doctrina justificaba su incriminación en la idea de poder evitar que los fines societarios se consigan mediante la comisión de delitos, o, en otros casos, que la falta de control o los defectos de organización posibiliten la vulneración de la ley penal por las personas que gobiernan las personas jurídicas o por los individuos a través de los cuales las entidades actúan.

Como antecedente cabe recordar **Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal**, del Texto refundido de 1973 que introduce **el artículo 15 bis**, que señalaba:

“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran 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.”

Evidentemente, la urgencia de la reforma impedía abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos, decía la propia exposición de motivos. Mas no por eso se ocultaba la gravedad de la situación, en la que se apreciaba cómo dentro de una importante crisis económica se cometían además abusos frente a los que el Derecho penal no tenía respuesta ya que los preceptos del Código vigente en aquel momento, en modo alguno fueron concebidos para tales hechos. El problema se agrandaba cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificultaba la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requieren que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material realizaba la jurisprudencia en este terreno pusieron de manifiesto la necesidad de que nuestras Leyes penales incorporaran una regla especial, la que aparecía en el artículo 15 bis, que ampliaba los casos de responsabilidad de autor descritos en el artículo 14. La exigencia de dolo o culpa para poder derivar responsabilidad criminal disipaba cualquier temor en relación con los aparentes peligros que pudiera entrañar la aplicación de la regla que se incorporaba.

El Tribunal Constitucional (STC 246/1991) analizó la problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas prevista por el Derecho administrativo sancionador y la declaró compatible con el principio de

culpabilidad y las exigencias de responsabilidad por la propia conducta y personalidad de la sanción.

En materia penal, sin embargo, podemos afirmar que hasta la incorporación al Código Penal de 1995 de las *consecuencias accesorias de la pena*, la responsabilidad criminal en España sólo podía proyectarse sobre las personas físicas. Dicho Código Penal aprobado **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**, publicado en: «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 (72 págs.), establecía **en su art 31:**

“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 concurran 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 obre.”

Por su parte **el art 129 CP** establecía:

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

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya

cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

Es por tanto, a través de la vía del art 129CP donde se arbitra la posibilidad de establecer determinadas consecuencias accesorias a las empresas.

Posteriormente con **la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre**, se aborda nuevamente la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Por tanto, se avanza un paso al declararse responsable solidario a la persona jurídica del pago de la pena de multa impuesta al administrador dela misma.

Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se preveía la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser

privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso.

Se modificaba así el **artículo 31 CP**, que quedaba redactado como sigue:
«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 concurran 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 obre.

2. 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 la entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada **por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio**, el Derecho español deja atrás, parece que de forma definitiva, el axioma *societas deliquere non potest*, para algunos ciertamente erosionado ya por las previsiones de los arts. 129 y 31.2 del Código Penal, en su redacción anterior a esta última modificación, y se instaura en nuestro sistema penal la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La referida Ley Orgánica 5/10 suprime el apartado 2 del artículo 31, quedando redactado del siguiente tenor: *“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 concurran 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 obre.”*

Y en su modificación por la Ley Orgánica 5/10 establece el referido art 129 CP⁸¹:

«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

⁸¹ Por su parte, el art 129 CP señalaba en su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/10, que:

“1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.”

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.»

Y el modificado, art 31 CP, por la Ley Orgánica 5/10 dispone: “*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 obre.*

2. 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.”

La Exposición de Motivos de la 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 se refería al necesario cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea, como motivos de la penalización de las personas jurídicas aun cuando de todos es conocidos la existencia de otras opciones posibles como la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas, como se contienen en otros países. Las razones de política criminal no pueden ser, exclusivamente las relativas exclusivamente a la armonización del normas

internacionales .

En cualquier caso, existían importantes instrumentos de política criminal internacional, que sustentaban tal posibilidad de establecer sanciones penales a las personas jurídicas entre los que destacan la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

Igualmente la delincuencia económica especialmente, como hecho real constatable, pone de relieve que la actividad criminal es frecuente en su ámbito, lo que justifica aún mas esa posibilidad de sancionar penalmente a las empresas que delinquen que aquellos instrumentos que lo recomiendan.

Como señala la FGE en la Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, a todas luces resulta evidente que *“tampoco se satisfacen las necesidades preventivas*

relacionadas con la responsabilidad de las personas jurídicas con las previsiones del art. 31 del Código Penal. Como es sabido, con la inclusión de dicho precepto en el Código Penal de 1995 se acoge una solución prácticamente coincidente con la del pre-vigente art. 15 bis del Código Penal de 1973 i bien el art. 31 de nuestro Código añadía la alusión a la representación de personas físicas, no prevista en el antiguo art. 15 bis del CP de 1973 introducido en dicho texto legal por medio de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal , que solo se refería a la representación de personas jurídicas.

Por otra parte sigue añadiendo la FGE que, “ ni el art. 15 bis ni el art. 31 del Código Penal se establecieron para de determinar la autoría en los delitos cometidos en el marco de las personas jurídicas, fijando una regla según la cual, de dichas infracciones deban responder sus directivos o representantes, sino que su objeto fue colmar las lagunas de punibilidad existentes en relación con los delitos especiales propios, realizando una extensión del tipo o de la autoría en dichas infracciones al asignar al representante persona física las específicas condiciones personales exigidas para ser autor de la infracción, aun cuando dichas condiciones no se den en él y sí en la persona física o jurídica a la que representa. En este sentido, la condición de obligado tributario en una defraudación penalmente relevante, que, caso de no existir el art. 31 del Código Penal, difícilmente se podría predicar del representante, pues el obligado en dicho tributo no es él, sino la persona jurídica.

Así pues, por medio del art. 31 del Código Penal se resolvían las situaciones en las que se produce una disociación entre quien actúa, el representante, y quien ostenta la cualidad que el tipo exige al sujeto activo del delito, el representado, ya se trate de una persona física o jurídica. En consecuencia, en el contexto de un Derecho penal como actualmente ya es

el nuestro, en el que se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, sigue resultando necesaria la previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro que efectúa el art. 31 del Código Penal, haciendo viable la atribución de responsabilidad penal a una persona física, que, no obstante haber lesionado un bien jurídico de forma merecedora de pena, no encajaría en el tipo penal por carecer de la cualificación necesaria para poder ser considerado autor del delito especial propio.

Es cierto que en un primer momento se vinculó de forma errónea el originario art. 15 bis del Código Penal de 1973 con la cuestión de la responsabilidad de y en las personas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional se encargaron en su día de centrar en sus justos límites la aplicación del precepto, despojando su vigencia práctica de cualquier tentación de objetivación de la responsabilidad. Más recientemente, y pese a algún supuesto aislado en el que dio la impresión de que el inicial equívoco volvía a hacer acto de presencia -en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 1828/2002, de 25 de octubre-, la jurisprudencia se ha encargado de despejar cualquier incógnita acerca del verdadero sentido del vigente art. 31 del Código Penal.”

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo número 816/2006, de 26 de junio, señala : «... su incorporación al Código [se refiere a la del anterior art. 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 art. 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».

La posibilidad de que la persona jurídica sea responsable penalmente, demandada por la realidad social, amplía la capacidad de los sujetos que pueden delinquir, optándose por sanciones de carácter penal, fundamentalmente la pena de multa.

Con posterioridad a la reforma señalada, se dictaría la ley 37/11 de agilización procesal, que como veremos que resuelve determinados problemas procesales que no se contemplaron al inicio.

En cuanto a **la regulación legal**, nuestro CP vigente, en su art. 31 establece la responsabilidad penal de los administradores o representantes de la persona jurídica: *«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 requiera*

para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.». La LO 1/15 de 30 de marzo únicamente suprime la referencia a las faltas.

En cuanto a la representación, siguiendo a DIAZ PICAZO Y GULLON, podemos definirla como aquella institución jurídica, por medio de la cual una persona –el representante– actúa en nombre de otra –el representado– de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último, nunca del representante⁸². En el Derecho civil en la representación se distingue la necesaria y la voluntaria, en la primera el concepto de representante legal se refiere a la representación que se produce por mandato de la ley normalmente para suplir la falta o la limitación de la capacidad de obrar del sujeto, siendo muy frecuente sobre todo en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia: el defensor judicial de los bienes del desaparecido (art. 181 CC), el representante legal del declarado ausente (art. 184 CC), los padres que ejercen la patria potestad de los hijos (art. 154.2 CC), el tutor del menor o incapacitado (267 CC), etc. Y esta representación legal se contrapone a la llamada representación voluntaria que es la que se debe a la existencia de un previo poder de representación –apoderamiento– o a una posterior ratificación por parte del dominus⁸³, esto es, es el propio mandante o poderdante quien designa o acepta libremente a otra persona para que actúe como representante suyo.

En relación con las personas jurídicas y, en particular, en el ámbito de las sociedades mercantiles, se distingue también entre representación voluntaria y representación legal siendo ésta calificada como representación orgánica por corresponder a los miembros de los órganos de administración de la persona jurídica. Ciertamente, “las sociedades mercantiles necesitan valerse

⁸² DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 2012, p. 474.

⁸³ *Ibid.*

de órganos con distintas esferas de competencia”, entre los que se encuentra el órgano de administración de la sociedad, correspondiendo la facultad de representación de la misma a este órgano o a algunos de sus miembros si bien debe, en todo caso, tenerse en cuenta que “la condición de administrador no comporta necesariamente la facultad de representar a la sociedad: pueden existir administradores con poder de representación y administradores que carezcan de él”⁸⁴.

Señala FEIJÓO SÁNCHEZ, que “ si con representación legal se quiere hacer referencia a aquella que es impuesta en virtud de disposición legal y ésta, en el caso de las sociedades mercantiles, hace referencia a los administradores a los que según la ley corresponda tal función, pudiera parecer que carece de sentido la expresa referencia al representante legal al quedar adsorbida por la de administrador que a continuación de aquélla se menciona. Para evitar que esta previsión quede vacía de contenido, entiende DEL ROSAL BLASCO que “cuando el Código Penal se refiere, en dicho precepto, a los representantes legales del ente colectivo, se está, en realidad, refiriendo a los representantes voluntarios que (...) también representan, dentro del ámbito del poder o de las facultades de representación que se les ha conferido, a la persona jurídica”, a lo que debe añadirse que no sólo se está haciendo mención a dichos representantes voluntarios, sino también a aquellas personas que tengan atribuida la representación de las personas jurídicas que no revisten forma societaria o que, a pesar de ostentarla, no reciben el nombre de administradores, “evitándose así lagunas punitivas”⁸⁵.

En consecuencia, el concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas, debiendo entenderse por tal a “quien tiene efectuado

⁸⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Pamplona 2011.

⁸⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas Jurídicas», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por la LO 5/2010 y la LO 3/2011*, Navarra 2011, p. 95.

el nombramiento como tal administrador de acuerdo con las normas generales que rigen la respectiva modalidad societaria” (STS 59/2007, de 26 de enero). Así se dispone también en la STS 816/2006 de 26 de julio reiterada en la más reciente STS 480/2009 de 22 de mayo, según la cual por “administradores de derecho se entiende en cada sociedad a los que administran en virtud de título jurídicamente válido (...) o, en general, a los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil”.

Las dificultades se plantean en relación al concepto de administrador de hecho. A este respecto, el Tribunal Supremo, con ocasión de la aplicación del art. 31 CP y de los delitos societarios –arts. 290 a 297 CP–, opta por una interpretación del concepto en la que muestra una atención preferente a criterios de índole material frente a los de orden formal⁸⁶. En efecto, la antes mencionada STS 59/2007 de 26 de enero, considera como administrador de hecho no sólo a “aquél que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil” sino también 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 derecho”, es decir, “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 su administrador”, siempre y cuando todo ello se lleve a cabo, “de forma permanente y no sujeto a esferas superiores de aprobación o decisión”. Los términos empleados por la

⁸⁶ JURADO CABEZAS, D., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, Málaga 2013.

STS 480/2009 de 22 de mayo para referirse al administrador de hecho son los de “quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”. En igual sentido, pero aún más ilustrativa si cabe, la STS 606/2010 de 25 de junio en la que se sostiene, con ocasión de la cláusula de transferencia de responsabilidad que supone la actuación en nombre de otro del art. 31 CP, que “ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad” y “ni siquiera es necesario ser formalmente administrador para poder recibirla”, lo que implica que “también puede devenir intranets , quien sea administrador de hecho” al objeto de “evitar la impunidad de quienes, eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo éstos, influyen decisivamente sobre los mismos”.

No obstante, tras la reforma, operada por la LO 1/15, se abandona la terminología de administrador de hecho o de derecho, en el apartado 1 a) del art 31 bis, pero no en el art 31 CP.

En el caso de delitos cometidos por los empleados sometidos a la autoridad de los representantes o administradores, se contempla una exigencia importante consistente en que se haya cometido el delito “por incumplir gravemente los deberes de supervisión vigilancia y control” que sustituye a la anterior redacción de no haberse ejercido el debido control por las personas mencionadas en el primer párrafo del art. 31 bis 1 CP debiendo valorarse a tal efecto “las concretas circunstancias del caso”.

Estos deberes de supervisión vigilancia y control se convierte en pieza fundamental del sistema, así lo señalaba DOPICO GÓMEZ-ALLER,⁸⁷ en relación al debido control, ya que siendo eje central del fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, podemos radicarlo en un defecto de

⁸⁷ DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, p. 20.

control o deficiente organización de la persona jurídica y no como “omisión individual del deber de control por parte de las personas físicas correspondientes”⁸⁸, supuesto éste último que parece quedar incluido en el primero de los hechos de conexión, del párrafo 1 del art 31 bis 1 (comisión por omisión). Por tanto, y sólo por lo que respecta al hecho de conexión previsto en segundo párrafo del art. 31 bis 1 CP, esa falta de supervisión y control ha de ser exigido a las personas físicas de los representantes y/o administradores. Como señala DEL ROSAL BLASCO, y se produce tal infracción “cuando éste hubiera conocido los hechos (esto es, el riesgo o la certeza de comisión de un delito por parte del empleado o dependiente) y los hubiera podido remediar, sin necesidad de que las medidas correctoras fueran de la propia competencia”.⁸⁹

Se completa la regulación legal con el art. 31 bis, introducido por LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, que va más lejos y establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus representantes y administradores, únicamente en los supuestos expresamente previstos en el CP.

Es por tanto, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la que introduce en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, básicamente para dar respuesta a la criminalidad en el seno de las empresas, y en el llamado derecho penal económico, y como fruto del abundante proceso de armonización internacional del Derecho Penal como se expresaba convenientemente por el legislador, aunque no aludía a razones de política

⁸⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 26 de febrero de 2009, página 9.

⁸⁹ DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, N° 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (103) 2011, pp. 41-94.

criminal como ya se dijo.

Tal incorporación, señala la FGE en la Circular 1/16, se hizo mediante una detallada regulación establecida básicamente en el art. 31 bis del Código Penal, que se completaba con las disposiciones de los arts. 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de multa), 53.5 (posibilidad de pago fraccionado), 52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional, cuando no sea posible el cálculo de esta), 66 bis (determinación de la pena aplicable), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades). Ese es el panorama normativo del CP, amen de los delitos particulares en la parte especial en donde se prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se configura como un catálogo cerrado de delitos, no cualquiera. .⁹⁰

El régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado en 2010 fue criticado por un amplio sector doctrinal, que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales. Quizá por ello, escasamente cinco años después, con un escaso número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acomete una importante modificación del art. 31 bis, reforma parcialmente el art. 66 bis e introduce tres nuevos artículos, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies que, con la única novedad de extender en este último el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas, reproducen el contenido de los apartados 2º, 3º, 4º y 5º del art. 31 bis original.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 asegura que “la reforma lleva a

⁹⁰ 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 ley orgánica 1/2015.

cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal” y con ello poner “fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.” De acuerdo con esta explicación, el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica.

El Legislador de 2015 al igual que el de 2010, refiere las razones de la modificación a “ciertas recomendaciones”, que no concreta, de “algunas organizaciones internacionales”, que tampoco nombra.⁹¹

Señala la FGE que “con independencia de cuál haya sido la mens legislatoris, la importancia de las modificaciones introducidas en el art. 31 bis y las dudas que suscitan, de manera especial la incorporación de una completa regulación de los “modelos de organización y gestión” cuya observancia permite exonerar la responsabilidad penal de la persona jurídica, exige interpretar el alcance de la normativa que finalmente ha quedado plasmada en el Código Penal “.

La Ley Orgánica 1/15, insistimos, tal y como se expresa en el Preambulo, trata de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello

⁹¹ Se refiere, con toda probabilidad, señala la referida Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado, a las recomendaciones hechas por la OCDE en el informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

intenta poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica, en este sentido introduce un nuevo contenido al apartado segundo al Art. 31 bis. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones que se preveían en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del CP.

Establece el art. 31 bis CP modificado por la LO 1/15:

«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 aquéllas 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.»

Además la Ley Orgánica 1/15 introduce un nuevo artículo 31 ter, cuyo contenido se corresponde con el anterior apartado segundo y tercero del art 31 bis:

«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.»

Se introduce, asimismo, un nuevo artículo 31 quater, con el contenido idéntico del anterior apartado cuarto del art 31 bis:

«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.»

La referida reforma operada por la Ley Orgánica 1/15 introduce un nuevo artículo 31 quinquies, que traspone el anterior apartado 5 del art 31 bis CP, con modificaciones, ya que añade un párrafo segundo en el que se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Dice el 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.»

Por otra parte, el artículo 129 del CP, relativo ahora a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, queda redactado como sigue, habiéndose eliminado la referencia a las faltas por la LO 1/15, dada la supresión de las mismas:

«1. En caso de delitos 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, 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 las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. 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 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. »

Se regula, por tanto, de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que solo operará⁹²:

- en los supuestos expresamente previstos en el CP; por consiguiente, en cuanto a tipicidad la responsabilidad penal de la persona jurídica solo es posible en los supuestos expresamente previstos en el Código Penal. Por tanto, no cabrá inferir responsabilidad penal alguna sino solo de aquellos delitos en los que exista una previsión expresa para la persona jurídica. En consecuencia, se establece un número cerrado de figuras delictivas en las que, solo y con carácter exclusivo, se podrá declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica;
- por los delitos cometidos en su beneficio y por su cuenta. La Ley Orgánica 1/15 elimina la referencia en el art 31 bis al “provecho” por “beneficio directo e indirecto”, y utiliza la expresión, *“de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto,*
- por sus representantes legales, administradores, o por dependientes de estos a los que no se les ha controlado debidamente. La reforma por la LO 1/15 sustituye la referencia a los administradores de hecho o de

⁹² ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid 2016.

derecho en el apartado 1ª del art 31 bis, que se sigue conteniendo en el precepto antecedente, por los delitos cometidos 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”*. Y en el apartado 1b) los delitos cometidos por los dependientes de los anteriores, con las condiciones que luego se dirán.

— Se distingue claramente en el art 129 CP el régimen aplicable a *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*, a las que no cabe exigir responsabilidad penal y solo cabe la imposición de consecuencias accesorias, y de otro lado las que tienen personalidad jurídica sometidas a dicho artículo y susceptibles de incurrir en responsabilidad criminal.

Por consiguiente, establece ESCRIHUELA,⁹³ se establece una doble vía de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sometidas al art 31 bis CP:

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,

⁹³ ESCRIHUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid 2016.

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. En este caso, de delitos cometidos por los dependientes, la modificación operada por la LO 1/15, limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los supuestos en que el debido control se ha incumplido gravemente.

En definitiva, para la fijación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía de imputación que constituyen los modelos de imputación. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio o provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Desde la introducción en nuestro Derecho del modelo *societas delinquere postest* por la LO 5/2010, nuestro sistema de responsabilidad de las personas jurídicas se ha basado siempre en una «doble vía» de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, en función de si el delito es cometido por representantes de la persona jurídica o por otras personas con la aquiescencia o pasividad de estos representantes (la llamada «actuación directa» y «actuación descontrolada»⁹⁴). Una «doble vía» que, como señala FEIJOO SÁNCHEZ, sirve para generar la responsabilidad penal, pero no

⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra 2010, p. 683.

para «fundamentarla»⁹⁵ y que además depende siempre de las acciones u omisiones de los representantes o administradores de la persona jurídica.

Así la doble vía será:

a) De los delitos cometidos por sus representantes legales o por aquellos que 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, 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.

Respecto de la primera vía (apartado a), se mantienen los tres elementos que configuraban esta vía de atribución de responsabilidad en la redacción anterior⁹⁶. En primer lugar, que los delitos se cometan «en nombre o por cuenta» de la persona jurídica, lo que llevaría a excluir la responsabilidad de las sociedades en los casos en los que las actuaciones de las personas físicas se realizan en un ámbito privado o ajeno a la persona jurídica. En segundo lugar, es preciso que tales actuaciones se realicen en «beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica, expresión que sustituye, a la expresión anterior «en su provecho». En tercer lugar, las personas físicas que realizan la acción u omisión deben ser los representantes o administradores, o como dice el texto legal, cualesquiera personas que estén autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostenten facultades de

⁹⁵ GÓMEZ-JARA, C., BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Navarra 2012.

⁹⁶ DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/ 2010», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (18) 2011, pp. 3-6.

organización y control sobre ella.

La segunda vía (apartado b) también se mantiene, en esencia, tal como fue recogida en la LO 5/2010, si bien se sustituye “el debido control” por los “deberes de supervisión, vigilancia y control”. Así se fundamenta sobre tres elementos similares a los anteriores del apartado a: que los delitos se cometan «en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta» de la persona jurídica correspondiente, que tales actuaciones se realicen en «beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica y que los delitos sean cometidos por determinadas personas físicas: aquéllas que están sometidas a la autoridad de los representantes o administradores de la primera vía. Por lo demás, continúa sin explicitarse qué personas físicas pueden cometer estos delitos, que habrá que reconducir, fundamentalmente aunque no en exclusiva, a los dependientes, trabajadores o empleados de la persona jurídica, esto es, a aquellas personas físicas que pueden participar en el ejercicio de las actividades sociales de la persona jurídica y no se hallan incluidas en el artículo 31.bis.1 apartado a. Pero lo verdaderamente relevante no es la comisión de delitos por los subordinados, sino que los administradores o representantes incumplan sus deberes de supervisión, vigilancia y control respecto de aquéllos. Por ese motivo, en esta vía de responsabilidad parece evidente que se configura una propia responsabilidad de la empresa que no cumple con sus deberes de control, recuerda a los delitos de comisión por omisión, al reproche por la culpa in vigilando, que hace recaer siempre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas sobre las actuaciones de los representantes o administradores de la entidad, que no controlan a pesar de que «aparentemente» la segunda vía recaiga sobre la comisión de delitos de los dependientes de los directivos, los trabajadores u otras persona.

Debe quedar claro que, en todo caso, de acuerdo con la segunda vía, la

transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por los delitos de los subordinados exige una acción u omisión previa de los administradores. Una conducta consistente en el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, que posibilite la comisión de delitos por los trabajadores o subordinados. Lo cual, como ha venido interpretándose, no implica la existencia de un delito, ni siquiera de una conducta culpable, imputable a esos gestores (representantes legales o de hecho, en los términos mencionados).

Nuestro art. 31 bis 1 configura, pues, dos modalidades, en las que una persona física realiza el tipo de alguna de las figuras delictivas susceptibles de ser imputadas también a personas jurídicas. Además, a efectos de transferencia, deberán concurrir en el tipo unos elementos adicionales diferenciados según la vía comisiva:

1. La variante de representantes o administradores –art. 31 bis 1 (párrafo 1)– exige en primer lugar que la acción u omisión típica sea idónea para reportar una ventaja a la persona jurídica, lo que se expresa con la locución legal “en beneficio”. Estamos ante una cualidad de la acción, y no ante una alusión al resultado ni ante un elemento subjetivo de lo injusto. En consecuencia es irrelevante que el beneficio se haya producido o que el representante o administrador actúen movidos primordialmente por lograr una ventaja para la empresa⁹⁷. A su vez, la ventaja susceptible de lograrse no

⁹⁷ Sustancialmente igual, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 42-44; también, BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, p. 25. Parten de que es un elemento subjetivo, siendo suficiente con su concurrencia, y debatiéndose si debe ser el móvil predominante, GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, p. 390; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010, p.9; GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Madrid 2011, p. 133.; DEL ROSAL BLASCO, B.,

ha de ser necesariamente económica, y cuando lo sea puede concernir a un incremento de ingresos, ahorro de gastos, mejora de posición en el mercado o cualquier otro beneficio con traducción económica, incluso si no tiene relación funcional con el giro de la empresa⁹⁸.

Sujeto activo de la conducta típica ha de ser un representante legal o administrador de la persona jurídica a imputar. Por el primero se entiende a quien ejerce la representación de la sociedad respecto a todos los actos comprendidos en su objeto social, y por el segundo, tanto a quien gestiona la sociedad en virtud de un título jurídicamente válido como a quien ejerce de facto la gestión de la sociedad aun cuando carezca de algo más que de requisitos formales para ser administrador de derecho⁹⁹.

El art. 31 bis alude reiteradamente a la condición de persona física de los representantes o administradores intervinientes en el delito, por lo que no

«La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, N° 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (103) 2011, pp. 41-94.; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo derecho penal español : estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 885-908.

⁹⁸ Así, DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, p. 18 ; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, p. 43; GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, p. 390; GÓMEZ MARTÍN, V., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (8) Valencia 2006, p. 13; GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Madrid 2011, p. 133.; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo derecho penal español : estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 885-908.

⁹⁹ DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, pp. 16-17; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 41-42 ; GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, p. 391; GÓMEZ MARTÍN, V., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (8) Valencia 2006, pp. 11-12; y GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Madrid 2011, p. 133.

podrán ser sujetos activos los órganos colectivos de la persona jurídica ni las personas jurídicas que puedan ejercer la administración de la sociedad¹⁰⁰. Dado que la transferencia del injusto de la persona física a la jurídica exige en esta modalidad que la persona física pueda vincular a la persona jurídica en su conjunto, no podrán ser sujetos activos: Los apoderados de la persona jurídica, pues tienen poderes limitados de representación, y tampoco los mandos intermedios de la persona jurídica, al estar subordinados al administrador¹⁰¹.

Ese sujeto activo ha de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Son dos elementos subjetivos de tendencia, de carácter alternativo, cuya concurrencia es materialmente compatible con eventuales comportamientos imprudentes expresamente previstos como punibles, mantiene Diez Ripolles. El sujeto actuará en nombre de la sociedad cuando su comportamiento se acomode a la política o directivas de la empresa previamente fijadas, y se comportará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de ésta determinados autónomamente en el marco de sus funciones sociales, aun cuando contradiga la política o directivas empresariales. No se dará la tendencia exigida si en el ejercicio de sus funciones sociales persigue de forma predominante intereses propios o si, al margen de sus funciones sociales, realiza actuaciones en interés de la

¹⁰⁰ En sentido similar, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010", 2011, pp. 50-51; y GÓMEZ MARTÍN, V., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (8) Valencia 2006, p. 12. En sentido contrario, BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, p. 5.

¹⁰¹ Así también DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, p. 17; GÓMEZ MARTÍN, V., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (8) Valencia 2006, p. 11; y GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Madrid 2011, p. 132. En contra respecto a factores, DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, N° 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (103) 2011, pp. 64-65.

empresa.

Un sector doctrinal exige que además concorra un defecto de organización de la propia persona jurídica. La ausencia de ese defecto hace que no se dé el injusto, para algunos la culpabilidad, de la persona jurídica. La exigencia se funda sobre todo en razones de principio u oportunidad sobre el modelo de responsabilidad de personas jurídicas más adecuado y, en menor medida, en razones sistemáticas de coherencia con la dicción legal del art. 31 bis 1 (párrafo 2)¹⁰². Al margen de las objeciones formuladas a las pretensiones de interpretar todo el art. 31 bis bajo el modelo de autorresponsabilidad, resulta difícil encontrar apoyo legal en la dicción típica de esta variante a la exigencia de un defecto de organización¹⁰³. Además, como ya dijimos, los defectos de organización suelen ser imprudentes, y no hay previsiones específicas para la imprudencia de la persona jurídica. Por otra parte, si se prevén repercusiones sobre el injusto de la persona jurídica para el caso de que estuviera bien organizada, lo que sucede tras la reforma de 2015. No

¹⁰² En este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, p. 23; BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad Penal Y Administrativa De Las Personas Jurídicas y Programas De Compliance», en *Diario La Ley* (7442), Madrid 2010, pp. 2-4; DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, p. 18; GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, p. 394, 400-401.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) Madrid 2010, p. 9; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., GOÑI SEIN, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial», en *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid 2011, p. 123.; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo derecho penal español : estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Madrid 2001, pp. 885-908.

¹⁰³ Esto lo reconocen incluso los partidarios o proclives a la interpretación criticada: DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, pp. 13 y 18; MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP», en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona 2010, pp. 45-71; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., GOÑI SEIN, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial», en *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid 2011, p. 123.; entre muchos otros autores que son favorables o no a ella.

obstante, sigue pendiente la fundamentación de la responsabilidad de la persona física si lo que hace no es transferir un injusto propio.

2. La variante de empleados –art. 31 bis 1 (párrafo 2)– exige, al igual que en el supuesto anterior, la idoneidad del comportamiento típico para reportar una ventaja a la persona jurídica. Sujeto activo del comportamiento típico será un empleado de la sociedad, en concreto, una persona física sometida a la autoridad de las personas, también físicas, que representan o administran a la sociedad. Alguien, por tanto, que se encuentra sometido a la jerarquía o, al menos, al poder de dirección de los representantes o administradores societarios. Eso incluye a los que están vinculados laboral o mercantilmente con la sociedad, pero también a quienes están sometidos a esa autoridad dentro del trabajo autónomo, de subcontratas o de empresas de trabajo temporal¹⁰⁴.

El sujeto activo habrá actuado en el ejercicio de actividades sociales por cuenta de la sociedad que no han sido debidamente controladas. Actuará en el ejercicio de actividades sociales si ejecuta aquellas que funcionalmente le corresponden dentro del objeto social; pero también si ejecuta comportamientos en el seno de la sociedad que, perteneciendo al objeto social, no le corresponden, o que no pertenecen al objeto social. Actuará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de ésta, lo que no sucederá si atiende de forma predominante intereses propios en el seno de la sociedad o si, al margen de sus actividades sociales, realiza actuaciones en interés de la

¹⁰⁴ Así, DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, pp. 19-20; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, p. 46; GÓMEZ MARTÍN, V., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (8) Valencia 2006, p. 13; GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Madrid 2011, p. 133; y DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, N° 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (103) 2011, pp. 88-89.

sociedad. Además, la ausencia del control debido, de vigilancia, y supervisión, ha hecho posible la actuación delictiva del empleado en el seno y por cuenta de la sociedad:

Esta última es una exigencia ineludible para poder realizar la transferencia del injusto del empleado a la persona jurídica. El empleado carece del poder de dirección de la sociedad pues, a diferencia de representantes y administradores, está imposibilitado de tomar decisiones autónomas. Ese control que está ausente es, dado el tenor legal, el de las personas físicas que son sujetos activos del art. 31 bis 1 (párrafo 1), y no el de los órganos societarios en cuanto tales¹⁰⁵. Y la ausencia se dará cuando el empleado cuente con el impulso, tolerancia o descuido, activo u omisivo, de las personas físicas aludidas, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Estamos, pues, ante un presupuesto, formulado negativamente, del comportamiento típico del empleado, de modo que si concurre el control debido el empleado no podrá realizar el injusto que permite ser transferido a la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad propia que pueda tener.

En cuanto a la responsabilidad de los controladores, el art. 31 bis 1 (párrafo 2) no prevé su responsabilidad penal por el mero hecho de no haber ejercido el debido control sobre sus empleados, lo que no obsta a que su conducta pueda cumplir el tipo activo u omisivo del art. 31 bis 1 (párrafo 1) o cualquier otro tipo.

¹⁰⁵ Así también, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, V., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (8) Valencia 2006, p. 15; ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica», en *Diario La Ley* (7705), 2011, p. 6; y DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, N° 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (103) 2011, pp. 90-91.

En cambio, intenta eludir esta conclusión BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, p. 23.

Un sector doctrinal considera que la exigencia de que los representantes o administradores, que entienden en su papel de órganos societarios, no ejerzan el debido control es equiparable al requisito de que esté presente un defecto de organización de la persona jurídica. Para algunos, ese elemento típico faltará si los representantes o administradores han ejercido en el caso concreto el debido control sobre sus subordinados, mientras que para otros también faltará en supuestos en que la sociedad dispone previamente de programas de cumplimiento¹⁰⁶. Por otra parte, ese defecto de organización se tiende a ver mayoritariamente como imprudente¹⁰⁷.

Diez Ripolles no comparte esta última interpretación doctrinal. La sociedad no responde por el injusto propio derivado del control indebido de sus representantes o administradores a sus subordinados, sino por el delito cometido por éstos: de ahí que sea irrelevante que la ausencia de control sea

¹⁰⁶ Así, BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, pp. 28-29; BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad Penal Y Administrativa De Las Personas Jurídicas y Programas De Compliance», en *Diario La Ley* (7442), Madrid 2010, pp. 3-4; CARBONELL MATEU, J. C., «responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Cuadernos de Política Criminal* (101), 2010, pp. 28-29 y 32 –con algunas reticencias–; DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, pp. 20-21; GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, p. 394; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010, pp. 9-10; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., GOÑI SEIN, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial», en *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid 2011, pp. 122-123.; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 885-908.

En contra de exigir el defecto de organización societario, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español», en *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, pp. 287-288.; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código pena

¹⁰⁷ Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, p. 394.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., GOÑI SEIN, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial», en *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid 2011, p. 124.; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., «la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7464), 2010, p. 6.

dolosa o imprudente, o que la implantación, previa al delito, de un plan de cumplimiento carezca de consecuencias. Tampoco los representantes o administradores de la sociedad son tratados como órganos de la sociedad cuando ejercen esas labores de control: si lo fueran, las eximentes o atenuantes que les afectaran deberían repercutir sobre el injusto culpable transferido a la sociedad, lo que prohíbe el art. 31 bis 3; de hecho, su comportamiento en tal caso debería ser impune o, todo lo más, de codelincuencia con la sociedad.

Por lo demás, resulta disfuncional que representantes o administradores deban entenderse como personas físicas en el art. 31 bis 1 (párrafo 1) y como órganos societarios en art. 31 bis 1 (párrafo 2), sin contar con que no hay una sola mención a órganos societarios en el art. 31 bis 1 a 3 más allá de los representantes o administradores tratados como personas físicas.

Por último, de nuevo hay que recordar que si el defecto de la organización es imprudente no se podrá tener en cuenta por falta de previsión expresa¹⁰⁸; es más, si en los dos párrafos del art. 31 bis 1 quisiéramos ver un defecto de organización societario, la pena del párrafo 1 debiera ser superior, por la mayor gravedad de la conducta¹⁰⁹.

Debe señalarse que tras la reforma operada por la LO 1/15 en la materia, la implantación, previa al delito, de un plan de cumplimiento tiene evidentes consecuencias, pues es causa de exención de la responsabilidad penal para la persona jurídica con determinadas condiciones, lo que acentúa el carácter de responsabilidad autónoma que se trata de implantar.

¹⁰⁸ Lo reconocen CARBONELL MATEU, J. C., «responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Cuadernos de Política Criminal* (101), 2010, p. 28; y MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP», en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona 2010, p. 57.

¹⁰⁹ Lo reconoce; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid 2008, pp. 201-202.

3. En ninguna de las dos variantes comisivas es menester identificar a la persona física que ha realizado el injusto precedente –art. 31 bis 2–, aunque sí debe constar que alguien que reúne las cualidades personales del injusto ha realizado el tipo correspondiente, incluidos los elementos adicionales ya señalados. Esta construcción procesal crea sin duda tensiones con el principio de imputación personal, singularmente en relación con la imputación subjetiva.

Por consiguiente, se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime, como hemos dicho, el referido apartado 2 del art. 31, que hacía responsable directa y solidaria, del pago de la multa impuesta a la persona física a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.¹¹⁰

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose —respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)—, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios transpuestos, según el cual la 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

¹¹⁰ Debe recordarse que la Exposición de motivos de la LO 15/2003 de 25 de noviembre que introdujo el art. 31 estableció que «se aborda el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al establecerse que cuando se imponga 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».

a las reglas fijadas en el nuevo art. 66 bis.

Igualmente se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general.

Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Esta exclusividad que expresa la Exposición de Motivos de la LO 5/10, al decir que contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad parece reforzarse con la expresión “sólo” con la que inicia el precepto, impide la aplicación de aquellas circunstancias atenuantes del artículo 21 del CP, cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta discutible en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21. 6ª del CP y en la de análoga significación de la atenuante 7ª del mismo precepto. La LO 1/15 pasa introduce un nuevo artículo 31 quater, con el contenido idéntico del anterior apartado cuarto del art 31 bis, que recoge las causas de atenuación.

Todas las conductas que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas son posteriores a la comisión del delito; asimismo, no se ha previsto que ninguna de ellas, ni otras diferentes, sean apreciadas con valor de eximente, ya sea completa o incompleta.

Las atenuantes previstas son las siguientes:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige

contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. No se especifica ante qué autoridades debe producirse la confesión, si bien la interpretación más razonable es que la misma pueda realizarse tanto ante jueces y fiscales como ante autoridades policiales y/o administrativas.

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. Exige la apreciación de la atenuante que se aporte al procedimiento material probatorio inédito que además sea concreta y particularmente eficaz. La simple prueba de carácter accesorio o que tan solo sirva para apuntalar hechos suficientemente acreditados por otros medios, no integra el sustrato fáctico de la atenuante, que está orientada más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma. La atenuante facilita la generación de una tensión procesal entre los intereses de la defensa de la persona física y los de la persona jurídica, ambas imputadas, cuya finalidad es facilitar la investigación de los delitos y optimizar la eficacia y pronta resolución del procedimiento penal.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. La atenuante tiene una formulación casi idéntica a la del artículo 21. 5ª del Código Penal, por lo que en su aplicación existen ya decantados criterios interpretativos del Tribunal Supremo, expresados, entre otras, en las Sentencia nº 842 de 31 de julio de 2006 y nº 307 de 15 de febrero de 2007, 1140/2010 de 29 de diciembre, 1185/2010 de 23 de diciembre y 1180/2010 de 22 de diciembre.

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. Exige de las empresas

una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación.

En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquella continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión. En este sentido el art. 130.2 CP introducido por la LO 5/10 que luego veremos.

Por otro lado, esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea y no podrá ser exigida 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, administrativas. La LO 7/2012, de 27 de diciembre en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que modifica el párrafo primero del apartado 5 del artículo 31 bis del CP incluye dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas del que, hasta ahora, estaban excluidos, a los partidos políticos y sindicatos.

La reforma operada por la LO 1/15 extiende, a su vez, el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del CP, eliminándose la referencia, en el apartado primero del nuevo art 31 quinquies, a las mismas, añadiendo un nuevo párrafo segundo.

El nuevo artículo 31 quinquies CP, tiene el siguiente contenido:

«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.»¹¹¹

¹¹¹ En relación al anterior apartado 5 del Art. 31 bis (ahora Art. 31 quinquies), la Circular 1/2011 de la FGE señalaba que: “La norma transcrita opta en este caso por el establecimiento de una regla general que excluye la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas de Derecho público, y una excepción a la misma consistente en permitir su sanción si se aprecia que tales formas jurídicas han sido creadas con el propósito de eludir una responsabilidad penal.

Por consiguiente, los Entes colectivos dotados de personalidad jurídica, que no estén sujetos a responsabilidad penal son: El Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos

La exclusión del Estado es común en la mayor parte de los ordenamientos de los países de nuestro entorno y tiene su justificación en la incongruencia que supone hacer responder al Estado, titular del *ius puniendi*, frente a sí mismo. Las Agencias Estatales están reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAE) y en la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); por otra parte, constituyen ejemplos de Organismos Reguladores la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal. Las Entidades Públicas Empresariales se definen en el artículo 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y tienen esta naturaleza, entre otras, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT). En cuanto a la expresión organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas, parece remitir a los Organismos Autónomos regulados en la propia Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La interpretación teleológica del precepto obliga a entender que esta exclusión afecta a las organizaciones no en todo caso, sino exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas, lo que enlaza con la preservación del ejercicio de la función pública que está en el espíritu de todo el precepto. En coherencia con lo anterior y a falta de mención expresa, no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público, por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística. En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales. La norma no menciona a las organizaciones empresariales, que por tanto se deben entender potenciales responsables penales. Por último el precepto establece que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que alguna de las anteriores se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, en alusión a los supuestos en los que se utilice la personalidad jurídico-pública como medio o instrumento a través del cual sortear la responsabilidad penal”.

Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas.

Para el caso de que los delitos se cometan 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 están incluidas en el ámbito de la responsabilidad penal, el Código prevé, como se ha señalado, la posibilidad de que se pueda imponer a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones, una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el mismo contenido que las penas que se podrían imponer si tuviesen personalidad jurídica.

En el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por una persona jurídica se siguen las reglas generales aunque se prevé expresamente el cumplimiento de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos. La LO 5/10 de 22 de junio añade un apartado 3 al art. 116 que establece la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas con las personas físicas que fueren condenadas, estableciendo:

3. «La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos».

Por tanto, la persona jurídica responderá penalmente por los delitos cometidos por sus representantes legales, los administradores o los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica, o por los dependientes por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Administrador de hecho es aquel que no teniendo capacidad formal para actuar en nombre de otro, puede sin embargo obligar a la persona jurídica. Ejemplos: gerentes no estatutarios, apoderados, administradores de sociedades no inscritas o en formación, administradores nombrados con algún vicio de nulidad, testaferros, administradores provisionales, administradores no nombrados. Sobre ellos dada su desaparición del texto de 2015 volveremos más adelante. Parece que se objetiviza la responsabilidad en base a la *culpa in vigilando*.

Así pues, cuando el apartado a) del número 1 del artículo 31 bis del CP establece que “*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*”, el legislador español parece dibuja un sistema de heterorresponsabilidad¹¹² penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere, aunque tal posición que mantiene la FGE no es del todo pacífica.

Contra lo que pudiera desprenderse de una lectura apresurada del precepto, ese mismo mecanismo normativo, mantiene la FGE, se mantiene en lo sustancial en el apartado 2 cuando dice que “*las personas jurídicas serán también penalmente responsables ...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*

¹¹² Así lo mantiene la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/16

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””, donde de nuevo, se mantiene según la FGE en la Circular 1/16, posición que no compartimos, un sistema de heterorresponsabilidad construido sobre la base de las específicas exigencias contenidas en el precepto que, en lo esencial, obedecen a una construcción jurídica análoga a la del primer apartado, lo que a juicio de la FGE impide entender que este segundo supuesto se ajuste a un modelo sui generis de responsabilidad directa de la corporación o de la llamada culpabilidad de la empresa. Se trata, según la FGE por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que además minimiza notablemente los previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa.

Señala la referida Circular que ello resulta evidente a tenor del contenido de los números 2 y 3 del artículo 31 bis (ahora 31 ter apartados 1 y 2, respectivamente, tras la reforma LO 1/15), el primero de ellos cuando hace referencia expresa a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta exigible siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado primero -aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella-, y el número 3 al prever que la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan

fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluye ni modifica la responsabilidad penal de las corporaciones; se elimina así el cordón umbilical propio de los anteriores artículos 31.2 y 129 del CP, sin que ello suponga, en modo alguno, que pueda prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas para que la maquinaria de la Administración de Justicia penal pueda dirigirse contra las corporaciones. Así pues, la norma del artículo 31 bis no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas -gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial establece un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente, sostiene, late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos.

No obstante, como veremos, después de los últimos pronunciamientos judiciales, las tesis en favor de la autoresponsabilidad gana fuerza, máxime cuando se prevé que la existencia de un plan de prevención puede llegar a eximir de la responsabilidad penal. A mi juicio no cabe duda que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en sus dos variables, lo es por su deficiente organización, y por la falta de supervisión, vigilancia y control. Expresamente se señala en la exposición de motivos de la reforma de 2015 cuando habla de que bajo el sistema anterior se había querido interpretar como un sistema de responsabilidad vicarial, que ahora trata de desterrar. La posición del legislador es evidente, de manera que no

puede irse contra la mens legislatoris, que trata de afianzar el sistema de responsabilidad propia de la persona jurídica.

Tras la reforma, operada por la LO 1/15, se abandona la terminología de administrador de hecho o de derecho, en el apartado 1 a) del art 31 bis y se sustituye 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*”. Esto es, personas físicas u órganos sociales que tengan autorización y poder para tomar decisiones o con facultades para organizar y controlar la sociedad, siendo lo esencial que se tengan facultades para la toma de decisiones, para organizar o para poder controlar la persona jurídica.

Cabe recordar que el concepto de administrador de hecho fue definido ya con cierta precisión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión de la aplicación y exégesis del artículo 31 del CP, entre otras, en Sentencias números 774/2005 de 2 de junio, 480/2009 de 25 de mayo y 986/2009 de 13 de octubre. Como bien resume la STS nº 59/2007 de 26 de enero, “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. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento”. Ello es así porque para que pueda hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica el legislador se remite a conductas propias o controlables por los verdaderos órganos de gobierno. Como en buena parte del derecho comparado, lo relevante es el poder de dirección de facto y no el concreto título o circunstancia de los cuales se deriva dicho poder.

Esta eliminación de la expresión “administrador de hecho” de la

literalidad del precepto legal, tras la reforma de LO 1/15, divide a la doctrina, ya que para cierto sector doctrinal supone su desaparición efectiva, del que ejerce funciones materiales de administración sin habilitación formal alguna, como, por ejemplo, el administrador de la empresa matriz que decide sobre lo que haga la filial. Entender que estos sujetos se mantienen en el círculo de los que permiten transferir responsabilidad penal a la empresa dejaría sin razón de ser la nueva exigencia de autorización o facultad específica habilitante. Mientras para otros autores, continúan manteniéndose los administradores de hecho sin alteración alguna, del mismo modo que también caben las autorizaciones de hecho.¹¹³

Si se admite la interpretación restrictiva, por la que, en adelante, quedan excluidos los administradores (verdaderamente) de hecho del círculo de sujetos transmisores de RPPJ, la reforma tendría efecto directo sobre los supuestos en que el “hombre de atrás” sin cargo formal alguno recurre a testaferros, así como en aquellos en que el administrador formal de la empresa matriz o dominante decide sobre lo que deban hacer las filiales o el resto de miembros del grupo¹¹⁴.

En tales casos, el administrador de hecho puede incurrir en responsabilidades penales por sus acciones, pues aunque sólo la persona jurídica reúna las cualidades subjetivas del tipo de delito, el art. 31 CP permite imputar tanto al administrador de hecho como de derecho que actúe en nombre de aquélla. Además, también pueden responder a título de partícipes el resto de personas físicas que intervienen conscientemente en el delito, como el hombre de paja que actúa a conciencia de la significación delictiva de los hechos. Ahora bien, el administrador de hecho, acerca de

¹¹³ Sostiene QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Madrid 2010, p.90.

¹¹⁴ Circular Fiscalía General del Estado 1/2011, pág. 28 ss.

cuya responsabilidad personal no existen, en principio, dudas, no podría actuar como fuente de transmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica, al haber quedado al margen del art. 31 bis. Para declarar la responsabilidad de la empresa debería recurrirse entonces, a otras vías, no exentas de dificultades.¹¹⁵

Por consiguiente, si se sigue esta posición restrictiva, cuando en la decisión delictiva interviene el administrador de hecho, sólo parece posible derivar responsabilidad para la empresa:

a) por los hechos de los administradores formales, cuando puedan considerarse coautores junto con el administrador de hecho, en cuyo caso, a las dificultades de afirmar el condominio del hecho, se suman las relativas a la difícil delimitación entre autoría y participación;

b) por los hechos de los subordinados cometidos bajo las órdenes del administrador de hecho y la pasividad u omisión de los debidos controles de sus administradores formales, aunque al precio de pervertir el significado de la vía de imputación por descontrol.¹¹⁶

Un requisito común de esta responsabilidad es que el ente susceptible de sanción sea una persona jurídica. Tal concepto es extrapenal y su concurrencia supone la aplicación de normas civiles y mercantiles, desde las cuales se determinará si nos encontramos o no ante una verdadera persona jurídica o si estamos en presencia de entidades que no encajan en el estricto concepto legal y cuya responsabilidad penal también puede ser exigida, si

¹¹⁵ Acerca de los problemas para la imputación de responsabilidades al administrador de hecho, véase NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La responsabilidad penal en la empresa*, Valencia 2000.

¹¹⁶ CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», en *Estudios Penales y Criminológicos* (25) 2015, pp. 919-963.

bien de forma accesoria a la de la persona física, conforme al art. 129 CP.¹¹⁷

Volviendo a la letra del precepto, y por lo que respecta al apartado 1 a) del artículo 31 bis del CP las actuaciones delictivas de los representantes legales y los administradores de las personas jurídicas pueden generar responsabilidad penal para estas últimas siempre que el delito se haya cometido alternativamente en el ámbito aparente –en su nombre- y competencial -por su cuenta- de la corporación, y acumulativamente, en su beneficio. En cuanto a la actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica, la expresión remite al contenido formal y material del mandato o representación del gestor en cada caso, en el que pueden estar incluidas algunas directrices de la política empresarial de forma más o menos explícita. En su caso, podrá asimismo plantearse la necesidad de precisar si ha existido una extralimitación en el mandato que deba ser tenida en consideración a la hora de valorar la trascendencia o intrascendencia de la conducta de la persona física en sede de la persona jurídica. Sin embargo, no es posible limitar a priori y rígidamente la capacidad de responder de la persona jurídica al perímetro restringido y estricto de las atribuciones del gestor, órgano unipersonal o colectivo, de hecho o de derecho que haya actuado, por cuanto ello implicaría crear de inicio una amplia zona de irresponsabilidad penal que debe ser objeto de valoración casuística. Para evaluar este extremo deberá primero evitarse el recurso exclusivo a criterios civilistas o mercantilistas, legales, sectoriales y estatutarios, y resultará preciso permanecer particularmente alerta respecto de aquellas conductas que, incluso formando parte de las competencias de la representación o el mandato, se aleguen, y es previsible que así ocurra, fruto de una desviación material de los fines de la corporación o abiertamente contrarias al desarrollo

¹¹⁷ Vease la referida Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado en cuanto a los entes colectivos dotados de personalidad jurídica.

de la política empresarial. En último término, se tratará de evitar que la compañía se desentienda de la responsabilidad derivada de los delitos cometidos o no evitados por su gestor, cuando es este último quien, en condiciones normales, diseña y sobre todo, lleva a la práctica la propia política empresarial, de modo que cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas compliance guide, sirvan, por sí solos, de eficaz recurso para eludir la responsabilidad penal.

En el apartado 1 a) del artículo 31 bis del CP se hace referencia al requisito de que la persona física haya actuado “*en beneficio directo o indirecto*”, (eliminándose en la reforma de 2015 la expresión “en provecho”) de la persona jurídica, exigencia que también está, con idéntico sentido, en el apartado 1 b).¹¹⁸ La LO 1/15 clarifica la cuestión al referirse a beneficio

¹¹⁸ La FGE dice en la Circular 1/11 al respecto: La expresión “provecho” se interpretaba en su vertiente subjetiva, de modo que sería suficiente con que el agente actuase con la íntima convicción de que favorecía a la sociedad, esto es, el término equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa. En contra de esta exégesis está la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido, probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar, o para beneficiar. La apelación a un elemento subjetivo así definido conllevaría además serias dificultades de prueba, no estando claras por otra parte las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja.

Alternativamente cabía interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, bien como exigencia de la constatación del beneficio, bien como efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho. En el primer caso, si se entendiera que la Ley requiere el efectivo beneficio, cuando la acción finalmente perjudicara a la empresa, no podría serle imputada. A parecidas conclusiones se podría llegar cuando no se derivaran potenciales perjuicios ni beneficios de la acción emprendida por el sujeto, caso de ser la misma totalmente neutra. Con esta interpretación se subordinaría además la responsabilidad penal a un dato que depende de múltiples variables no siempre controlables por quien despliega la acción –sirva de ejemplo un simple error de cálculo- y sería preciso concretar un parámetro fijo para medir ese beneficio social, el cual no necesariamente tiene por qué ser reducido a términos económicos; piénsese en este sentido en la importancia que pueden tener para una corporación activos difícilmente cuantificables como el capital reputacional, el prestigio de marca, etc.

Estamos pues ante una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, que conlleva la constatación de la idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuere directo o inmediato por ser, por ejemplo, una posibilidad futura que finalmente no tuviera lugar. La acción debe ser valorada

directo e indirecto, eliminando cualquier tinte subjetivo.

Por tanto, en cuanto a los requisitos de la conducta delictiva cometida tanto por el representante o administrador como por las personas sometidas a la autoridad de aquéllos, dispone el art. 31 bis 1 CP que la misma sea realizada en nombre o por cuenta de la persona jurídica. La actuación “en nombre o por cuenta” de la persona jurídica se refiere a la vinculación o relación con la actividad de la persona jurídica –giro o tráfico de la empresa– siendo, por tanto, necesario que las personas físicas mencionadas actúen en el marco de sus competencias.

Quiero ello decir que tan sólo son susceptibles de generar responsabilidad penal los supuestos de extralimitación material que son aquellos en los que representantes o administradores cometen el delito en el ámbito de sus competencias o con ocasión del ejercicio de las mismas¹¹⁹ si bien vulnerando,

como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca. Así considerado, el provecho de la sociedad no constituye necesariamente una partida susceptible de valoración mediante una operación aritmética o un asiento contable, de modo que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros. En apoyo de esta interpretación, el artículo 54.2^a del Código Penal acepta la posibilidad de que no sea posible el cálculo del importe de la sanción pecuniaria en relación con el valor del beneficio obtenido.

Por supuesto, se descarta que sea preciso que la persona física actúe con un elemento subjetivo especial consistente en beneficiar a la empresa. Si la compañía tiene la expectativa de obtener, u obtiene, un beneficio del tipo que sea, ya se trate de una ganancia, de la evitación de una pérdida o el ahorro de un coste etc., se cumplirá la exigencia aun cuando la persona física haya actuado por su exclusivo y propio interés personal o en interés de una minoría de los miembros de la persona jurídica. Sirva de ejemplo el supuesto del director general de una compañía que obtenga mediante escuchas ilegales el secreto de fabricación de un competidor, que actuará en provecho de la sociedad si el beneficio de su acción engrosa la caja de la compañía aun cuando él pretenda también una ventaja económica personal derivada de su acción, o el trabajador que con el delito persiga mejorar sus cifras de negocio en la compañía para aumentar su prestigio ante sus superiores, ascender en la jerarquía empresarial o incrementar su comisión, en cuyo caso también actúa en provecho de la entidad.

¹¹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas Jurídicas», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por la LO 5/2010 y la LO 3/2011*, Navarra 2011, p. 98; DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid 2013, pp. 49-102.; DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo

obviamente, el orden jurídico-penal. Lo anterior implica la exclusión de aquellos supuestos en los que el representante o administrador comete un ilícito penal consecuencia de una actuación que no queda dentro del marco de sus competencias – extralimitación formal–, en cuyo caso tendrá lugar la irresponsabilidad de la persona jurídica sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de la persona física infractora a la que pudiera haber lugar. Y ello porque, como señala ZUGALDÍA ESPINAR, una acción de exceso no puede considerarse expresión del poder de la persona jurídica.

En el supuesto previsto en el apartado 1 b) del artículo 31 bis, se establece que, *“las personas jurídicas serán también penalmente responsables:.. “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,* precepto que incluye algunas exigencias de idéntico tenor a las del apartado a) –por cuenta y en beneficio directo e indirecto–, a las que se añade el fallo de supervisión, vigilancia y control -imputable no se especifica exactamente a quién al utilizar el precepto una forma impersonal del verbo–, si bien la norma se refiere, también en este caso, a la conducta de las personas físicas mencionadas en el párrafo primero -gestores o representantes–, sin perjuicio de que puedan existir implicados en varios escalones de la estructura

artículo 31 bis, Nº 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (103) 2011, p. 85 y ss. ; DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, p. 17 y 18; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010, p. 396.; Circular 1/2011, de 1 de junio de 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 5/2010, página 40

empresarial.

La LO 1/15 modifica el precepto, antes se señalaba *por “no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”*, sustituido *“por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”*.

En primer término ya no es suficiente el mero incumplimiento del debido control sino que ese ha de ser grave. La reforma por LO 1/15 trata de llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se trata de poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial- señala la exposición de motivos de la LO 1/15-, se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.

En este sentido introduce un nuevo apartado 2 al art 31 bis que establece los supuestos de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas que cuentan con modelos de organización y control idóneos, y siempre que se cumplan las condiciones legales previstas. En este sentido la existencia de un programa de prevención (programa de compliance penal) que conlleva una reducción significativa del riesgo de comisión de delitos, es una causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se detallan minuciosamente en el apartado 5 los requisitos que deben tener los modelos de organización y gestión. Se prevé, igualmente la existencia de un órgano

de supervisión y control (compliance officer) del modelo de prevención implantado. Dice el precepto:

«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 incluyan 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 aquéllas 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.»

También hay que tener en cuenta la regla penológica del art 66 bis del CP cuando prevé la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control.¹²⁰

Se establece, por consiguiente, un deber de fiscalización o control generador de responsabilidad penal, que incumbe en último término a los superiores—representantes, gestores de hecho o de derecho- respecto de quienes actúan en el ámbito de la persona jurídica. El precepto se refiere a la omisión del debido control sobre el colaborador sometido a la jerarquía

¹²⁰ Se dice en la Circular 1/11 que lo anterior enlaza directamente con la regla penológica del artículo 66 bis del CP, también modificado por la LO 1/15, cuando prevé la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control, lo que constituye una apelación a aquello que se ha dado en llamar el núcleo de verdad de la teoría de la identificación, en virtud del cual, a mayor implicación del alto directivo en el hecho criminal, mayor debe ser el reproche en sede de la persona jurídica, por cuanto son los dirigentes de la corporación quienes, en la práctica, diseñan y ejecutan la política empresarial.

La norma atiende a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo y la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común, y la jerarquía, en virtud de la cual, las aportaciones de los individuos no son libres, sino que están sometidas a una común dirección que puede aceptarlas, rechazarlas o modificarlas. En ese contexto, la responsabilización de las personas jurídicas tiene por objeto 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.

empresarial, sin que resulte precisa una vinculación laboral de éste último con la empresa, siendo suficiente con el mero arrendamiento de servicios o que se trate de un trabajador por cuenta de una empresa de trabajo temporal. Así pues, al órgano gestor le corresponde un deber de control y vigilancia y es esa falta de control por parte de la cúpula de la empresa la que hace que la responsabilidad derivada del ilícito penal sea transferida a la persona jurídica.

Para responsabilizar a la persona jurídica de los delitos cometidos por el subordinado, será preciso, según la FGE, acreditar que se ha omitido por parte del gestor, bien de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad. Así pues, en este segundo supuesto, el gestor no resulta penalmente responsable de la infracción penal –supuesto que se encuadraría en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del CP-, sino que se atribuye la responsabilidad a la persona jurídica por los delitos que el subordinado haya podido cometer siempre que sea atribuible al gestor la omisión del control debido sobre la actividad del mismo, es decir, la infracción de un deber de vigilancia que le viene impuesto por la Ley. Resulta pues indiferente en este caso la naturaleza dolosa o imprudente de la conducta del gestor, por cuanto no es el resultado típico lo que se le imputa, sino la infracción de ese deber de vigilancia que se deriva del artículo 31 bis del CP.

El debido control, la vigilancia y la supervisión constituyen un concepto normativo que habrá de dotarse de contenido valorativamente a través de la actividad probatoria y en contacto con las circunstancias concurrentes en cada caso. Habrá que tener en cuenta la organización empresarial para determinar la eficacia de esos deberes de control.

Además se trata de instaurar en el marco de todas las sociedades una cultura del cumplimiento de la ley, que debe imperar. Esta obligación general se desarrolla a título particular en nuestro ordenamiento jurídico en algunas

normas en las que el legislador obliga a las entidades a adoptar determinadas medidas para prevenir conductas arriesgadas, irregulares o ilícitas en su seno. Sirvan de ejemplo el Real Decreto 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 54/2003 de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales y las legislaciones y compilaciones sectoriales, que imponen determinadas pautas de actuación relacionadas con determinada actividad, la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas, en el que la Recomendación 45 sobre supervisión de códigos internos de conducta y reglas de gobierno y la 49 sobre política de control y gestión de riesgos, establecen importantes pautas en ese sentido.

Por otra parte, la previsión de un catálogo cerrado de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas constituye también un factor de concreción en ese sentido, en cuanto señala sectores de actividad y conductas lesivas o de riesgo específicas.

Dado que el precepto hace responder a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la omisión de sus deberes de supervisión en cada caso, la persona jurídica debe establecer programas de prevención que le sirvan para atenuar o eximir la responsabilidad penal.

En otro orden de cosas, como la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal. Así pues, cabrá la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada o en contextos propios del holding empresarial. Aun cuando el párrafo segundo del apartado primero del art. 31 bis se refiere

a los administradores y representantes legales como personas físicas, ello no implica la imposibilidad -conforme al principio de legalidad penal- de imponer una sanción a una persona jurídica administrada o representada por otra persona jurídica, por cuanto, en el modelo adoptado, quienes ejecutan la acción delictiva son siempre personas físicas, de cuyos delitos se podrá, en su caso, hacer responder a las personas jurídicas en cuyo provecho se cometieron.

Se consagra la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que se manifiesta en las siguientes consecuencias:

- la sanción no es accesoria de la pena de una persona física;
- su imposición no requiere el enjuiciamiento de una persona física;
- la responsabilidad no es objetiva y se basa en la propia conducta, al exigirse como criterio de imputación que la persona jurídica incurra en un defecto de organización, al menos en la conducta prevista en el apartado 1 b) del art. 31 bis.

Se distingue, en definitiva, una doble vía para exigir responsabilidad criminal a una persona jurídica:

a) Delitos cometidos por 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 (antes referidos como por administradores de hecho o de derecho). Art. 31 bis 1 a). Se establecen tres requisitos:

- *la comisión de un delito por parte de un administrador individual colegiado con facultades de decisión, organización o control, o de un representante legal.* Sujeto activo del delito ha de ser el administrador de hecho o de derecho con facultades de decisión, organización o control o un

representante legal. Se contempla la posibilidad de que el órgano de administración sea otra persona jurídica. Si la decisión punible se toma por un órgano colegiado, solo podrá atribuirse la autoría a los que hubieren votado a favor o respaldado la decisión, excluyéndose a los que se opongan, ausentes o se abstengan.

- *que dicho delito se ejecute en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica*, lo que constituye un elemento subjetivo del tipo consistente en el ánimo de proporcionar un beneficio o ventaja, o de evitar un perjuicio mediante la actividad delictiva, incluido el ahorro de costes.

- *y en su nombre o por su cuenta.*

b) Delitos perpetrados por un empleado sometido a la autoridad del representante legal o del administrador u órgano con facultades de decisión, organización o control. Art. 31 bis 1 b). Que exige:

- La comisión de un delito por personas físicas sometidas a la autoridad de sus representantes legales o sus administradores, 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

- Que sea en el ejercicio de actividades sociales, y por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

- Que tales hechos se cometan por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso, y que el incumplimiento del deber de vigilancia haya tenido carácter grave. Por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Por tanto, aquí se especifica que los criterios de imputabilidad se

refieren a la conducta de la entidad —en su organización y control interno— y no de la persona física autora del delito.

Para la exigencia de la responsabilidad penal a una persona jurídica no debería bastar con que la acción delictiva se realice por un administrador o representante legal y que lo sea en provecho suyo, sino que requiere algo más, por exigencias del principio de culpabilidad, aunque el párrafo primero del apartado primero del art. 31 bis lo silencie: la culpabilidad de la persona jurídica, ya que se trata de una responsabilidad propia, es decir, de la entidad por actos suyos y no de otros (si bien es cierto que la responsabilidad de la sociedad está condicionada a que otro —en este caso, el administrador o representante legal— delinca).

La duda que se suscita es la relativa al apartado primero: ¿Cuándo la actuación delictiva realizada por el administrador o el representante legal es un delito imputable a la sociedad y cuándo no? La doctrina (aunque no de forma unánime) entendía que la persona jurídica es penalmente responsable por su propia conducta si el delito se ha debido a un fallo organizativo o a la omisión del control debido: una falta de cuidado en la prevención que será la conducta imputable a la persona jurídica. Tras la reforma de la LO 1/15, el apartado 2 del art 31 bis, se recoge expresamente este criterio, al prever los supuestos de exención de responsabilidad, cuando la persona jurídica cumpla con las condiciones previstas, en cuanto al debido control. Es por tanto una responsabilidad propia de la persona jurídica, en la posición que mantenemos.

Por tanto, 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.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas.

Por tanto, en cuanto a los **modelos de atribución de responsabilidad**, el sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica –de doble vía- se circunscribe a los supuestos delitos que se cometan, por un lado, en nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho, mejor dicho en su beneficio (entendido éste tanto en sentido directo, como beneficio, e indirecto, como ahorro de costes), por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho (la llamada responsabilidad del hecho personal por representación o tesis del reflejo), y, por otro, por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas (representantes legales y administradores de hecho o de derecho), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (artículo 31 bis, nº 1). En este último caso, añade el precepto, atendidas las concretas circunstancias del caso. Son estos los dos modelos de atribución en nuestra legislación penal.

Tal cuestión no es absolutamente pacífica, ya que no se establece legalmente cuál es el fundamento de dicha responsabilidad y es en este punto donde la Doctrina se esfuerza por construir un sistema de imputación que resulte compatible con el principio de culpabilidad. Prima facie, sostiene la FGE,¹²¹ que parece que a tenor de lo dispuesto en el art. 31 bis 1 CP se opta por el modelo vicarial respecto al hecho de conexión del primer párrafo (responsabilidad penal por los hechos cometidos por representantes o administradores), mientras que en el supuesto del segundo párrafo (responsabilidad por los hechos cometidos por los subordinados) se opta por un modelo de culpabilidad propia como consecuencia de la expresa referencia a la omisión del debido control.

No obstante, si queremos conservar intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, el modelo vicarial no puede ser sostenido sin más matizaciones, y la jurisprudencia trata de hacerlo como veremos. Y es que la reforma operada no ha supuesto la modificación del art. 5 CP, plasmación del principio de culpabilidad, que establece que “no hay pena sin dolo o imprudencia”. En efecto, este principio implica la responsabilidad personal o responsabilidad por el hecho propio –o prohibición de la responsabilidad penal por el hecho ajeno, si se prefiere– así como la exigencia de dolo o imprudencia y la atribuibilidad o imputabilidad del autor. Se hace necesario, por tanto, al igual que ocurre con las personas físicas, la existencia de un hecho propio de la persona jurídica para así evitar tanto una indeseable responsabilidad objetiva –sin dolo o imprudencia– como una responsabilidad por el hecho ajeno, ambas incompatibles con aquel principio. A este respecto, dentro del modelo de responsabilidad o culpabilidad propia, se alude al llamado “defecto de organización” o management failure, formulado originariamente por TIEDEMANN, y que

¹²¹ Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado.

supone fundamentar la responsabilidad penal del ente bien en la omisión de las medidas de precaución y de control que le eran exigibles para garantizar el desarrollo no delictivo de la actividad de la empresa bien en la implementación de una estructura defectuosa de organización que favorezca o facilite el ilícito penal. Y este defecto de organización podría tener lugar de forma dolosa o imprudente (sin olvidar la exigencia de previsión expresa de esta última para su punición –art. 12 CP–) siendo, por tanto, compatible con el art. 5 CP.

En el marco de la infracción y sanción administrativa, la STC 246/1991, de 19 de diciembre, entendió que, las personas jurídicas tienen capacidad infractora y que, si bien, la Constitución española consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, cuyos principios son los mismos que los del Derecho Administrativo sancionador, ello no implica, que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo; por lo que en base a ello, se admite la culpabilidad de las personas jurídicas en materia administrativa. Cabe destacar que las SSTC 76/1990 y 246/1991 matizan el principio de culpabilidad respecto a las infracciones administrativas, de modo que resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva pura o sin culpa, pero destacan que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se aplica a las personas físicas.¹²² Esta idea se puede extrapolar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por consiguiente, la Fiscalía opta por situar el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el hecho delictivo

¹²² En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas», en *estudios de derecho procesal* (115) 2007, pp. 157-198.

cometido por la persona física que ostenta la condición de empleado, directivo, administrador o agente, que por «transferencia» le es atribuido. En esta configuración, las empresas son responsables solo porque se ha cometido un delito en su seno y en su beneficio por una de las personas referidas en el art. 31 bis CP. Este entendimiento, por tanto, disocia la creación de programas de cumplimiento de la ratio essendi de la responsabilidad de la persona jurídica. Dado que la empresa será responsable por transferencia de un hecho ajeno, la posibilidad de ser eximida de responsabilidad se interpreta bajo la figura de la «excusa absolutoria»: el «acto de la persona jurídica» es típico, antijurídico y culpable siempre que lo sea el hecho base (el delito de la persona física), porque le ha sido transferido, pero podrá no ser punible si adoptó un sistema de cumplimiento eficaz.

A consecuencia de la conceptualización del modelo eficaz como una excusa absolutoria, será la empresa la que deba asumir la carga de acreditar la eficacia de su programa de cumplimiento en el procedimiento penal: «en todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente», señala la FGE.

Contrariamente, la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero, donde obiter dicta se deja constancia del posicionamiento mayoritario de la Sala en cuestiones de notable relevancia en esta materia. En particular, el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica lo basa en el establecimiento y aplicación de medidas eficaces de control que minimicen el riesgo de comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización y no en la ausencia de una ética de los negocios. Esta, aunque altamente recomendable, no forma parte de los requisitos establecidos por el art. 31 bis CP, y en atención al principio de prohibición de responsabilidad objetiva o

automática, será la acusación la que deberá demostrar que el modelo de organización y gestión no era eficaz. No obstante, existen votos particulares discrepantes.

En otro orden, debe destacarse, en caso de entramado de sociedades en los que a veces resulta difícil determinar la autoría, que debe acudirse a lo que se conoce como doctrina del «levantamiento del velo», a ella se refiere la STS 1226/2006 de 15 de diciembre con cita de la STS de la Sala Primera de 15 de octubre de 1997 que expresa que la doctrina del llamado «levantamiento del velo» de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard*, y de la germana *Durchgriff*, y que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica que desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas (con cita de otras como la sentencia de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión). La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.

En este sentido la LO 5/10 de 22 de junio, añade novedosamente un apartado 2 al art. 130 en sede de extinción de la responsabilidad penal que consagra legalmente la llamada teoría del levantamiento del velo en orden a las disoluciones encubiertas o meramente aparentes, que dice:

«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».

Se desprende de la lectura del precepto que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión.¹²³

En resumen, la LO 1/15 de 30 de marzo de reforma del CP, modifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los siguientes aspectos novedosos:

- Se mantiene la doble vía de responsabilidad penal por los delitos

¹²³ Dice la Circular 1/11 de la FGE que sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. Así pues, cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin y/o ficticia la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 33.7 del CP sería la apropiada. No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación.

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, y en segundo lugar, por **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. En este caso, de delitos cometidos por los dependientes, la modificación operada por la LO 1/15, limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los supuestos en que el debido control se ha incumplido gravemente y existe una infracción del deber de supervisión

- En el art 31 bis apartado primero elimina las dudas interpretativas de la legislación anterior que se refería a provecho y utiliza los términos beneficio directo e indirecto. Sustituye la referencia a los administradores de hecho o de derecho en el apartado 1^a) del art 31 bis, que se sigue conteniendo en el precepto antecedente, por los delitos cometidos 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.
- Trata de llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo

quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello intenta poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica, en este sentido introduce un nuevo contenido al apartado segundo al Art. 31 bis, que establece los supuestos de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas que cuentan con modelos de organización y control idóneos, y siempre que se cumplan las condiciones legales previstas. En este sentido la existencia de un programa de prevención (programa de compliance penal) que conlleva una reducción significativa del riesgo de comisión de delitos, es una causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se detallan minuciosamente en el apartado 5 los requisitos que deben tener los modelos de organización y gestión. Se prevé, igualmente la existencia de un órgano de supervisión y control (compliance officer) del modelo de prevención implantado.

- Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, **EN EL NUEVO ARTÍCULO 31 QUINQUIES**, a las que se podrán imponer las sanciones que se preveían en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del CP-.

8.2. EL MODELO ACTUAL

8.2.1. Títulos de imputación

Tras la reforma operada por la LO 1/15 del artículo 31 bis del Código Penal, los títulos de imputación de la persona jurídica cambian. El sistema actual de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, y en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. Así entendida parece configurar un sistema mixto de responsabilidad penal, entre la responsabilidad vicarial o transferida, y la directa o por hecho propio.

Y ello sin desconocer que la propia norma tiene una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, ya que puede declararse su responsabilidad con independencia de que “...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

Por ello, como se analizará, entendemos que lo que se instaura es un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica basado en un defecto

de organización, conceptuado ficticiamente como hecho propio de la sociedad, lo que permite trasladarle en la medida de lo posible los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de la pena, que constituyen dos principios informadores del derecho penal a los que no puede renunciarse.

El referido artículo 31 bis en redacción dada por la LO 5/10 de 22 de junio, establecía: «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 apartado 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.*

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 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.

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.»

Se modifica el párrafo primero del apartado 5 por el art. único.1 de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre:

“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 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.”

Finalmente, el artículo 31 bis, en redacción dada por la LO 1/15, de 30 de marzo, vigente establece:

“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 aquéllas 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.”

El núcleo de la reforma de 2015 se centra en la nueva redacción dada al art. 31 bis CP, que comporta importantes novedades en cuanto a su estructura y contenido, modificándose sustancialmente. Como el anterior precepto, consta de cinco apartados. En el primero mantiene los dos criterios de transferencia de la responsabilidad penal de determinadas personas físicas a la persona jurídica, enunciados en dos párrafos identificados con las letras a) y b) en los que se introducen modificaciones importantes concernientes a la definición de las personas físicas (letra a), la precisión de que el debido control que ahora es “supervisión ,vigilancia y control” debe “haberse incumplido gravemente” (letra b) y la sustitución del término “en provecho” por “en beneficio directo o indirecto” (letras a y b).

Los siguientes cuatro apartados están dedicados a regular los modelos de organización y gestión que pueden eximir de responsabilidad a las personas jurídicas, sustituyendo el contenido de los correspondientes apartados del anterior art. 31 bis, que se traslada ahora a los nuevos arts. 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. Se trata de establecer el contenido mínimo de los programas de cumplimiento, con un carácter cuasi reglamentario

Los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se detallan en el núm.1 del art. 31 bis:

“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.”

Debe comenzarse avanzando¹²⁴ que, debido a los significativos cambios estructurales y sustantivos de la última reforma del CP, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica ha cambiado sustancialmente, siendo el fundamento de la imputación altamente discutido.

La Circular 1/2011 de la FGE, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, mantiene que “en los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establecía un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial”

¹²⁴ En contra la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/16, que mantiene la inexistencia de cambio alguno.

mediante un sistema de *numerus clausus* que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal. Para las entidades sin personalidad jurídica siguen reservadas las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

Antes de proseguir, cabe recordar, en síntesis, los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, que son básicamente el de la responsabilidad indirecta o por transferencia, y el de la responsabilidad directa, modelo que admite diferentes vertientes.

El primero-responsabilidad indirecta o por transferencia- atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.

El segundo modelo, más ambicioso, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina “culpabilidad por defecto de organización”. Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la

adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial.

Existen, por tanto, dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas: el modelo vicarial y el modelo de culpabilidad. Recordemos brevemente que los postulados del modelo vicarial pasan por la «transferencia» de la responsabilidad de la persona física que comete el hecho delictivo a la persona jurídica a la que se le atribuye, fruto de esa conexión, el delito. Por su parte, el modelo de culpabilidad, en todas sus variantes, se caracteriza grosso modo por no depender de la actuación de una persona física, de modo que la persona jurídica podrá ser castigada penalmente sin necesidad de realizar ninguna transferencia de responsabilidad. El interrogante que debemos plantearnos es si el modelo de responsabilidad instaurado por la LO 5/2010 se sitúa en una u otra tendencia. La cuestión es más compleja de lo que a simple vista pudiera parecer, por la ambigüedad que el artículo 31.bis CP manifiesta. Si bien la LO 5/2010 estableció de forma definitiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la nueva regulación no permite zanjar la cuestión. De este modo, entre los autores que se han pronunciado sobre la nueva regulación de la Ley penal, aún siguen apareciendo posiciones encontradas¹²⁵.

¹²⁵ Existen no pocos autores que consideran que con la reforma penal experimentada por la LO 5/2010 y el advenimiento del sistema *societas delinquere potest*, el Legislador definitivamente ha instaurado un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Puede verse en este sentido, entre otros: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «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* (7501) 2010, págs. 4 ss.; MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP», en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona 2010, p. 53; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010, p. 5.; o NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid 2008, p. 55 y ss.; De otra parte, un sector diferente de la doctrina parece entender, con razón, que nos encontramos ante lo que podríamos denominar un «modelo mixto de imputación». No todos utilizarán esta terminología, aunque sí parecen apostar por ello. Vid. por ejemplo MARTÍNEZ PARDO, V. J., «La

Pues bien, según la FGE, 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, sostiene la FGE que se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.

Existen, sin embargo, no pocos autores que consideran que con la reforma penal experimentada por la LO 5/2010 y el advenimiento definitivo del sistema *societas delinquere potest*, el Legislador definitivamente ha instaurado un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. La idea basculará principalmente sobre aquellas previsiones del artículo 31.bis CP que de alguna manera alejan la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la de las personas físicas: 1) la posibilidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella –artículo 31.bis.2 CP– y 2) la incomunicabilidad de las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física o agraven su responsabilidad y la persecución de las personas jurídicas pese a que los individuos físicos hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia – artículo 31.bis.3 CP–. GÓMEZ-JARA DÍEZ, recogiendo estas previsiones afirma además, que puesto que no hay pena sin dolo o

responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista internauta de práctica jurídica* (26) 2011, pp. 69-78. ; MORÓN LERMA, E., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», en *las sanciones penales en Europa*, 2009, p. 374; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra 2010, p. 684 y 685; O DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *Diario La Ley* (7670) 2011, p. 7, que parece que también apuesta por esta solución al referirse a un «modelo amplio de identificación».

imprudencia, «si para imponer una pena del art. 33 a las personas físicas no basta con la culpabilidad de su representante legal, tampoco resulta suficiente para imponer las penas contenidas en el mismo artículo a la persona jurídica la mera culpabilidad de la persona física que la representa»¹²⁶. Por eso asevera el autor que el Legislador ha optado por una responsabilidad autónoma, de modo que para garantizar los principios básicos del Derecho penal resulta imprescindible consignar la culpabilidad de la propia persona jurídica. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ propone también la opción por la responsabilidad directa de la persona jurídica, no dependiente por tanto de la persona física que lleva a cabo el delito, con el objetivo de solucionar los inconvenientes dogmáticos que plantea la regulación actual, principalmente en lo que respecta a la posibilidad de sancionar a la persona jurídica cuando la persona física no ha sido determinada o individualizada. NIETO MARTÍN considera igualmente que la responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 31.bis CP debe interpretarse en atención al modelo de culpabilidad, y así, diferencia entre las dos vías de asunción de responsabilidad que establece el precepto indicado. Dice el autor que aunque en la primera vía se hace referencia a la comisión de un delito por los representantes de la persona jurídica en beneficio de ésta, «pareciendo» apuntar a un modelo de responsabilidad vicarial, sin embargo, «una interpretación sistemática y conforme a la constitución de este precepto conduce a resultados distintos»¹²⁷. Respecto de la segunda vía de asunción de responsabilidad, su propia estructura haría más factible una apuesta por el modelo de culpabilidad y por tanto de autorresponsabilidad empresarial. Conforme a la segunda vía, para NIETO MARTÍN no se exigiría comprobar que un concreto administrador no ha vigilado correctamente al subordinado

¹²⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010, p. 8 y ss.

¹²⁷ NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Curso de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2016, p. 552.

que cometió el delito, sino que los administradores no implementaron un conjunto de medidas organizativas con el objetivo de impedir a los empleados de la empresa realizar hechos delictivos. Así, dirá el autor que esta solución conduce a mejores resultados prácticos respecto de las grandes empresas.

Sin embargo, lo cierto es que otro sector muy importante de la doctrina ha manifestado que el Código Penal no recoge en puridad una responsabilidad propia o autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad por el hecho de otro o responsabilidad vicarial, que no es otra cosa que atribuir la responsabilidad penal a una persona jurídica por la actuación de una persona física que reúne determinadas cualidades, ostenta un papel de calado en nuestra regulación. Aparece así la posibilidad de un modelo a caballo entre la responsabilidad vicaria y la de culpabilidad de la empresa, de un sistema mixto que parte de la heterorresponsabilidad y se encamina a la autorresponsabilidad¹²⁸. Se afirma, pues, que no existe una responsabilidad plenamente autónoma de la persona jurídica, sino que ésta se encuentra condicionada por la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica o por su cuenta o beneficio¹²⁹. Se trataría de una fórmula intermedia, que combina el modelo de transferencia de responsabilidad con el de culpabilidad empresarial «al otorgar al cumplimiento de las obligaciones de control por parte de quienes ocupan una posición de dirección [...] efectos eximentes o, al menos, atenuatorios respecto de la responsabilidad transferida a la empresa»¹³⁰. En este modelo, como en el vicarial, será esencial no las personas físicas en sí sino la existencia de un «hecho de

¹²⁸ MARTÍNEZ PARDO, V. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista internauta de práctica jurídica* (26) 2011, pp. 69-78.

¹²⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra 2010, pp. 684 y 685.

¹³⁰ MORÓN LERMA, E., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», en *las sanciones penales en Europa*, 2009, pp. 374-398.

conexión » atribuible a las personas físicas. El «hecho de conexión» es ese «hecho» –o delito– cometido por las personas físicas que el Código prevé en el artículo 31.bis.1 y que luego es trasladado a la persona jurídica.

Sin embargo, es cierto que un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno puede dar lugar a problemas dogmáticos, y que castigar a una persona jurídica por el delito de una persona física cuando no ha sido posible siquiera determinar la identidad de esta última entraña serios inconvenientes, incluso a nivel constitucional.

Por ese motivo, algunos autores han afirmado que, puesto que se instaura en el ordenamiento penal un modelo vicarial, la transferencia de responsabilidad entre personas supone de algún modo reconocer que el principio de personalidad de las penas no resulta de aplicación a las personas jurídicas¹³¹. Así las cosas, sobre la base de un modelo de transferencia de responsabilidad, pero ante el peligro de una desnaturalización de los principios más elementales del Derecho penal, debemos estar de acuerdo con BACIGALUPO SAGESSE en que el modelo de imputación establecido por el Legislador debe basarse no sólo en la existencia de un hecho de conexión, sino en otros elementos tales como el «defecto de organización».¹³² De lo contrario, si se atiende sólo al hecho de conexión, se caería en la responsabilidad objetiva, prohibida, y en todo caso indeseable en el Derecho penal. Es aquí donde mejor se observa la mixtura entre el modelo de transferencia y el de culpabilidad.

En este sentido,¹³³ atender al defecto de organización consistiría en bucear

¹³¹ GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011, pp. 394-397.

¹³² BACIGALUPO SAGESSE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, pp. 4-30

¹³³ DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/ 2010», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (18) 2011, pp. 3-6.

en la organización de la empresa para comprobar si se infringen o no de manera continuada de deberes de organización, donde los programas de cumplimiento de las empresas constituirán el mejor indicador.

Señala Andrés Díaz Gómez que, de este modo, el hecho de que exista cierta independencia entre las responsabilidades, no implicaría que podamos hablar de un modelo de culpabilidad de la propia persona jurídica per se. Es posible que el modelo de responsabilidad establecido en el Código Penal mire de algún modo hacia la autorresponsabilidad penal, pero mientras tal responsabilidad aparezca supeditada a las acciones u omisiones de las personas físicas que se detallan en el artículo 31.bis.1 CP, hablar de culpabilidad propia de la persona jurídica es imposible, sea o no deseable de lege ferenda. Inclusive, autores que parecen partidarios de entender el artículo 31.bis CP como incardinado en el modelo de autorresponsabilidad penal, confiesan que «si no existe un autor de delito o es declarado no culpable, difícilmente puede haber hecho de conexión»¹³⁴ o incluso se ha dicho que el delito cometido por parte de la persona física «constituye una condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización»¹³⁵. Como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, «aunque algunos comentaristas se empeñen en sostener que la Reforma de 2010 consagra la responsabilidad penal «directa y autónoma» de las personas jurídicas, el inequívoco tenor del texto legal que acabamos de transcribir lo desmiente»¹³⁶. Tales consideraciones hacen que debamos pronunciarnos,

¹³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en *lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (1) 2010, p. 322.

¹³⁵ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid 2008, p.61.

¹³⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática», en *Revista Otrosí*. (6) Madrid 2011.

como considera la mayor parte de la doctrina, por un modelo mixto de imputación de la culpabilidad de las personas jurídicas.

En este sentido, la FGE entiende el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el hecho delictivo cometido por la persona física que ostenta la condición de empleado, directivo, administrador o agente, que por «transferencia» le es atribuido a la sociedad. En esta configuración, las empresas son responsables porque se ha cometido un delito en su seno y en su beneficio por una de las personas referidas en el art. 31 bis CP. Desde esta posición lo que se critica es la consideración de la eficacia de los programas de prevención cuando concurren para eximir la responsabilidad ya que lo configura como la figura de la «excusa absoluta»: el «acto de la persona jurídica» es típico, antijurídico y culpable siempre que lo sea el hecho base (el delito de la persona física), porque le ha sido transferido, pero podrá no ser punible si adoptó un sistema de cumplimiento eficaz.

Considerado como como una excusa absoluta, tiene enorme trascendencia a los efectos de la carga de la prueba ya que será la empresa la que deba asumir la carga de acreditar la eficacia de su programa de cumplimiento en el procedimiento penal: «en todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente», señala la FGE. Esta cuestión trascendental es la que ocupa y preocupa a nuestro TS.

Contrariamente, como se ha señalado, la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero, donde obiter dicta se deja constancia del posicionamiento mayoritario de la Sala en cuestiones de notable relevancia en esta materia. En particular, el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica lo basa en el establecimiento y aplicación de medidas eficaces de control que

minimicen el riesgo de comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización y no en la ausencia de una ética de los negocios. Esta, aunque altamente recomendable, no forma parte de los requisitos establecidos por el art. 31 bis CP, y en atención al principio de prohibición de responsabilidad objetiva o automática, será la acusación la que deberá demostrar que el modelo de organización y gestión no era eficaz. No obstante existen votos particulares.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-2-2016, nº 154/2016, rec. 10011/2015, Pte: Maza Martín, José Manuel, aborda el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus requisitos. El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprecia, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y confirma las condenas impuestas por su participación en delitos de tráfico de drogas. Para apreciar dicha responsabilidad, se sostiene que debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica -como sería un administrador de hecho o de derecho- y que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos (FJ 8). Deja sin efecto la aplicación de la pena de disolución de la sociedad, para no perjudicar a los trabajadores de la misma (FJ 9). Emite voto particular el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo Del Arco y D. Joaquín Giménez García. Señala en el FJ 8 las siguientes precisiones:

“a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre de 2015, ha de reiterarse que “Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del 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 informan el derecho penal.”

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una “excusa absolutoria”,

vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una “excusa absolutoria” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliances” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la Ley”

(pág. 39), “cultura de cumplimiento” (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, 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 procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que “...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Pues bien, como ya se dijo y centrándonos en el caso presente, la

acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en la mercantil hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica.”

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-3-2016, nº 221/2016, rec. 1535/2015, Pte: Marchena Gómez, Manuel., estudia igualmente la “responsabilidad de las personas jurídicas y el derecho a la presunción de inocencia: Señala que “la sentencia núm. 154/2016, 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, ha abordado algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP. La existencia de un voto particular que acoge la opinión de siete Magistrados que, pese a la coincidencia en el desenlace del recurso, difieren de algunos de los núcleos argumentales del criterio mayoritario, es bien expresiva de la complejidad del tema abordado. Ese voto particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro.

Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría

como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado.

No es discutible -frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de etiquetas- que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Y, desde luego, la reivindicación de un mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal.

La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para

esclarecer la verdad del hecho imputado. Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso, lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.

En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan "...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso". Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos -pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.”

En consecuencia, la Sala 2ª omite pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, si bien para algunos autores, implícitamente acepta una *heteroresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial*, a lo que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 en esa interpretación que se le daba no se comparte, porque la interpretación literal es absolutamente contraria; a la referida conclusión ya había llegado la Circular 1/2011 de la FGE¹³⁷ al analizar el primitivo art. 31 bis, frente a un sector doctrinal que,

¹³⁷ Circular 1/11 FGE III. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el nuevo artículo 31 bis del código penal:1) Consideraciones generales. El nuevo artículo 31 bis del Código Penal opta por atribuir verdadera responsabilidad penal a la persona jurídica, que por consiguiente, accede al proceso penal como sujeto pasivo del mismo y es potencial destinataria de una pena. En el espacio europeo, y particularmente en esta materia, se ha producido la confluencia, sin duda enriquecedora, de algunos de los planteamientos clásicos del Derecho anglosajón y el continental. Como veremos a continuación, por medio del recurso a un modelo que recuerda en lo esencial a las soluciones adoptadas, mutatis mutandi, por países como el Reino Unido y Francia, el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo – desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica- por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.

Así pues, cuando el párrafo primero del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal establece que “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”, el legislador español dibuja un sistema de heteroresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza

indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere.

En ese sentido, este primer párrafo presenta importantes similitudes con el tenor del artículo 121.1 del Código Penal francés conforme a su redacción dada por Ley de 9 de marzo de 2004, en el que también se hace responder a la corporación por los hechos de sus gestores, en una construcción que se ha dado en llamar muy gráficamente responsabilidad del hecho personal por representación, que es a su vez el asumido, con algunos matices, por uno de los dos supuestos de autoría característicos de las Directivas de la Unión Europea en esta materia.

Contra lo que pudiera desprenderse de una lectura apresurada del precepto, ese mismo mecanismo normativo se mantiene en lo sustancial en el párrafo segundo del apartado 1 cuando dice que "... 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", donde de nuevo se prevé un sistema de heterorresponsabilidad construido sobre la base de las específicas exigencias contenidas en el precepto que, en lo esencial, obedecen a una construcción jurídica análoga a la del primer párrafo, lo que impide entender que este segundo supuesto se ajuste a un modelo *sui generis* de responsabilidad directa de la corporación o de la llamada culpabilidad de la empresa.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que además minimiza notablemente los previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa.

Lo dicho resulta evidente a tenor del contenido de los números 2 y 3 del artículo 31 bis, el primero de ellos cuando hace referencia expresa a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta exigible siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado primero -aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella-, y el número 3 al prever que la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluye ni modifica la responsabilidad penal de las corporaciones; se elimina así el cordón umbilical propio de los anteriores artículos 31.2 y 129 del Código Penal, sin que ello suponga, en modo alguno, que pueda prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas para que la maquinaria de la Administración de Justicia penal pueda dirigirse contra las corporaciones.

Así pues, la norma del artículo 31 bis -lastrada quizá por las dificultades dogmáticas que ello entrañaría y por el indudable antropomorfismo que caracterizan a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal- no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas -gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial- establece un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de

la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos.

Por otra parte, la reforma efectuada por L.O. 5/2010 en la Parte General del Código Penal, no ha supuesto modificación alguna del tenor de los artículos 5 y 10 del mismo, en los que se definen los delitos y las faltas como las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley, y se condiciona la imposición de la pena a la existencia previa de dolo o imprudencia. Desde una perspectiva garantista, permanecen sin duda las razones para mantener estos enunciados, en tanto en cuanto fortalecen la seguridad jurídica, exigiendo que se verifique la existencia de una serie de elementos comunes a todos los delitos.

Dado que, como hemos visto, la persona jurídica puede devenir responsable de la infracción penal consecuencia del substratum del individuo que la comete, la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, deben residenciarse en las personas físicas, de modo que en presencia de una infracción penal cometida por un sujeto individual, la corporación solo resultará comprometida si la infracción se produjo en las específicas circunstancias y por quienes establece el legislador, actuando estas variables a modo de filtros que, por otra parte, evitan incurrir en el automatismo de una responsabilidad puramente objetiva.

Tradicionalmente, al modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia se le objeta que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le es exigible. Ello en primer lugar no es cierto, dado que la actividad del agente que comete el delito y puede hacer responder a la corporación con su conducta, se valora bajo el prisma del contenido real de su mandato en todas sus vertientes -formal, material y funcional- teniéndose en consideración además la concurrencia o no de extralimitaciones en su ejercicio que pudieran excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta.

Por otra parte, más allá de la responsabilidad cuasi automática prevista en los derogados artículos 31.2 y 129 del CP, en el modelo vigente del artículo 31 bis del CP la persona jurídica pasa a ser auténtico sujeto pasivo del proceso, de modo que puede defenderse por sí misma y de forma independiente frente a los intereses de quienes aparezcan acusados de cometer el delito en su provecho.

Cuando el Tribunal Constitucional reconoce el ejercicio de un determinado derecho fundamental a las corporaciones -y a ello se hace alusión en otros apartados de esta Circular- su argumentación siempre pasa por considerar que la protección de tal derecho constituye un efecto reflejo de la que gozan las personas naturales que la integran. Esta doctrina, con origen en la ciencia penal y la jurisprudencia constitucional alemanas, ha sido recibida por nuestro Tribunal Constitucional entre otras, en sus Sentencias números 64/1988, 241/92 y 139/1995. Desde este planteamiento, la doctrina del Tribunal reconoce a las personas jurídicas los derechos previstos en el artículo 25 de la Constitución, el derecho a la libertad sindical, a la libertad de expresión, el derecho a transmitir información, el derecho al honor, el derecho de asociación, a la libertad ideológica, el derecho a la creación de fundaciones, a la igualdad, a la propiedad privada y los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución, a participar en el proceso, a la defensa, a la proposición y práctica de prueba y el derecho a conocer las razones del tribunal mediante una motivación suficiente.

La STC número 59/2008, de 14 de mayo razona en su fundamento jurídico 11 b) que la Constitución Española otorga a la culpabilidad rango de principio estructural básico del Derecho penal como derivación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Según

esto, la pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal por lo que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo, además de no caber la imposición de sanciones por el mero resultado. La propia resolución cita como precedentes de esta doctrina las Sentencias número 150/1991, de 4 de julio, en su FJ 4 a); 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 150/1991, FJ 4 b); 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 150/1991, FJ 4 a); 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6, y 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Así pues, alejado el precepto de los presupuestos de una responsabilidad puramente objetiva, y reconocido en toda su amplitud, como no puede ser de otra manera, el derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, nada impide que las personas jurídicas, en aras a garantizar el respeto y la consecución de ciertos fines públicos, puedan ser declaradas responsables de los delitos cometidos por determinadas personas físicas especialmente vinculadas a ellas, merced a un mecanismo normativo de transferencia de la responsabilidad que solo opera en caso de concurrir las diversas y específicas circunstancias a las que se refiere el precepto legal.

En cuanto a las demás objeciones clásicas, como las derivadas de la afectación de la sanción de la persona jurídica a los socios, de modo que se vulnere el principio de culpabilidad en su acepción de personalidad de las penas, además de no ser un problema privativo del modelo vicarial, resulta obvio que cualquier sanción penal tiene efectos perjudiciales para terceros no destinatarios de la misma. Por otra parte, el delito del que se responsabiliza a la corporación conforme a los postulados del artículo 31 bis del Código Penal ha de ser cometido en todos los casos en provecho de la sociedad, y por tanto, en provecho de los propios socios. Nada justifica que los miembros de la entidad deban soportar los resultados negativos derivados, por ejemplo, de la mala gestión llevada a cabo por el administrador, y sin embargo permanezcan de todo punto ajenos a las consecuencias derivadas de la imposición de una pena a la entidad de la que participan, por cuanto ambos supuestos constituyen tan solo una pequeña muestra de los numerosos riesgos inherentes a su propia inversión.

Por último, frente a la afirmación de que el modelo vicarial puede incurrir en la eventual vulneración de los principios de non bis in idem y de proporcionalidad, en primer término se deber reconocer que, con carácter general, no se produce la célebre trilogía que compone el primer aforismo y que exige la concurrencia de identidad de hecho, sujeto y fundamento. Si bien en el modelo vicarial sí se produce la identidad del hecho, la misma no tiene lugar respecto del fundamento de la sanción, ni tampoco respecto del sujeto, dado que toda representación implica dos sujetos realmente distintos.

Sin embargo, y como ya se ha anticipado, es cierto que en la práctica caben algunas situaciones en las que la realidad contradice esa duplicidad de sujetos. De un lado, las empresas pantalla constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales; en el caso de estas entidades que, pese a ostentar personalidad jurídica, carecen de auténtica alteridad, estructura organizativa y actividad interna, más que la sanción al remedo de persona jurídica, habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, levantando el velo de la forma societaria a los solos efectos de revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad, si lo hubiere, como patrimonio propio del autor. La misma solución es predicable respecto de los negocios unipersonales que adoptan formas societarias –en los estrictos términos a los que se hace referencia en otro epígrafe de esta Circular-, cuando la falta de verdadera alteridad de la persona jurídica trae como consecuencia la identidad total entre el gestor, persona física individual, y la propia entidad jurídica.

Respecto al principio de proporcionalidad de las penas, la reforma prevé en el apartado 2 del artículo 31 bis 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 sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos”, apartado que además de ser coherente con la opción por el modelo de transferencia de la responsabilidad elegido por el legislador, facilita un mecanismo de adecuación de la sanción a la gravedad del ilícito.

A tenor de lo expuesto, el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional.

No incorpora el precepto del artículo 31 bis del Código Penal las tesis más características del inacabado debate -conceptual y en algún caso conceptualista- existente en el seno de la doctrina científica en relación con los diferentes modelos de responsabilización de los entes colectivos, en el que a menudo se alega la insuficiencia del vicarial sobre la base de las mismas objeciones a que se acaba de hacer referencia, relacionándolas en este caso con las categorías dogmáticas elaboradas por nuestra ciencia penal. Con este punto de partida, se sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe fundamentarse en un modelo de imputación -objetiva y subjetiva- exclusivo de la persona jurídica, en el que uno de los fundamentos de la responsabilidad de las corporaciones es la llamada culpabilidad de la empresa por defecto de organización.

Desde los presupuestos de esta teoría y sus diversas variaciones, el delito de la persona jurídica debería ser consecuencia del funcionamiento defectuoso o de la mala organización de la misma, lo que desde luego no aparece en la letra del artículo 31 bis del Código Penal y constituye una perspectiva de análisis de perfiles muy imprecisos y cuyo desarrollo exigiría el cambio -o al menos una costosísima redefinición- de nuestro paradigma dogmático y aplicativo, tarea que, a día de hoy, resulta además innecesaria para garantizar la correcta inteligencia y aplicación de los nuevos preceptos, hasta tal punto ajenos a esa concepción de una supuesta culpabilidad corporativa, que ni siquiera se contempla como circunstancia atenuante la acreditación de una provisión organizativa suficiente adoptada por la entidad con carácter previo a cometerse el delito.

Resulta cuando menos curioso comprobar que cuando se habla de política corporativa criminal o de mala organización de la empresa, se está velando eufemísticamente lo que no es otra cosa que la estigmatización, de nuevo y de modo inevitable, de comportamientos propios de personas físicas, habitual y especialmente de aquellos que definen los objetivos de la entidad y la forma de conseguirlos, los gestores. No hay razón para considerar más conforme con el principio de responsabilidad por el propio hecho imputar a la persona jurídica su organización deficiente o su comportamiento errático, cuando sin duda estas anomalías son igualmente atribuibles a las carencias de sus gestores, órganos unipersonales o colegiados compuestos siempre y en último término, por personas físicas. Se trata, al fin y a la postre, de una ficción jurídica que, llevada a sus últimas consecuencias, obligaría a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones de muy difícil desarrollo en paralelo con nuestro sistema actual.

En íntima conexión con lo anterior, la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los

siguiendo la interpretación que daba el propio Preámbulo de la LO 5/2010, mantenía que este precepto consagraba un modelo mixto de la responsabilidad por transferencia y de la culpabilidad autónoma de la empresa.

Conforme a esta última posición, que mantenía que este precepto consagraba un modelo mixto de la responsabilidad por transferencia y de la culpabilidad autónoma de la empresa, la letra a) del apartado primero del art. 31 bis sí consagraría la responsabilidad por transferencia o vicarial, al trasladar a la persona jurídica la responsabilidad por los delitos cometidos por su cuenta y en su provecho por las personas físicas con poder de dirección o autoridad para tomar decisiones y, por lo tanto, para comprometer a la persona jurídica.

Por el contrario, la letra b) responsabilizaría a la persona jurídica por los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las anteriormente mencionadas personas físicas, pudieron realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Tal “debido control” remitiría, en esta exégesis, a la propia persona jurídica deficientemente organizada, acogiendo así las tesis sobre la culpabilidad de la empresa. La LO 1/2015, con la novedosa regulación de los programas de cumplimiento normativo, habría venido precisamente a reforzar esta posición.

No obstante, sostiene la FGE que esta interpretación no resulta conforme con el tenor literal del precepto, ni en su inicial redacción ni en la vigente, ya que el art. 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

mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad.

personas jurídicas “*serán penalmente responsables de los delitos cometidos*” por personas físicas. La propia condición 3ª del apartado segundo del art. 31 bis recuerda que son los “autores individuales” los que “han cometido el delito” y en los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica, no se atribuye a esta la comisión del delito sino que se dice que “cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos [correspondientes] se le impondrán las siguientes penas”. Del mismo modo, sigue manteniendo que, la expresión “responsabilidad penal” es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, 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 penalmente responsable por los delitos cometidos por otros.

Podrá objetarse que todo modelo de responsabilidad de la persona jurídica está condicionado a la previa comisión de un delito por una persona física, desde el momento en que, evidentemente, las personas jurídicas necesitan de personas físicas para actuar. Sin embargo, más allá de que no pueda prescindirse por completo del “factor humano”, el modelo vicarial implica algo más frente al modelo autónomo: que ese delito de la persona física sea la referencia de la imputación de la persona jurídica. Si la letra b) del apartado primero del art. 31 bis estableciera que el subordinado ha podido cometer el delito por la falta de control de la persona jurídica, indebidamente

organizada, sí podría haberse construido un sistema de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, o mixto, al agregarse al del apartado anterior que, este sin duda alguna, establece un modelo de responsabilidad vicarial. Pero en la letra b) no se dice eso, sostiene la FGE.

En este sentido, la reforma de 2015, según la FGE, ha venido incluso a desterrar una posible interpretación en apoyo del modelo de responsabilidad autónoma de la empresa. El art. 31 bis original se refería, empleando la forma reflexiva, a “no haberse ejercido sobre ellos (los subordinados) el debido control”, lo que permitía aventurar que el control se refería a la propia empresa y a sus programas. En cambio, la redacción del vigente art. 31 bis - “haberse incumplido por aquéllos”- remite necesariamente a las personas físicas de la letra a). En realidad la construcción no es del todo correcta gramaticalmente pues el pronombre “aquéllos” no concuerda en género con “las personas físicas mencionadas en el artículo anterior” pero sin duda se refiere a “aquellos [...] autorizados para tomar decisiones” de la letra anterior. De haber pretendido referir el control a las personas jurídicas indudablemente se habría utilizado el pronombre en femenino, como ya sugirió el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto y reiteró el grupo parlamentario de UPyD en su enmienda 519 al Proyecto.

Esta interpretación es, para la FGE, plenamente conforme con el tenor literal de las correspondientes Decisiones Marco y Directivas que sectorialmente regulan las materias para las que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas y que invariablemente se refieren a que estas puedan ser consideradas responsables “cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 [aquellas con “un poder de representación de dicha persona jurídica”] haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas...” (vgr., el art. 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; el art. 10 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información o el art. 6 de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación).

No obstante reconocer en el art. 31 bis 1 CP un modelo de responsabilidad vicarial de la persona jurídica, existen también en los siguientes apartados de este precepto y en los arts. 31 ter y 31 quater importantes elementos que atribuyen una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa, entre los que podemos destacar los siguientes:

- Si bien “la irrelevancia penal del hecho de referencia [conduce] a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad” (STS nº 514/2015), la responsabilidad de la persona jurídica no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física. Ni siquiera es necesario que el delito llegue a consumarse pues la expresión “delitos cometidos” permite incluir, además de las diferentes formas de autoría y participación, el delito intentado.

- La no identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él no excluye la responsabilidad de la persona jurídica (art. 31 ter.1).

- Las agravantes y atenuantes relativas a la culpabilidad de la persona física no son trasladables a la persona jurídica. Cabe exigir plena responsabilidad a esta pese a la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, haya este fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter.2). La alusión a la

culpabilidad deberá interpretarse en sentido amplio, excluyendo de la incomunicabilidad solo las causas de justificación, pues si el hecho es ajustado a derecho, no habrá responsabilidad ni para la persona física ni para la jurídica.

- La persona jurídica tiene unas circunstancias modificativas específicas y un sistema propio de penas, con particulares reglas de aplicación (arts. 31 quater y 66 bis), si bien respecto a la pena de multa el art. 31 ter vincula la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física, al establecer una regla de compensación de ambas responsabilidades.

- Finalmente, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor eximente otorgado a los programas de organización, que merecen un estudio más detenido.

Todo estos elementos matizan el modelo de heterorresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero tal vez no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto, que exigiría un dolo o culpa de la propia persona jurídica, algo que la regulación española sigue sin contemplar claramente, pues el modelo diseñado permanece encadenado al incumplimiento de los deberes de control de las personas físicas.

No es esta una controversia meramente especulativa o doctrinal, sino que tiene un indudable alcance práctico. Si el fundamento de la imputación es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de las letras a) y b) del apartado

primero, que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro entendimiento -que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización- representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibles.

Ahora bien, si el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, esto será lo único que deba probar la acusación. En este caso, los programas de control constituyen una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades en la corporación (letra a), como indicaba la Circular 1/2011 de la FGE. Pero será la persona jurídica la que deberá acreditar que tales programas eran eficaces para prevenir el delito, cuestión ésta sobre la que se volverá más adelante al analizar los programas de organización y gestión.

Debe finalmente quedar claro que por la FGE no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que sea la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su responsabilidad, el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el art. 5 del Código Penal, pues “parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal” (STS nº 14/2015, cit.).

Las dos teorías encontradas consisten en la heterorresponsabilidad —en la

que la persona jurídica respondería por traslación del hecho base cometido por uno de sus empleados, representantes o agentes, en su seno y en su beneficio— y la autorresponsabilidad —en la que la empresa respondería de un hecho propio, consistente en una defectuosa organización y control de los riesgos, habiéndose materializado uno de tales riesgos en el hecho delictivo cometido por uno de sus empleados, representantes o agentes, en su seno y en su beneficio—.

En el primer caso, el hecho de la persona física constituye al tiempo el fundamento de la responsabilidad penal de esta y de la persona jurídica, a quien le es imputado por traslación. En el segundo caso, el delito cometido por la persona física obraría como una condición objetiva de perseguibilidad respecto a la conducta de la persona jurídica.

El sistema de responsabilidad corporativa por el que se ha decantado España, sin embargo, presupone la comisión de un delito por una persona física para dar entrada al *ius puniendi* frente a las personas jurídicas. El abanico de posicionamientos respecto de esta cuestión ha sido diverso, propiciado por la inconcreción inicial de la redacción de la LO 5/2010, tanto en su articulado como en su exposición de motivos. Finalmente, la mayoría de la doctrina se ha situado en el posicionamiento de que pese a las dificultades de encaje, lo más acorde a los principios penales pasa por entender que la persona jurídica debe responder penalmente por actos propios, que denotan una cierta culpabilidad en su actuación.

Según la teoría de la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica, el fundamento del castigo penal que recibiría la persona jurídica sería la existencia de defectos en su organización, la tenencia de una estructura opaca, la inexistencia de controles sobre sus empleados o sus activos, o la existencia de incentivos a la comisión de conductas ilícitas en su beneficio. Lo anterior, una vez comprobado, pondría de manifiesto una conducta

culpable por su parte, en todo caso inadecuada respecto de la norma de conducta establecida en el art. 31 bis del Código penal.

Del propio preámbulo de la LO 1/15¹³⁸, solo puede extraerse la consecuencia de que en ningún caso se pretende por el legislador un sistema de atribución de la responsabilidad penal de carácter vicarial o por transferencia, o es mixto o es responsabilidad directa, decantándonos por esta última, en definitiva, por el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica basado en un defecto de organización, conceptuado ficticiamente como hecho propio de la sociedad, lo que permite trasladarle en la medida de lo posible los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de la pena, que constituyen dos principios informadores del derecho penal¹³⁹. Al tiempo, esta concepción dota de solidez a los modelos de compliance como herramienta de la persona jurídica para acreditar su diligente organización y eximirse de responsabilidad penal.

En este punto difiero con la postura jurisprudencial mayoritaria que no unánime, del Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno señalada, mostrándome más de acuerdo con los votos particulares existentes, al considerar que la tenencia de controles que eviten la comisión de delitos en

¹³⁸ «El Preámbulo (III) de la LO 1/2015 asegura que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal» y con ello poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.» De acuerdo con esta parca explicación, el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica».

¹³⁹ Si bien algunos autores han interpretado que ello también sería posible en un sistema de heteroresponsabilidad de la persona jurídica, como DOLZ LAGO, M. J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: efecto extintivo al ser absuelta por inexistencia de delito de la persona física o representante que ha actuado en nombre de la sociedad», *Diario La Ley* (8661) 2015.

el seno de la persona jurídica no son un elemento que excluye la tipicidad sino que eximen de pena, causa de justificación, aun cuando la responsabilidad penal corporativa parece nacer de la inexistencia de medidas de organización y gestión.

8.2.2. Supuestos expresamente previstos en el CP.

Las personas jurídicas no pueden cometer cualquiera de los delitos establecidos en la Parte Especial del Código Penal. El Legislador ha optado finalmente por limitar el catálogo de delitos de que puede ser responsable una persona jurídica, estableciendo un sistema de remisión a la Parte Especial del Código Penal para la determinación de estos ilícitos. Así lo hace al utilizar las expresiones «en los supuestos previstos en este Código».

En definitiva, se opta por un sistema *numerus clausus* de delitos de los que puede responder la persona jurídica, que configuran un elenco cerrado no susceptible de ampliación en virtud del principio de legalidad penal y de prohibición de analogía *in malam partem*.

La reforma del art. 31 bis en 2015 no altera el sistema establecido en 2010 de supeditar la responsabilidad penal de la persona jurídica a su expresa previsión en los correspondientes tipos de la parte especial del Código. Tras la reforma, la responsabilidad de las personas jurídicas se circunscribe al siguiente catálogo de delitos del Código Penal, al que hay que añadir el delito de contrabando, conforme dispone el art. 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011:

- Tráfico ilegal de órganos. Art. 156 bis CP
- Trata de seres humanos. Artículo 177 bis

- Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Artículo 189 bis
- Delitos contra la intimidad y allanamientos informáticos Artículos 197, 197 bis y 197 ter
- Estafas y fraudes del artículo. Artículos 251 y 251 bis
- Frustración de la ejecución, art 258 ter
- Insolvencias punibles. Artículo 261 bis
- Daños informáticos. Artículo 264 quater
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, art 288
- Blanqueo de capitales, art 302
- Financiación ilegal de partidos políticos, art 304 bis
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Artículo 310 bis
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Artículo 318 bis
- Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal. Artículo 319
- Delitos contra el medio ambiente. Artículo 328
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes. Artículo 343
- Delitos de riesgo provocado por explosivos. Artículo 348
- Delitos sobre alimentos y dopaje . Art 366

- Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas.

Artículo 369 bis

- Falsificación de moneda art 386.5 CP
- Falsedad en medios de pago. Artículo 399 bis
- Cohecho art 427 bis
- Tráfico de influencias. Art 430
- Corrupción de funcionario extranjero. Artículo 445
- Negociaciones prohibidas. Art. 445.2
- Delitos contra los Derechos Fundamentales art 510 bis
- Financiación del terrorismo. Artículo 576 bis

Existen además otras infracciones en las que los tipos penales de la Parte Especial efectúan remisiones a las medidas del artículo 129 CP, aplicable a las entidades sin personalidad jurídica.

En este sentido, el artículo 262 del CP –incluido en el Capítulo VIII del Título XIII relativo a los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas- y el 386 –dentro del Capítulo I del Título XVIII relativo a las falsedades- establecen la posibilidad de que el Juez imponga alguna de las medidas del artículo 129 “si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

El artículo 294 del CP –contenido en el Capítulo XIII del Título XIII relativo a los delitos societarios- prevé que *“los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades*

inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”, de modo que es posible, aunque no preceptiva, la aplicación de las medidas del artículo 129 para entidades colectivas con personalidad jurídica.

El artículo 318 del CP –incluido en el Título XV relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores- prevé que *“cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”,* precepto que utilizando un criterio de responsabilización de la persona jurídica similar al del artículo 31 bis, sin embargo remite únicamente a las medidas de imposición facultativa del 129, ambos del CP.

Como consecuencia de lo anterior, señalaba la Circular 1/11 de la FGE, en estos últimos supuestos, cuando la responsable sea una persona jurídica, se prevé la posibilidad de imponer algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Se produce así una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del artículo 31 bis del CP –y por consiguiente, sus requisitos materiales- de modo que, si bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del artículo 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa. El problema apuntado resulta particularmente grave en cuanto afecta a la eventual

responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de lo que la doctrina científica denomina responsabilidad penal por productos defectuosos. Ni los tipos penales de riesgo (delitos contra la salud pública de los artículos 359 a 365, fraudes alimentarios) ni los resultativos (homicidio y/o lesiones), forman parte del catálogo de *numerus clausus* de los delitos expresamente previstos para la responsabilidad de las personas jurídicas. Tan solo el artículo 366—incluido en el Capítulo III relativo a los delitos contra la salud pública del Título XVII del Código Penal— establece que *“en el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fabrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129”*, en alusión a los tipos penales de riesgo que le preceden, resultando por tanto excluido el artículo 367, que se refiere a la comisión de los delitos anteriores por imprudencia, supuesto que puede ser relativamente frecuente en la práctica. Este régimen de construcción jurídica —especie de tercera vía de responsabilización de la persona jurídica al margen del artículo 31 bis, en el que las medidas a imponer tienen carácter facultativo y están limitadas en contenido y duración, (no se incluye la multa)— afecta a supuestos de hecho de la gravedad del que motivó en España el Caso del aceite de colza desnaturalizado, (que fue resuelto por Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y número 895/1997, de 26 de septiembre), o sus inmediatos precedentes en Alemania, el conocido como Caso Contergan, (relativo a la farmacéutica Grünenthal, que comercializó un medicamento de efectos sedantes -cuyo componente básico era la talidomida-, recetado con frecuencia entre 1957 y 1961 a mujeres gestantes, muchas de las cuales dieron a luz niños con graves malformaciones congénitas), y el caso Lederspray, en junio de 1990 (en el que fueron enjuiciados los directivos de una empresa de producción y dos filiales de distribución de un spray para calzado y piel que comenzó a dar problemas de

salud a sus usuarios en 1980), en los que cobra pleno sentido la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas eventualmente implicadas en la fabricación, distribución y/o comercialización a nivel masivo de productos letales o gravemente lesivos para la vida, la integridad y/o salud de los consumidores, de donde se desprende la pertinencia de abordar una reforma que haga posible la imposición de auténticas penas en estos supuestos por aplicación del artículo 31 bis del Código Penal.

Tampoco están incluidos en el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, el artículo 282 bis –en la Sección Tercera del Capítulo XI del Título XIII del CP, integrada por los delitos relativos al mercado y a los consumidores- y los de los artículo 290 y 291 del Capítulo XII del mismo Título XIII, relativos a los delitos societarios, infracciones todas ellas cometidas en no pocas ocasiones por los administradores de las sociedades, en nombre, por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

Con respecto al catálogo previo a la reforma de 2015, se incorporan los nuevos delitos de frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis), de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis) a los que se añaden los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (arts. 359 a 365) y los de falsificación de moneda (art. 386), para los que con anterioridad no se contemplaba el régimen del art. 31 bis sino el del art. 129. Se incorporan igualmente los delitos de odio y enaltecimiento (art. 510, con la errata en el art. 510 bis de la referencia a los “dos artículos anteriores” en lugar de al “artículo anterior”).

El régimen del art. 129 CP se aplica, por tanto, a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

- Relativos a la manipulación genética. Art 162
- Alteración de precios en concursos y subastas pública. Art 262
- Negativa a actuaciones inspectoras. Art 294
- Delitos contra los derechos de los trabajadores. Art 318
- Falsificación de moneda. Art 386.4
- Asociación ilícita. Art 520
- Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas. Art 570 quater

Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros. La Circular 1/2011 de la FGE ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de esta doble vía sancionadora de los arts. 31 bis y 129 CP, refiriéndose, entre otros, a los supuestos de los arts. 262, 386, 294 y 318, que mantienen tras la reforma las mismas deficiencias entonces ya advertidas. Particularmente llamativo es el caso de los delitos de falsificación de moneda del art. 386 CP, en el que, tras la reforma de 2015, coexiste en sus apartados. 4 y 5 el régimen del art. 129 con el del art. 31 bis.

Las razones del difícil encaje de esta doble vía sancionadora para personas jurídicas y entes colectivos no dotados de personalidad jurídica hay que buscarlas, más que en puntuales desajustes en la asignación de uno u otro régimen, en la irrelevancia de la propia distinción, hoy superada por la realidad de la vida de los negocios, tanto legales como ilegales y por otros criterios de imputación más relevantes, como el de unidad económica, seguido en materia tributaria para determinar los grupos de empresas o el de la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo. La aplicación de estos criterios evitaría, por ejemplo, que las UTEs, que no tienen personalidad jurídica, quedaran fuera del marco represivo de la persona jurídica.

En todo caso, subyace cierta confusión en el Código Penal sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, que en la selección actual ni siquiera se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas. Fuera de la delincuencia económica, otros delitos como las lesiones, la detención ilegal o hasta el homicidio no se contemplan en el catálogo previsto para las personas jurídicas, seguramente por razones de política criminal de prevención general, por más que quepa pensar en conductas de esta naturaleza en el contexto, por ejemplo, de una encarnizada competencia empresarial, y cometidas en claro y directo beneficio de la entidad.

8.2.3. Imputabilidad

Para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica deben concurrir una serie de elementos objetivos y subjetivos exigidos por el art 31 bis CP.

Dentro de los elementos objetivos, se encuentran los hechos cometidos por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio. Si atendemos a la propia redacción empleada por el artículo 31 bis se comprobará que, en realidad, y como expresamente se declara, la persona jurídica no realiza ningún delito ni hecho, aunque por motivos político criminales, pueda aplicársele una pena. En efecto, si estructuramos el citado precepto observamos que la persona jurídica será responsable “de los delitos cometidos... por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho” o “por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas... han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control atendidas las concretas circunstancias del caso”. El hecho penal –es decir, la acción- solo se comete por la persona física como se desprende sin ningún género de duda

cuando el Código Penal establece que la persona jurídica “será responsable de los delitos cometidos por...”¹⁴⁰

Ello permite a la FGE desterrar ab initio cualquier conclusión que sostenga, que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en un hecho propio, pues la redacción legal empleada por el Código Penal sostiene –que con independencia, del fundamento de culpabilidad que se emplee– que el delito (que será atribuido a la persona jurídica) no ha sido realizado por ésta –porque sencillamente no puede–, sino por personas físicas determinables.

Como señala ROBLES PLANAS¹⁴¹ este hecho propio es una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la culpabilidad penal de la persona jurídica se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física.

Sentado lo anterior, debemos analizar cuáles son las premisas, que el legislador exige para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. Estas premisas, que son claramente criterios objetivos, se concretan en dos: de un lado, que la conducta haya sido realizada en su nombre o por cuenta de las mismas y, de otro, que tal conducta le haya proporcionado un beneficio. En cuanto al beneficio, antes provecho, deberemos discernir si éste debe ser el directamente pretendido por la conducta delictiva o, en general, valdría cualquier provecho obtenido por la persona jurídica, con independencia de que este fuera directo o indirecto, buscado o no buscado por el delito cometido. No es suficiente con que la conducta se haya llevado

¹⁴⁰ En el mismo sentido Mir Puig al señalar que “en el caso de las personas jurídicas, aunque la LO 5/2010 las haga penalmente responsables lo cierto es que el propio Art. 31.1 bis reconoce que la conducta requerida por el tipo debe ser realizada por una persona física...”, en MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* (9) Barcelona 2011.

¹⁴¹ ROBLES PLANAS, R., «El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *Indret: Revista para el análisis de Derecho* (2) 2009.

a cabo en nombre o por cuenta de la persona jurídica, es absolutamente necesario a la vez que tal conducta se haya realizado en su beneficio.

Como elementos subjetivos, debe determinarse qué concretas personas físicas son aptas para transferir esta responsabilidad. Esto es que sean delitos cometidos por sus representantes legales y administradores, o por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho en la terminología anterior . En la actual, *representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

Por tanto, advertida la necesidad de que una persona física cometa el hecho delictivo para derivar la responsabilidad penal a la persona jurídica, debemos analizar el criterio subjetivo/personal establecido en el artículo 31 bis, esto es, qué concretas personas físicas son aptas para transferir esta responsabilidad.

El citado precepto divide en dos estos grupos de personas; así, de un lado, tenemos los delitos cometidos 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*, antes los administradores de hecho o de derecho, autorizados o con facultades (letra a art 31 bis 1) y, de otro, los cometidos por las personas físicas sometidas a la autoridad de estos, y cuya comisión delictiva ha sido posible por la falta de haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las concretas circunstancias del caso (art 31 bis 1 letra b).

Se distingue, así:

1.- Delitos cometidos por sus representantes legales, autorizados o personas con facultades de organización o control .Art 31 bis 1 letra a). El primer grupo de personas viene constituido por aquellos que de manera efectiva dirigen y controlan a la persona jurídica, esto es, aquellas que, en palabras de BERNARDO DEL ROSAL¹⁴², representa la mente directiva y la voluntad (the directing mind and will) de la corporación. En este grupo se incluyen tanto los representantes legales como los administradores de la entidad, entendiéndose incluidos, al amparo de la legislación anterior, bien a los de derecho bien a los de hecho, cuestión sobre la que no existía duda en el sentido de entender incluidos a unos y otros, si bien tras la reforma operada por la LO 1/15 para cierto sector solo cabrían los de derecho, ya que dicha terminología ha sido suprimida del texto legal, manteniendo una posición restrictiva; por tanto administradores o apoderados entrarían sin duda en este grupo.

Efectivamente, tras la desaparición de la expresión “administrador de hecho”, de la literalidad del precepto legal, del art 31 bis, que no del art 31 CP que mantiene la distinción, tras la reforma de LO 1/15, para cierto sector doctrinal supone su desaparición efectiva como sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica; desaparece, para estos, el que ejerce funciones materiales de administración sin habilitación formal alguna, como, por ejemplo, el administrador de la empresa matriz que decide sobre lo que haga la filial. Entender que estos sujetos se mantienen en el círculo de los que permiten transferir responsabilidad penal a la empresa dejaría sin razón de ser la nueva exigencia de autorización o facultad específica habilitante.

¹⁴² DEL ROSAL BLASCO, B., «Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas en La Ley Orgánica 5/2010», en *Enfoque XXI*, Barcelona 2011.

Mientras para otros autores, continúan manteniéndose los administradores de hecho sin alteración alguna, del mismo modo que también caben las autorizaciones de hecho.¹⁴³

Si se admite la interpretación restrictiva, por la que, en adelante, quedan excluidos los administradores (verdaderamente) de hecho del círculo de sujetos transmisores de RPPJ, la reforma tendría efecto directo sobre los supuestos en que el “hombre de atrás” sin cargo formal alguno recurre a testaferros, así como en aquellos en que el administrador formal de la empresa matriz o dominante decide sobre lo que deban hacer las filiales o el resto de miembros del grupo¹⁴⁴.

En tales casos, el administrador de hecho puede incurrir en responsabilidades penales por sus acciones, pues aunque sólo la persona jurídica reúna las cualidades subjetivas del tipo de delito, el art. 31 CP permite imputar tanto al administrador de hecho como de derecho que actúe en nombre de aquélla. Además, también pueden responder a título de partícipes el resto de personas físicas que intervienen conscientemente en el delito, como el hombre de paja que actúa a conciencia de la significación delictiva de los hechos.

Ahora bien, el administrador de hecho, acerca de cuya responsabilidad personal no existen, en principio, dudas, no podría actuar como fuente de transmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica, al haber quedado al margen del art. 31 bis. Para declarar la responsabilidad de la empresa debería recurrirse entonces, a otras vías, no exentas de dificultades.¹⁴⁵

¹⁴³ Sostiene QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, p. 90.

¹⁴⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, pág. 28 ss.

¹⁴⁵ Acerca de los problemas para la imputación de responsabilidades al administrador de hecho, véase NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La responsabilidad penal en la empresa*, Valencia 2000.

Por consiguiente, si se sigue esta posición restrictiva, cuando en la decisión delictiva interviene el administrador de hecho, sólo parece posible derivar responsabilidad para la empresa:

a) por los hechos de los administradores formales, cuando puedan considerarse coautores junto con el administrador de hecho, en cuyo caso, a las dificultades de afirmar el condominio del hecho, se suman las relativas a la difícil delimitación entre autoría y participación;

b) por los hechos de los subordinados cometidos bajo las órdenes del administrador de hecho y la pasividad u omisión de los debidos controles de sus administradores formales, aunque al precio de pervertir el significado de la vía de imputación por descontrol.¹⁴⁶

2.- Delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de los anteriores .Art 31 bis letra b).

Este segundo grupo representa, sin ningún género de duda, el ámbito en que se incardina la verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica para quienes entienden que el fundamento de la culpabilidad de ésta se asienta en el defecto de organización. En efecto, si algo caracteriza la imputación por esta vía es la individualización de una ausencia de control por parte de quién dirige a la persona jurídica, de manera que la realización del delito solo es posible por una organización defectuosa que no tiene bajo control las conductas que llevan a cabo las personas dependientes desde un punto de vista orgánico, esto es, aquellas que no representan a la persona jurídica pero pueden hacerla actuar en el ejercicio de la actividad.

En este grupo se encontrarían no solo los empleados, sino igualmente aquellos otros (autónomos) cuya vinculación con la persona jurídica se hace

¹⁴⁶ CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», en *Estudios Penales y Criminológicos* (25) 2015, pp. 919-963.

dependiente de la propia organización y dirección de los administradores de ésta.

A. Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1

Señala el precepto que la persona jurídica es penalmente responsable: *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.*

El art. 31 bis continúa sin facilitar una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco lo hace ningún otro precepto del Código Penal, lo que exige acudir a las previsiones de la normativa civil y mercantil, en los términos que ya analizaba la Circular 1/2011 de la FGE. El precepto sí introduce en la letra a) del apartado primero una significativa modificación en la definición de las personas físicas idóneas para que la persona jurídica responda penalmente, consistente en la sustitución de los “administradores de hecho o de derecho” 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.”

Cabe preguntarse por las razones de este cambio que, en una primera lectura, parece una simple mejora técnica. El Preámbulo no explica los motivos de la nueva redacción. En realidad, es discutible que el nuevo texto mejore el anterior pues, en contraposición a la nueva y compleja redacción, administrador de derecho y administrador de hecho eran términos ya consolidados en la legislación penal y mercantil y su alcance había sido

reiteradamente interpretado por la Sala Segunda, particularmente en el ámbito de los delitos societarios.

Sobre su desaparición del texto legal, ya nos hemos referido a la interpretación restrictiva existente que mantenemos.

La modificación, no obstante, sí tiene cierto calado, pues produce una ampliación del círculo de sujetos capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica en el primer nivel del art. 31 bis.1, que queda así integrado por los tres siguientes grupos de personas físicas:

1.- Representantes legales.

Se trata la representación legal de un concepto ajeno a la legislación mercantil, que se refiere a la representación orgánica y a la voluntaria. En las sociedades de capital, la representación orgánica de la sociedad corresponde exclusivamente a los administradores y se extiende a todos los actos comprendidos en su objeto social (arts. 209, 233 y 234 del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital —LSC-). La representación voluntaria no se regula en dicho texto, sometiéndose a las reglas generales de esta representación en nuestro ordenamiento. Por eso, aunque propiamente no cabe la delegación orgánica, nada impide el recurso a la representación voluntaria, mediante el nombramiento de apoderados singulares, con poderes otorgados en escritura pública y debidamente inscritos en el Registro Mercantil, o generales, como gerentes o directores generales.

Aunque para determinados efectos, “los directivos o las personas con poder de representación de la sociedad” se consideran administradores (art. 157 LSC), con carácter general resulta dudoso que tales representantes voluntarios puedan ser considerados “representantes legales” mas, en todo caso, accederían al apartado siguiente como “autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica.”

En este apartado los administradores y los apoderados serán lo que terminen por convertirse en el auténtico foco de atención de esta nueva configuración de los sujetos a los que cabe considerar como expresión de la voluntad de la persona jurídica.

2. Quienes “actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”.

Con mejor redacción, se retoma la versión del Anteproyecto de 23 de julio de 2009 que, junto a los representantes y administradores de hecho o de derecho, incluía a “los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica”. Comprende, desde luego, a los administradores de derecho que, en autoría única o colegiada, ejercen las funciones de administración de una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. Si se trata de una sociedad de capital, es preciso que el sujeto haya sido nombrado a tal efecto por la Junta de socios (art. 214.1 LSC). Debe tenerse en cuenta que administrador de derecho puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica, pero en este caso, “será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo” (art. 212 bis LSC).

No aparecen incluidos en la nueva redacción los administradores de hecho, como se ha reiterado. Es cierto que se trata de un concepto interpretado por la jurisprudencia en sentido lato, pues “... no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección” (STS nº 59/2007 de 26 de enero), de tal modo que lo será “toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una

sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra” (STS n° 598/2012, de 5 de julio). En todo caso, el administrador de hecho nunca puede ser un mando intermedio, pues imparte las instrucciones, incluso a los administradores de la sociedad (art. 236.3 LSC), no las recibe ya que “debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión.” (STS n° 59/2007). Por lo tanto, para la FGE, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los “autorizados para tomar decisiones”, no en el de quienes “ostentan facultades de organización y control”. Y aun para conseguir tal encaje ha de interpretarse que la autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica puede ser también tácita. Otro entendimiento llevaría a la injustificada exclusión de los administradores de hecho del círculo de sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, que es lo que se sostiene en una interpretación restrictiva por otro sector doctrinal.

La vigente redacción permite incluir también en este apartado a quienes, sin ser propiamente administradores ni representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones.

c) Quienes “ostentan facultades de organización y control.”

La expresión engloba a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos. Esta nueva redacción amplía y define mejor la posición de garante en la empresa, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica lo que permite, como consecuencia más relevante, incluir

en la letra a) del art. 31 bis1 CP al propio oficial de cumplimiento (compliance officer).

B) El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y “en su provecho”. Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo. La Circular 1/2011 de la FGE estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.

Más problemático resultaba precisar si el provecho debía ser de naturaleza económica o podía serlo de otra índole. La diversidad de acepciones de la locución y el silencio del Legislador de 2010 permitían ambas interpretaciones, algo sobre lo que ya advirtieron el CGPJ y el Consejo de Estado en sus correspondientes dictámenes. La Circular 1/2011, apoyándose en el art. 52.4 CP, se pronunció claramente por considerar “que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumplía las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros”. No obstante, y aun cuando esta solución era mayoritariamente seguida por la doctrina, también cabía la interpretación restrictiva, lo que no resultaba conforme con los objetivos perseguidos al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Haciéndose eco de estas dudas, la OCDE, en su informe correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes

Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, alertaba de que la persona jurídica pudiera eludir su responsabilidad penal en los casos de obtención de un beneficio indirecto, como podía ser una ventaja competitiva.

La sustitución en la LO 1/2015 del término “provecho” por el de “beneficio directo o indirecto” despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

La nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella. Piénsese que, de ordinario, la persona física actuará motivada por el deseo de obtener un beneficio personal y no tanto, o en absoluto, con el ánimo de beneficiar a la sociedad.

Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto.

La exigencia de “beneficio directo o indirecto” establecida en el art. 31 bis CP contrasta con el régimen del art. 129 CP pues este precepto solo requiere que el delito objeto de la condena haya sido cometido “*en el seno, con la colaboración, a través o por medio de*” la correspondiente entidad carente de personalidad jurídica, sin que se contemple en este caso que el delito se cometa por cuenta y en beneficio de una organización. Ahora bien, la naturaleza claramente punitiva de estas consecuencias accesorias -una vez desaparecida con la LO 5/2010 la referencia a su orientación preventiva-, su carácter potestativo y la necesidad de motivación, con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad, exigen una especial prudencia en su aplicación para evitar una inadmisibile responsabilidad objetiva.

La posibilidad de admitir la **comisión culposa en el delito de la persona física** queda abierta desde el momento en que la acción se valora como beneficiosa para la sociedad desde una perspectiva objetiva. Ha de reconocerse que tal posibilidad resulta, en principio, problemática, por la difícil compatibilidad de la fórmula “en beneficio directo o indirecto” con la estructura del delito imprudente, aun descartando que con ella se defina un elemento subjetivo. Por otra parte, las previsiones de política criminal tampoco buscan, en principio, sancionar al ente colectivo por la imprudencia de sus dirigentes o de los subordinados de estos defectuosamente controlados. Sin embargo, toda vez que el art. 31 bis no describe la conducta concreta de la persona física, es en los correspondientes preceptos de la Parte Especial donde se ha de examinar la previsión de su comisión culposa.

Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366). Exclusión, por otra

parte, desafortunada, mantiene la FGE, pues imposibilita la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española. Finalmente, solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.

Respecto de las insolvencias punibles, el art. 261 bis se remite a los “delitos comprendidos en este Capítulo”, que incluye la modalidad culposa (art. 259.3). Lo mismo cabe decir del art. 328 y su remisión a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente del Capítulo III del Título XVI, cuya modalidad culposa se contempla en el art. 331. También el art. 576.5 extiende la responsabilidad de la persona jurídica a la imprudencia grave en el incumplimiento de las obligaciones de prevención de las actividades de financiación del terrorismo (art. 576.4 CP). La cuarta previsión legal es más oscura pues el art. 302.2 CP parece remitirse solo a los “casos” del art. 302.1 CP, esto es, a las organizaciones dedicadas al blanqueo. Sin embargo, cabe interpretar que la remisión que el art. 302.2 hace a “tales casos” se extiende también a “los supuestos previstos en el artículo anterior”, lo que abarcaría la modalidad imprudente de blanqueo, reconocida en el art. 301.3. Esta exégesis resulta conforme con las obligaciones administrativas que la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo impone a los sujetos obligados personas jurídicas (art. 2.1) y que demandan su imputación cuando una persona física cometa un delito de blanqueo imprudente en las circunstancias previstas en el art. 31 bis. Por otra parte, sería incoherente dar un tratamiento diferente al incumplimiento imprudente

de los deberes de prevención del blanqueo y al de la financiación del terrorismo, sometidos al mismo régimen legal.

Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de febrero de 2008, que esta responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas (es decir, no en todo caso, ni menos cuando se actúa “contra” ellas) por las personas físicas que las gobiernan o por quienes, estando sometidos a su autoridad, realizan los hechos que se les indiquen.

Y todo ello, con independencia de que, para salvar y proteger la seguridad en el tráfico económico, se apliquen a la sociedad determinadas medidas que aseguren su no utilización en el ámbito criminal, pero, como bien se recordará, estas medidas ya se encontraban en vigor en el artículo 129 del Código Penal con anterioridad a la reforma del año 2010, bajo el nombre de consecuencias accesorias.

Señala COBO DEL ROSAL, que se confunden, lamentablemente, los efectos y beneficios obtenidos y derivados en provecho de las sociedades por los delitos cometidos, esto sí, por las personas físicas que desempeñen determinadas funciones en la actividad de la misma, que es cosa muy distinta.¹⁴⁷

C. El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1.

Señala el art 31 bis 1 letra b que la persona jurídica es penalmente responsable: *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*

¹⁴⁷ COBO DEL ROSAL, M., «Societas Delinquere Non Potest», en *Anales de Derecho* (30) 2012, pp. 1-14.

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

El último de los criterios subjetivos es, aquel que parte de los delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales, y administradores, autorizados o con facultades de organización y control, requiere, además, que estos sujetos hayan 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.*

La LO 1/2015 sustituye la condición de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él “*el debido control*”, por el más exigente requisito de “*haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control*”.

Como se ha dicho, estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Para la FGE, en la Circular 1/16,¹⁴⁸ se trata por tanto de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no una culpabilidad por “defecto de organización” de la persona jurídica, aunque tal afirmación no es pacífica, ya que como se ha señalado, para cierto sector doctrinal, el sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se transfiere por no haberse ejercido el control necesario sobre estas personas, de forma que la ausencia de control es el que ha propiciado la comisión delictiva por parte

¹⁴⁸ Concluye la Circular 1/16 de la FGE que la LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1°. Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones.

de éstos últimos (no debe olvidarse que el propio artículo 31 bis se refiere a los “delitos cometidos por...”). Es en este punto donde parte de la doctrina proclive al sistema de responsabilidad corporativa incardina el eje central de toda la cuestión, esto es, el eje sobre el que se hace pivotar con claridad ese pretendido hecho propio que fundamenta su responsabilidad penal.

Bajo la anterior regulación, esta conclusión que sostiene la FGE, que viene a definir el modelo de responsabilidad indirecta o vicarial de la persona jurídica suscitaba la objeción de que los representantes legales y administradores, dada su posición jerárquica en la empresa, no están en posición de ejercer un control real y efectivo sobre los subordinados. La ampliación de los sujetos responsables en la letra a), junto a la exigencia de que la deficiencia en el control sea grave, permite corregir este reparo, por otra parte solo predicable de las grandes empresas, con un gran número de mandos intermedios.

La dificultad de identificar los concretos deberes de control que personalmente son exigibles a las personas físicas constituía otro reproche al modelo. En efecto, la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, puede obstaculizar notablemente la necesaria individualización. Tanto más si la estructura societaria se ha establecido precisamente para eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos. Los novedosos modelos de organización y gestión vendrían a corregir esta limitación, mediante la rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo.

La clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio “gravemente” permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad, de acuerdo con una razonable

aplicación del principio de intervención mínima. Tales incumplimientos deberían ser objeto de corrección por la correspondiente normativa administrativa y mercantil. En todo caso esta remisión a la normativa extrapenal es obligada desde el momento en que la exigencia de que la deficiencia en el control haya sido grave excede de las previsiones sectoriales que se contienen en todas las Decisiones Marco y, más recientemente, Directivas de la Unión Europea. En ellas se establece sistemáticamente la obligación de que las personas jurídicas sean sancionadas cuando exista una “falta de supervisión o control”, que nunca adjetiva como grave. Las sanciones no tienen que ser necesariamente penales, bastando con que sean “efectivas, proporcionales y disuasorias”, pero, como atinadamente advierte el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto, si las sanciones penales se limitan a los incumplimientos graves, los incumplimientos de menor entidad deberán ser castigados administrativamente para cubrir la totalidad del reproche que establece la normativa comunitaria.

Cabría pensar en otra alternativa al referido doble sistema sancionador, penal para incumplimientos graves y administrativo para el resto de incumplimientos. La brinda la regla 2ª del art. 66 bis CP que establece que *“cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 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.”* Toda vez que la gravedad del incumplimiento es precisamente el presupuesto para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica en el referido criterio de imputación de la letra b), parece claro que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica introducida por la LO 1/2015.

Por lo tanto, para las infracciones menos graves de los deberes de control solo caben las sanciones administrativas. Sucede que tales sanciones complementarias de las penales solo están parcialmente reguladas en una

normativa incompleta y dispersa que habrá de buscarse en las correspondientes leyes, generalmente mercantiles, que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica. Entre ellas, las relativas a los consumidores y usuarios, los mercados financieros, los mercados de valores o la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La cuestión será determinar la línea fronteriza entre lo grave y lo leve, entendiendo la gravedad cuando se produzca la vulneración de las reglas más elementales de cautela o diligencia exigibles en el sector de que se trate en orden a la infracción del deber de control, al modo de la imprudencia grave o de la omisión grave .

Recuerda la FGE que “si bien no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que el Ministerio Fiscal comunique a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras, cabe de esta regulación fragmentaria extraer un principio general de comunicación interorgánica o interinstitucional” (Instrucciones 10/2005 y 1/2009).

En tanto que la exigencia de un incumplimiento grave del deber de control supone una restricción del reproche penal, la sustitución del “*debido control*” por “*los deberes de supervisión, vigilancia y control*”, si no amplía, al menos sí precisa mejor el contenido del deber, viniendo los términos “supervisión” y “vigilancia” a enfatizar que ese control o fiscalización es o puede ser externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de otros, y a definir también más adecuadamente los deberes de los nuevos sujetos que, como el oficial de cumplimiento, se han incorporado al apartado primero a). En todo caso, la nueva formulación es conforme con la normativa

mercantil. Así, la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma operada por Ley 31/2014, impone a los administradores el deber de diligencia “de un ordenado empresario” exigiéndoles adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad” (art. 225). La supervisión es precisamente una de las facultades indelegables por el consejo de administración en relación con el “efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado” (art. 249 bis). Facultad indelegable que, en las sociedades cotizadas, se extiende, más detalladamente, a “la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control” (art. 529 ter, 1.b). Se trata, en definitiva, de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente.

La cuestión ha sido abordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en las SSTS n° 257/2009, de 30 de marzo y 234/2010, de 11 de marzo, examina la posición de garante y la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente ejerce una cierta autoridad y tiene la posibilidad de vigilancia que le permite evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos sea considerada como una fuente de peligro para intereses ajenos. Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, la STS n° 1193/2010, de 24 de febrero, advertía que “no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de

control o no actúa para evitarlo. Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas “actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido,” concluyendo la citada sentencia que “el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirlo”.

Sostiene la FGE que la nueva exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave determina que, junto a la persona jurídica, el omitente del control también pueda responder por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que traslada la conducta a la letra a). Se origina así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: por un lado, el de la letra b), por el delito cometido por el subordinado, y, por otro, el de la letra a), por el delito implícito en el incumplimiento grave de sus deberes por las personas incluidas en este apartado. La extensión de la expresión “delitos cometidos” permite esta doble posibilidad de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, lo que tiene cierta trascendencia a la hora de apreciar la exención de responsabilidad penal dado el diferente régimen de exención de los dos títulos de imputación. Si bien en estos casos el autor en sentido estricto será el subordinado (letra b), en tanto que la persona incluida en la letra a) tendría la consideración de mero partícipe del delito cometido por este, lo cierto es que la conducta del encargado del control aparece como la realmente determinante de la transferencia de responsabilidad a la entidad, ya sea de manera directa en el caso de la letra

a) ya indirecta, pues sin su infracción grave la conducta delictiva del subordinado deviene irrelevante. Por ello, en estos casos cabría la imputación a la persona jurídica por los dos títulos, sin necesidad de optar por uno u otro.

En cuanto a los delitos que provocan la responsabilidad de la persona jurídica, deben haber sido cometidos por los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a) del apartado 1, siendo suficiente que operen en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de estas. No es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, “atendidas las concretas circunstancias del caso” expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de control que se regulan inmediatamente a continuación, en el apartado 2 del mismo art. 31 bis. Precisamente, al modelo de responsabilidad por transferencia o vicarial se le ha venido también reprochando que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le era exigible. Aunque esto no es del todo cierto, pues el contenido real del mandato de la persona física y las posibles extralimitaciones de ese mandato pueden ser objeto de valoración entre tales “circunstancias” y la persona jurídica puede defenderse en el proceso de manera independiente de los acusados personas físicas, lo cierto es que esta objeción desaparece del todo con el trascendental valor que la reforma atribuye a los programas de control.

Naturalmente, cuando la infracción del deber de control no se haya producido o haya sido leve siempre cabe en sede penal la declaración de la

responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, de conformidad con el art. 120. 4º CP. Dicha responsabilidad se encuentra “anclada en los principios de culpa ‘in vigilando’ y culpa ‘in eligendo’, que se erigen en fundamentos jurídicos como base de tal responsabilidad, haciendo notar que esos criterios han derivado a formas más objetivas encaminadas a la protección de las víctimas, vinculando la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas personas o entidades que con la actividad del infractor obtienen un beneficio a costa de crear una situación de riesgo (teoría del riesgo) conforme al principio de ‘qui sentit commodum, debet sentire incommodum.’ [...]” (STS nº 811/2014, de 3 de diciembre).

La responsabilidad civil subsidiaria queda igualmente como última vía reparadora en los casos en que la persona jurídica no sea responsable penalmente. En este sentido, la STS nº 830/2014, de 28 de diciembre, recuerda que “ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo de como hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado [...] y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta in eligendo o in vigilando, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria”.

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-3-2016, nº 221/2016, rec. 1535/2015 Pte: Marchena Gómez, Manuel, señala que la Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro.

No se pronuncia nuestro TS sobre el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica.

En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO¹⁴⁹, dice que el citado párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis no fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica en un defecto de organización de la misma, sino en la ausencia del debido control del representante o administrador sobre las personas sometidas a su autoridad. Resulta muy significativo que la relación de sometimiento no se establezca partiendo de la autoridad de la persona jurídica, sino —literalmente— de las «personas físicas» mencionadas en el párrafo anterior. De forma que también en los casos en que la sociedad posea una perfecta organización, su responsabilidad surgirá a tenor del citado precepto, si las personas físicas mencionadas incurrirán individualmente en esa especie de culpa in vigilando o in eligendo. También en este supuesto la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en un comportamiento de la persona física.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática», en *Revista Otrosí*. (6) Madrid 2011.

Contrariamente a esta tesis, se posiciona ZUGALDÍA ESPINAR,¹⁵⁰ quién, siguiendo a TIEDEMANN, considera que la persona jurídica sería responsable por este defecto de organización cuando su actuación no hubiera sido igual que la que hubiera realizado otra persona jurídica en su misma situación. El defecto de organización fue un concepto introducido por TIEDEMANN¹⁵¹ a partir del código civil alemán, donde parte de una situación en la que la persona jurídica se encuentra en un grado de desorganización tal que resulta imposible prever e impedir la comisión delictiva. O dicho al contrario, la eficiente organización sería aquella en la que la libertad del sujeto queda controlada para ceñirla a la realización de hechos plenamente jurídicos.

En igual sentido que ZUGALDÍA, encontramos la tesis de DOPICO¹⁵², para quien estamos ante el verdadero criterio de imputación a la persona jurídica, concretado en el incumplimiento, imputable a ésta, del debido control sobre el trabajador.

Precisamente para paliar esta posible situación de desorganización, este sector de la doctrina defiende la necesidad de instaurar en la corporación “controles eficaces”, al estilo de los compliance programs del derecho anglosajón. Este control eficaz sería suficiente para extinguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

D. Personas jurídicas imputables e inimputables

Es una evidencia que la persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo en la delincuencia económica. Ello es especialmente predicable de las grandes empresas cuya capacidad real de

¹⁵⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (4) Valencia 2010

¹⁵¹ TIEDEMANN, K., «La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas», en *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg*, 1996, p. 97.

¹⁵² DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010, p. 20.

dominio constituye una de las razones político-criminales por las que se ha extendido en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el punto de llegar a considerarse que la exclusiva punición del individuo no hace desaparecer la peligrosidad del ente colectivo ni protege suficientemente los bienes jurídicos en riesgo.

Nace así la responsabilidad empresarial como complemento de la individual, nunca como medio de eludir las responsabilidades individuales en el seno de estructuras societarias complejas. El Derecho Comunitario es muy preciso cuando en las diferentes Decisiones Marco y Directivas que introducen la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas expresamente establece que dicha responsabilidad *“se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que pudieran emprenderse contra las personas físicas...”*. Se eliminan así lagunas punitivas y se evita que los dirigentes de la persona jurídica caigan en la natural tentación de transferir su responsabilidad a esta. En coherencia con estos principios, el art. 31 ter deja clara la compatibilidad y autonomía entre la sanción de la persona jurídica y la de la persona física responsable, cuya efectiva punición no es requisito necesario de la responsabilidad de la entidad.

Este régimen de compatibilidad no entraña que, cumplidos los criterios legales de transferencia, la responsabilidad de la persona jurídica devenga inevitable. Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche

punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 de la FGE que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e

inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.” Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis CP como las utilizadas *“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.”* El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad

legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.

Otros supuestos en que procede la exclusiva imputación de la persona física eran advertidos por la Circular 1/2011. Se trata de aquellos en que existe 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.

El riesgo de incurrir en bis in idem es especialmente alto en el caso de las pequeñas empresas, tanto en los casos apuntados en la Circular 1/2011 [que se identifican con el hecho de conexión del art. 31 bis 1º a)] como cuando la responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados se sustenta en la falta de control de sus responsables [art. 31 bis 1º b)], que viene a confundirse con la propia falta de un sistema adecuado de control corporativo. Puede afirmarse que el sistema de responsabilidad, tal y como se ha diseñado, 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 gran empresa, en coherencia

con las apuntadas razones de política criminal. Para las pequeñas empresas, las exigencias impuestas en los programas pueden resultar excesivas, aun con las correcciones del apartado 3 del art. 31 bis, cuestión esta que se analizará más adelante.

8.2.4. Personas jurídicas exentas

A. Las personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad.

El art. 31 quinquies CP se refiere a las personas jurídicas exceptuadas del régimen de responsabilidad penal e incorpora el contenido del apartado quinto del anterior art. 31 bis con algunas modificaciones:

“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 art. 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”.

La primera modificación del art. 31 bis procede de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que reformó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, y fue aprovechada en

su tramitación parlamentaria para eliminar del listado de sujetos excluidos a los partidos políticos y a los sindicatos. Aunque la exclusión del régimen de responsabilidad penal proclamada solo dos años antes podía justificarse en atención a las funciones que la Constitución les reconoce en sus arts. 6 y 7, también es cierto que las asociaciones empresariales son objeto en este segundo precepto de idéntico tratamiento que los sindicatos, sin que por ello se les hubiera declarado entonces exentas de responsabilidad penal. El Preámbulo de la LO 7/2012 explicó sucintamente la repentina atribución de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos asegurando que “de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política”.

Junto a los partidos políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen en la disposición adicional séptima de la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, tras la modificación operada por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

Con idéntico régimen de responsabilidad penal que cualquier sociedad mercantil, las singularidades de partidos políticos y sindicatos determinan, no obstante, que sus modelos de organización y gestión deban acomodarse a sus especiales características (participación ciudadana y democracia interna) y riesgos. En cuanto a estos, parece claro que los programas de prevención atenderán especialmente a las conductas de financiación ilegal y corrupción.

Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente obliga a los partidos políticos a “adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de

conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal.”

En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (modificado por LO 3/2015) que regula las causas de disolución del partido político, que alcanza a supuestos no contemplados en el Código Penal [letras b) y c) del apartado 2 del art. 10 de la LO], el procedimiento para instar su declaración de ilegalidad y consecuente disolución en tales supuestos y los efectos de la disolución judicial. En cuanto a la suspensión judicial de un partido político, esta solo procederá en los supuestos previstos en el Código Penal, siendo posible acordar la suspensión como medida cautelar, tanto conforme a las disposiciones de la LECrim como conforme al art. 8 de la LO (art. 10.3).

El resto del contenido del anterior número 5 del art. 31 bis se conserva inalterado en el art. 31 quinquies.1 y por lo tanto mantiene sus imprecisiones terminológicas. Respecto del Estado, su inicial mención permitiría englobar a todas las Administraciones, como más sencillamente establece el Código Penal francés (art. 121-2), lo que haría innecesario el ulterior listado de órganos del sector público estatal. Sin embargo el art. 31 quinquies se adentra en el frecuentemente inseguro terreno de las relaciones y lo hace con una terminología que no siempre se acomoda a las correspondientes clasificaciones administrativas, por otra parte cambiantes, que configuran el sector público, formado por tres sectores: el sector público administrativo, el sector público empresarial, y el sector público fundacional.

En el sector público administrativo se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas algunos de los llamados “organismos reguladores”) y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor el 2 de octubre de 2016 y que deroga la Ley 6/1997,

de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La referencia legal a “aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” permite incluir todo el sector público administrativo.

En cuanto al sector público empresarial, las sociedades mercantiles estatales, mencionadas en el primitivo art. 31 bis 5º, habían sido objeto de especial controversia. La OCDE, en el ya citado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, mostraba su preocupación por que las sociedades estatales pudieran eludir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Esta organización llamaba especialmente la atención sobre la titularidad pública de las acciones de las entidades financieras rescatadas por el Estado a través del FROB, alertando de que “en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales” y concluía su informe recomendando una reforma del Código Penal que aclarara que las sociedades estatales eran penalmente responsables del delito del actual art. 286 ter.

Atendiendo a esta recomendación, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el apartado 2 del art. 31 quinquies, si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, la multa y la intervención judicial. Al referirse a las sociedades mercantiles públicas y no solo a las estatales, quedan también claramente incluidas las constituidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que las mismas “ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Si bien

la ejecución y prestación de tales políticas y servicios se atribuye de ordinario en el ámbito estatal a los organismos autónomos, los consorcios o a las entidades públicas empresariales (Ley 6/1997 y la Ley 40/2015, de 1 de octubre), no resulta infrecuente que las sociedades estatales, especialmente las de capital exclusivo público, presten servicios públicos de interés económico general. Será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3 a) CP (STS n° 277/2015, de 3 de junio).

Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho administrativo (Ley 40/2015, Ley 50/2002, de Fundaciones, y Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria). Su actividad está siempre relacionada con el ámbito competencia! de las entidades del sector público fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 128 Ley 40/2015). Sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personal se rigen por disposiciones administrativas, como su régimen de contratación, que se somete a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público [art. 4.2 g) Ley 47/2003 y 131 de la Ley 40/2015] y su control, encomendado a la Intervención General de la Administración del Estado.

En definitiva, las fundaciones públicas no son sino simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa que debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general. Si bien la fundación pública solo desarrolla tales actividades de interés general y nunca

de carácter mercantil o industrial (Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado), aun cuando llevara a cabo ciertas actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general, será considerada un organismo de derecho público (sentencia TJCE de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06). Por todo lo expuesto, su exclusión del régimen del art. 31 bis no ofrece duda, aunque una vez escogida por el Legislador la técnica del listado, hubiera sido muy oportuna su incorporación al mismo.

Lo dicho es extensible a las fundaciones del sector público autonómico, respecto de las que cada Comunidad Autónoma tiene su propia regulación, y local, pues si bien la constitución de fundaciones locales es una posibilidad no prevista expresamente en la legislación local, resulta inherente a la libre organización de los servicios públicos locales.

Tras la reforma legal subsisten las dudas respecto de los Colegios profesionales. La Circular 1/2011 de la FGE entendió que su responsabilidad penal no podía considerarse excluida con carácter general, “por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística.” Tras la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el régimen de responsabilidad penal, debe rectificarse este criterio. Los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor

literal, resulta aplicable solo a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos. Esta interpretación restrictiva es plenamente conforme con todas las Decisiones Marco y Directivas sectoriales que solo excluyen del concepto de persona jurídica responsable a los Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas.

El último inciso del párrafo segundo establece una excepción al régimen de exclusión de las sociedades mercantiles públicas, que se refiere a las estructuras jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. La norma exige que la sociedad se haya constituido ad hoc con tal objetivo, por lo que la ilegalidad sobrevenida de la sociedad no será relevante. Esta excepción, que se extendía en el anterior art. 31 bis 5º a todas las personas jurídicas públicas, queda restringida tras la reforma a las sociedades mercantiles públicas. Esta limitación en principio no producirá lagunas punitivas pues se trata de una conducta difícil de imaginar en los organismos, entidades y organizaciones mencionadas en el núm. 1 del art. 31 quinquies, a salvo, tal vez, algunas entidades públicas empresariales, de naturaleza más próxima a las sociedades mercantiles públicas.

B. Exención en los casos del establecimiento de órganos de prevención y control

Establece el referido art 31 bis, apartados 2,3 y 4 del CP:

“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.”

Tal precepto lo analizaremos en el capítulo siguiente.

8.2.5. Circunstancias de atenuación.

Establece e artículo 31 quater del CP:

“1. 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”.

Son las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas que se regulan en esta sede y no dentro de las circunstancias modificativas de la responsabilidad en el art 21 CP.

Según expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley, el apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad parece reforzarse con la expresión *sólo* con la que inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias atenuantes del artículo 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo y difícilmente justificable en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21. 6ª del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7ª del mismo precepto.¹⁵³

Debe destacarse que todas las conductas que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas son posteriores a la comisión del delito; asimismo, no se ha previsto que ninguna de ellas, ni otras diferentes, sean apreciadas con valor de eximente, ya sea completa o incompleta.

Aun cuando se critica que las circunstancias atenuantes están teñidas de cierto *colaboracionismo* en detrimento del ejercicio de la más amplia defensa, lo cierto es que las personas jurídicas pueden *garantizarse* la aplicación de dos de ellas con relativa facilidad mediante la reparación del daño y la adopción de medidas de prevención delictiva, sin efectuar reconocimiento alguno de su implicación en los hechos.

¹⁵³ Señala la Circular 1/16 de la FGE que sin perjuicio de que esta deficiencia podría ser fácilmente corregida por el legislador, y en tanto se produzca esa reforma, es posible que los órganos jurisdiccionales intenten construir jurídicamente una interpretación análoga in bonam partem de los preceptos aludidos, de modo que si concurren las exigencias jurisprudenciales de todos conocidas para apreciar la atenuante de dilaciones conforme a su anterior penetración por vía de la atenuante análoga, tanto en la persona física como en la jurídica – sujetos pasivos de un mismo procedimiento-, dicha circunstancia pueda ser aplicada a ambas, evitando una lectura del precepto que difícilmente superaría el test de constitucionalidad. Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, mientras no se aborde su reforma en los términos aludidos, los Sres. Fiscales aplicarán a las personas jurídicas, en su caso, solo las atenuantes del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal.

Las atenuantes previstas son las siguientes:

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

Se trata en definitiva de una circunstancia similar a la prevista en el artículo 21.4ª CP para las personas físicas, de modo que su finalidad es esencialmente la misma: fomentar la confesión voluntaria de los ilícitos. Como ha señalado la doctrina, principalmente dos cuestiones dificultosas se plantean en relación con esta atenuante: cuándo debe entenderse que una persona jurídica conoce que un procedimiento judicial se dirige contra ella y ante qué autoridades podrá efectuarse tal confesión¹⁵⁴.

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la excusa absolutoria por regularización del artículo 305.4 del Código Penal –en la que el legislador ha optado por vincular el bloqueo de la excusa a un acto formal como es la notificación del inicio de determinados actos de investigación administrativa o del procedimiento penal–, en este supuesto el legislador utiliza una expresión abierta que remite al hecho de que llegue a conocimiento de la persona jurídica su imputación en un procedimiento penal; por consiguiente, cualquier medio de prueba servirá al efecto de acreditar que la entidad, personificada en alguno de sus representantes u órganos de gestión, estaba enterada de ello.

Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial. Ello es así aun cuando ya se hubieren producido en esa sede cualesquiera diligencias de averiguación en relación con las personas jurídicas.

¹⁵⁴ GÓMEZ JARA DÍEZ, C., «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid 2011, p. 91.

No se especifica ante qué autoridades debe producirse la confesión, si bien la interpretación más razonable es que la misma pueda realizarse tanto ante jueces y fiscales como ante autoridades policiales y/o administrativas.

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.*

Exige la apreciación de la atenuante que se aporte al procedimiento material probatorio inédito que además sea concreta y particularmente eficaz. La simple prueba de carácter accesorio o que tan solo sirva para apuntalar hechos suficientemente acreditados por otros medios, no integra el sustrato fáctico de la atenuante, que está orientada más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma. La atenuante facilita la generación de una tensión procesal entre los intereses de la defensa de la persona física y los de la persona jurídica, ambas imputadas, cuya finalidad es facilitar la investigación de los delitos y optimizar la eficacia y pronta resolución del procedimiento penal.

Se trata de una atenuante sumamente exigente en su cumplimiento, como ha manifestado la doctrina, pues es necesario aportar pruebas incriminatorias, que éstas sean novedosas y por tanto no figuren en el sumario de instrucción y que además resulten decisivas para el establecimiento de la responsabilidad penal¹⁵⁵

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

¹⁵⁵ MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Estudios de derecho judicial* (155) 2009, pp. 403-404.

La atenuante tiene una formulación casi idéntica a la del artículo 21. 5ª del Código Penal, por lo que en su aplicación existen ya decantados criterios interpretativos del Tribunal Supremo, expresados, entre otras, en las Sentencia no 842 de 31 de julio de 2006 y no 307 de 15 de febrero de 2007, 1140/2010 de 29 de diciembre, 1185/2010 de 23 de diciembre y 1180/2010 de 22 de diciembre.

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.*

Supone una atenuación tras haberse cometido el delito .Exige de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación. Las «medidas eficaces» a las que se refiere el precepto se compaginan bien con la idea de los programas de cumplimiento empresarial y la autorregulación de las personas jurídicas.

No se ha incluido una atenuante de análoga significación a las anteriores, que solo tendría cabida por la vía de aplicar la genérica del artículo 21.7ª del Código Penal, lo que resulta contradictorio con el criterio restrictivo adoptado expresamente por el legislador.

8.2.6. Penalidad, medidas e intervención de empresas

Puesto que no es posible imponer a las personas jurídicas las mismas penas que a las personas físicas, el Legislador opta por establecer un catálogo cerrado de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. Se trata de una enumeración *numerus clausus* ubicada sistemáticamente en el artículo 33. 7 CP. Las penas en él previstas tienen todas ellas la consideración de graves y no suponen verdaderamente una novedad en nuestro Código Penal si las comparamos con las «antiguas» medidas accesorias del artículo 129 CP. De hecho, lo verdaderamente novedoso es la introducción de la multa y la inhabilitación para la obtención de determinados beneficios de la Administración, mientras que todas las demás penas estaban ya contempladas

En orden a las penas a imponer a las personas jurídicas, el art. 33.7 CP, introducido por LO 5/10 de 22 de junio, establece:

“Siempre como pena grave:

- a) Multa por cuotas o proporcional. Máximo 5 años (de 2 meses a 5 años).*
- b) Disolución de la persona jurídica.*
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) Clausura de sus 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 plazo no podrá exceder de quince años.*
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e*

incentivos fiscales o de la Seguridad Social, 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.

En cuanto a las reglas de aplicación de las penas para las personas jurídicas, la LO 5/10 de 22 de junio, añadió un art. 66 bis nuevo, cuya regla 2ª ha sido modificada por la LO 1/15 de 30 de marzo, en el sentido de matizar las penas correspondientes cuando la omisión del debido control no es grave. La única novedad que ha incorporado la LO 1/2015 en este precepto es la acotación que establece para penas en los casos de delitos cometidos por los que actúan sometidos a la autoridad de los representantes o personas facultadas para la toma de decisiones, cuando el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de éstos no tenga carácter grave. En estos supuestos establece el precepto que las penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Algún autor entiende que este párrafo es inaplicable. El presupuesto de responsabilidad en los casos del apartado b) del art. 31 bis, es que los representantes y gestores de la persona jurídica hayan infringido sus deberes de supervisión, vigilancia y control “gravemente”, de lo que se deduce que el incumplimiento menos grave es atípico.

Establece el art 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 art. 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 art. 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.

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. (Lo subrayado es la novedad de la LO 1/15)

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.»

La Circular 1/11 de la FGE relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas concreta:

Las sanciones de naturaleza interdictiva a que se refieren las letras b) a g) del artículo 33.7 del CP, exigen además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de peligrosidad criminal de la persona jurídica. En este sentido, la disolución de la persona jurídica por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado juicio de proporcionalidad, según establecen las SSTC números 85/2003, 111/2007 y 129/2009.

Así, el artículo 66 bis contempla como factores determinantes en orden a concretar la extensión de la pena la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales de la pena y el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control. Con carácter general, estas penas se imponen por tiempo limitado, no pudiendo en ese caso superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el artículo 33.7.e) del Código Penal, y la de disolución, por su propia naturaleza.

En cuanto a la primera de aquellas circunstancias, la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, evidencia la importancia de la función preventivo especial de este tipo de sanciones. Por lo que respecta a la segunda, las consecuencias económicas y sociales de la pena, trasluce la preocupación del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre multitud de personas físicas dependientes de las mismas, mientras la tercera -de formulación extraordinariamente problemática porque parece dar a entender que cabe imputar responsabilidad penal a una persona jurídica cuando quien ha infringido el cuidado debido es un mero empleado de la compañía, independientemente de su posición en ella-, se corrige con la interpretación sistemática de este precepto junto con el párrafo segundo del artículo 31.1 bis del CP, donde para responsabilizar a la persona jurídica, el precepto se refiere en último término a los gestores, quienes deben haber omitido el debido control sobre sus subordinados ya sea de forma directa o a través de delegación.

El artículo 66 bis 2ª del CP establece unos requisitos especiales para la imposición de penas interdictivas de larga duración, de modo que para imponer una de dichas penas por tiempo superior a los dos años, debe concurrir adicionalmente una de estas dos circunstancias: a) Que la persona jurídica sea reincidente, en el sentido del artículo 22. 8ª del CP. 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 imponer una de estas penas por tiempo superior a los 5 años o para la imposición definitiva de la pena del artículo 33. 7. e) o de la disolución, en vez de reincidencia debe concurrir o el segundo supuesto antes mencionado

de que se utilice como instrumento, o la circunstancia de multirreincidencia en el sentido del artículo 66. 1. 5ª del CP.

En cuanto a la determinación de la pena, el artículo 66 bis hace una remisión a lo previsto en el artículo 66.1, con excepción de la regla 5ª, relativa a la multirreincidencia, que como hemos visto, se toma en consideración a la hora de imponer las penas del artículo 33. 7 letras b) a g) por duración superior a los 5 años o con carácter definitivo. Ello supone que el sistema de determinación de las penas es esencialmente el mismo que el de los delitos cometidos por personas físicas. No se han previsto más circunstancias que puedan agravar la pena de las personas jurídicas que la reincidencia y la multirreincidencia.

Por último, el artículo 33.7 in fine establece que el juez instructor podrá acordar como medidas cautelares la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. En ausencia de otras previsiones específicas, resultará necesario para su adopción que concurra *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. No está determinada la duración de estas medidas, si bien no deberían imponerse por tiempo superior al de la pena que pueda corresponder en caso de ser declarada responsable la persona jurídica.

Tampoco se ha previsto que se pueda acordar como medida cautelar la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades sociales directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado.

Siguiendo a la CIRCULAR 1/10 de la FGE, en relación a las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP, podemos afirmar que prevé el legislador un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para lo cual, aparte de otras modificaciones que se efectúan en el propio precepto, se añade un apartado 7 en el artículo 33 con el siguiente contenido:

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas 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 sus 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 plazo 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.»

En primer término, debe destacarse que las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves, lo cual incide en su plazo de prescripción, que tendrá lugar a los diez años conforme a lo previsto en el artículo 133 del Código Penal. Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley.

1) La pena de multa

La única pena susceptible de ser impuesta *en todo caso* a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, salvo que la gravedad, difusión de los perjuicios y/o especiales circunstancias de la conducta de la que se responsabilice a la corporación, aconsejen otra cosa. La pena de multa es potencialmente 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.

La multa no se hallaba entre las antiguas consecuencias accesorias del artículo 129 CP, aunque el Legislador parecía apostar por ella desde la reforma penal de 2003 y la introducción del ya derogado artículo 31.2 CP. No en vano, se dice acertadamente que la pena de multa es la pena por excelencia para las personas jurídicas, dados los menores costes asociados a su ejecución y a que las empresas suelen calcular «escrupulosamente» los costes y beneficios derivados de su actuación y en consecuencia esta sanción goza de una eficacia altamente disuasoria, como señala el preámbulo de la LO 5/10. Por ello la reforma del CP operada por la LO 5/2010 ha situado esta pena en el centro de todas las demás, estableciendo que «la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad», reservándose la imposición adicional de otras medidas sólo para los supuestos previstos en el artículo 66.bis CP.

La pena de multa está regulada en los artículos 50 y siguientes del Código Penal, facilitándose tan solo unos pocos parámetros específicos para su individualización en el caso de ser impuesta a personas jurídicas; pese a no estar previsto expresamente por la norma, habrá de efectuarse una lectura conjunta de la pena de multa a imponer y las atenuantes concurrentes en cada caso, de modo que en el supuesto de concurrir varias atenuantes o alguna muy cualificada, ello debe tener reflejo en una razonable moderación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

El artículo 33.7.a) del Código Penal prevé la posibilidad de imponer la pena de multa bien en la modalidad de cuotas, bien proporcional. En el primer supuesto, existen dos índices a tener en cuenta: en primer término, el número de cuotas diarias -nunca inferior a 10 días ni superior a 5 años, según prevé el artículo 50.3 del Código Penal-; y en segundo lugar, el importe de

cada cuota, para cuya determinación habrá de atenderse a la capacidad económica de la persona jurídica, siendo su importe mínimo de 30 euros y el máximo de 5.000 euros, conforme establece el número 4 del artículo 50 del Código Penal.

Señala el Art 50. 3 y 4 CP: 3. *“Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años. 4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta”*.

Por consiguiente, debe tenerse en consideración, a efectos de calcular el importe de la sanción pecuniaria, la información que respecto de esa específica materia se pueda obtener, en su caso, de los resultados económicos de las sociedades mercantiles obtenidos en los ejercicios objeto de investigación y conocidos a través del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda ser recabada de la Administración Tributaria.

Efectivamente dispone el art 52.4 CP: *“En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:*

a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”.

La multa proporcional, según prevé el artículo 52 del Código Penal, se calcula en atención al *daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo*. El artículo 52.4 establece una serie de criterios para el caso de que no fuera posible calcular el importe de la multa proporcional atendiendo a las anteriores variables, de modo que se sustituya su cálculo por las siguientes previsiones: la multa será de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior, y de seis meses a dos años en el resto de los casos.

El paralelismo comparativo parece tener su razón de ser en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad de las penas, resultando el sistema susceptible de control a través de la vía del recurso, por cuanto la imposibilidad de fundamentar el cálculo de la multa debe motivarse expresamente en sentencia.

A diferencia del silencio que el legislador guarda en esta materia en relación con las personas físicas, se prevé para las personas jurídicas la posibilidad de efectuar el pago fraccionado de la multa en el artículo 53. 5 del Código Penal, siempre que la cuantía de la sanción penal 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 habrán de ser debidamente acreditadas. En cuanto a la última mención, parece remitir a la naturaleza o trascendencia que pueda

tener la concreta actividad de la persona jurídica condenada para la colectividad.

Señala el art 53.5 CP: “Podrá *ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.*”

Por otra parte y como ya se ha dicho en otro momento, el nuevo artículo 31 ter (antes 31 bis punto 2) prevé que “*cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] 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*”, tratándose de un mecanismo, obligatorio para el juez, de ajuste de la gravedad de la sanción conjunta de la persona física y la persona jurídica, a la propia gravedad de los hechos.

2) La pena de disolución de la persona jurídica

El artículo 33.7 b) del Código Penal establece que “*La disolución [de la persona jurídica] 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*”. La «muerte» de la persona implicará su desaparición como sujeto de Derecho.

Esta *pena capital* para la persona jurídica deberá reservarse para los casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número

de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el artículo 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación, tal y como sostiene la FGE.

Las legislaciones civil, mercantil y societaria prevén los trámites para hacer efectiva la liquidación de las diferentes formas societarias, que deberá observar el Juez penal en trámite de ejecutar la pena de disolución. Sostiene la FGE que sería precisa una habilitación legal que concrete los exactos términos de dicha remisión normativa para la ejecución penal.

3) La pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica

En el artículo 33.7 c) del Código Penal se prevé la pena de *suspensión de las actividades de la persona jurídica*. Una interpretación literal del precepto parece obligar a la suspensión de *todas* las actividades de la misma. En este sentido, implica la prohibición, por un plazo de tiempo que no puede exceder de cinco años, de realización de las actividades de la empresa. Comparándola con la sanción establecida en la letra e), se evidencia que se trata de una suspensión total, esto es, para todas sus actividades. Una especie de «muerte provisional o temporal» de la persona jurídica.

Sin embargo, en la mayoría de las empresas con una cierta entidad y actividad económica real, la suspensión completa de su actividad puede equivaler *de facto* a su disolución, por lo que debería limitarse a supuestos graves, o bien concretar el sector o ámbito concreto de la actividad que deba suspenderse, que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad delictiva atribuida a la corporación. El plazo de suspensión de las actividades no puede exceder de 5 años.

4) La pena de clausura de locales y establecimientos

El artículo 33.7 d) del Código Penal establece la pena *de clausura de los locales y establecimientos*, que al igual que en el caso anterior, no puede exceder de 5 años. También aquí parece excesivamente rígido entender como única sanción posible la clausura de todos sus locales y establecimientos. El mismo argumento empleado para la suspensión permite también en este caso optar por la clausura de algunos o todos los locales y establecimientos de la persona jurídica, según su vinculación con los hechos penalmente relevantes.

Como ha señalado la doctrina, puede provocar problemas en su aplicación y ejecución puesto que los locales y establecimientos pueden no coincidir en su titularidad con los de la persona jurídica.¹⁵⁶

5) La prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito.

El artículo 33.7 e) se refiere a la *prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito*. En este sentido, y atendiendo al concreto perfil de la persona jurídica, se le podrá prohibir realizar cualquier tipo de actividad relativa a un determinado sector o especificar una concreta y específica actividad. Esta prohibición puede acordarse con carácter temporal o definitivo. Si fuese temporal, el plazo no puede exceder de 15 años.

6) Las diferentes penas de inhabilitación administrativa

En el artículo 33.7.f) se recogen las *inhabilitaciones administrativas*. La figura de la inhabilitación no contiene una sola pena, sino un conjunto de ellas.

El juez puede imponer una de ellas o varias. Estas sanciones no se inspiran tanto en procurar una aflicción a la persona jurídica mediante la

¹⁵⁶ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en *lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (1) 2010, p. 322.

sanción económica –impedir que obtenga ayudas o beneficios- o la restricción de parte de su actividad -prohibición de contratar con la Administración-, ya que esos fines se cumplen más específicamente con las multas y la suspensión o prohibición de realizar determinadas actividades. Por el contrario, el elemento primordial lo constituye 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.

La *inhabilitación para contratar con el sector público* es la pena que con mayor claridad plasma esta última idea. Por más que pueda ser enormemente aflictiva para empresas que operan en sectores con gran presencia pública –en la ejecución de obra civil, por ejemplo-, la finalidad principal es impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas.

La *inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas* es a su vez concreción de ese mismo pensamiento: las Administraciones no colaborarán en la consecución de objetivos de interés común con las personas jurídicas condenadas como responsables de delitos. Está prevista asimismo la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, en la que sí adquiere más peso el puro factor aflictivo de no poder acceder a la obtención de beneficios estatales.

En cualquier caso, el plazo de inhabilitación no puede exceder de 15 años.

7) La pena de intervención judicial

Por último, el artículo 33.7 g) prevé la sanción de *intervención judicial* por un plazo de hasta cinco años. Curiosamente, el *nomen iuris intervención judicial* había desaparecido de la normativa procesal con la Ley Orgánica

13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que dejaba subsistente la expresión *administración judicial*.

El presupuesto específico de esta pena es la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Así pues, si lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo, se deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades.

La extensión y contenido de la intervención debe ser precisada y suficientemente motivada por el juez o tribunal atendiendo a criterios preventivo-especiales, en función de las necesidades concretas.

8) Reglas penológicas.

Las sanciones de naturaleza interdictiva a que se refieren las letras b) a g) del artículo 33.7 del Código Penal, exigen además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de peligrosidad criminal de la persona jurídica. En este sentido, la disolución de la persona jurídica por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado juicio de proporcionalidad, según establece el Tribunal Constitucional en las Sentencias números 85/2003, 111/2007 y 129/2009.

Dentro de las reglas generales para la aplicación de las penas, establece el art 66 bis:

“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.

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.

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”.

Son de aplicación igualmente las reglas 1 a 4 y 6 a 8 del art 66 CP, a las que se remite el art 66 bis. Estas son:”Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.ª Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior

....

6.^a *Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

7.^a *Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*

8.^a *Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.”*

No es de aplicación la regla 5 relativa a la multireincidencia

Así, el artículo 66 bis contempla como factores determinantes en orden a concretar la extensión de la pena la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales de la pena y el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control. Con carácter general, estas penas se imponen por tiempo limitado, no pudiendo en ese caso superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el artículo 33.7.e) del Código Penal, y la de disolución, por su propia naturaleza.

En cuanto a la primera de aquellas circunstancias, la *necesidad de prevenir la continuidad delictiva*, evidencia la importancia de la función preventivo especial de este tipo de sanciones, cuya finalidad última es neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, ya sea de forma temporal o indefinida. Por lo que respecta a la segunda, *las consecuencias*

económicas y sociales de la pena, trasluce la preocupación del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre multitud de personas físicas dependientes de las mismas, mientras la tercera -de formulación extraordinariamente problemática porque parece dar a entender que cabe imputar responsabilidad penal a una persona jurídica cuando quien ha infringido el cuidado debido es un mero empleado de la compañía, independientemente de su posición en ella-, se corrige con la interpretación sistemática de este precepto junto con el párrafo segundo del artículo 31.1 bis del Código Penal, donde como ya se ha adelantado, para responsabilizar a la persona jurídica, el precepto se refiere en último término a los gestores, quienes deben haber *omitido el debido control* sobre sus subordinados ya sea de forma directa o a través de delegación.

El artículo 66 bis 2ª del Código Penal establece unos requisitos especiales para la imposición de penas interdictivas de larga duración, de modo que para imponer una de dichas penas por tiempo superior a los dos años, debe concurrir adicionalmente una de estas dos circunstancias:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente, en el sentido del artículo 22. 8ª del Código Penal.
- 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 imponer una de estas penas por tiempo superior a los 5 años o para la imposición definitiva de la pena del artículo 33. 7. e) o de la disolución, en vez de reincidencia debe concurrir o el segundo supuesto antes mencionado o la circunstancia de multirreincidencia en el sentido del artículo 66. 1. 5ª del Código Penal.

En cuanto a la determinación de la pena, el artículo 66 bis hace una remisión a lo previsto en el artículo 66.1, con excepción de la regla 5ª, relativa a la multirreincidencia, que como hemos visto, se toma en consideración a la hora de imponer las penas del artículo 33. 7 letras b) a g) por duración superior a los 5 años o con carácter definitivo. Ello supone que el sistema de determinación de las penas es esencialmente el mismo que el de los delitos cometidos por personas físicas.

No se han previsto más circunstancias que puedan agravar la pena de las personas jurídicas que la reincidencia y la multirreincidencia.

9) Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. Especial referencia a la intervención de empresas

El artículo 33.7 CP, además de fijar el catálogo de penas de posible aplicación a las personas jurídicas, establece en su último párrafo la posibilidad de acordar por el Juez Instructor como **medidas cautelares** la clausura temporal de locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial de la persona jurídica; aunque a priori no existiría inconveniente en aplicar otras medidas que pudieran adaptarse a las personas jurídicas y que fueran menos gravosas que las contempladas expresamente. Similar previsión se halla en el actual artículo 129.3 CP para las organizaciones o entidades que carecen de personalidad jurídica.

De este modo, como ocurría con las penas, se configura un modelo de medidas cautelares separado del de las personas físicas, que sin embargo está sometido a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por tanto los clásicos *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, seguirán constituyendo requisitos de aplicabilidad.

En ausencia de otras previsiones específicas, resultará necesario para su adopción que concurra *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. No está determinada la duración de estas medidas, si bien no deberían imponerse por tiempo superior al de la pena que pueda corresponder en caso de ser declarada responsable la persona jurídica.

Tampoco se ha previsto que se pueda acordar como medida cautelar la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades sociales directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado, lo que constituye un grave inconveniente por cuanto constituiría una posibilidad mucho más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que también rigen en la fase instructora.

El artículo 33.7 del Código Penal no menciona la necesidad de previa audiencia del imputado para la adopción de estas medidas cautelares, pero si la LECrim reformada por la ley 37/11, en el art 544 quater lo que constituye una consecuencia directa de la garantía constitucional del artículo 24.2 de la Constitución Española.

En el caso de las 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 una o varias **consecuencias accesorias** del artículo 129 del Código Penal, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 y acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Efectivamente en el art. 129 CP se prevén consecuencias accesorias sobre empresas, locales, sociedades, y en general, organizaciones o asociaciones criminales. Dice el art. 129 en redacción dada por LO 1/15 de 30 de marzo, que modifica los apartados 1 y 2, para eliminar la referencia a las faltas:

«1. En caso de delitos 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, 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 las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. 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 agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos 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 art. 33.7».

Estas consecuencias accesorias, las de los apartados c) a g) del art 33.7 CP, sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones a que se refiere el precepto cuando el CP lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Dado que las únicas previsiones expresas que efectúa el CP en relación con el artículo 129 se refieren a entidades con personalidad jurídica, señala la FGE en Circular

1/11 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, que solo serán de aplicación las consecuencias accesorias para los entes sin personalidad que cometan alguno de los delitos del catálogo de los que pueden ser responsables las personas jurídicas.

El artículo 129 también autoriza al juez instructor a acordar como medida cautelar durante la instrucción de la causa, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, a los efectos establecidos en el precepto y con los límites señalados en el artículo 33.7 del Código Penal.

Y el art. 33.7 CP, en virtud de la LO 5/10, establece las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, entre las que se encuentra en el apartado g) la **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.

Como se ha señalado, 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.

El presupuesto específico de la intervención o administración judicial como pena es la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Señala la Circular 1/11 de la FGE relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que como pena lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo. La extensión y contenido de la intervención debe ser precisada y suficientemente motivada por el juez o tribunal atendiendo a criterios preventivo-especiales, en función de las necesidades concretas. La norma en este punto es enormemente flexible, y el contenido de la intervención puede ir desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la actividad. En la propia sentencia condenatoria o en un auto posterior, el juez o tribunal deberá determinar quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá confeccionar y presentar los informes de seguimiento. El interventor tiene el más amplio acceso a toda la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, además de a las instalaciones y locales de la persona jurídica. La sentencia debe establecer la duración máxima de la pena de intervención, que no podrá exceder de los 5 años. Sin embargo, la intervención puede suspenderse o modificarse en cualquier momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal, cuando se estime que ha decaído su necesidad. Finalmente, el precepto se remite a un futuro reglamento para la concreta regulación de la función del interventor y su retribución. En este sentido, debe recordarse que en determinadas infracciones penales imputadas a personas jurídicas, habrán de tenerse en consideración las previsiones legales en relación con la Oficina Recuperación de Activos española, creada en virtud de lo dispuesto en el apartado tres de la Disposición Final Primera de la LO 5/2010, que introduce el nuevo artículo 367 septies en la LECrim, a la que se hace cumplida referencia en la Circular 4/2010 de la FGE sobre las funciones del Fiscal en

la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

En consecuencia, el art. 129 CP prevé determinadas consecuencias accesorias, las de los apartados c) a g) del art.33.7 CP, utilizando la denominación general de personas jurídicas, en lugar de sociedades, fundaciones o asociaciones como hacia el texto anterior, entre las que figura la intervención de la empresa como una consecuencia accesoria de la pena, que solo se podrá imponer en los supuestos legalmente previstos, el precepto se refiere: «*Cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas*». En estos casos se designará un interventor o administrador que se hará cargo de la empresa, de su gestión directa, su fiscalización, vigilancia y control.

Con independencia de su previsión entre las consecuencias accesorias, la LECrim y el CP contienen referencias a la administración judicial de las empresas, si bien es cierto que no existe un tratamiento penal sistematizado que obliga a remitirse a las normas civiles, antes al Decreto-Ley 18/1969 de 20 de octubre derogado, ahora a los arts. 630 a 633, 676 a 680 y 733 y siguientes de la LEC. Por su parte, la LECrim dedica a la administración judicial los arts. 601 a 609, más bien concebidos para el aseguramiento de las responsabilidades civiles.

En síntesis, la posibilidad de constituir una administración judicial en el ámbito penal se ofrece¹⁵⁷:

A) en la *fase instructora*:

1. Como medida de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, tal y como se prevé en los arts. 589, 615 y 764 de la LECrim, siendo de aplicación los arts. 601 a 609 de la LECrim. En este sentido, AAN de 7 de

¹⁵⁷ ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid 2016.

abril de 2000 caso Atlético de Madrid.

2. Como medio de prevención de la actividad delictiva, para evitar la reiteración delictiva y para asegurar pruebas, por aplicación de las medidas cautelares innominadas del art. 13 de la LECrim, que permite al Juez de Instrucción adoptar cualquier medida que resulte necesaria para evitar la producción del delito o para hacer cesar los efectos del mismo, así como dar protección a la víctima. Es cierto que sobre tal posibilidad existe división doctrinal; en cualquier caso, en determinados supuestos sí se prevé la posibilidad de que se adopten por el Juez, con carácter abierto, las medidas que se consideren necesarias, así en el art. 339 CP respecto de los delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente.

3. Como garantía de un posible decomiso. El art. 129 lo prevé expresamente en el párrafo final, según redacción introducida por la LO 5/10 cuando señala:

«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».

El AAN de 26 de julio de 1999 acordó la clausura temporal de un medio de comunicación. El Auto del Juzgado Central de Instrucción 5, de 12 de mayo de 2006 acuerda la administración judicial de una entidad de inversión.

B) en la *fase de ejecución*, como consecuencia accesoria de la pena en los términos del art. 129 CP, o para cumplimiento de responsabilidades civiles y penales caso de incumplimiento voluntario. En este sentido se prevé la intervención de la empresa para el caso de que la persona jurídica condenada a pago de multa no la satisficiera, estableciéndose como responsabilidad penal subsidiaria por impago de la multa. Tal previsión se introduce novedosamente en el CP por la reforma operada por LO 5/10 en el art. 53.5

CP.

10) La extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La extinción de la persona jurídica provoca su desaparición, de modo que deja de ser sujeto de derechos y obligaciones, como ocurre tras el fallecimiento de las personas físicas. De este modo se entiende, en principio, que la «muerte» de una persona jurídica impide cualquier persecución penal contra ésta, de forma que se extingue la responsabilidad penal. Sin embargo, aunque debe partirse de esta premisa, el Legislador ha introducido en el artículo 130.2 CP una previsión para evitar que los socios o personas físicas que se hallen detrás de la sociedad la disuelvan, y así eviten la responsabilidad penal que debiera irrogarse.

Afirma el citado artículo que «no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica». Se establece además una presunción *iuris et de iure* de que existe siempre tal «disolución encubierta» cuando continúe la persona jurídica su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. En definitiva, con independencia de la extinción formal de la personalidad jurídica, si el sustrato empresarial guarda una «identidad sustancial» con la persona jurídica originaria, deberá extenderse la responsabilidad.

De igual modo, el artículo 130.2 CP contempla la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión, de modo que se traslada tal responsabilidad a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada, absorbida o resulten de la escisión.

Se busca, de nuevo, evitar que se evadan responsabilidades recurriendo a distintas técnicas que otorga el Derecho mercantil. Algún autor ha criticado sin embargo el precepto, afirmando que pueden plantearse

problemas de constitucionalidad, por las dificultades que entraña atribuir la responsabilidad a una sociedad distinta de la autora del delito o a una persona jurídica distinta de la condenada¹⁵⁸.

Por último, el artículo 130.2 CP señala que 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, introduciendo un criterio de proporcionalidad que deberá ser valorado por el juzgador.

11) Breve referencia a la responsabilidad civil de la persona jurídica

De acuerdo con el artículo 109 del Código Penal, puesto en relación con el artículo 1.902 del Código Civil, la comisión de un delito genera responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados. Ello obliga a restituir, reparar o indemnizar a los sujetos pasivos del ilícito penal. Aunque es evidente que resulta aplicable a las personas jurídicas, la reforma del Código Penal ha establecido de forma expresa en el artículo 116.3 CP que la responsabilidad penal de una persona jurídica traerá consigo su responsabilidad civil. Se dice que tal responsabilidad será solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos. Con motivo de la atenuante de reparación del daño ya se ha hecho referencia a que las personas jurídicas, especialmente las grandes empresas, estarán normalmente en buenas condiciones de afrontar económicamente los perjuicios ocasionados por los ilícitos.

¹⁵⁸ ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (77) 2010, pp. 3-4.

CAPÍTULO IX - MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN.
COMPLIANCE PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PYMES.

9.1. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

El vocablo *compliance* proviene del verbo en inglés *to comply with*, que podría traducirse como “cumplir con”, “de conformidad con”. Sintetizando, se trataría de realizar lo que es jurídicamente debido, o adecuación a lo legalmente establecido.

Con el término *compliance* en el derecho anglosajón del que deriva se quiere significar que una determinada actividad se desarrolla o se ha desarrollado dentro de la ley, dentro del marco de las normas jurídicas que regulan esa actividad. No se trata, en consecuencia, del cumplimiento de una norma jurídica única pues no existe esa norma genérica que regule todas las actividades, sino que existen muchas normas de carácter sectorial a las que tiene que someterse la actividad de que se trate. Así, por ejemplo, la construcción, en el sector agrario, el medio ambiente son actividades que están sometidos a numerosas normas que las regulan.

En el campo penal, la expresión *compliance* se emplea como mecanismo de prevención de delitos, para evitar que en el seno de las sociedades se pueda delinquir, o al menos que estas hagan todo lo posible para evitarlo, de esta manera el termino designa única y exclusivamente la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que determinadas personas físicas que ocupan puestos de relevancia o sean meros empleados dentro de ellas cometan un delito en

beneficio de la empresa. En su caso, no sólo podría ser objeto de una sanción penal la persona física que cometió el delito, sino también la misma persona jurídica, que tiene el objetivo de obtener beneficios o provechos a través de su participación en el mercado.

El *criminal compliance* aparece, así, como una herramienta que le permite a las empresas protegerse frente a la eventualidad de que puedan ser objeto de una sanción penal, bien atenuando las posibles consecuencias o eximiendo de pena en algunos casos.

El aspecto más novedoso de la reforma del CP operada por la LO 1/15 es, sin duda, la completa regulación que se hace en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis CP de los programas de cumplimiento normativo o *compliance guides*, que se denominan, modelos de prevención, o en la terminología legal utilizada, modelos de organización y gestión, que son capaces de ser causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se señala en los citados apartados que:

"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:

1ª 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;

2ª 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;

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

4ª 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 2ª

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 2ª 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 1ª 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."*

En la primitiva regulación de 2010, que es cuando se introduce en nuestro CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no había más referencia a los programas de cumplimiento que la contemplada en la atenuante de la letra d) del art. 31 bis. 4, al decir: "*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.*"

Por tanto, solo existía una posible atenuante, para el caso de que antes del comienzo del juicio oral, que no de la comisión del hecho delictivo, existieran medidas eficaces de prevención y control. Esta simple atenuación, que no exención plena, reconocía los beneficios que pudieran derivarse para la persona jurídica cuando tales medidas hubieran sido establecidas, por tanto, con anterioridad a la comisión del hecho delictivo.

De la ausencia de la correspondiente eximente expresa en el Código Penal, se entendía que la previa adopción de un plan de prevención por la persona jurídica no excluía la responsabilidad penal de la misma, posición mantenida en la Circular la FGE 1/2011, solo cabía la atenuante con esas circunstancias objetivas y temporales. Sin embargo, y en sentido contrario, el valor atenuante otorgado a los planes implantados tras la comisión del delito llevaba a plantearse la cualificación de esta atenuante e incluso como demandaba un sector doctrinal la solución de apreciar, en su caso, la completa exención de responsabilidad penal. En definitiva, se trataba de una regulación incompleta no tanto por el valor de la concurrencia de la existencia de planes de prevención sino que además se exigía dotar de contenido valorativo el "debido control" del párrafo segundo del art. 31 bis.1 para aclarar si este remitía a la persona jurídica o a las personas físicas que la organizan y controlan. Esto es lo que trata de hacerse con la reforma de 2015.

Como se ha dicho, la LO 1/2015 sigue atribuyendo el "debido control" (ahora los "deberes de supervisión, vigilancia y control") a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas no parecen definir la culpabilidad de la empresa aunque si constituyen el fundamento de su imputación, cuestión que se discute ya que sigue exigiéndose la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla, no a la persona jurídica. Por consiguiente el fundamento de la imputación de la persona jurídica es nuevamente un tanto ambiguo.

No obstante lo expuesto, el Legislador de 2015 ha decidido que estos modelos de prevención eximan de responsabilidad a las empresas bajo determinadas condiciones, lo que supone una modificación sustancial. Ello

viene a matizar el modelo de responsabilidad vicarial diseñado, del que se destierra así cualquier atisbo de responsabilidad objetiva. De este modo, el objeto del proceso penal se extiende ahora también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación, para determinar si concurre o no causa de exención, con las particularidades procesales en orden a la carga de la prueba, según la posición que se mantenga en orden al fundamento de la imputación.

Naturalmente, promover que las personas jurídicas se estructuren dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tiendan a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento constituye un objetivo deseable y merece una valoración positiva. En este sentido, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos societarios.

Lo que no resulta tan claro, y así lo mantiene la Fiscalía General del Estado¹⁵⁹, es que sea el Legislador penal quien, mediante una regulación cuasi administrativa establezca los requisitos que han de cumplir los programas normativos, habiendo asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que tal vez hacen que debería haber sido llevada esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, administrativa o reglamentaria, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014).

¹⁵⁹ Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado.

En puridad, los modelos de organización y gestión, o corporate compliance programs no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de compliance penal a los "delitos de la misma naturaleza".

Sin duda, muchas empresas se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.

Por consiguiente, el modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas está basado en dos ideas: cuál haya sido la actuación de los órganos de la empresa y el concepto de defecto de control, es decir: si la persona jurídica ha desarrollado unas tareas de vigilancia, supervisión y control sobre las personas a su servicio para prevenir que persigan la consecución de objetivos sociales mediante la comisión de delitos.

Para incentivar esta conducta preventiva, la persona jurídica que sea diligente en la prevención de estas conductas criminales quedará exenta de responsabilidad, aunque alguien a su servicio hubiese podido eludir sus controles y cometer un delito en beneficio de la entidad.

No obstante las exigencias de los deberes de supervisión, vigilancia y control son diferentes en cada una de las dos vías de imputación existentes en el art 31 bis.

En la primera vía, se imputa responsabilidad a la persona jurídica si el delito fue cometido por uno de sus máximos responsables en las condiciones que indica el apartado a) del art. 31 bis, ya que son ellos quienes gobiernan la entidad; pero el art. 31 bis 2 ofrece a la persona jurídica una opción: establecer un modelo de organización y gestión que permita vigilar y controlar a sus propios administradores y dirigentes. El Código establece una estricta serie de requisitos para este modelo, que debe estar coordinado por un “organismo de vigilancia” dotado de suficiente autonomía como para garantizar que hay control sobre la gestión de los administradores. Entonces aun en el caso de que uno de sus administradores lograra eludir fraudulentamente la vigilancia y control y cometer un delito en beneficio de la persona jurídica, entonces dicho delito no se atribuiría a la persona jurídica. Ésta habría prestado una específica diligencia incrementada en el control de sus administradores y el delito sería un evento acaecido pese a la actividad preventiva de la persona jurídica.

En la segunda vía, por los delitos de los subordinados, el defecto de organización o fallo de control parece se configura como un requisito de la imputación de responsabilidad.

9.2. EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL.

El art. 31 bis extiende el valor eximente de los modelos de organización y control a los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: delitos cometidos por sus administradores y

dirigentes y delitos cometidos por los subordinados descontrolados por aquellos, a los que se refieren las letras a) y b) del apartado 1, respectivamente. Lo hace con un doble régimen de exención, sustancialmente idéntico pero con algunos matices que dibujan un marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados.

Como señala la FGE en la Circular 1/16: “ La decisión del Legislador, ciertamente plasmada con poca claridad en el precepto, atiende a la superior trascendencia que cabe otorgar a los modelos de organización respecto de los delitos cometidos por los subordinados. En estos, la referencia a "*las concretas circunstancias del caso*" [letra b) del art. 31 bis 1] permite ya valorar la existencia y eficacia de estos programas en relación con el defectuoso control ejercido por las personas del art. 31 bis. 1 a). Sin embargo, respecto de los administradores y dirigentes la exención resulta menos justificada, porque la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, que en este supuesto es automática y no precisa de un deficiente control, no debe quedar anulada mediante la invocación de una correcta organización que, en definitiva, tales personas encarnan. Por eso, el régimen de exención habrá de interpretarse de modo que el título de imputación de la letra a) del apartado primero no quede desnaturalizado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas vacía de contenido. Lo sugería el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto al advertir que "la designación de representantes legales y la decisión de confiar poderes de representación debe responder, por sí misma, a una reflexión organizativa sobre el modo en que tales representantes y apoderados han de actuar", lo que genera "una cierta tautología entre la actuación de unos representantes y apoderados y la existencia de una clara organización y estructura de funcionamiento".”

El artículo referido, en una interpretación gramatical, establece un mayor grado de detalle para las medidas preventivas que debe adoptar la persona jurídica cuando se trata de delitos cometidos por los administradores o dirigentes que cuando se trata de sus subordinados. Señala la FGE que : “El apartado 4, dedicado a estos últimos, reproduce con diferencias de redacción poco significativas la condición 1.a del apartado 2. En efecto, ni desde un punto de vista semántico, ni lógico ni teleológico existen razones para distinguir entre los modelos de organización y gestión exigibles a ambas categorías que, en todo caso, deberán ser "idóneos" o "adecuados" y cumplir los requisitos numerados en el apartado 5, expresamente declarados aplicables a los dos títulos de imputación. Sin embargo, el apartado 4 no se refiere al resto de las condiciones establecidas en el apartado 2. Pese a este silencio, la exigencia de un órgano de supervisión del modelo (condición 2.a del apartado 2) es también común a ambos títulos de imputación (a él alude el cuarto requisito del apartado 5). Lo mismo sucede con la condición 4a, que resulta aplicable a ambos regímenes de exención pues si el órgano de control ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones el modelo no habrá sido ejecutado con la eficacia que tanto el apartado 2 como el apartado 4 imponen y necesariamente se habrá incumplido también alguno de los seis requisitos que, para uno y otro modelo de organización, establece el apartado 5.”

Como señala la FGE,“ en realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3.a del apartado 2 que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a). Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente. En el modelo establecido debe acreditarse que el sujeto encargado de la

vigilancia y control incumplió gravemente sus deberes, pero no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control.”

Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados. En la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3.a del apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude.

No obstante, si en la situación previa a la reforma de 2015 podía resultar injusto que se derivaran responsabilidades penales para las empresas mejor intencionadas y orientadas a la evitación del delito por lo que hicieran o dejaran de hacer sus representantes cuando se desviaran de la voluntad real de la empresa, con el nuevo sistema, podría incurrirse en el defecto inverso. Esto es, eximir de responsabilidad penal a las empresas por el solo hecho de contar con una compliance, a pesar de la directa implicación en el delito de los representantes de la verdadera voluntad societaria (el “alter ego” del que habla la doctrina sajona), y de que hayan actuado en su provecho.

El núcleo del problema radica en determinar si cabe afirmar la responsabilidad de la empresa que ha demostrado su buena voluntad a través de la implantación de la compliance, a partir del hecho de referencia cometido por una persona física, sin infringir el principio de personalidad de la responsabilidad penal, ni ignorar la dependencia en la formación de la voluntad

que existe entre una y otra.¹⁶⁰ O si cabe negar absolutamente la implicación de la empresa en el delito cuando, a pesar de la compliance, quienes representan la verdadera voluntad de la empresa están implicados en el mismo —dejando de momento de lado las dificultades para identificar a los autores del hecho delictivo—. Lo que afecta tanto a la primera como a la segunda vía de imputación de RPPJ, cuyo presupuesto de aplicación es que los representantes de la voluntad societaria hayan demostrado su más completa pasividad en la persecución del delito, como puede suceder cuando asumen la actuación realizada en provecho de la empresa.

Sólo en caso de considerar que la voluntad de la empresa debe deducirse exclusivamente de las compliance y no de la actuación de sus representantes podría eximirse de RPPJ por la sola posesión de aquéllas. En tal caso, adquiriría pleno significado la crítica a la imputación de responsabilidades a la primera por los hechos de los segundos. En caso contrario, si, admitimos que cabe la implicación de la empresa en el delito, a pesar de las compliance, éstas no deberían producir efectos exoneradores automáticos, lo que parece más lógico.

En suma, la responsabilidad penal de las empresas con compliance no debería excluirse cuando la actuación de las personas físicas sea indicador claro de la voluntad corporativa de infringir la ley. El problema será

¹⁶⁰ Crítico con el modelo de heterorresponsabilidad contenido en Proyecto de reforma del Código penal, se manifestaba FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en *Autorregulación y sanciones*, Valladolid 2008, pp. 208-252. Considerando que podría hacer responder a la empresa en cuyo interés hubiera actuado la persona física, no obstante la adhesión al derecho de la persona jurídica: “De acuerdo con la regulación del proyecto de reforma, la persona jurídica responde por los delitos cometidos en su interés aunque esté correctamente organizada desde un punto de vista jurídico y el delito se haya cometido aisladamente en contra de las políticas empresariales o la cultura empresarial. Esta consecuencia del desafortunado modelo del proyecto va en contra de la tendencia creciente en el marco del Derecho comparado y de la doctrina especializada de exigir un defecto organizativo como presupuesto de la responsabilidad penal de la empresa.”

deslindar, en sede judicial, los supuestos en que la voluntad del representante es plasmación de la de la empresa de aquéllos en que no es así.

9.3. CONDICIONES Y REQUISITOS DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Debemos distinguir, por consiguiente, a tenor del texto legal, si el delito es cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado 1 del art 31 bis, esto es por los representantes legales, administradores y dirigentes, en cuyo caso la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª 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;

2ª 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;

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

4ª 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 2ª.

Y por otro lado, si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, delitos cometidos por los subordinados descontrolados por los administradores, en cuyo supuesto 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.

Por consiguiente, señala la FGE en la Circular 1/16 que “ en el apartado 2 del art. 31 bis se formulan las cuatro condiciones que las personas jurídicas deben cumplir para quedar exentas de responsabilidad, aplicables las dos primeras y la cuarta a los dos títulos de imputación y la tercera solo a los delitos cometidos por las personas indicadas en la letra a), en los términos ya expuestos.”

Como criterio interpretativo,¹⁶¹ y con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, puede resultar útil acudir a la normativa sectorial de las entidades para las que sí está específicamente prevista una determinada organización y gestión del riesgo: las Circulares de la CNMV nº 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y nº 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 o el propio Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que en su capítulo IV y a lo largo de catorce artículos desgrana los procedimientos de control interno de los sujetos obligados, los análisis de riesgo, el contenido mínimo del manual de prevención, los órganos y medidas de control, sus obligaciones en materia

¹⁶¹ Señala la Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado.

de formación y los estándares éticos en la contratación de empleados y directivos.

La primera condición del apartado 2 del art. 31 bis es que :1ª 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; ello impone al órgano de administración que haya "adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, **modelos de organización y gestión**". Estos modelos deben contener 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. Lógicamente la cuestión valorativa de la idoneidad, cuando es idóneo y cuando no, es el quid de la cuestión, para ello debemos acudir al apartado 5 del art. 31 bis que establece los requisitos de tales modelos:

- 1.º *Identificación de las las actividades peligrosas*
- 2.º *Establecimiento de protocolos o procedimientos*
- 3.º *Recursos financieros para prevención.*
- 4.º *Informacion de riesgos e incumplimientos al y del complain officer.*
- 5.º *Sistema disciplinario sancionador*
- 6.º *Verificación periódica del modelo*

Sin ánimo exhaustivo, tal y como señala la FGE en la referida Circular 1/16, debemos señalar que por regla general “los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y

la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.”

Añade que “no es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.”

A la necesidad de que la persona jurídica identifique y gestione adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos, alude el primer requisito del apartado 5. La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.

En las empresas de cierto tamaño, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa. En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de *compliance* puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.

El requisito segundo del apartado 5 se refiere a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones. Señala la FGE que “tales

procedimientos deben garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible.”

Añade que “aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite "reducir de forma significativa" el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.”

Además el modelo eficaz debe ser capaz de detectar posible conductas criminales, aunque esta primera condición del apartado 2 no lo menciona expresamente, pero se infiere del cuarto requisito del apartado 5, cuando impone *"la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención."* La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención, aunque también puede acudir directamente a la autoridad judicial o policial a denunciar, que puede ser mas efectivo y sin tanto rodeo. Ahora bien, como señala la

FGE “para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias.”

La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogido en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto.

El sexto requisito del apartado 5 impone a la persona jurídica el deber de verificar periódicamente la eficacia del modelo. Señala la FGe que “aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (por ej., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación).”

Además del cumplimiento de todas las condiciones y requisitos examinados, la persona jurídica solamente quedará exenta de pena si los autores del delito lo cometieron eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y control, conforme dispone la tercera condición del apartado

segundo, solo aplicable, como se ha dicho, a los delitos referidos en la letra a) del apartado 1.

El último párrafo del apartado 2 contempla la posibilidad de atenuar la pena cuando las anteriores circunstancias, solamente puedan ser objeto de acreditación parcial. La previsión se presenta a modo de eximente incompleta que, sostiene la FGE que con mejor sistemática, debería haberse incluido en el catálogo cerrado de atenuantes del art. 31 quater y, sobre todo, haberse redactado de forma que su preceptiva aplicación quedase más clara, defecto que corrige en parte la remisión del mejor formulado segundo párrafo del apartado 4.

Sostiene la FGE que “la referencia a la "acreditación parcial" no significa que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena en la atenuante 1.a del art. 21 CP. Dicho de otro modo, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.”

El párrafo segundo del apartado 4 declara aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 a los delitos de los subordinados en "los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial". De tales circunstancias, o condiciones, solamente la 3a resulta inaplicable a los delitos cometidos por los subordinados, como ya se ha reiterado.

A los programas de *compliance* nos referiremos en el apartado F.

El oficial de cumplimiento o compliance officer. Se señala como condición 2ª: 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;

Señala la Circular 1/16 de la FGE que “la segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis, que regula el órgano de supervisión o compliance officer, atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra la prevención de delitos. Este es el caso de las empresas de servicios de inversión a que se refiere el art. 193. 2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y que reproduce el contenido del art. 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV nº 6/2009 y 1/2014. También existe previsión normativa para los sujetos obligados personas jurídicas en relación con la prevención del delito de blanqueo de capitales (arts. 2 y 26. 1 de la Ley 10/2010) y para las sociedades cotizadas, si bien sin rango legal pues es en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV donde se establece que *"la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración"* (principio 21).”

En esta condición 2º, la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (el llamado OFICIAL DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE OFFICER) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad. Lo cierto y verdad es que nuestras empresas no cuentan con tradición suficiente en la implantación de tal oficial, y en principio ,la práctica muestra su oposición a la implementación, muchas veces por la propia desconfianza de un órgano que debe controlar a los administradores.

El texto legal no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Señala la FGr que “no obstante,deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado 2. Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda. Puede resultar ilustrativa para definir el contenido de la función de cumplimiento normativo la norma 5a de las citadas Circulares nº 6/2009 y 1/2014 de la CNMV, que establece de forma pormenorizada el contenido de tal función, la primera para sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y, la segunda, para las entidades que prestan servicios de inversión, que se aplica tanto a empresas de inversión como de crédito.”

EL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN, es uno de los elementos que han generado mayor inseguridad entre las empresas, especialmente en las de grandes dimensiones, ha sido el «órgano con poderes autónomos de iniciativa y control» introducido por la reforma penal operada en 2015. La inseguridad ha sido generada por el papel fundamental atribuido en el nuevo artículo 31 bis CP, en relación a las posibilidades de exención de la responsabilidad por las personas jurídicas.

Nombrado por el órgano de administración de la persona jurídica, el órgano de supervisión debe tener una gran participación en la implementación, diseño y actualización de la normativa de prevención de riesgos. Y ello, a todos los niveles, desde el código de conducta hasta los estándares operativos y medidas tecnológicas de control. Al tiempo, el órgano de supervisión debe actuar como una suerte de policía interna de la compañía, al asegurarse de que el programa de cumplimiento normativo es conocido y aplicado por todos sus receptores. Para ello, tendrá que llevar a cabo, directa o indirectamente (mediante delegación, externalización o escalamiento de todas o algunas) las siguientes tareas: periodificar e impartir las formaciones; determinar los mecanismos de información más eficaces y velar por su implementación en la empresa; controlar el cumplimiento del modelo por los empleados, directivos y administradores mediante la monitorización de los procesos; intervenir en las investigaciones internas de posibles incumplimientos; reportar periódicamente al órgano de administración sobre el cumplimiento del modelo; establecer objetivos periódicos de supervisión; proponer los cambios y recomendaciones de mejora de la estructura ética que resulten oportunos, etc.

En este sentido, en ocasiones, el órgano de supervisión podrá compartir parte de sus funciones con otros departamentos o unidades corporativas, tales como el departamento de controles internos(*Internal*

Controls) o la Comisión de Auditoría, con círculos de actuación más o menos solapados.

Además de la atribución del deber de control de riesgos penales hecha por el 31 bis CP respecto del órgano de supervisión, los órganos de administración corporativos tienen asignados, como función indelegable, la de controlar los riesgos que deriven o puedan derivar de la actividad de la compañía (arts. 225, 249 bis y 529 ter 1b) de la Ley de Sociedades de Capital, tras la introducción de la reforma que incluyó directrices de buen gobierno corporativo).

Al tiempo, el órgano de administración debe poder ser fiscalizado por el órgano de supervisión para que el sistema ético sea eficaz. Con todo ello, es fácil atisbar que la organización societaria del compliance deberá ser meticulosamente planeada por la persona jurídica a los efectos de garantizar: (i) un óptimo funcionamiento y una real coordinación entre los órganos que controlen focos de riesgo, y (ii) una organización corporativa que de verdad permita el control por parte de tales órganos. Ni el modelo ni sus órganos de control deben ser mero papel.

Con todo, no basta para la eficacia del modelo con el nombramiento de un órgano de supervisión por parte del órgano de administración. Esta medida deberá venir complementada por un adecuado control de la tarea supervisora llevada a cabo por el *compliance officer*, a través de su reporte periódico al órgano de administración (o a una comisión especializada de este), que podrá ordenar la remoción del personal dedicado a la supervisión de riesgos en caso de constatado incumplimiento del ejercicio del debido control.

No obstante, habida cuenta de la poca tradición que nuestro país tiene en materia de compliance penal, la implementación de medidas reales de control de órgano de administración por parte del órgano de supervisión

puede resultar extremadamente compleja y enfrentarse a reticencias importantes, con el riesgo de que un modelo de cumplimiento en el que los administradores —estandartes del compromiso ético corporativo— escapen a la supervisión del compliance officer o no estén vinculados por la normativa ética resultará abiertamente contrario a las previsiones del art. 31 bis CP y debería ser considerado como ineficaz.

Actualmente, uno de los puntos más discutidos del Derecho penal económico se encuentra en la responsabilidad penal del denominado —en derecho anglosajón— compliance officer o, en nuestra legislación, responsable u oficial de cumplimiento.

El oficial de cumplimiento es quien tiene a su cargo el control del cumplimiento del programa respectivo (prevención) y la denuncia de las irregularidades que se cometan en la empresa (represión). Puede tener acotado su responsabilidad a determinados sectores, como el de las contravenciones y delitos (Criminal Compliance Officer). Puede tratarse también de un departamento del cumplimiento integrado por varias personas bajo la dirección de un chief compliance officer.

El compliance officer es incorporado por la dirección de la persona jurídica imponiéndosele diversas obligaciones, las cuales son acordadas dentro de un ámbito común de libre determinación. Su vital importancia obedece a la especial necesidad de anticipación de la responsabilidad penal por los riesgos y la pretendida aminoración preventiva de los mismos.

Su actividad, pues, tiene un carácter netamente preventivo, a saber: impedir la responsabilidad penal. La empresa, en este sentido, puede descargarse a través de la delegación y una organización diligente.

El problema en torno a este sujeto consiste en determinar si al responsable de cumplimiento le incumbe por regla general un deber de garante jurídico penal en el contexto de la actividad de impedir delitos que surjan de la empresa por parte de sus miembros.

Como señala Robles Planas, se ha estimado que, en principio, no existe una posición de garante de este sujeto por los delitos que cometa la organización. Sus deberes se limitan a justipreciar los riesgos e instaurar un plan y controlar su satisfacción, a formar a los operarios y dar a conocer a la directiva de la empresa de la evolución, circunstancias y probables riesgos advertidos en el giro. Si bien es independiente, desde los puntos de vista organizativos, económicos y materiales, carece de facultades ejecutivas.

El ámbito propio de la teoría del dominio del hecho, dicha postura ha sido sumamente criticada afirmándose, principalmente, que el mentado compliance officer no posee poder directivo dentro de la empresa, en tanto ese poder de dirección es asumido como condición indispensable para el dominio suficiente de la fuente de peligro.

En definitiva, más allá de las distintas corrientes doctrinarias que pretendan fundamentar la responsabilidad penal del compliance officer, con base en distintos matices, lo cierto es que una teoría que pretenda ajustar de la mejor manera los distintos aspectos que involucran las tareas del oficial de cumplimiento deberá partir, decididamente, de lo que se ha dado en llamar “cultura corporativa”. En otras palabras, las infracciones a las normas por parte de los empleados de la persona jurídica se ven favorecidas, generalmente, por técnicas de neutralización hacia adentro de la empresa para facilitar la evitación del cumplimiento de la norma en orden a la obtención de ventajas económicas, y es aquí en donde, decididamente, se insertan las tareas propias del compliance officer en cuanto al desarrollo de sus tareas de prevención lo cual debería conducir, inicialmente, a la comprensión de dicha realidad en orden a fundamentar su responsabilidad penal por incumplimiento de las tareas que le son propias.

Robles Planas, en el terreno exclusivamente dogmático-penal, sostiene en lo tocante a la responsabilidad del oficial de cumplimiento, como

autor o participe que: “La mayoría de la doctrina alemana llega a la conclusión de que estamos ante un supuesto de participación y, más concretamente, de complicidad de comisión por omisión. Ello se fundamenta en la tradicional distinción entre posiciones de garantía basadas en una función de control de fuentes de peligro y posiciones de garantía basadas en una función de protección de un bien jurídico. Como es sabido, las primeras darían lugar a su responsabilidad a título de participación, caso de que lo impedido fuera un delito cometido por otro, mientras que las segundas darían lugar, de todo caso, a responsabilidad a título de autoría”.¹⁶² La FGE y otro sector doctrinal sostiene la posible imputación por la primera vía del art 31 bis apartado a).

Es preciso, por tanto, realizar una referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica. Efectivamente, por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4a del art. 31 bis 2).

De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede

¹⁶² ROBLES PLANAS, R. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Buenos Aires 2015.

tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.

Estas consideraciones de la Fiscalía General del Estado llevan aparejadas, de nuevo, consecuencias importantes: la imputación del órgano de supervisión implicará siempre la imputación de la persona jurídica y la presunción de ineficacia del modelo de prevención, además de la imputación del subordinado sobre el que el órgano de supervisión haya ejercido un control insuficiente. Se admite, por tanto, la posibilidad de perseguir a los compliance officers por los delitos dolosos o imprudentes cometidos en el seno de la persona jurídica.

Señala MATILDE FOUREY GONZÁLEZ que la desconfianza de la Fiscalía frente al sector empresarial corre el riesgo de traducirse en el sistemático encausamiento del órgano de supervisión por los delitos cometidos por empleados, directivos, administradores y terceros contratados, basada en la presunción de una indebida ejecución de los controles corporativos o, incluso, la existencia de deficiencias en el modelo . El encausamiento del compliance officer como sujeto responsable del hecho base en comisión por omisión implicará su participación delictiva y, por tanto, en los términos de la Circular 1/2016, la ineficacia del modelo. En efecto, se pregunta ¿qué sistema de cumplimiento puede ser considerado eficaz cuando es el estandarte mismo del cumplimiento normativo el que se halla envuelto en actividades delictivas? Lo anterior implica la posible condena de la persona jurídica por una triple vía: a) por transferencia del delito de la persona física autora del hecho base; b) por transferencia del

delito del compliance officer; y c) por inaplicación de la exención de responsabilidad penal derivada de la ineficacia del modelo de organización y gestión derivada de la implicación delictiva del compliance officer.

Igualmente sostiene que la conclusión anterior genera un riesgo añadido: que el análisis coste-beneficio se decante por no implementar sistemas de cumplimiento realmente eficaces. En efecto, si la realización de un modelo de cumplimiento no es suficiente y lo esencial es la cultura ética subyacente que aparece como subjetiva e indeterminada, si la persona jurídica puede ser encausada a través de la transferencia de una artificial imputación al compliance officer y si todo eso reduce al límite la posibilidad de quedar exentas de responsabilidad en caso de fallo del sistema, no es descartable un panorama en el que las empresas decidan no dedicar recursos al diseño e implementación de un modelo de organización y gestión eficaz por considerar insuficientes los incentivos para ello, precisamente a causa de la escasa probabilidad de resultar eximidas de responsabilidad en un posible procedimiento penal. Que el alto riesgo de proceso aparejado a la condición de compliance officer podría conllevar serias dificultades para las empresas en los procesos de selección de este perfil profesional. Y que la quiebra de los deberes de control implicará la ineficacia del modelo y la responsabilidad penal de la persona jurídica y, al tiempo, la participación omisiva del compliance officer en el delito del subordinado. Con ello, existe un claro riesgo de castigar dos veces por lo mismo, sin perjuicio de la posibilidad legal de modular las penas a imponer, e infringir el principio de culpabilidad por la transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica.

Desde otra perspectiva, el oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas

por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas.

Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Carecería de sentido y restaría eficacia al modelo imponer a una multinacional la realización y control interno de todas las tareas que integran la función de cumplimiento normativo. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad.

No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) LSC].

Precisamente por ello, pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo

debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad.

La condición tercera 3ª exige la **elusión fraudulenta**, que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

La cláusula de exención sólo será aplicable si, adoptadas todas estas medidas y supervisado el modelo de organización y gestión por un “órgano de vigilancia”, el delito fue posible debido a que su autor eludió fraudulentamente las medidas dispuestas para su prevención. Es decir: si el delito no se cometió debido a que no había medidas preventivas, sino precisamente a pesar de que sí había medidas preventivas.

Este requisito es indicativo de la clase de medidas preventivas que exige la cláusula de exención: deben ser de tal entidad que, para su elusión, la persona física debe haber desarrollado algún tipo de energía o actividad fraudulenta. En este sentido, como hemos señalado, no son suficientes meras directrices o guías de conducta interna si no se acompañan de controles adicionales, pues la mera infracción de la norma de un código interno no es una “elusión fraudulenta”.

Finalmente la condición 4ª supone la **diligencia del órgano de vigilancia**, esto es para la aplicación de la exención que 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 2ª.

En cuanto a la diligencia del órgano de vigilancia, por último, la exención de responsabilidad para la persona jurídica en caso de delito

cometido por sus máximos responsables requiere que el órgano de vigilancia no haya incurrido en omisión o en un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

Este requisito es coherente con la lógica del fallo organizativo o defecto de organización que inspira la reforma en este punto. Dado que el órgano de vigilancia es -o debe ser- una instancia con facultades similares a las de un administrador de hecho o de derecho en materia de prevención de delitos, su incumplimiento equivale a un fallo organizativo en el máximo nivel de la persona jurídica, y por ello determina la responsabilidad penal de ésta.

El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. El apartado 3 del art. 31 bis señala que *“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”*

Se establece un régimen especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, consideradas como tales, con arreglo a un criterio contable, aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. La única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados en el apartado 5.

No obstante, señala la FGE en la CIRCULAR 1/16, “ tal obligación, las características de los modelos de organización y control de estas personas

jurídicas de pequeñas dimensiones deberán acomodarse a su propia estructura organizativa, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad, que les viene en buena medida legalmente impuesta. Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.”

Teniendo presentes las especiales características de algunas de estas sociedades, en las que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, la FGE, en evitación de una inconstitucional situación de non bis in idem, recomienda la prudencia en su imputación.

Lo que es claro es que no cabe exigir un cumplimiento estricto de los requerimientos legales sobre el contenido de los programas de prevención de delitos. Así pues, aunque a tales empresas, también es preciso exigirles medidas de prevención de delitos y un compromiso claro con el cumplimiento de la legalidad, no cabe requerirles el mismo grado de formalización en los instrumentos de prevención y detección de delitos que a las empresas grandes, ya que podría resultar desproporcionado en relación con la escasa complejidad de su estructura organizativa, con su tamaño y con el volumen de sus recursos.

En las dos vías de imputación recogidas en el art. 31 bis CP, el reconocimiento del carácter eximente del programa de cumplimiento pasa por la valoración de su idoneidad o adecuación para la prevención de delitos. El problema radica en que es difícil hallar un solo programa de actuación que pueda prevenir no ya absolutamente, sino incluso significativamente la comisión de delitos dolosos, como son la mayoría de los que permiten la RPPJ, pues ante la resolución de cometer el delito, la existencia de controles preventivos no será obstáculo decisivo¹⁶³, a lo que se añade la dificultad de determinar cuándo es eficaz e idóneo, criterio altamente valorativo.

El CP español emplea el adjetivo “eficaces” para referirse a las medidas de prevención y descubrimiento de delitos como circunstancia atenuante (art. 31 quáter d) CP), mientras que señala como circunstancia que eximiría a la persona jurídica de responsabilidad, el haber adoptado y ejecutado “eficazmente” un modelo de organización y gestión “adecuado” para prevenir delitos o para reducir el riesgo de su comisión (arts. 31 bis 2.1º y 31 bis 4 CP).

Estas referencias a la eficacia indican que no es suficiente con que la persona jurídica cuente con el diseño, sobre el papel, de un programa de cumplimiento, sino que tal modelo habrá de ser idóneo para reducir los específicos riesgos delictivos propios de su actividad a niveles jurídicamente aceptables, habrá de estar adaptado a la estructura organizativa y al tamaño de la entidad y, además, habrá de estar implementado de forma efectiva en la estructura societaria. Esto último significa que la forma organizativa y los procesos de la entidad, tanto a nivel estratégico como a nivel operativo, han de responder a los principios y protocolos del modelo, haciendo partícipes de su efectiva aplicación a todos los miembros de la organización.

¹⁶³ Así, QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, p. 90.

En definitiva, para valorar la eficacia del programa de cumplimiento hay que tomar en consideración ciertas cuestiones que pasamos a analizar.

a) En primer lugar, cabe señalar que la eficacia que se exige para los programas de cumplimiento normativo es una eficacia relativa, en el sentido de que la comisión de un delito no implica necesariamente la ineficacia del sistema. De ahí que un factor importante para valorar tales programas sea, precisamente, su capacidad de detectar las infracciones que se cometen y de reaccionar adecuadamente ante tales faltas.

b) En segundo lugar, se debe partir de que, aun cuando existen elementos comunes a cualquier programa de cumplimiento, es clave que el modelo se adapte a las características de cada organización y a los específicos riesgos de su actividad. En este sentido, otro aspecto relevante para valorar la eficacia de los programas de cumplimiento radica en el hecho de que el modelo responda a la idiosincrasia de la organización, esto es, que sea idóneo para la organización en que se va a implementar. Por consiguiente, no existe un programa de cumplimiento de validez general, sino que el programa, para ser efectivo, debe adecuarse a las características estructurales de la entidad, a los riesgos propios de su actividad y al entorno legal en que opera.

Otra de las claves para que un programa de cumplimiento penal pueda llegar a tener eficacia exigente en relación con la responsabilidad de la persona jurídica, radica en que se encuentre efectivamente implementado en la estructura y en las dinámicas de la organización.

A tenor de lo ya expuesto, no resultará sencillo comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis. De cualquier modo, la concurrencia de unas y otros permitirá evaluar la existencia e idoneidad del modelo, no tanto el exigible grado de seguimiento en la corporación.

Aunque no es fácil establecer unos criterios uniformes aplicables a los diferentes tipos de sociedades, su concreta organización, sus modelos de negocio, la naturaleza y extensión de sus transacciones, sus productos o servicios o sus clientes, la FGE proporciona algunos criterios interpretativos para que, se valoren la adecuación y eficacia de los modelos de organización y gestión, en la pretensión de facilitar soluciones uniformes en una materia tan novedosa y trascendental. Del mismo modo, las sociedades potencialmente responsables de los delitos cometidos en su seno demandan unos criterios homogéneos, claros y lo más objetivos posibles de cómo van a ser valorados tales modelos.

Uno de los elementos sobre los que hace especial hincapié la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/16 es la «cultura ética corporativa», cuya existencia y vigencia sería una suerte de requisito esencial no escrito en artículo 31 bis CP, de importancia tal que, en su ausencia, los fiscales deberían tener al modelo por ineficaz.

Un modelo eficaz existe únicamente en la medida en que viene sustentado por una sólida cultura ética de los negocios. Si esta no existe o no está asentada, el modelo será considerado ineficaz aunque sea completo y adecuado para prevenir los delitos que puedan ser cometidos en el seno de la persona jurídica.

Así, se exige que los programas de cumplimiento sean adecuados para la prevención del concreto delito que se ha cometido, lo que conlleva la acreditación de que «los modelos organizativos están perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos». Sin embargo, y al mismo tiempo, la eficacia de los programas de cumplimiento se hace depender de que el conjunto de actuaciones desarrolladas por la empresa no se dirija únicamente a la prevención de delitos, sino a la creación de una cultura de la ética.

Es por ello que, sin perjuicio de las muy diversas circunstancias atendibles en cada caso concreto, la FGE ¹⁶⁴ proporciona las siguientes pautas exegéticas de carácter general:

“Primera.- La regulación de los modelos de organización y gestión deben interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica. Precisamente la OCDE, en el repetidamente mencionado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, alerta sobre estos programas, recomendando que su implementación por la persona jurídica no pueda ser usada como defensa para eludir la responsabilidad. Ha de evitarse, por lo tanto, que la mera adopción de estos modelos, que profusamente ofrece el mercado especializado, constituya un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica blindándola, no solo por los actos de las personas de menor responsabilidad en la empresa sino también por los de quienes la administran, representan y hasta diseñan y vigilan la observancia de tales programas.

Segunda.- Como se ha expuesto, los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general debe presidir la interpretación de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.

¹⁶⁴ Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tercera.- Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

Cuarta.- Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa.

Por lo tanto, la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que cabe presumir que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito.

Quinta.- Aunque, cabe un beneficio indirecto de la persona jurídica, la responsabilidad corporativa no debe valorarse igual en los supuestos en los

que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial) al perseguido por el delincuente. En estos casos, debe tenerse en cuenta que el valor preventivo de un programa de cumplimiento, aun adecuadamente diseñado e implementado, es escaso ante la decisión de cometer un delito y que su carga intimidatoria será más baja que la representada por la propia amenaza de una sanción penal. La mejor vía de prevención de estas conductas es la adecuada selección de directivos y empleados. Por lo tanto, en los supuestos en los que el delito fue cometido por el sujeto en beneficio propio, con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica, deberá valorarse de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto.

Sexta.- Si bien la detección de delitos no está expresamente incluida en la enunciación ni en los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. Teniendo en cuenta que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos, la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la validez del modelo.

En consecuencia, debe concederse especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Séptima.- Se ha dicho antes, que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, mas también es cierto que este

puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo.

Octava.- El comportamiento de la corporación en relación con anteriores conductas es relevante para deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica y en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio. La compañía podrá acreditar que, aun fallido en el caso concreto, el modelo ha funcionado eficazmente en anteriores ocasiones. La firmeza en la respuesta ante vulneraciones precedentes transmite igualmente a los empleados un mensaje claro de intolerancia ante conductas no éticas. Por el contrario, y a título de ejemplo, el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada, desdibuja un pretendido compromiso ético.

Deberá ser igualmente objeto de valoración la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes a la investigada. También habrá de tenerse en cuenta si la corporación ha sido sancionada en vía administrativa (infracciones medioambientales, contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, en materia de prevención del blanqueo, de ordenación y disciplina del mercado de valores...).

Novena.- Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del

programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento.

Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.”

Por consiguiente, la existencia de una «cultura de la ética» por encima de la mera existencia de un programa de cumplimiento será fundamental para valorar la eficacia del modelo, al menos en cuatro ámbitos:

— En los casos de comisión del delito por alguno de los directivos principales de la compañía, de sus administradores o de su órgano de supervisión. Solo si se ha implantado una auténtica cultura de la ética, podrá interpretarse que el modelo, a pesar del fallo que revela la comisión de un hecho delictivo era, ex ante, razonablemente eficaz. En el caso de que el delito que da origen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas hubiere sido cometido por uno de los referidos sujetos, el programa no será eficaz, puesto que «revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa».

— En las contrataciones, promoción y cese de directivos. Dado que los programas de cumplimiento deben «garantizar altos estándares éticos », la persona jurídica debe tener muy en cuenta la trayectoria de aquellos a quienes se pretende incorporar, promocionar o cesar de puestos clave, pues son ellos los baluartes del compromiso ético. En relación con las potenciales contrataciones, «la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus

antecedentes, carezcan de la idoneidad exigible». En sentido inversamente proporcional, será indicativo de la ausencia de compromiso ético «el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada». Por último, la Fiscalía también deduce el asentamiento de la cultura ética corporativa de los mecanismos «promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto», de manera que la ratio decidendi para la promoción del personal de la empresa deviene especialmente importante a los efectos del artículo 31 bis CP y de su eximente.

— En los casos de beneficio indirecto, si la cultura de la ética está bien asentada (por encima de la mera ejecución de modelos de prevención idóneos y adecuados a la empresa) también será posible la exención de responsabilidad criminal.

— Autodenuncia: si realmente se ha instalado una cultura de la ética, por encima de modelos idóneos, la empresa no deberá temer a la autodenuncia del delito descubierto.

No obstante, MATILDE FOUREY GONZALEZ¹⁶⁵, mantiene que ninguna mención se hace en el Código penal a la ética corporativa; señala que de haber sido así, habría resultado cuando menos sorprendente. Parece lógico que el establecimiento de medidas corporativas de cumplimiento legal vea maximizado su potencial si viene de la mano de una cultura de los negocios fundamentada no en incrementar el beneficio de la compañía, sino en el cumplimiento de la ley. Sin embargo, el Código penal no obliga a la adopción de valores éticos o morales. Establece prohibiciones u obligaciones

¹⁶⁵ FOUREY GONZÁLEZ, M., «Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la circular 1/2016 de la fiscalía general del Estado», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (43) 2016, pp. 60-75.

y sanciona conductas. No es el papel del CP establecer cómo deben pensar los individuos¹⁶⁶, ni siquiera los que tienen dominio sobre focos de peligro, como aquellos que gestionan empresas potencialmente lesivas de bienes jurídicos. En este sentido, la exigencia de cultura ética corporativa resulta un efecto secundario deseable del desarrollo de un modelo de organización y gestión. Requerir, como lo hace la Fiscalía General del Estado, la tenencia de una cultura ética corporativa para asentar la eficacia del modelo constituye una interpretación extensiva del artículo 31 bis CP en perjuicio de reo, al establecer elementos ausentes de la literalidad del precepto con base en los que posteriormente se negará la concurrencia de una eximente de responsabilidad penal.

A su juicio, todas las empresas deben aspirar a tener una cultura ética que transpire en su manera de desenvolverse en el mercado, asentada sobre el respeto de la Ley. Sin embargo, erigir este desiderátum en exigencia implícita del artículo 31 bis CP no está exento de peligros y puede incluso llevar aparejados efectos contrarios a los deseados. La ética no se instaura en cuestión de horas, sino que es el resultado de un trabajo constante, desde la cúspide de la organización; requiere de formación, de ejemplo, de reflexión por parte de los trabajadores, de compromiso y, por parte de la compañía, del castigo de cualquier desviación de los valores éticos establecidos. Y, aun así, la ética no es universal. Lo que resulta ético en un lugar del mundo puede parecer una aberración en otro, próximo o lejano. Como tal, la ética es eminentemente subjetiva, incluso en aquellos valores que pudiera a priori parecer seguro establecer como mínimo común denominador.

Añade que el modelo de prevención debe cumplir con todos los requisitos legales establecidos por el art. 31 bis.5 CP, pero no basta con ello. Los compliance no son una disciplina formalista o rigorista, meramente

¹⁶⁶ NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid 2013, p. 28.

focalizada en cumplir con la letra de la ley. Los requisitos establecidos por el legislador son la base de los modelos como líneas de principio, al diseñar e implementar un modelo de organización a medida para una empresa o grupo de empresas.

Más allá de que la compañía disponga de un documento titulado «Identificación de las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos», lo verdaderamente importante es que el análisis de riesgos penales se haya realizado de forma exhaustiva, trazando con ello el plano sobre el que erigir una estructura ética suficiente y eficaz. Del mismo modo, la tenencia de medidas de control sobre el papel no resultará bastante si no viene de la mano de una consistente ejecución. La esencia del compliance descansa en verdadera capacidad para minimizar el riesgo de comisión de delitos y, precisamente por ello, el legislador ha hecho alusión a la eficacia del modelo de organización y gestión en el nuevo artículo 31 bis CP. Tanto es así que los modelos de cumplimiento «de papel» que no vengan respaldados por medidas reales de control y mitigación de riesgos serán claramente ineficaces y carecerán de cualquier virtualidad defensiva para la persona jurídica.

Igualmente ineficaces serán los modelos que resulten incomprensibles para sus destinatarios (empleados, directivos, administradores y terceros contratados por la empresa), pues resulta evidente que la comprensión del significado y finalidad de la norma son presupuestos necesarios para su cumplimiento.

La eficacia del modelo de organización y gestión es, por tanto, la clave de la exigente de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Señala MATILDE FOUREY GONZALEZ que un modelo eficaz debe estar construido y sólidamente aposentado sobre los siguientes pilares:

1) Una estructura ético-normativa completa y actualizada. La normativa ética debe ser creada (o heredada de la sociedad matriz y adaptada al derecho local) teniendo en cuenta las especificidades de la empresa o grupo de empresas a las que se va a aplicar. Sin embargo, solo ello no resultará suficiente, la estructura ética debe estar permanentemente actualizada, interna y externamente, esto es, a la organización y a la regulación aplicable.

Ello significa que las empresas deberán realizar un trabajo de contraste constante y periódico entre las normas que componen su estructura ética y la regulación de base (penal, por supuesto, pero también de corte laboral, administrativo, medioambiental, regulatorio, etc.), y proceder a modificar los protocolos, políticas o procesos que necesiten ser mejorados o actualizados con cierta rapidez.

En términos generales, los compliance se dividen en varios documentos de rango jerárquico diverso en el seno de la empresa, todos ellos necesarios. Viene siendo común que el Código ético o de conducta sea el documento más genérico de la estructura de cumplimiento, de carácter principalista, y que el mayor detalle se encuentre en los procedimientos internos o estándares operativos, pasando por las políticas sectoriales o riesgo-específicas como punto intermedio.

Especialmente importante es que el mensaje sea comprensible en todos los niveles de la organización. En ello tendrá incidencia el nivel técnico del lenguaje empleado en la construcción de la normativa ética y, en los casos en los que esta provenga de una sociedad matriz que se desenvuelve en un idioma extranjero, podrá también tener un impacto considerable la traducción realizada.

2) Un órgano de supervisión capaz. Unipersonal o pluripersonal, sea cual sea su apelativo o etiqueta, el órgano de supervisión debe estar dotado de medios suficientes para el desarrollo de su tarea.

Ello incluye, sin ánimo de exhaustividad:

- Tiempo. En caso de tener en la empresa funciones adicionales a la supervisión del modelo, el compliance officer deberá tener disponibilidad suficiente para desarrollar la supervisión y control del modelo de forma efectiva.

- Autonomía. Este requisito no debe confundirse con la independencia organizativa, por cuanto el órgano de supervisión siempre estará sometido a una obligación de reporte periódico al órgano de administración (pues la supervisión de los riesgos de la empresa es una función indelegable de este) que, en sí mismo, no tiene por qué obstaculizar la autonomía del órgano de supervisión. A estos efectos, el reporte entre el órgano de supervisión y el órgano de administración lo será a los meros efectos de que este último pueda comprobar que la tarea de control de riesgos penales se está desarrollando de forma efectiva y suficiente; solo en caso de que no sea así, y solo por estas razones, debería el órgano de administración poder cesar o remover al compliance officer.

En la práctica, este requisito se traduce en la capacidad de llevar a cabo su labor de supervisión sin trabas administrativas o funcionales que la dificulten o imposibiliten.

Para ello, la autonomía debe venir asegurada por mecanismos que permitan superar los conflictos de interés que surjan del análisis o recomendaciones de actuación emitidas por el órgano de supervisión, en particular en relación con el órgano de administración de la empresa.

- Suficiencia presupuestaria, para contratar aquellos recursos que resulten precisos para el correcto desempeño de sus funciones, desplazarse a las oficinas, plantas productivas y despachos que estén bajo su supervisión, o contratar a expertos externos y, en su caso, a miembros independientes. Al tiempo, resultará altamente recomendable que la autonomía mencionada en

el punto anterior se proyecte también sobre la gestión presupuestaria del órgano de supervisión, que debería poder aplicar la dotación anual recibida de acuerdo con su mejor leal saber y entender.

- Autoridad. El órgano de supervisión debe tener capacidad real de impacto en la normativa ética, y un verdadero poder de fiscalización de la organización (mediante auditorías internas e investigaciones, por ejemplo).

El órgano de supervisión debe poder proponer cambios a las normas que componen la estructura ética de la compañía, y sus propuestas deben tener virtualidad para vincular al top management de la empresa, como mínimo en cuanto a su toma de conocimiento y en la emisión de respuesta.

3) Un sistema de formación e información continuada. La empresa debe asegurarse de que todos sus empleados, directivos, administradores y determinados agentes reciben formación adecuada y suficiente sobre las normas de compliance de las que se ha dotado. No solo pesa sobre la empresa una obligación inicial de formación (al comienzo de la relación laboral o mercantil; tras la adopción de una nueva política; tras el ascenso de un empleado o directivo, etc.), sino que esta deberá tener carácter periódico en relación con la normativa más relevante para su área de actividad, y puntual respecto de políticas que resulten modificadas, actualizadas o de nueva creación.

Esta formación debe ser adecuada a sus destinatarios: debe ser comprensible y modularse en intensidad en función del público al que se imparte. Además, existe un mínimo denominador común de cuya formación la empresa no debería excusar a ninguno de sus empleados: su código ético o de conducta. En él se encuentran los valores de la persona jurídica, aquellos que todos deberán velar por respetar en su actividad diaria, sea la que sea. De forma genérica, el código ético contendrá las reglas de conducta más básicas.

La exclusión de una parte más o menos amplia de la plantilla de las formaciones al respecto pondrá en entredicho la existencia de una ética corporativa en el seno de la empresa y será difícilmente justificable.

El top management deberá tener un papel preponderante como receptor de formación, precisamente porque su condición le atribuye un rol muy importante en la modulación de la ética corporativa. A través de las instrucciones que imparta y las directrices de actuación que imponga a aquellas personas bajo su ámbito de organización, los valores contenidos en el código ético tendrán mayor o menor traslación efectiva a la práctica.

Además de la formación, también puede resultar un indicador muy importante de la eficacia del modelo la existencia de varias herramientas de diseminación de la información ética, por ejemplo, mediante carteles, pantallas interactivas, televisiones, folletos, boletines internos, etc. Ocupa una posición de máxima relevancia en esta categoría de medidas la tenencia de una intranet corporativa de fácil navegación y que sea permanentemente accesible por empleados, directivos, administradores y agentes de la persona jurídica, a la que todos ellos puedan acudir para resolver posibles dudas en materia de compliance. Para maximizar los efectos de divulgación de la intranet, será conveniente que estén disponibles todas las normas que conforman el modelo, desde el código ético hasta los procedimientos u estándares operativos más detallados, en sus versiones actualizadas.

4) Un canal de denuncias y un sistema disciplinario adecuado. El canal de denuncias o buzón ético no solo debería venir encaminado a la presentación de denuncias internas de incumplimientos reales o potenciales del modelo, sino que debería permitir también el planteamiento de dudas por parte de empleados, directivos, administradores e incluso terceros, para su resolución interna en consonancia con las previsiones éticas establecidas al efecto. Ello favorecerá la formación e información de los empleados y la

homogeneización de criterios internos, y será también beneficioso para el descubrimiento y posterior enmienda de potenciales lagunas o redacciones no claras, en una suerte de círculo virtuoso de compliance.

El canal de denuncias debe venir de la mano de un sólido sistema disciplinario, pues la creación de una estructura normativa interna, de carácter ético o de cualquier otro, sería mera maculatura si no viniera aparejada a un sistema sancionador que castigara las desviaciones al modelo. Del mismo modo, las sanciones deben responder a la gravedad del incumplimiento, estableciendo un sistema de respuesta proporcional: allí donde una amonestación resulte una respuesta proporcionada, no será necesario aplicar una sanción más gravosa; ante un incumplimiento muy grave, podría imponerse el despido del trabajador o el cese de la relación mercantil con un administrador o con un tercero contratado.

En cualquier caso, una reacción corporativa distinta a la proporcional pondrá en entredicho, con toda seguridad, el compromiso de la persona jurídica con el cumplimiento de su modelo y, en última instancia, la eficacia de este.

El juicio de eficacia del modelo a realizar a los efectos de determinar la posible responsabilidad penal que corresponde a la persona jurídica por el hecho cometido en su beneficio por uno de sus empleados, representantes o agentes, corresponde al Juez o Tribunal enjuiciador. Debe ser una doble valoración, una en abstracto y otra más concreta. El juicio en abstracto, corresponderá evaluar si el modelo de prevención de riesgos cumplía con todos y cada uno de los requisitos establecidos legalmente por el art. 31bis CP —en definitiva, ver si el modelo era o no completo—, si la existencia de normas y controles era suficiente, y si dichas normas y controles tenían una verdadera traducción en la práctica.

En el análisis concreto puesto que los compliance programs deben «prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido» o «reducir de forma

significativa el riesgo de su comisión», resultará imprescindible que el análisis judicial se centre con cierto detalle en aquellas normas, controles y procesos de la estructura ética corporativa que tenían incidencia en el delito finalmente cometido.

En este análisis podrán tener relevancia toda suerte de documentos: el mapa de riesgos que, señala los riesgos a los que está sometida la actividad de la persona jurídica y sobre la base de los cuales debe construirse o actualizarse la estructura ética, pero también las políticas, controles internos, informes de investigación interna, reportes del órgano de supervisión al órgano de administración, etc.

Con respecto al mapa de riesgos, podrán darse tres alternativas: 1) el mapa de riesgos no preveía el riesgo que se ha materializado y era, por tanto, incompleto. 2) El mapa de riesgos preveía el riesgo, pero este no se hallaba atendido por normas o procedimientos. 3) El riesgo estaba previsto en el mapa y parecía estar minimizado o controlado por determinadas normas internas. Cada uno de esos escenarios merecerá una consideración distinta, como es lógico, pero tanto la primera como la segunda opción muestran flaquezas en el modelo. En relación con el escenario 1), en todo caso, será muy relevante analizar si el riesgo materializado debió contemplarse en el mapa ya ex ante, pues si la posibilidad de su materialización podía considerarse razonablemente como remota, siendo el delito cometido meramente anecdótico, no parece que ello deba tenerse en cuenta para restar solidez y eficacia al modelo.

El siguiente paso será analizar las normas, procedimientos y estándares operativos que atienden al delito que se cometió para analizar si, siempre desde una perspectiva ex ante, eran a) adecuadas y b) suficientes. A su juicio, la suficiencia deberá venir parametrizada en contraste con lo que una persona media podía o no podía hacer, o con el nivel de fraudulencia que

el empleado, directivo o agente empleó para sortear el control establecido. Siempre que la persona física hubiera debido sortear los controles de la compañía, debería considerarse que el modelo era «generally effective» y cumplía con los requisitos del art. 31 bis CP para el otorgamiento de la eximente de responsabilidad penal a la persona jurídica.

La valoración global, atendiendo a los resultados del análisis abstracto y concreto, será la que arroje luz sobre la eficacia del modelo y se traduzca finalmente en una resolución judicial con impacto en la persona jurídica: la absolución por aplicación de la eximente ex art. 31 bis CP, la atenuación de la pena o la condena de la persona jurídica.

A su juicio los compliance sólo pueden aspirar a desplegar verdadera eficacia preventiva frente a los delitos imprudentes —circunscritos al blanqueo, el delito ecológico y la nueva modalidad de quiebra—, tal como estamos acostumbrados en el ámbito de prevención de riesgos laborales o medioambientales. Sin embargo, no puede olvidarse que la mayoría de los que permiten la RPPJ son dolosos —como la estafa, la frustración de la ejecución o la financiación ilícita de partidos—, y frente a ellos es prácticamente imposible imaginar no ya un modelo absolutamente eficaz, sino incluso uno que lo sea sólo “significativamente”, pues ante la determinación de cometer un delito no hay modelo preventivo capaz de impedirlo, aunque por supuesto, dificulte la ejecución, obligando a recurrir a falsedades documentales u otras formas de encubrimiento del carácter ilícito de la conducta prohibida, a las que, de todos modos, debería recurrir la persona física que quisiera evitar la sanción penal que gravita sobre su conducta.

Lo dicho hasta aquí le conduce a cuestionar que las compliance puedan ofrecer las garantías de impunidad deseadas y esperadas por muchos, mientras las condiciones de aplicación sean de difícil verificación. Con todo, quedaría todavía una posible vía de elusión de RPPJ, pues los mismos

obstáculos que se oponen al reconocimiento de eficacia eximente de las compliance frente al delito doloso, dificultan la afirmación de la RPPJ por la segunda vía de imputación. Esto es, negar que el delito doloso se haya cometido “por haberse incumplido” los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores, pues si se parte de que el delito se habría cometido de todos modos bajo el mejor de los sistemas de control, su comisión no puede considerarse consecuencia del descontrol, aunque lo favorezca.

A diferencia de lo que sucede con los delitos imprudentes o de peligro, que tienen lugar “por” la infracción de las normas de cuidado —de las que se nutren los programas de cumplimiento—, la idiosincrasia de los delitos dolosos hace que no traigan causa de la infracción de las medidas de precaución o vigilancia, sino una voluntad preexistente, lo que haría prácticamente imposible

concluir que el delito doloso se hubiera cometido como consecuencia o “por” haberse incumplido los deberes de supervisión de los superiores sobre sus subordinados.

A la luz de las anteriores consideraciones, las alternativas se dividen entre:

a) admitir que basta con poseer un buen programa de prevención del delito, en la confianza de que, en términos generales, el sistema contribuya a disminuir el peligro criminal, lo que provocará insatisfacción cuando en el caso concreto la comisión del delito no pueda dissociarse de la voluntad de la empresa;

b) limitar la eficacia eximente de las compliance a los supuestos en que la actuación delictiva de los representantes de la voluntad social se considere desviada de la voluntad social favorable al cumplimiento de las normas penales;

c) restringir la eficacia eximente de las compliance a los delitos imprudentes, en la medida en que son los únicos que pueden prevenirse eficazmente a través de normas de precaución y supervisión.

Aunque no parece que haya sido la voluntad del legislador, la autora sostiene que hay motivos para pensar que la última opción es a la que empuja el contenido y estructura objetiva de la ley, que, en su caso, obligaría al intérprete con más fuerza que aquélla.

En orden a los peligros del nuevo modelo, en los países que, como EEUU, hace tiempo que han introducido las compliance, los estudios alertan acerca de sus posibles efectos perversos. En concreto, la sustitución del juicio de adecuación a derecho por el de cumplimiento formal de los programas, que puede traducirse en la absolución prácticamente automática de las empresas con compliance y el riesgo inverso de condena de las que, no poseyéndolas, hayan sido escenario del delito . Esa no puede ser la práctica aplicativa en nuestro país, cercenando la función del juez en la valoración de la idoneidad de los programas de cumplimiento, ya que de ser así éstos podrían terminar por utilizarse a modo de maquillaje por parte de las empresas decididas a cometer delitos. A pesar de todo, podrá decirse que, aunque pequeña, alguna será la eficacia preventiva de los programas de cumplimiento.

9.5. CARGA DE LA PRUEBA

En relación a la cuestión de la carga de la prueba hemos de recordar que existen dos modelos dogmáticos fundamentalmente: el vicarial y el del hecho propio, mayoritariamente de atribución de responsabilidad penal por el defecto de organización. Según el paradigma vicarial, si una persona física

interviene en un hecho delictivo en el seno de una empresa y en beneficio de la misma, la responsabilidad penal del individuo se transfiere a la persona jurídica. El modelo de la atribución por defecto de organización tiene en cuenta la propia “conducta” de la persona jurídica, analizándose su estructura, organización y su incidencia en la comisión del ilícito penal.

Conforme lo expresa Díaz Gómez, “...la discusión sobre el peso que jugará la autorregulación ante el nuevo panorama legislativo dependerá del modelo de imputación que escojamos. A tal efecto recordamos que en nuestra opinión la mejor opción, y la que parece seguir un sector mayoritario de la doctrina, es entender que nos hallamos ante un modelo mixto de imputación. Si apostáramos, sin embargo, como lo hace parte destacada de la doctrina, por un modelo de imputación basado en la auténtica culpabilidad de la persona jurídica, en su autorresponsabilidad, entonces probablemente la autorregulación sería cardinal en nuestro planteamiento”.

Aquí se mantiene una preeminencia del Derecho anglosajón. Se apela, entonces, a la diferencia entre offense y defense. Las primeras (aquí, defectos de organización) deben ser probadas por la acusación; las segundas, por la entidad empresarial. Esta última posición es la que más ha calado.

Por tanto, a modo de elemento criminal y procesal adicional, el apartado 2 del art. 31 bis introduce una cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica cuya naturaleza es muy discutida doctrinalmente pero que, en definitiva, depende de la solución que se adopte ante la no menos controvertida cuestión de la naturaleza del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Esto es la cuestión del fundamento de la imputación de la persona jurídica, si lo es por un hecho propio, en cuyo caso para condenar a una persona jurídica sería precisa la constancia de que la misma no haya adoptado medidas de control eficaces para la evitación de la conducta

delictiva en cuestión, o si responde por un hecho ajeno. La responsabilidad por el hecho propio y no por el hecho ajeno. Autoresponsabilidad frente a responsabilidad vicarial.

Como señalaba la STS 514/2015, de 2 de septiembre, la Sala 2ª “todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del 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 informan el derecho penal”.

No resulta sencillo conceptuar adecuadamente la naturaleza jurídica de la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica pues, en los últimos dos siglos, el Derecho Penal ha venido construyendo las referencias dogmáticas a la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad sobre la base de comportamientos individuales, no colectivos.

No cabe duda que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, sería por tanto, responsabilidad propia.

No obstante, cabe señalar que, si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en su defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado que acreditaría una correcta organización, desde el punto de vista jurídico podría entenderse que desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva bien la parte objetiva, o desde otra perspectiva que mantenemos, tal elemento no sería constitutivo de la tipicidad y se trataría de una circunstancia eximente.

Para la FGE,¹⁶⁷ no se trataría en puridad de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva.

Ahora bien, si aceptamos de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión. La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater.

De este modo, correspondería a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1º. Claro está que los

¹⁶⁷ Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado.

programas serán además, como se ha dicho, una referencia valiosa para medir las obligaciones de las personas físicas referidas en el apartado 1 a) en relación con los delitos cometidos por los subordinados gravemente descontrolados.

Puede argumentarse que la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido; de 1 de marzo de 2007, Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC n° 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS n° 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio).

Esta construcción¹⁶⁸ no resulta automáticamente aplicable pues, ya se ha indicado, la comisión de un delito queda como un riesgo residual de cualquier programa de prevención, por eficaz que este sea. Ahora bien, como también se ha expuesto, si un delito puntualmente cometido por un empleado no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo, no sucede lo mismo con otras conductas criminales autorizadas o toleradas por el órgano de administración, que se han extendido en la empresa o han tenido larga duración.

¹⁶⁸ Recuerda la Fiscalía General del Estado.

En todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización, especialmente los relacionados con algunos requisitos de muy difícil apreciación para el Fiscal o el Juez como la disposición de los protocolos o procedimientos de formación de la voluntad o de adopción y ejecución de decisiones de la persona jurídica (segundo requisito del apartado 4) o de los "modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos" (tercer requisito).

La STS del Pleno 154/2016, de 29 de febrero que luego se analizará, aprecia, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y confirma las condenas impuestas por su participación en delitos de tráfico de drogas. Para apreciar dicha responsabilidad, sostiene, en síntesis, que debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica -como sería un administrador de hecho o de derecho- y que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en

alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y si bien es cierto que, en la práctica, 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 procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heteroresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

De lo que se colige, en la citada sentencia a diferencia de lo mantenido en la Circular referida de la FGE “ que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión”.

Tal resolución no es pacífica, contando incluso con votos particulares. En las Circulares de la Fiscalía General del Estado se mantiene, entre otras

materias, una posición diferente de la sostenida en la sentencia sobre la calificación de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que deba ser probado necesariamente caso a caso por la acusación, en relación con la eventual concurrencia de la eximente prevenida en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis CP 2015.

Esta otra posición no comparte que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como “ el núcleo de la tipicidad “ o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015. Desde esta posición los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada, y 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 constituyendo “ y la culpa “ in instruendo “. Sin constituir 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 es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, “

A nuestro juicio, debe mantenerse tal posición, no sería un elemento del tipo que incumbiría probar a la acusación, sino una circunstancia eximente que conviene probar a quien la alega. Además no hay motivo para cambiar las reglas generales en materia de prueba para el caso de la concurrencia de una eximente, en este caso corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y por tanto probarlas ,no la acusación.

Tal posición no es óbice a la confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad que ha tenido su exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio. En ella se señala que «... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad».

9.6. COMPLIANCE PENAL

La evolución legislativa genera en las empresas la necesidad de adaptarse a los cambios y adoptar prácticas y políticas novedosas para ellas. Esta evolución nos ubica hoy en día dentro del fenómeno de la autorregulación de las sociedades mercantiles. El concepto de ética de los negocios como forma más eficiente de gestionar las empresas, con mayor concepto de humanización y un mayor respeto a la ley y a los derechos individuales y sociales, y los poderes públicos fomentan esas estructuras de autorregulación dentro de la empresa.

En esta línea aparece la reciente Ley Orgánica 1/2015, de reforma de la Ley 10/1995 –nuestro vigente Código Penal-, que nos presenta los modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos. Este modelo de organización, o programa de cumplimiento penal o normativo, supone trasladar a la empresa la función de prevención penal, permitiendo que estas se autorregulen y se doten ellas mismas de mecanismos de la forma que mejor se ajusten a su estructura y funcionamiento.

Los “*compliance programs*” son sistemas organizativos que incluyen principios, protocolos, reglas, procedimientos e instrumentos orientados a asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de las actividades de una organización, mientras que los “*criminal compliance programs*”, constituyen sistemas de organización empresarial, que también tienden a garantizar el cumplimiento normativo, si bien limitados a asegurar la observancia de la normativa jurídico-penal por parte de la empresa¹⁶⁹. Por lo tanto, el criminal compliance tiene un ámbito mucho más limitado, circunscrito a prevenir el riesgo de comisión de delitos, de tal forma que su implementación es más sencilla, dado que su eficacia en la prevención de riesgos queda limitada a este sector de la legalidad, cual es el Derecho Penal¹⁷⁰.

Estos programas constituyen una ordenación intraempresarial vinculante para los trabajadores y directivos de la entidad, por lo que, a pesar de su naturaleza privada, cabe señalar que revisten un valor cuasi-normativo. De hecho, se afirma que, el “*criminal compliance*”, en la medida en que persigue el respeto de la legalidad penal y la neutralización de los riesgos penales, asume cierto carácter de orden público.

En lengua castellana, la expresión *criminal compliance programs* podría ser traducida como programas de cumplimiento normativo penal, si bien, la propuesta Código Procesal Penal española, que no llegó a tramitarse en la legislatura, los denominaba sistemas de control interno y en la

¹⁶⁹ BOCK, D., «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid 2013, pp. 107-124.

¹⁷⁰ Tal y como afirma NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid 2013, p. 28. “El cumplimiento normativo debe comenzar normalmente mucho antes del tipo penal”, de tal suerte que los estándares de prevención desarrollados por la normativa extrapenal, ya administrativa, ya proveniente de la autorregulación empresarial, deberían ser válidos, así mismo, para cumplir con los estándares de cumplimiento del Derecho Penal en tanto que ultima ratio.

terminología del Código Penal español vigente son designados como modelos de organización y gestión. Atendiendo a la normativa internacional podríamos referirnos a sistemas de gestión de compliance penal, así la ISO 19600 regula, precisamente, el estándar en materia en “Sistemas de gestión de compliance”.

Sea cual sea la denominación que se emplee, tales sistemas organizativos vienen integrados por un conjunto de medidas o mecanismos que adopta una entidad para prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse en su seno. De hecho, de esta forma descriptiva se refiere a ellos el CP español en el art. 31 quáter d), al contemplarlos como circunstancia atenuante, cuando se adoptan de forma posterior a la comisión del delito.

El CP señala los requisitos básicos, que indican el contenido mínimo que, en principio, debiera tener el modelo de gestión empresarial para ser considerado efectivo en la función de prevención y detección delictiva.

Como vimos, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 mantiene que: “Los programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito (eludir el reproche penal) sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión del delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura” En sus recomendaciones a los fiscales “El objeto de los modelos de organización y gestión (...) es promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. “

En esta misma línea se pronuncia la tesis mayoritaria del Pleno del Tribunal Supremo en el fundamento octavo de la STS 154/2016 de 29 de febrero: “a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona

física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa.”

Señala la Fiscalía que: “Lo que no resulta plausible es que sea el legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo (...) que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil.” Hace mención al Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado por la CNMV y a la Ley 10/2010 y su Reglamento (RD 304/2014) sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo como ejemplos, como hemos visto.

Por tanto, ante la ausencia de normas de derecho positivo que regulen estos modelos de organización y control, la doctrina mira hacia en el mundo de la normalización y sus certificaciones como alternativa a la hora de diseñar e implementar estos modelos. En los últimos años se ha producido un importante movimiento mundial de normalización del Compliance al que nuestro país no ha sido ajeno y que ha cristalizado en la ISO 19600 de Directrices sobre Sistemas de Compliance .

Se integra con certificaciones tan comunes como la ISO 9001, la 14001 o la 27001 y junto a la llegada de las nuevas certificaciones UNE 307101 sobre Modelos de Prevención Penal en España y la ISO 37001 sobre anticorrupción conforman un panorama fácil de comprender y aceptar incluso por las pequeñas y medianas empresas, al que no es ajena la Circular de la Fiscalía cuando implícitamente reconoce la eficacia de estos estándares al hablar de su certificación como un refuerzo de credibilidad que si bien no exime de responsabilidad a la empresa, no deja de indicarnos que estamos caminando por la senda adecuada.

En cuanto a los estándares para los programas de cumplimiento, el impulso a la aplicación de políticas de cumplimiento normativo en las compañías ha llegado de la mano de los estándares que se están desarrollando para homogeneizar las medidas a adoptar y asegurar que se cumple la ley.

Por un lado está la referida ISO UNE 19600, una herramienta para detectar y gestionar los riesgos, que fue traducida al español en 2015 y consiste, básicamente, en una guía de recomendaciones, sin establecer requisitos ni ningún tipo de auditoría de certificación.

También está la Norma ISO 37001, publicada el mes de octubre de 2017, y cuyo fin es prevenir el soborno en el seno de las organizaciones. Esta norma sí incluye requisitos y, por tanto, exige auditorías externas.

Además, está la Norma UNE 19601, que establece también requisitos para una organización que quiere establecer sistemas de ‘compliance’. Esta norma establece los elementos de supervisión, vigilancia y control y supone una novedad muy relevante porque no había todavía un estándar de este tipo. Para las grandes compañías, que ya cuentan con una política de cumplimiento normativo interno muy desarrollada, esta norma les servirá para poder estructurarlo mejor, ya que racionaliza el enfoque y lo pone en contexto, y será muy importante de cara a la exención de responsabilidad en el proceso penal.

El programa de cumplimiento normativo, como se ha señalado, es el documento interno que las empresas implementan para cumplir con la normativa vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que puedan producirse dentro de las mismas o como parte de las actividades que éstas realizan.

El programa se concreta en protocolos específicos diseñados a fin y efecto de mitigar o expulsar las conductas delictivas por parte de los trabajadores de la empresa.

Tiene su nacimiento a principios de la década del '70 del siglo pasado, en Estados Unidos. Varias empresas implementaron programas de cumplimiento a fin de prevenir y reprimir conductas relacionadas con los monopolios (antitrust) –Sahan 2013, - o vinculadas a la corrupción privada (bribery). Fue una reacción a los severos procedimientos por delitos económicos en Estados Unidos y Europa, como los WorldCom, en el primero, y Parmalat (Italia), Flowtex y Siemens (Alemania), en la segunda.

La idea es que las empresas internalicen o implementen un conjunto de normas o medidas que traten de asegurar la prevención de infracciones que se podrían generar como consecuencia de las actividades que realizan o debido al nivel de complejidad de su estructura organizacional.

Ha de quedar claro que el programa de cumplimiento normativo vincula la actividad empresarial concreta de que se trate, no sólo con las disposiciones penales, sino con todo el ordenamiento jurídico, para poder así identificar en qué aspectos de la gestión empresarial hay riesgos de vulneración de alguna norma, de cualquier norma, cualquiera que sea su naturaleza.

Pero, incluso, actualmente se añaden, como hemos visto, en los programas de cumplimiento normativo, determinados estándares de calidad (normas ISO, UNE, DIN, etc.), que agregan una definición de la responsabilidad, tarea y funcionamiento dentro de la organización con el objeto de satisfacer los más diversos aspectos, a saber: prevención de riesgos medioambientales, laborales, políticas de seguridad de la información y de responsabilidad corporativa.

El desenvolvimiento” de los programas de cumplimiento normativo atraviesa distintas etapas. Estos estadios por los cuales transita el programa son: a) Formulación, b) Implementación, c) Asimilación por los involucrados, d) Consolidación, e) Balance de su aplicación, y f)

Mejoramiento de la reglamentación, como señala GUSTAVO A. AROCENA:

a) El procedimiento elemental en el diseño del sistema de self control comprende todo lo relacionado con el risk assessment, actividad mediante la cual la empresa debe evaluar los sectores de su actividad que son más proclives a generar riesgos no permitidos para la lesión de determinados bienes jurídicos o de infracciones normativas. De tal modo, el programa recepta una cantidad importante de reglas de cuidado. Derivación de lo anterior es el fenómeno característico de la criminalidad de empresa que es el deslizamiento del riesgo (risk shifting) a través del cual los administradores intentan derivar su responsabilidad por conductas delictivas o negligentes hacía otros sujetos de imputación, como pueden ser subordinados o a carencias estructurales de la propia entidad.

b) La etapa de implementación es una de las más costosas, puesto que implica un período de instrucción de los operarios de los distintos sectores que componen la empresa. Por un lado, los emolumentos que significan los facilitadores; por otro, el tiempo laboral inerte utilizado para la introyección de las reglas por parte de los integrantes del emprendimiento.

Permitir que los propios afectados y las víctimas potenciales de los riesgos de la actividad empresarial participen activamente en la determinación de las normas de cuidado implica un modo de legislar mucho más democrático que el tradicional. Mientras mayor cantidad de reglas que establezcan los deberes de cuidado, se reduce la indeterminación de las reglas penales.

c) La asimilación de la normativa, los cursos y actividades destinados a su conocimiento impiden la alegación en la ignorancia de la regulación extranormativa. Ante esto, la empresa ha de recurrir a dos vías, a saber: un bottom up, para recibir información “de abajo hacia arriba”, y un top down, para enviar directivas “de arriba hacia abajo”.

Los sistemas de whistleblowing son una subespecie en la organización de la información desde el plano operativo hasta la dirección empresarial. Una suerte de control “celular” de las posibles infracciones producidas en la entidad.

Cuando se produce la transferencia de garantías de control, los deberes del delegante originarios se transforman en deberes de supervisión. Se destaca la necesaria formación jurídica respecto de los delegados. El deber de supervisión exige la instrucción acerca del deber de observancia de las leyes y acerca de su contenido. Luego, los criterios para ese cumplimiento. Por último, para los casos de dudas debe aconsejarse acudir al experto jurídico (posible error de subsunción).

La compenetración con los objetivos del programa trae aparejado la aparición de los whistleblowers (chivato o soplón). Literalmente alude al que “hace sonar el silbato”. Históricamente se la vincula con los policías que antiguamente realizaban dicha acción para avisar a otros agentes cuando advertían la presencia de un delincuente. Se lo ha definido como intento de un empleado de una corporación o sociedad mercantil de revelar conductas ilícitas cometidas en la organización o por parte de ésta, entendiendo por tales no sólo las conductas o condiciones que el empleado considera ilegales, sino también las que juzga como inmorales o contrarias al interés público (Ragués i Vallès 2006).Es un informante interno o delator.

La no implementación o defectuosa implementación supone un favorecimiento (participación) imprudente en el delito cometido por el sujeto activo – persona física. La imputación objetiva puede servir para la atribución a la empresa. La no asunción o la asunción deficiente del programa significaría un riesgo no tolerado a realizarse en el resultado material (hecho delictivo de la persona física). En la actualidad se criba esta situación mediante el defecto de organización empresarial.

d) La consolidación se persigue a través de incentivos y premios para los que cumplen a fin de lograr una adhesión a los perfiles de aquéllos.

e) La normativa administrativa suele obligar además a una evaluación constante de los sistemas preventivos con el fin de detectar posibles deficiencias o nuevos riesgos.

La externalización del control que garantice la independencia del órgano de supervisión conviene a que el compliance program sólo es creíble cuando es controlado por personas ajenas a la empresa que representa y de los intereses sociales que la misma pone en peligro. El control externo es el que analiza la idoneidad abstracta del programa para evitar la comisión de entuertos.

f) En lo que se refiere al mejoramiento del programa resulta una consecuencia necesaria de la política empresarial. Ante la flexibilidad de la regulación privada, no sólo pueden ágilmente cubrirse las lagunas que se observen, adelantar la prohibición para lograr menos conductas riesgosas y saturar las nuevas irregularidades que nacen del giro comercial, industrial o técnico. Ante elementos probatorios que demuestren la ineficacia del programa resulta indispensable gestionarlo y corregirlo (Silva Sánchez 2013,). A tal efecto los directivos de las entidades empresariales deben alcanzar un estado de conocimiento que les permita reevaluar el programa, concebir uno nuevo e implementación de nuevas medidas de supervisión adicionales en la empresa.

Con independencia de lo anterior, se plantea el problema que supone la indefinición del concepto de **cultura del cumplimiento** en el ámbito penal. La apelación ha dicho concepto ha sido puramente instrumental, se trataría de conseguir, mediante la manipulación de la variable “cultural”, una reducción del número de delitos cometidos en el entorno empresarial. Parece por tanto adecuado que la noción “cultura de cumplimiento”, predicada de

las empresas, se intente poner en relación con la comprensión de tal concepto en la teoría de la organización empresarial.

Un trabajo panorámico de la utilización y significado de la noción de cultura en los estudios sobre organización de empresas (“management”) identificaba hasta cinco perspectivas distintas¹⁷¹: a) Valores; b) Historias (en el sentido de “narrativas”); c) Marcos (filtros o encuadres que delimitan aquello que es objeto de atención); d) “Herramientas” (historias, marcos, categorías, rituales y prácticas usadas por los sujetos agentes para producir significado o guiar la acción) y e) “Categorías” (socialmente construidas). Las anteriores conceptualizaciones no serían mutuamente excluyentes y dotarían de contenido jurídico-penal a la exigencia de que las empresas se doten de una “cultura de cumplimiento”. En lo que toca a la primera noción, la referida a los “valores”, esta es de hecho la más usual en la manualística sobre organización de empresas, donde se define como “un modelo de creencias y presunciones básicas (inventadas, descubiertas o desarrolladas por un grupo al ir aprendiendo a enfrentarse con sus problemas de adaptación externa e integración interna), que hayan ejercido la suficiente influencia como para ser consideradas válidas y, en consecuencia, ser enseñadas a los nuevos miembros como el modo correcto de percibir, pensar y sentir los problemas”.¹⁷²

En relación a la cultura del cumplimiento el estándar UNE 19601, que vio la luz en mayo de 2017 en España, en su apartado 3 (“Términos y definiciones”), se define “Cultura” como “Valores, ética y creencias que existen en una organización y que interactúan con las estructuras y sistemas

¹⁷¹ GIORGI, S., LOCKWOOD, C., GLYNN, M. A., «The Many Faces of Culture: Making Sense of 30 years of Research on Culture in Organization Studies», en *The Academy of Management Annals* (9.1) 2015, pp. 1-54.

¹⁷² ALBIZU, E., LANDETA, J., *Dirección estratégica de los recursos humanos* (2) Madrid 2011, recogiendo la popular definición de SCHEIN, E., *La cultura empresarial y el liderazgo. Una visión dinámica*, Barcelona 1988, p. 83.

de control de la organización para producir normas de comportamiento que conducen a obtener los objetivos derivados de la aplicación de esta norma UNE” (referencias internas omitidas). El estándar recoge una nota aclaratoria (sin valor normativo, por tanto), en la que se enumeran hasta 11 elementos, con distinto grado de objetividad. El listado en cuestión responde al entendimiento, de que “no existe un solo elemento que genere por sí solo la cultura de compliance, sino que es el resultado de diferentes acciones y comportamientos, susceptibles en buena parte de dejar traza. Cuantos más de ellos concurren, mayor evidencia existe de una cultura de compliance”¹⁷³.

Esta comprensión de la noción de cultura de cumplimiento la pone en relación con políticas y medidas concretas de la empresa, como la formación continua en materia de cumplimiento o la consistencia en el tratamiento de acciones similares, con independencia de quién las lleve a cabo (letras g y c de la relación de la UNE 19601). Así interpretada y objetivada, la noción gana concreción. Y, de este modo, puede ser usada coherentemente para la interpretación de la exención específica en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista en el art. 31 bis, apartados 2 a 5 del Código penal. Al final, en Derecho penal “cultura de cumplimiento” debe significar políticas y medidas concretas de cumplimiento.

Según el artículo 31 bis del Código Penal el responsable de cumplimiento normativo, o *compliance Officer* (CCO) en la terminología anglosajona con la que frecuentemente se le denomina, es el "órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control", que "tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica". Pese a esta breve descripción, fácilmente se deduce la importancia de esta figura, la complejidad de sus funciones y el alcance de su responsabilidad.

¹⁷³ CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Navarra 2017, p. 171.

En la actualidad las medianas y grandes empresas ya son conscientes de que tienen que aplicar una política de cumplimiento y, por tanto, de que tienen que contar con alguien que les ayude con esa tarea. Y para esto está la figura del Compliance Officer.

Igualmente esta política de cumplimiento se aplicará también a los proveedores de las medianas y grandes compañías, que a su vez suelen ser pequeñas empresas. A estas se les exigirá que tengan implantadas medidas como políticas anticorrupción, un código ético, que tengan hecho un mapa de riesgos o que apliquen una política de confidencialidad a sus empleados.

Es decir, vía contractual o vía pliegos de condiciones, va a obligar para que las empresas sean cada vez más conscientes de que estas políticas de cumplimiento hay que aplicarlas no solo porque lo impone la normativa, sino también porque aportan valor para poder trabajar con un gran cliente.

Por ahora el responsable de cumplimiento no dispone de un **estatuto** asimilable al que existe, por ejemplo, para la abogacía u otras profesiones. Por eso en relación a la figura del Compliance Officer se demanda crear un estatuto. La finalidad es que las empresas sepan quién puede ser responsable de cumplimiento, cuál es su rol, cuáles son sus funciones y cuales sus responsabilidades, para que de esta manera esta figura empiece a calar. No se sabe si finalmente habrá una norma que regule esta figura, pero sí parece que no va a existir un colegio profesional de este colectivo.

Por consiguiente, el cargo de Compliance Officer no dispone de un marco regulatorio normativo propio. Entre sus funciones principales debe encontrarse la asistencia al órgano de gobierno de la organización controlando y monitorizando la conformidad a la legalidad de su actuación. Debe definir los riesgos legales a los que se enfrenta la compañía, establecer los códigos de conducta y controlar su cumplimiento. Para ello debe contar con los recursos humanos, técnicos y materiales apropiados.

Los principios que deben regir su actuación son la autonomía (mejor que su independencia), integridad, confidencialidad y honorabilidad.

El CCO puede trabajar como trabajador asalariado de la empresa o como profesional independiente, así como trabajar para uno o varias empresas o entidades.

La formación requerida es la de licenciado o graduado en Derecho, ADE o similares, con experiencia adecuada.

La discusión puede radicar en el concepto de “autonomía” del CCO ya que el responsable de cumplimiento normativo tiene que ser capaz de “formar parte de la empresa pudiendo a su vez avisar al Consejo de Administración de las irregularidades”. En cuanto a la actuación del CCO este necesita libertad y autonomía operativa en su actuación. En concreto, en el ámbito asegurador la función de cumplimiento viene definida por la Directiva 2009/138, uno de cuyos principios es la autonomía operativa. Igualmente necesita acceso directo a la alta dirección de la entidad, a fin de poder reportar permanentemente las incidencias que se puedan detectar. Y por lo que se refiere a la formación requerida para su desempeño, por ahora no existe una formación reglada.

El CCO no solo debe velar por la no comisión de delitos en la organización, también debe asegurarse del respeto a la autorregulación establecida en la misma por medio de los códigos de conducta instaurados. Y ello sin olvidar que el CCO no es el ministerio fiscal, es parte de la empresa y como tal debe participar en la construcción de la ética de la entidad más que por su sanción.

El contenido básico de ese estatuto del responsable de cumplimiento, debiera ser un texto que deba regular temas que generan mucho debate, como la confidencialidad a que está obligado el Compliance Officer, los conflictos de intereses a los que puede enfrentarse o su independencia o autonomía dentro de la compañía.

La nueva norma UNE 19601, sobre gestión del compliance penal, armoniza los conceptos de los estándares internacionales de la ISO 19600 y de la ISO 37001 con los requisitos de nuestro Código Penal. Dado que es una norma centrada en el compliance penal, da muchas pistas sobre cómo una compañía española puede implantar su sistema de gestión de cumplimiento en este ámbito siguiendo un estándar.

Así las compañías que obtengan esta certificación no solo dispondrán de un sistema de prevención también habrán generado en su seno una cultura de cumplimiento que en caso de tener en un futuro algún problema por una posible imputación de persona jurídica, les permitirá disponer de una prueba fuerte para acreditar ante los tribunales que se han llevado a cabo muchas acciones para implantar un sistema de compliance.

Si todos los pliegos de contratación pública exigieran a los contratistas o todas las grandes compañías exigieran a sus proveedores disponer de modelos de prevención y certificación en compliance penal y anticorrupción, lograríamos extender esta cultura no solo para cumplir la norma sino para que puntúe en beneficio de las compañías. Y esto sería algo positivo para la administración pública por un lado y también para las compañías, sus directivos y sus empleados.

En materia de 'compliance', fue en el mundo anglosajón donde empezó todo, desde la perspectiva del derecho anglosajón se contempla esta persona como un facilitador de la actividad del negocio (business enabling), que garantiza que la organización realiza su trabajo conforme a la legislación nacional e internacional que le afecta. Sus principales áreas de actividad son la regulatoria, la financiera y la de prevención del blanqueo de capitales. Por eso se trata de una posición con un alto nivel de exigencia profesional pues a una fuerte base legal debe añadir competencias de formación, comunicación y motivación. Todo ello a fin de ser capaz de inspirar e

implantar a todos los estamentos de la empresa una cultura de cumplimiento que garantice el compromiso de todos sus integrantes con los códigos internos establecidos al respecto.

Los programas de cumplimiento normativo persiguen dos objetivos claramente diferenciados¹⁷⁴. Por un lado, ellos procuran evitar la realización de conductas infractoras de la ley (función de prevención). Se busca impedir las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y, además, aquellas infracciones que se derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que se dedica la empresa. Pero, si las infracciones legales igualmente se producen, el criminal compliance añade otra finalidad: la actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes (función de confirmación del Derecho). Esta función consiste en establecer mecanismos para descubrir las irregularidades que se cometan dentro de la empresa, así como para reparar las infracciones que se generen e, incluso, ponerlas en conocimiento de la autoridad correspondiente. Por medio de la persecución de estos dos objetivos, el propósito de los programas de cumplimiento decanta en la finalidad esencial de dotar a las empresas de un incentivo para lograr su self-control, aliviando así, en parte, la actividad preventiva y represiva del Estado.

Desde otra perspectiva, una adecuada gestión de la política de 'compliance' puede suponer una ventaja competitiva para una organización, al mejorar su **reputación**. Por el contrario, una gestión inadecuada puede causar un grave perjuicio a esa reputación y en consecuencia, afectar a sus resultados. Se entiende la reputación como el juicio que otros (que nos

¹⁷⁴ GUSTAVO AROCENA, A., «Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona acerca del denominado "criminal compliance"* on called "criminal compliance», en *Revista Crítica Penal y Poder* (13) Córdoba 2017, pp. 128-145.

importan) hacen sobre nosotros, según la confianza que tienen en que cumpliremos nuestros compromisos legales y éticos (básicamente, en que somos honrados). Y ese juicio determina sus actitudes y comportamientos, que pueden ser positivos o negativos para nosotros. Por ello el riesgo reputacional consiste en defraudar esas expectativas que los demás depositan en nosotros. Con reputación se consigue una diferenciación no copiable en el mercado y una legitimidad para actuar en el mismo, basada en la confianza que despertamos. La reputación es un activo de las empresas, por eso habría que tratar cualquier riesgo que la afecte igual que un riesgo para cualquier otro activo relevante.

Una cuestión clave en el ámbito del ‘compliance’ es la lucha contra la **corrupción**. Lo primero es “entender muy bien cómo funciona el negocio de la empresa y cuáles son los riesgos reales de soborno a los que está expuesta en cada departamento y por parte de cada trabajador”. En este sentido, la comunicación a la plantilla es esencial .

La Norma ISO 37001 sobre corrupción, que, aunque su aplicación no es obligatoria, puede facilitar la evidencia a la hora de probar que la compañía implementó todos los mecanismos a su alcance, aunque sin olvidar que el riesgo cero no existe. Contar con esta certificación genera confianza y mejora la reputación de las compañías. Y, aunque esta ISO se circunscribe en el ámbito del soborno, su aplicación, es perfectamente extensible a otras conductas y se puede aplicar también a cualquier entidad del sector público.

Los conceptos de integridad y ética no se pueden enseñar, es algo que varía en función de la educación y el bagaje de las personas, y lo que hay que hacer es tomar medidas. Una política anticorrupción no se puede copiar de una compañía a otra, sino que debe adecuarse a las circunstancias de cada empresa. De ahí la importancia de asegurar el compromiso de la dirección

y definir muy bien cuáles son las principales áreas de riesgo. En este sentido es recomendable que se documente todo.

La función de autocontrol en las empresas ha venido para quedarse, ya que el Estado no puede ocuparse de esta función. De ahí que haya asignado su autocontrol a las propias organizaciones. El ministerio fiscal es el equivalente al CCO estatal, pero en la empresa lo es esta figura.

La protección de datos es sin duda uno de los aspectos que más control de cumplimiento requieren por parte de las organizaciones. Y esta exigencia va a multiplicarse a partir de 2018 con la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Protección de Datos. El nuevo Reglamento europeo establece un sistema de responsabilidad activa en el que la toma de decisiones sobre el cumplimiento corresponde a los responsables de cada entidad. Con la nueva regulación no basta con “no incumplir”, es necesario adoptar un conjunto de medidas que incluyen: implantar códigos de conducta y esquemas de certificación; mantener un registro de actividades de tratamiento; aplicar medidas de protección de datos desde el diseño y por defecto; aplicar medidas de seguridad adecuadas; llevar a cabo análisis de riesgo y evaluaciones de impacto; la designación de delegados de protección de datos y la obligatoriedad de notificar a la Agencia las quebras de seguridad.

Un terreno en el que ha habido hitos importantes en materia de ‘compliance’ es en el Derecho de la Competencia. Una resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) del 6 de septiembre de 2016, rebajó por primera vez la multa impuesta a una de las compañías afectadas en un 5% respecto a los otros infractores por contar con un programa de ‘compliance’. Aunque en la resolución no se señalaba expresamente, se podía extraer esta conclusión al comparar las sanciones impuestas. La única diferencia entre las compañías sancionadas es que una de ellas, a las que se aplica la multa más baja, pidió que se tuviera en cuenta

que había puesto en marcha un programa de cumplimiento normativo después de detectarse la infracción.

El compliance penal no es un ejercicio mimético, industrial, en cadena. Al contrario, ya antes de su inicio requiere de un profundo conocimiento de la empresa a la que está destinado: su sector de actividad, su organización societaria (nacional e internacional, si la hay), su rol dentro de la familia de empresas a la que pertenece, la división funcional que ha adoptado y en la que se basa su plantilla, los controles de los que dispone y el funcionamiento detallado de su operativa diaria. Solo con ello podrán diseñarse controles que tengan la máxima eficacia y un impacto razonable en la actividad de la empresa, para ser internalizados con costes aceptables, económicos y, no menos importante, temporales.

G. Plan de prevención penal con especial referencia a las Pymes

Como ya se expuso, el apartado 3 del art. 31 bis señala que *“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”*

Se establece un régimen especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, consideradas como tales, con arreglo a un criterio contable, aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Como ya se ha dicho, la única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del

oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados en el apartado 5.

No obstante tal obligación, las características de los modelos de organización y control de estas personas jurídicas de pequeñas dimensiones deberán acomodarse a su propia estructura organizativa, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad, que les viene en buena medida legalmente impuesta.

Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.

Teniendo presentes las especiales características de algunas de estas sociedades, en las que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, la FGE, en evitación de una inconstitucional situación de non bis in idem, recomienda la prudencia en su imputación.

Lo que es claro es que no cabe exigir un cumplimiento estricto de los requerimientos legales sobre el contenido de los programas de prevención de delitos. Así pues, aunque a tales empresas, también es preciso exigirles medidas de prevención de delitos y un compromiso claro con el cumplimiento de la legalidad, no cabe requerirles el mismo grado de formalización en los instrumentos de prevención y detección de delitos que a las empresas grandes, ya que podría resultar desproporcionado en relación

con la escasa complejidad de su estructura organizativa, con su tamaño y con el volumen de sus recursos.

Los elementos que debiera describir el plan de prevención se recogen en el anexo I .

Sobre los certificados de cumplimiento. En España, no se ha regulado legalmente la posibilidad de que los programas de cumplimiento sean auditados. Ahora bien, resulta digna de mención, en este sentido, la labor de la Asociación Española de Certificación y Normalización (en adelante, AENOR), que es una entidad privada y sin ánimo de lucro, que se rige por los estándares fijados por la norma UNE-ISO 19600:2015 de “Sistemas de Gestión de Compliance”.

AENOR ha publicado un informe titulado “Sistemas de gestión de riesgos para la prevención de delitos en las organizaciones” en el que indica que el sistema de prevención de delitos consiste en: “ un modelo que incluye requisitos auditables para prevenir la comisión de actos constitutivos de delitos que puedan cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica y que lleven aparejada responsabilidad penal para la misma, así como reparar y disminuir los efectos de los delitos cometidos y con ello ayudar a reducir la responsabilidad penal de las empresas y organizaciones y de sus administradores y responsables legales, a través del uso de la mejora continua. Este sistema incluye la comprobación por parte de un equipo experto de auditores del cumplimiento de los requisitos, de la implantación y mantenimiento efectivo del sistema”.

El impulso a la aplicación de políticas de cumplimiento normativo en las sociedades ha llegado de la mano de los estándares que se están desarrollando para homogeneizar las medidas a adoptar y asegurar que se

cumple la ley. En este sentido, como se ha señalado antes, existen diversos estándares sobre la materia y los que están por venir.

Por un lado está la ISO UNE 19600, una herramienta para detectar y gestionar los riesgos que fue traducida al español en 2015 y consiste, básicamente, en una guía de recomendaciones, sin establecer requisitos ni ningún tipo de auditoría de certificación.

También está la Norma ISO 37001, publicada en octubre de 2016, y cuyo fin es prevenir el soborno en el seno de las organizaciones. Esta norma sí incluye requisitos y, por tanto, exige auditorías externas. Se espera que esté traducida pronto.

Además, está la Norma UNE 19601, que establece también requisitos para una organización que quiere establecer sistemas de ‘compliance’.se establecen los elementos de supervisión, vigilancia y control y supone una novedad muy relevante porque no había todavía un estándar de este tipo.

Una organización empresarial no está bien planteada si no tiene en cuenta el cumplimiento normativo. Y para las grandes compañías, que ya cuentan con una política de cumplimiento normativo interno muy desarrollada, esta norma les puede servir para poder estructurarlo mejor, ya que racionaliza el enfoque y lo pone en contexto, y será importante de cara a la exención de responsabilidad en el proceso penal.

Lógicamente ante los tribunales, “el cumplimiento no se puede certificar”. Las certificaciones no pueden ser de cualquier manera, que tiene que tal vez deba intervenir un tercero independiente y que, finalmente, los órganos judiciales lo tratarán como cualquier prueba que se aporte en juicio. La clave, será la cultura de ética empresarial que se haya instaurado en la compañía.

Otro aspecto importante es la investigación interna en el marco de la responsabilidad penal corporativa. En este sentido, la investigación forma

parte de la prevención y que los primeros pasos son el conocimiento del hecho y un análisis preliminar

La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) sobre Sistemas de gestión de compliance penal ha aprobado la norma UNE 19601, como se ha dicho. Como los profesionales familiarizados con las normas sobre estándares nacionales e internacionales conocen, la terminación en “1” significa que se trata de una norma certificable. Su objetivo es ayudar a las organizaciones a prevenir delitos. Siguiendo el esquema de su predecesora, ISO 19600, con el Código Penal. No se queda por tanto en una mera traducción, sino que desciende al detalle de la normativa nacional. Y no solo eso, sino que ha tenido también en cuenta tanto las directrices marcadas por la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, así como el criterio de “de destacados expertos representativos de los diferentes grupos de interés del ámbito del compliance penal”.

En cuanto a la eficacia de la certificación, contar con un programa de compliance penal puede suponer que la empresa que se ve envuelta en alguno de los delitos de los que la persona jurídica puede ser responsable, vea eximida o atenuada dicha responsabilidad penal.

No se trata de cualquier programa, sino de uno que sea eficaz. El concepto de eficacia viene dado por el cumplimiento de los requisitos que la norma penal señala, aderezados con las interpretaciones que los escasos pronunciamientos judiciales van indicando y sobre todo con las precisiones de la Circular indicada, así como las aportaciones que va realizando la doctrina.

Como señala la propia AENOR, “La mera implantación de la Norma UNE 19601 no conllevará la exoneración o atenuación automática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero sí puede constituir un elemento fundamental para acreditar que ésta actuó de forma diligente antes

de la comisión del delito y que empleó las mejores prácticas, conforme a modelos estandarizados y consensuados para crear una cultura de prevención que redujera de forma significativa el riesgo de su comisión”.

Lo que está claro es que en ningún caso el estar certificado perjudicará a ninguna organización, y seguramente irán surgiendo resoluciones judiciales que perfilarán el valor de tal certificación. Y en sentido contrario, contar con un programa de compliance penal puede ser perfectamente eficaz a los efectos señalados de eximente o atenuante, incluso sin hallarse certificado.

En cuanto a las diferencias entre ISO-19600 y UNE-19601. Esta UNE parte del estándar internacional establecido en ISO-19600, que fue la primera norma internacional sobre compliance en marzo de 2015. Pero no se queda en una mera traducción, sino que la versión de AENOR, da un paso más. Casi dos años después, con la aportación de diferentes sectores y expertos y tras un periodo de comunicación pública que finalizó en marzo, durante el cual cualquier persona interesada pudo acceder a su texto y efectuar sugerencias de mejora. Así, la ISO-19600 se refiere a compliance en general y no es certificable, mientras que UNE-19601 es específica para compliance penal y sí lo es, por terceros independientes. Esta diferencia entre ser certificable o no, se manifiesta en el nivel de exigencia de ambas normas. De este modo, la ISO-19600 nos habla de recomendaciones y buenas prácticas, mientras que la UNE-19601 es más exigente y menciona requisitos obligatorios para poder acceder a la certificación.

Entre los requisitos que esta UNE considera que de manera necesaria deben cumplir las organizaciones, se recogen los siguientes:

- “Identificar, analizar y evaluar los riesgos penales.
- Disponer de recursos financieros, adecuados y suficientes para conseguir los objetivos del modelo.

- Usar procedimientos para la puesta en conocimiento de las conductas potencialmente delictivas.
- Adoptar acciones disciplinarias si se producen incumplimientos de los elementos del sistema de gestión.
- Supervisar el sistema por parte del órgano de compliance penal.
- Crear una cultura en la que se integren la política y el sistema de gestión de compliance”.

No obstante, no todo son requisitos, sino que la UNE-19601 también incluye una parte de sugerencias y buenas prácticas “mundialmente aceptadas” que recomienda a las organizaciones, como ya hacía su antecesora.

CAPÍTULO X - JURISPRUDENCIA

En este apartado abordaremos el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En nuestro país, la responsabilidad de la persona jurídica inició su andadura a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, que incluyó en el artículo 15 bis del viejo código la responsabilidad personal del directivo, órgano de la persona jurídica o representante (legal o voluntario, se decía) por los hechos cometidos por las entidades aun cuando no concurrieran en aquel las condiciones necesarias para la aplicación del delito de que se tratara.

En el año 1995, con la instauración del vigente Código Penal, se producen dos cambios importantes en la materia que nos ocupa. Por un lado, se modifica la cualidad del autor persona física dentro de la entidad jurídica descrita en el anterior artículo 15 bis –se ubica en el artículo 31- pasando de directivo u órgano a administrador de hecho o de Derecho, y de otro, en el nuevo artículo 129 se incluye un haz de consecuencias accesorias que podían imponerse directamente a la persona jurídica con el fin de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, y que iban desde la clausura definitiva o temporal de la empresa hasta la disolución de la sociedad, pasando por medidas de intervención, etc.

Sería más adelante, concretamente en el año 2003, cuando por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, se incorpora al Código un segundo apartado en el artículo 31 que modifica ampliamente el escenario y augura en cierto modo la situación creada con la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010. En aquel apartado segundo se implantaba la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica cuando el autor

persona física, en cuyo nombre y por su cuenta actuaba, fuera condenado, en los supuestos establecidos, a pena de multa.

La Ley Orgánica 5/2010 que instaure un sistema autónomo de responsabilidad penal de la persona jurídica, articulado a través del extenso y nuevo artículo 31 bis del Código Penal. En concreto se deroga el artículo 31.2 y se modifica la redacción del artículo 129 que pasa a regular las medidas aplicables a aquellas entidades que, por carecer de personalidad jurídica, no pueden incardinarse en el actual artículo 31 bis.

Por ello, y aun siendo varias las reformas que, de manera aislada y premonitoria, han ido perfilando la situación actual, lo cierto es que solo la última reforma operada en el año 2010 constituye la completa derogación, o supuesta superación, de la vieja locución *societas delinquere non potest*.

La Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, de reforma del CP, trata de llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según confiesa en el propio Preamble, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, introduce los arts 31 ter, quater y quinquies.

Con ello intenta poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, asumiendo ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica, en este sentido introduce un nuevo contenido al apartado segundo al Art. 31 bis. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés

económico general, a las que se podrán imponer las sanciones que se preveían en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del CP.

Frente a la profusión de artículos doctrinales sobre la cuestión, nos encontrábamos con un relativo vacío jurisprudencial sobre la materia, pues no existía, hasta hace poco, ni una sola sentencia del Tribunal Supremo que tratara sobre el alcance, presupuestos, requisitos y condiciones que son necesarias para la existencia de responsabilidad penal de una persona jurídica. La reforma ha sido objeto de discusión, destacándose el hecho de que, por primera vez en nuestra historia, se acabó en nuestro Código Penal con el inveterado principio penal “societas delinquere non potest”, y criticándose en la confusa y parca regulación de tan importante novedad legal y en el aparente olvido que dicha regulación tenía de principios elementales del Derecho Penal, singularmente el principio de culpabilidad. Parquedad de la regulación que ni siquiera acudiendo a la exposición de motivos de la LO 5/2010 podía suplirse, pues ésta sólo dedicaba a dicha novedad apenas dos frases, mero resumen no interpretativo del texto legal original. Paradójicamente, la exposición de motivos de la LO 1/2015 es más reveladora de cual fue y sigue siendo la voluntad del legislador a la hora de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ha mencionado

Se establece una doble vía de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas:

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. En este caso, de delitos cometidos por los dependientes, la modificación operada por la LO 1/15, limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los supuestos en que el debido control se ha incumplido gravemente.

Por consiguiente, para la fijación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía de imputación que constituyen los modelos de imputación. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio o provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Desde la publicación de dicha reforma en el BOE, nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en no muchas sentencias, tratando de realizar una interpretación de dichos preceptos legales a fin de determinar su alcance, requisitos y presupuestos de aplicación, aunque las discusiones dogmáticas se mantienen, incluso en el propio seno de los magistrados del supremo. Veamos estas sentencias:

1. La STS 514/2015, de 2 de septiembre: Aplicación ineludible de los principios informadores del derecho penal, en especial el principio de culpabilidad

Puede considerarse como la primera y por tanto el «punto de partida» en la nueva regulación. La nueva regulación deberá ser interpretada, en todo caso, de manera que se respeten los principios básicos de nuestro derecho penal, refiriéndose al principio de culpabilidad, por cuanto no puede haber pena sin dolo o culpa del autor, como principio informador y fundamental del Derecho Penal, y por tanto, sin dudas, aplicable a las personas jurídicas.

«Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del 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 informan el derecho penal».

A esta sentencia se refiere el Jdo. de Instrucción nº 2, Pamplona/ CASO ATLETICO Osasuna en el Auto de 11 de enero de 2016 que aborda la necesidad del mantenimiento ineludible en el campo penal del principio de culpabilidad.

2. La STS del Pleno 154/2016, de 29 de febrero. La ausencia de una cultura de control como elemento del tipo objetivo.

Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-2-2016, nº 154/2016, rec. 10011/2015, Pte: Maza Martín, José Manuel, el fallecido Fiscal General del Estado. El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprecia, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y confirma las condenas impuestas por su participación en delitos de tráfico de drogas. Para apreciar dicha responsabilidad, sostiene, en síntesis, que debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica -como sería un administrador de hecho o de derecho- y que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos. Además,

deja sin efecto la aplicación de la pena de disolución de la sociedad, para no perjudicar a los trabajadores de la misma y existe un voto particular por 7 magistrados. Se sientan las siguientes precisiones:

a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre de 2015, ha de reiterarse que “.. cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.” De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar,

en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una “excusa absolutoria”, vinculada

a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una “excusa absolutoria” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliances” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la Ley” (pág. 39), “cultura de cumplimiento” (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a

la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, 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 procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos

supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que “...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Pues bien, en el caso, la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en la persona jurídica hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica.

También se alega vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE), por no haberse respetado el derecho de la recurrente a la última palabra, previsto en el art. 739 LECr, ya que tan sólo se dio audiencia en el correspondiente momento procesal a la persona física representante legal de la recurrente, también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de su representada. En este caso, a diferencia de los anteriores, podría pensarse, al menos inicialmente, que le asiste la razón a la recurrente pues, en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento.

Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de Octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la LECRim consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día. Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso

afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (anterior art. 31 bis. 2 CP), la persona jurídica responderá "...aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" y, según apartado 3 del

mismo precepto, incluso ante el “...hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...”.

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “defensor judicial” de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al “director del sistema de control interno de la entidad” (el denominado también como “oficial de cumplimiento”), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones. Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones

no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial, a fin de que la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento se cumpliera, en aras a seguir la estrategia más favorable para ella en todas sus posibilidades, incluida la de la importante colaboración con las autoridades desde su inicio, para el completo esclarecimiento de los hechos o la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito (vid. atenuantes del art. 31 quáter, antes 31 bis.4, CP), finalidad determinante, dentro de criterios de política criminal, para la existencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, en el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefensión, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho, sin perjuicio de que, como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, unas admoniciones semejantes así mismo deberían de servir de advertencia al Legislador para que remedie normativamente la posibilidad de que se produzcan situaciones indeseables de esta clase, con una regulación adecuada de la materia.

En definitiva y por las razones expuestas todos los motivos aquí examinados finalmente se desestiman.

En cuanto a la penalidad, aunque en el Recurso no se aluda expresamente a ella, se mantiene la incorrecta aplicación de las reglas de determinación de las penas, en concreto la de la disolución de la condenada, extremo sobre el que resulta de gran importancia pronunciarnos puesto que se trata de una empresa que, según se nos dice, daba empleo a más de cien trabajadores que habrían de sufrir los graves perjuicios derivados de semejante castigo cuando, además y como ya se ha dicho, los intereses de la persona jurídica, que son también los de ellos, pudieran no haber sido defendidos con la máxima diligencia por aquel que fue llamado a hacerlo.

En efecto, según el contenido del art. 66 bis CP a propósito de las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, cuando de sanciones interdictivas, o privativas de derechos, se trate como en el presente supuesto, éstas habrán de aplicarse, con carácter general y entre otros aspectos, atendiendo a “Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores” (art. 66 bis 1ª b) CP).

Pero es que además, para la imposición de la pena de disolución, al margen de los casos de “multirreincidencia” de la regla 5ª del art. 66 CP, que no es la que nos ocupa, se requiere “Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales”, añadiendo el precepto que “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” (art. 66 bis b) “in fine” CP).

De lo que cabe concluir que el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP, sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.

Motivación de la que carece el criterio de la Audiencia en orden a la procedencia de esta sanción, a la vista del contenido del Fundamento Jurídico Sexto (“De la individualización de las penas”), párrafo quince, folio 84 de la recurrida, en el que no se hace alusión alguna a este aspecto.

Por lo que debe procederse a la exclusión de dicha pena de disolución de la persona jurídica, dejando subsistente tan sólo la pena de multa correctamente impuesta en el mínimo legalmente posible, cumpliendo con ello las previsiones del art. 31 ter.1, último inciso, cuando hace referencia a la modulación del importe de la sanción pecuniaria para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, que no permite por otra parte una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal. Si bien abierta la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP, “...cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella (la persona jurídica) o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”, lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de la condena.

En otras ocasiones semejantes, no en ésta en la que no se formuló por la acusación pretensión alguna al respecto, se podría considerar también la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP, tiene como principal finalidad “...salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”.

Mecanismo que, así mismo, viene contemplado en el inciso segundo del apdo. 5 del art. 53 CP para aquellos supuestos en los que se produzca el impago de la multa, en el plazo señalado, por la persona jurídica a ella condenada.

Debiendo, por consiguiente, concluir en la estimación parcial del Recurso, con el posterior dictado de la correspondiente Segunda Sentencia en la que tengan cabida las consecuencias punitivas derivadas de dicha parcial estimación.

Se señala , en relación a otra sociedad pantalla o instrumental, que la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera

persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así: “Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.” Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo

de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “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.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014 , cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.”

No obstante, a la vista de los preceptos correspondientes y en concreto de lo dispuesto en el art. 66 bis, acreditado ese carácter exclusivamente ilícito de su actividad y la comisión del delito contra la salud pública por su

representante, de acuerdo con lo razonado por la Audiencia, resulta en este caso procedente, por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la “misión” delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución.

Finalmente el motivo último del recurso, se refiere a la infracción de Ley consistente en la indebida aplicación de los arts. 368, 369 bis, 370 y 31 bis CP, que sirven de fundamento para la condena de la recurrente. Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, en el presente supuesto es condenada a la suspensión de actividades en nuestro país, dada su nacionalidad extranjera que, según el criterio correcto de la Audiencia, impide su disolución por decisión de nuestros Tribunales, y a la multa correspondiente.

De nuevo se declara probado en el “factum” de la recurrida que estamos ante una “sociedad pantalla”, o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como “inimputable” y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución.

No obstante, se plantea en el motivo una cuestión que, si bien no puede impedir el anterior pronunciamiento, ni incluso aceptando la tesis de la recurrente dado el referido carácter instrumental de la misma, sí que merece un comentario.

Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de “provecho” (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a “beneficio directo o indirecto”) para la entidad. Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates. Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de “provecho” (o “beneficio”) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete. Dice a propósito de ello la reiterada Circular de la Fiscalía que “La sustitución de la expresión “en su provecho” por la de “en su beneficio directo o indirecto”, conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad” (Conclusión 3ª).

De modo que cuando, como en el caso que nos ocupa, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no es que favorezcan la subsistencia de la entidad sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa “pantalla” constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica.

Pues reiterándonos, una vez más, en el contenido de la Circular 1/2016 (pag. 17): “El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física,

en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y “en su provecho”. Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo.

La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.”

Y más adelante:“ La nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella.”

De otra forma, una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas como la presente, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito contra la salud pública.

Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica.

Por lo tanto, motivos y Recurso también aquí se desestiman íntegramente.

Los Fundamentos del voto PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, y al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo Del Arco y D. Joaquín Giménez García en la Sentencia del Pleno, son:

1º.- Vulneración del principio de contradicción. Se reconoce la conveniencia de que en una materia tan compleja y novedosa como la responsabilidad penal de las personas jurídicas la Sala vaya expresando criterios de interpretación orientados a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, como se señala en el fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria. Pero no creemos necesario resolver todos los problemas a la vez, considerando preferible que nos pronunciemos expresamente en cada caso sobre aquellas cuestiones que de manera efectiva se han planteado y debatido de forma contradictoria en los motivos del

recurso interpuesto, para garantizar la debida audiencia de las partes (“audiatur et altera pars”). En este sentido consideramos que el recurso planteado nos ha permitido resolver relevantes cuestiones de índole procesal que se han planteado de forma efectiva en los motivos de casación formulados; motivos que han podido ser razonadamente impugnados por el Ministerio Público. Pero la específica naturaleza del caso (un supuesto en el que las personas jurídicas condenadas han sido utilizadas como instrumento del tráfico internacional de drogas), ha excluido del debate casacional alguna cuestión problemática, como por ejemplo la consideración de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que debe ser probado en cada caso por la acusación. Una cuestión muy relevante desde el punto de vista jurisdiccional, sobre la cual el Ministerio Público no ha podido argumentar expresamente su posición porque, “no ha sido materia de debate en este procedimiento”, y sobre la que, sin embargo, la sentencia se pronuncia de forma expresa y cuestionable.

Es cierto que este pronunciamiento tiene la naturaleza de “obiter dicta” pues, como analizaremos más adelante, no constituye la “ratio decidendi” del fallo, e incluso puede apreciarse que el propio fallo resulta, a nuestro entender, incongruente con el criterio doctrinal previamente expresado en la fundamentación de la sentencia sobre esta cuestión específica. Pero esta ausencia de contradicción en la tramitación y ausencia de unanimidad en la respuesta, dota lamentablemente a la resolución en esta materia de un tinte de provisionalidad, que habrá que ir matizando, o confirmando, en función de los supuestos específicos que en adelante vayan siendo sometidos a nuestra consideración.

No hay que olvidar que el Ministerio Público se ha pronunciado de forma expresa sobre esta cuestión en la Circular 1/2011, referida a la LO 5/2010, de 22 de junio, y en la reciente Circular 1/2016, publicada tras la aprobación de la reforma operada en el régimen de responsabilidad penal de

las personas jurídicas por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En estas Circulares de la Fiscalía General del Estado se mantiene, entre otras materias, una posición diferente de la sostenida en la sentencia sobre la calificación de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que deba ser probado necesariamente caso a caso por la acusación, en relación con la eventual concurrencia de la eximente prevenida en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis CP 2015. Criterio autorizado y razonado que, a nuestro entender, hubiese sido procedente escuchar, en su aplicación al caso concreto y en relación con las consecuencias prácticas de asumir uno u otro modelo probatorio, con anterioridad a adoptar una decisión sobre el tema. Para lo cual habría sido preferible, en nuestra opinión, esperar a un recurso en el que esta cuestión hubiese sido expresamente planteada y debatida.

2º.- La ausencia de una cultura de control como elemento del tipo objetivo. Sin abundar ahora en planteamientos doctrinales, y desde una perspectiva exclusivamente jurisdiccional, no cuestionamos que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida. Pero no compartimos que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como “ el núcleo de la tipicidad “ o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto.

Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados

por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No pretendemos, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y 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 “. Sin constituir 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 es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, “ como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran “, que es lo que, con cierta confusión, constituye el elemento típico que exige acreditar en cada caso la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico octavo).

3º.- La exención de responsabilidad penal y su prueba: ¿procede configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas?.La reforma operada por la LO 1/2015, introduce en los párrafos segundo y cuarto del art 31 bis unas circunstancias específicas de exención de la responsabilidad penal, para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno.

Estas exenciones son coherentes con el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que nos hemos referido, excluyendo su culpabilidad, en el sentido “figurado” al que también hemos hecho referencia. Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.

Ahora bien no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación.

Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre,

entre otras muchas). Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, 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. Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención “ solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena “.

Por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia, que puede constatarse, por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la “ inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito “ en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos. Criterio que puede ocasionar

consecuencias imprevisibles, como cabe apreciar en el propio caso enjuiciado, según analizaremos en el apartado siguiente.

4º.- Incongruencia de la resolución. La resolución mayoritaria establece de modo reiterado que en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas corresponde a la acusación acreditar el “ núcleo de la tipicidad “ consistente en “ 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 que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica” (fundamento jurídico octavo).

O bien se establece que la concurrencia de la eximente está relacionada “con el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (fundamento jurídico octavo, párrafo siguiente).

O, en su caso, el “núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica, que como venimos diciendo no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos más concretados legalmente en forma de las denominadas compliances o “modelos de cumplimiento “ (fundamento jurídico octavo, tres párrafos después).

O bien “ el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito, es esencial para concluir la condena y, por ende, si la

acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión (fundamento jurídico octavo, más adelante).

Como hemos señalado, y sin desconocer la relevancia de los mecanismos de prevención a los que el Legislador ha atribuido expresamente la función de exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal, estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como la “ausencia de una cultura de respeto al derecho” no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que los definen. Criterio que, a nuestro entender, no respeta este presupuesto metalegal incorporado en la sentencia mayoritaria al art 31 bis 1º CP, por su carácter abierto e indeterminado.

Ahora bien, si considerásemos efectivamente que este elemento constituye el núcleo de la tipicidad y que debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de condena, es indudable que este presupuesto debería haberse declarado expresamente probado en el relato fáctico de la sentencia de instancia, para que pudiésemos confirmar la condena de las personas jurídicas recurrentes. Es claro que el relato fáctico debe contener todos los elementos objetivos que determinan legalmente la responsabilidad penal para proceder a la subsunción del hecho declarado probado en la norma penal legalmente procedente.

Pues bien, analizando minuciosamente el relato fáctico, no cabe apreciar en momento alguno que se declare probado que las empresas condenadas careciesen de “una cultura de respeto al derecho”, o más simplemente que “careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para

la prevención del delito”, dato fáctico que, en aplicación rigurosa de la doctrina establecida en la sentencia mayoritaria, debería haberse acreditado por la acusación y figurar en los hechos probados, como núcleo de la tipicidad. En realidad “ la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente”, referida en concreto, y en exclusiva, a la empresa Traspinelo SL, es un dato fáctico que se incorpora en la fundamentación jurídica de nuestra sentencia casacional (fundamento jurídico octavo, apartado b), y que carece de sustento alguno en los hechos probados. Constituye una doctrina consolidada de esta Sala que la fundamentación jurídica no puede complementar el relato fáctico en perjuicio del reo, por lo que si realmente se considerase imprescindible que la acusación acreditase este núcleo típico, y que efectivamente constase acreditado en el relato fáctico para fundamentar la condena, no se habría podido desestimar el recurso y mantener la condena impuesta en la instancia.

En definitiva, la doctrina a la que estamos haciendo referencia, muy respetable, constituye en realidad un “ obiter dicta “ de la sentencia mayoritaria, que se pronuncia sobre una materia que no ha sido objeto de debate durante el procedimiento, y que no se utiliza como “ ratio decidendi “ del fallo confirmatorio de la condena impuesta a las personas jurídicas recurrentes. En el caso de que se hubiese exigido de modo efectivo en el caso actual la prueba por la acusación de la ausencia de una cultura de control y de elementos específicos de prevención en las empresas enjuiciadas, como elemento autónomo del tipo objetivo que tendría que constar en los hechos probados, la resolución determinada por el relato fáctico habría tenido que ser absolutoria.

5º.- Conclusión:

A) Los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deben ser acreditados por la acusación son los que

de manera expresa se relacionan por el Legislador en el art 31 bis 1º CP, apartados a) y b).

B) La conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero 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 del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis.

C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes.

Manteniendo nuestra conformidad en el resto de los pronunciamientos de la sentencia mayoritaria, y también con el contenido del fallo, expresamos y suscribimos este voto concurrente.

3 .STS 221/2016, de 16 de marzo. «Delito corporativo»

En esta resolución, se confirma la doctrina de la sentencia de Pleno, particularmente, respecto al modelo de imputación reconocido en el art. 31 bis CP. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-3-2016, nº 221/2016, rec. 1535/2015, Pte: Marchena Gómez, Manuel

En la sentencia dictada por el Tribunal de primera Instancia, la persona jurídica —una sociedad limitada dedicada a la intermediación inmobiliaria— y su administrador habían sido condenados como autores de

un delito de estafa agravada, cometida, según los hechos probados y en síntesis, en el marco de la compraventa de un bien inmueble donde se habría ocultado información relevante tanto al comprador como al vendedor. Como consecuencia de esta condena, a la entidad se le impuso una pena de multa de 24.000 euros, la clausura y cierre del local en el que se encontraba la oficina desde la que operaba y el consiguiente cese de la actividad en ese local por un plazo de seis meses. La entidad recurrió su condena alegando que se le había generado indefensión porque nunca había sido imputada en su condición de tal. El Ministerio Fiscal se opuso a esta pretensión, señalando que su representante legal declaró como imputado y no se podía sostener que esa declaración no fuera válida porque no se tomara declaración a la persona jurídica, ya que estaba representada por la misma persona física.

La sentencia del Tribunal Supremo estima el motivo y absuelve a la persona jurídica. Dice: «La queja del recurrente, cuando censura el no haber sido objeto de una imputación formal, ha de ser atendida. Y no es sino consecuencia obligada de lo dispuesto en el art. 409 bis del LECrim. En él se dispone que “...cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado”. Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse “...a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización”». Añade: «El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia

decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa».

Además de alcanzar las conclusiones expuestas, la Sala, como hizo en la sentencia de Pleno que hemos analizado con anterioridad, realiza una serie de consideraciones importantes, de naturaleza sustantiva y procesal, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas y el derecho a la presunción de inocencia: se recuerda que la sentencia núm. 154/2016, 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, ha abordado algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP. La existencia de un voto particular que acoge la opinión de siete Magistrados que, pese a la coincidencia en el desenlace del recurso, difieren de algunos de los núcleos argumentales del criterio mayoritario, es bien expresiva de la complejidad del tema abordado. Ese voto particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la

acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

La Sala no puede identificarse, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro.

Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado.

No es discutible -frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de

etiquetas- que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Y, desde luego, la reivindicación de un mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal.

La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado. Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso, lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se

califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.

En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan “...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?.

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos

-pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

En cuanto a la ausencia de imputación formal a persona jurídica: la Sala no puede aceptar la idea que late en la argumentación del Fiscal, según la cual, siempre que se opte por un modelo de responsabilidad vicarial, la vigencia de algunos de los principios estructurales del proceso penal pasa a un segundo plano. La responsabilidad de las personas jurídicas -ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad- sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. La imposición de cualquiera de las penas -que no medidas- del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi. En definitiva, la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado. Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

4. STS 516/2016, de 13 de junio. Independencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica

En esta sentencia se establece la independencia entre la responsabilidad de la persona física que comete el delito y la responsabilidad de la persona jurídica. La sentencia de instancia condenó a una persona física como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Esta persona, concretamente, era el consejero delegado de una sociedad anónima que explotaba una cantera; la actividad desarrollada por, la mercantil supuso una severa afectación paisajística para el entorno natural

en el que se asientan la cantera y sus instalaciones al punto de que su frente de explotación, que tenía más de mil metros de longitud, rompió la continuidad del monte y su vegetación, resultando perceptible sin dificultad desde un el conocido mirador , pese a estar este a unos 5 Kilómetros de la cantera. Además el suelo de los montes en que se asienta la explotación incidió negativamente en la flora, al suponer la corta completa de arbolado y especies acompañantes así como el desnudado de vegetación, perdiendo su grado habitual de consolidación lo que favorece la acción corrosiva, que pudiera considerarse común. A ello cabía unir que esa anómala acción erosiva del suelo se veía notoriamente acrecentada por el movimiento de tierras, la creación de taludes de fuertes pendientes, desprovistos de cualquier tipo de protección para su consolidación, pudiendo decirse que la alteración del paisaje, que provocaba la cantera sobre el Espacio Natural de las Médulas es de una gravedad extrema.

En el relato fáctico se hacía referencia a que el daño medioambiental causado era de doble naturaleza. De una parte de naturaleza paisajística, por la afectación del mismo al crear artificialmente un inmenso páramo y de otro, por la realización de vertidos con sedimentos al cauce fluvial derivado de la limpieza y esorrentía de la explotación obviando la balsa de decantación instalada. Los daños causados se estimaban en 475.000€. A demás, la actividad dela mercantil, en la cantera se desarrolló sin sujeción a procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y sin Licencia Ambiental, infringiéndose por tal motivo distinta normativa sobre protección medioambiental. Las circunstancias expresadas, la serie de consecuencias, de las que acabamos de dar cuenta, afectantes al paisaje, así como a las aguas del arroyo Balado y del embalse de Peñarrubia y la vulneración de disposiciones administrativas, protectoras del medio ambiente, son las mismas por las que pasó la explotación de la cantera desde que, en fecha 29 de Junio de 1997 el acusado, fue nombrado Consejero Delegado de C., hasta

que la actividad de la cantera fue suspendida y paralizada, con carácter cautelar, por auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de León de fecha 27 de Febrero de 2009, clase de decisión de paralización de la actividad en la cantera que, también y con carácter cautelar, fue acordada en la presente causa, en trámite de recurso de apelación, por auto de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, de fecha 17 de mayo de 2010. Se declaró probado que, en esta condición de consejero delegado, había tenido conocimiento de la «conyuntura y pormenores que concurrían en la actividad extractiva desarrollada por la cantera y, pese a tener capacidad para hacerlo, nunca tomó las decisiones pertinentes para evitar, tampoco para reducir, pese a que eran evidentes, los perniciosos efectos que la actividad de dicha entidad estaba ocasionando a la naturaleza y al medio ambiente».

La sentencia en primera instancia condena al consejero delegado de la mercantil, como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa de veinticuatro meses y un día con una cuota diaria de diez euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas; inhabilitación especial para profesión u oficio durante tres años y un día y al pago de la mitad de las costas. Así mismo, le condenamos a que satisfaga la cantidad de 475.000 euros, con los intereses, cantidad que, una vez hecha efectiva, será puesta a disposición de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León, que la dedicara a llevar a cabo actuaciones de restauración en la cantera Peña del Rego, previos los permisos, autorizaciones o licencias que se precisen de la autoridad competente. De otra parte, se absuelve al alcalde del delito de prevaricación ambiental de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal .

El condenado alegó en su recurso de casación que la sentencia de instancia había vulnerado el art. 31 bis del Código Penal puesto que había sido condenado, precisamente, por ser el consejero delegado de la persona jurídica a quien se imputaba el hecho delictivo, resultando de aplicación el art. 31 bis del Código Penal que la Audiencia, sin embargo, no había aplicado.

La Sala de lo Penal desestimó esta pretensión resaltando, según hemos adelantado, la independencia entre la responsabilidad de la persona física y la de la entidad.

5. STS 744/2016, de 6 octubre. El artículo 119 de la LECrim y la imputación de la persona jurídica

En esta resolución se estima un recurso del Ministerio Fiscal contra un auto de archivo dictado por la Audiencia Provincial en trámite de cuestiones previas. El órgano de enjuiciamiento entendió en la resolución recurrida que no era posible celebrar el juicio oral —acordando el archivo del procedimiento— porque se había formulado acusación contra una persona física, contra la que, sin embargo, no se había abierto juicio oral. Concretamente, el juicio oral se había abierto contra la mercantil que esta persona representaba, frente a la que, por el contrario, no se había formulado acusación.

Así el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Navalcarnero instruyó Procedimiento Abreviado por delito contra la ordenación del territorio contra la entidad N Explotaciones S.L. y su representante legal Amanda, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid. Al inicio del acto del juicio oral, y como cuestión previa, la defensa de D^a Amanda alega que no puede celebrarse el acto del juicio oral teniendo como acusada a la misma puesto que no se dirigió contra ella el auto de incoación de procedimiento abreviado ni se ha abierto el juicio oral en relación con la citada acusada, interesando por lo

tanto que se archive el procedimiento al haber adquirido firmeza dichas resoluciones, oponiéndose a ello el Ministerio Fiscal y mostrándose conforme la defensa de la entidad N Explotaciones SL.» . La Audiencia ACUERDA el archivo de las actuaciones. El Fiscal interpone recurso de casación por infracción de precepto constitucional art 24.1 de la Constitución. La defensa de Amanda opuso no tener nada que ver con los hechos de enjuiciamiento, en el sentido de no haberse abierto juicio oral contra ella, ni haber tampoco continuado contra ella el procedimiento durante la fase intermedia, visto que el Auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado se dictó solo contra la entidad N. Por su parte, la defensa de la mercantil opuso la imposibilidad de continuar el proceso contra la mercantil, si no se dirigía a su vez contra la administradora de la sociedad. La Audiencia, considerando que la acusación se formulaba contra Amanda sin que se hubiera abierto juicio oral contra ella y que -de adverso- se había abierto juicio oral contra la entidad N sin que existiera acusación penal contra ella, declaró la imposibilidad de celebración de juicio. La decisión se documentó en Auto motivado de 19 de octubre de 2015, en el que se ordenó el archivo de las actuaciones. El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación contra el Auto de archivo indicado y lo formaliza al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, al tiempo que por falta de la motivación exigida en el artículo 120 del texto constitucional. Sostiene el Ministerio Público que la decisión de archivo adoptada por la Sala carece de respaldo normativo y que si bien no podía celebrarse el juicio oral de conformidad con las reglas rectoras del proceso acusatorio, el desajuste procesal derivaba de un doble error de la Juez de Instrucción: de un lado, porque ordenó la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado contra la entidad N, siendo que la mercantil no había sido nunca imputada en el procedimiento; de otro, porque tras

presentar el Ministerio Público su escrito de acusación contra Amanda, se decretó la apertura de juicio oral contra la sociedad de su pertenencia. De este modo, afirma que se ha producido un quebranto de la tutela judicial efectiva, habiéndosele generado una material indefensión en orden a alegar y demostrar el sustento de la acción penal que pretendía ejercitar, motivando con ello que ambas resoluciones deban ser anuladas y que deban retrotraerse las actuaciones al momento previo al auto de prosecución por los trámites del procedimiento abreviado.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima el recurso y declara la nulidad parcial de las actuaciones, poniendo de manifiesto los distintos avatares ocurridos durante la instrucción de la causa, que habían conducido a la confusión sobre la persona contra la que realmente se dirigía la acción penal, que era una persona física en su condición de representante legal de una sociedad y no esta última. Se declara la nulidad del Auto de Apertura del Juicio Oral dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Navalcarnero, así como la nulidad de todas las actuaciones procesales subsiguientes, debiendo retornar el procedimiento a la situación en la que se encontraba en la fecha del auto anulado. Es precisamente, al analizar el iter procesal de los autos, cuando la Sala de lo Penal se pronuncia sobre art. 119 de la LECrim., y las obligaciones que de él se derivan, particularmente, la de hacer un requerimiento a la entidad investigada para que designe —de manera claramente singularizada— un representante empresarial para el proceso; lo que no había tenido lugar en el caso de autos.

Dice la referida sentencia: « Nunca el Juzgado desplegó con Amanda el estatuto de inculpación específico de las personas jurídicas, pese a haber sido introducido en el artículo 119 de la LECRIM por Ley 37/2011, de 10 de octubre y estar vigente desde 31 de octubre de 2011. Un estatuto que se creó con ocasión del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (LO 5/2010), para evitar los conflictos de intereses que podrían

producirse entre los inculpados que ostentaran la representación legal de una empresa y la entidad sometida a proceso por la que actuaran. Un estatuto que de haber sido la mercantil N investigada, hubiera obligado al órgano instructor a hacer un requerimiento a la entidad para que designara -de manera claramente singularizada- un representante empresarial para el proceso y que sólo hubiera resultado ser Amanda si específicamente se le hubiere designado para este menester tras el requerimiento judicial realizado al efecto (art. 119.1.a y b LECRIM.)».

6. STS 31/2017, de 26 enero. Conflicto de intereses de la persona jurídica con la persona física representante de la misma.

La Sala de lo Penal, en línea con las consideraciones realizadas con anterioridad , incide en la necesidad de evitar los conflictos de intereses cuando el representante de la persona jurídica imputada es también investigado en la misma causa; y ello, como vamos a ver a continuación, al hilo de las alegaciones que formula la sociedad recurrente, aun cuando esta no había sido condenada penalmente sino en su condición de responsable civil subsidiaria.

El acusado, actuando como persona física representante de la mercantil “R S.L.” que era la Administradora única de la mercantil “U, S.A.” transfirió el día 1 de marzo de 2010 desde la cuenta corriente en la entidad Banesto nº NUM001 titularidad de “U, S.A” la cantidad de 5.100.000 euros a la cuenta en la misma entidad nº NUM002 titularidad de “R SL”. Dicha operación no obedecía a ninguna relación comercial o mercantil entre ambas entidades, tratándose de un préstamo gratuito que el acusado, valiéndose indebidamente de sus facultades de administrador, se autoconcedió en detrimento de la tesorería de “U, S.A” y en interés personal suyo. Con dicha operación el acusado incumplió sus deberes, como administrador, de velar por los intereses de la mercantil “U. S.A.”, y actuó exclusivamente en interés de la mercantil “R SI”, de la que era accionista mayoritario y fiador personal

de ésta en operaciones de crédito con la entidad bancaria, para con dicho importe satisfacer obligaciones de “R, S.L.”, con la entidad bancaria, ajenas por completo a los intereses de la sociedad que administraba. El 23 de marzo de 2010, la mercantil “RSL.” devolvió a “U, S.A.” la cantidad de 2.500.000 de euros y el 13 de septiembre de 2010 le reintegró 2.000.000 de euros. Respecto de los restantes 600.000 euros que faltaban por devolver, Regum los compensó emitiendo una factura nº NUM003 de 8 de octubre de 2010 en concepto de importe a cuenta de la retribución del Órgano de Administración del ejercicio de 2010 por importe de 600.000 euros. El día 4 de marzo de 2011, desde la cuenta de la entidad Banco ° NUM004 titularidad de la mercantil “R, S.L.” la cantidad de 1.683.000 euros con la que se abonó la factura nº NUM005 de 2 de marzo de 2011 por cuantía de 1.683.000 euros en concepto de importe a cuenta de la retribución del Órgano de Administración del ejercicio de 2011. El acusado actuó con la tesorería de “U S.A.” exclusivamente en su propio interés personal y en el interés de su sociedad “R, S.L., y no en interés de la sociedad que administraba, que sufrió gratuitamente una disminución de tesorería de 1.556.524 euros desde el 4 de marzo de 2011 hasta el 15 de Diciembre de 2011. En cuanto al préstamo que se autoconcedió estaría valorado en 69.315,06 euros, que no se abonaron a la mercantil “U, S.A.” En relación a los aumentos de capital realizados, en realidad estos ingresos en la cuenta de U no se llegaron a realizar puesto que en la misma fecha se abonaba y cargaba la suma correspondiente que de manera efectiva no ingresaba en las cuentas de U. Esta mecánica obedecía al hecho de que U debía a R el importe de las acciones que está suscribió y que fueron objeto de la anulación declarada por el Tribunal Supremo.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, CONDENA al acusado Nicolas como autor de un delito societario, debiendo indemnizar a Ur, SA en 117.927 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de

la entidad R.S.L. Se absuelve al acusado Nicolas de los restantes delito objeto de acusación y al acusado R, S. L. de los delitos de los que venía acusado .

En efecto, en el supuesto de autos, la sentencia de instancia condenó a una persona física como autor de un delito societario, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad limitada en cuyo beneficio actuó respecto a la indemnización a la que aquella fue condenada. Esta sociedad recurrió fundamentándose en la omisión de la citación del responsable civil subsidiario para su comparecencia en el acto del juicio oral, argumentando que no se habían observado las necesarias cautelas para reconocer a la persona jurídica una representación independiente de la del acusado, dando lugar a un conflicto de intereses.

En el motivo cuarto del recurso, se queja de la omisión de la citación del sponsable civil subsidiario, para su comparecencia en el acto del juicio oral. Argumenta que no se han observado las necesarias cautelas para reconocer a la persona jurídica una representación independiente de la del acusado Nicolás, dando lugar a un conflicto de intereses.

«1. Esta Sala ya ha señalado (STS n.º 154/2016, de 29 de febrero, citada por la recurrente) las precauciones que han de adoptarse cuando se trata de designar al representante de la persona jurídica en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada de delito, con la finalidad de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa evitando los conflictos de intereses con las personas físicas a las que se imputan hechos delictivos en las mismas causas.

2. Sin embargo, en el caso, la cuestión carece de trascendencia, pues la persona jurídica recurrente no ha sido condenada como autora de ningún delito, sino como responsable civil subsidiario respecto de la indemnización a cuyo pago ha sido condenado el acusado Nicolas, por lo cual las eventuales irregularidades que hubieran podido tener alguna repercusión en el ejercicio de su derecho de defensa como acusada, no inciden en su posición como

responsable civil subsidiario. Por otro lado, de la causa resulta que compareció al plenario y pudo defender su posición tanto en el concepto de acusada, en relación con el que ha resultado absuelta, como en el concepto de responsable civil subsidiaria.

No ha habido, pues, indefensión alguna por lo que el motivo se desestima».

7. STS 121/2017, de 23 de febrero. Sobre el catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas. No se incluye los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En esta sentencia, el recurrente —administrador único de una sociedad limitada dedicada a la actividad de hostelería— había sido condenado por un delito contra los derechos de los trabajadores por, en síntesis, no dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores que prestaban servicios en un local de copas que regentaba dicha sociedad. Se trata de una mercantil, la entidad “P Restauración, SI,” que bajo el nombre comercial de “Club, se dedica a la actividad de hostelería bar de copas, siendo administrador único el encausado. En el momento de la inspección, de las doce personas que se hallaban trabajando en el local, solamente dos de ellos habían sido dados de alta por el encausado en la Seguridad Social como trabajadores de la entidad “P Restauración, SL, realizando las 10 restantes funciones de alterne sin estar dadas de alta, y una de ellas sin permiso de residencia”.

En la sentencia, se condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores, a la pena de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación especial-para el ejercicio del cargo de administrador de industria o comercio .En concepto de responsabilidad civil, el encausado, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad “P Restauración S.L.”. Al formalizar su recurso alegó, entre otros motivos, que la sentencia no había resuelto nada sobre la circunstancia de que la sociedad limitada no hubiera sido acusada como entidad obligada

a cursar el alta de las personas consideradas trabajadoras, no pronunciándose sobre los hechos y la responsabilidad por tal omisión. Llamaba la atención el recurrente sobre que fue a dicha mercantil, y no a él como administrador de la misma, a la que sancionó la inspección de trabajo por la falta de alta de las trabajadoras.

El Tribunal Supremo desestima esta pretensión y al hacerlo reconoce la frecuente crítica doctrinal sobre la no inclusión en el catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas de determinados delitos, entre ellos, precisamente, el de autos, un delito contra los derechos de los trabajadores. En esta línea se había pronunciado previamente la STS 980/2013, de 14 de noviembre, expresando que el delito de apropiación indebida, «por poco explicable que ello pueda ser», no estaba incluido entre aquellos que pueden ser cometidos por una persona jurídica.

«Además, la entidad P. SL. no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace — mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010)— es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

Dice así el art. 318 CP: “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.”

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis

La sentencia sí que resuelve esta cuestión. Condena al recurrente y ello pese a que nadie acusó a la persona jurídica.

Además, -como apunta el Ministerio Fiscal- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los (arts. 31 bis y ter) CP.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.».

8. STS 455/2017, de 21 de junio. Independencia entre la responsabilidad de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica. Actuación en beneficio directo o indirecto de la entidad.

En esta resolución—donde se condenó al recurrente como autor de un delito de malversación de caudales públicos— se incide de nuevo como en la sentencia antes referida, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la independencia entre la responsabilidad de la persona física y la de la persona jurídica.

«Sin embargo ello carece de fundamento si tenemos en cuenta que la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social; además la pretensión de haberse vulnerado el principio acusatorio por defecto tampoco es sostenible pues no existe el derecho a la condena de otro; y, por último, como señala el Ministerio Fiscal en su informe “los comportamientos de la persona física (acusado), no se realizaron en beneficio directo o indirecto de la sociedad, como exige el art. 31 bis del CP, sino en todo caso en su perjuicio”, con cita de la STS 154/2016 ».

9. STS 583/2017, de 19 de julio. Estatuto procesal de la persona jurídica. Derecho de defensa y a la última palabra

En esta resolución se analiza cómo se articula, respecto a las personas jurídicas, el derecho a la última palabra. En este caso, la entidad recurrente había sido condenada, además de a las personas físicas, y a otras mercantiles por el Tribunal de Instancia, por la comisión de un delito de blanqueo de capitales. Frente a dicha condena alegó en su recurso que no se le había concedido a ella expresamente y como tal persona jurídica la posibilidad de efectuar unas últimas alegaciones en el trámite previsto en el art. 739 LECrim. .

La sentencia de la Sala de lo Penal asume en esta resolución las consideraciones realizadas al respecto en la STS 154/2016, de 29 de febrero y concluye que en el supuesto de autos no existió indefensión real.

En este marco cabe resaltar que la asunción de los argumentos expuestos en la Sentencia de Pleno, que se reproducen de manera literal, implica la consolidación de los siguientes extremos de la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas:

1) Las personas jurídicas gozan, como las personas físicas, del derecho de defensa, que pueden ejercer plenamente con el fin de defender los intereses que le son propios y exclusivos.

2) Estos intereses propios y exclusivos pueden ser distintos y hasta contradictorios con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento, lo que puede dar lugar a un conflicto de intereses.

3) Los jueces y tribunales no han de ser ajenos a la existencia de dicho conflicto de manera que si existente el mismo no ha sido paliado y ha dado lugar a una efectiva indefensión de la entidad, podría declararse la nulidad de actuaciones.

«La recurrente es persona jurídica declarada responsable por haberse valido de ella los autores personas físicas para la comisión de un delito de

blanqueo de capitales. Protesta por no habersele concedido a ella expresamente y como tal persona jurídica la posibilidad de efectuar unas últimas alegaciones en el trámite previsto en el art. 739 LECrim.

10. STS 668/2017, de 11 octubre. Fundamento de la imputación de la persona jurídica: el hecho propio. Medidas de control eficaces para la prevención del delito

En este supuesto la persona acusada —por un delito contra el medio ambiente y un delito de lesiones (que se alegaban habían sido provocados por los niveles de ruidos de una residencia de ancianos)— había sido absuelta por el Tribunal de instancia. El acusado era el administrador único de la entidad mercantil “DESALUP,S.L.”, como titular, de la residencia, contigua a la finca en la que residían los querellantes. En la querrela se relataba que venían sufriendo en su domicilio ruidos excesivos generados por la actividad desarrollada en la residencia geriátrica, en especial durante las noches.

Recurrida en casación dicha sentencia, en el suplico del escrito de formalización del recurso se interesaba la condena de la entidad mercantil titular de la citada residencia como autora de un delito contra el medio ambiente; instándose por el recurrente que se le impusiera una pena de 5 años de multa, así como la clausura provisional del centro geriátrico en cuestión por un tiempo no inferior a 5 años.

La pretensión formulada fue desestimada y ello ante la ausencia de cualquier argumento destinado a fundamentar que la entidad no había adoptado medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación sonora.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo resulta esencial ya que de nuevo se reitera que para condenar a una persona jurídica es precisa la constancia de que la misma no haya adoptado medidas de control eficaces para la evitación de la conducta delictiva en cuestión. La responsabilidad por

el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado, se afirma, se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica.

En efecto, en el suplico del escrito de formalización del recurso se interesa la condena a la entidad mercantil D S.L como autora de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el art. 327 con la pena de 5 años de multa, con una cuota diaria de 80 euros, así como la clausura provisional del centro geriátrico de Barcelona, por un tiempo no inferior a 5 años.

Sin embargo, el desarrollo del motivo no incluye referencia alguna al supuesto fáctico a tomar en consideración para respaldar la reivindicada sentencia condenatoria. Para el caso en que la solicitud de una pena de 5 años de multa y clausura provisional del centro geriátrico estuviera inspirada en la aplicación combinada de los actuales arts. 31 bis y 328 del CP -el recurso alude al art. 327-, existirían razones añadidas para su rechazo. Y es que, más allá de la rica complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, de que «... cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal». No cabe, por tanto, una objetivación de este rupturista régimen de responsabilidad criminal de los entes colectivos, construido de espaldas al principio de culpabilidad proclamado por el art. 5 del CP (cfr. STS 514/2015, 2 de septiembre). La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica. Así lo afirmábamos en la STS 154/2016, 29 de febrero : «... el sistema de responsabilidad penal de la

persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización». Añadíamos que la responsabilidad de los entes colectivos aparece, por tanto, ligada a lo que la sentencia denomina “... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”.

La Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización autopoietica que se administra y organiza a sí misma, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad.

Sea como fuere, ya en el ámbito que es propio de las garantías que han de presidir el enjuiciamiento penal, singularmente en lo afectante al derecho a la presunción de inocencia, la STS 221/2016, 16 de marzo, recordaba que «... sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado».

La confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad tuvo un exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio. En ella se señala que «... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad».

En la STS 583/2017, 19 de julio, insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. Hemos negado la existencia de un extravagante litis consorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, 21 de junio).

En definitiva, la ausencia de todo hilo argumental encaminado a hacer valer una base fáctica, ligada a la ausencia de medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación sonora, obligan a descartar la prosperabilidad del segundo de los motivos hecho valer por ambos recurrentes.

CONCLUSIONES FINALES:

Del estudio jurisprudencial existente cabe resaltar los pilares fundamentales sobre los que, hasta el momento, descansa la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas . Son los siguientes:

1) Son de aplicación los principios informadores del derecho penal, en especial el principio de culpabilidad por el cual no hay pena sin dolo o culpa.

Cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

2) La persona jurídica goza, en el proceso penal, de los mismos derechos y garantías que la persona física por lo que podrá alegar, como esta, su vulneración. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado”. Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse “...a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización

3) No basta, para la condena de la persona jurídica, la constatación de la comisión de un delito por parte de la persona física —en nombre y en beneficio directo o indirecto de aquella— sino que será preciso la indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales de la entidad que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa.

4) Resulta indispensable evitar cualquier conflicto de intereses entre la persona jurídica y la física, cuando esta última, también acusada, represente a aquella en el proceso.

5) Independencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica.

6) Solo determinados delitos son susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica. Sobre el catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas, no se incluye los delitos contra los derechos de los trabajadores ni la apropiación indebida.

7) Fundamento de la imputación de la persona jurídica en el hecho propio, para condenar a una persona jurídica es precisa la constancia de que

la misma no haya adoptado medidas de control eficaces para la evitación de la conducta delictiva en cuestión. La responsabilidad por el hecho propio y no por el hecho ajeno. Autoresponsabilidad frente a responsabilidad vicarial.

CAPÍTULO XI - ASPECTOS PROCESALES

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la ley 5/10 de reforma del CP, no llevo aparejada una reforma procesal paralela que regulara los derechos de la misma en el proceso penal, produciéndose un vacío normativo, precisamente hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que introdujo una serie de modificaciones procesales para conseguir mayor agilidad en los procesos y permitir la plasmación procesal de la responsabilidad derivada de las personas jurídicas en el proceso penal.

1) Sobre la necesidad de la reforma procesal

Con carácter general, los países de nuestro entorno que han incorporado en sus ordenamientos un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas –estrictamente penal o de otra naturaleza-, han abordado coetáneas reformas de naturaleza procedimental, como no podía ser de otra manera, a fin de articular los derechos y deberes procesales de las sociedades que son llevadas a un proceso penal. En algún caso, esas reformas han sido tremendamente parcas; sirva de ejemplo el caso francés, en el que el legislador se ha limitado a señalar que las personas jurídicas debían ser tratadas procesalmente y en la medida de lo posible, como las propias personas físicas, previendo además una figura específica el *mandataire de*

justice- para resolver los conflictos de intereses defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación. En el polo opuesto, las mucho más detalladas regulaciones que caracterizan a las Leyes especiales austriacas (Ley Federal de 1 de enero de 2006) e italiana (Decreto Legislativo 231/2001, donde se regula la llamada responsabilidad administrativa de los entes).¹⁷⁵

Las diferentes y en muchos casos imaginativas propuestas del Derecho comparado en esta materia en modo alguno eran susceptibles de *importación* sin más a nuestra legislación procesal, en la medida en que adoptan soluciones que responden a sistemas procesales muy alejados del nuestro, y que por tanto, necesitarían de una implantación normativa expresa.

Ya en su momento y con ocasión de la entrada en vigor del ahora derogado artículo 31.2 del Código Penal -en el que se preveía que en caso de imposición de una pena de multa al autor del delito, se hiciera responsable de su pago de manera directa y solidaria a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta hubiera actuado-, la FGE¹⁷⁶, reconocía que *“la asimilación de la persona jurídica responsable ex artículo 31.2 del Código Penal al imputado, implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión... habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido. Deberá garantizársele su participación en el proceso, habrá que incluir a la persona jurídica en el acta de acusación del fiscal y en el auto de apertura del juicio oral, y habrá de admitírsele su personación por medio*

¹⁷⁵ Circular 1/10 de la Fiscalía General del Estado

¹⁷⁶ Circular número 2/2004 de la Fiscalía General del Estado

de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá asimismo exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia.”

Es evidente que la simple transposición del estatuto de la persona física a la jurídica puede comportar, como se verá a continuación, algunas dificultades derivadas del hecho de que también nuestro Derecho procesal y su consiguiente interpretación jurisprudencial, han sido fundamentalmente concebidos para un proceso en el que las principales instituciones y mecanismos de garantía están vinculados a las personas físicas, y no sería absolutamente trasvasable

Si las personas jurídicas están en el proceso penal en calidad de imputadas, será preciso determinar en qué medida pueden ser destinatarias de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y en los correspondientes textos normativos supranacionales, en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de forma singular del principio de presunción de inocencia, no solo como regla de tratamiento al imputado, sino también como norma de enjuiciamiento. La única excepción en este sentido se podría plantear respecto de aquellas garantías que solo tuvieran sentido en razón de la condición de persona física del imputado, pero ninguna de las enunciadas en el artículo 24 de la Constitución Española está concebida sobre esta premisa.

2) El presupuesto de la jurisdicción

Dada la primacía del principio de territorialidad, frente a otros como el de nacionalidad o las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio, las

sociedades extranjeras que cometan delitos en España, serán perseguibles de acuerdo con nuestra legislación. No obstante su nacionalidad extranjera, la ubicación de su sede social fuera de nuestro país, pueden resultar problemas en aras a su imputación, la investigación, el enjuiciamiento o la ejecución de las penas, problemas de carácter procesal.

Por tanto rige el fuero de lugar de comisión del delito, como presupuesto procesal de la jurisdicción española.

3). Competencia objetiva y funcional

En orden a las reglas competenciales que determinan el órgano judicial competente para el enjuiciamiento, bien Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial, cuando se imputa a una persona jurídica, la Ley 37/11 introduce un nuevo artículo 14 bis en la LECRI, que queda redactado en los siguientes términos: “Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica”.

Por tanto, se prescinde de la pena a imponer a la persona jurídica, para determinar la competencia jurisdiccional, y habrá que estar a las reglas generales para la pena que correspondería en abstracto a la persona física, aunque no se dirija acusación contra ninguna de ellas.

En la mayor parte de los casos, el procedimiento de aplicación será el Abreviado conforme al artículo 757 de la L.E.CR. Sin embargo, por razón de la pena a imponer a las personas físicas, puede resultar de aplicación el procedimiento ordinario.

No se ha previsto la creación de órganos especializados ni la

atribución de la instrucción a los Juzgados de lo Mercantil como se sugirió por algún sector de la doctrina en su momento, y por tanto, la regla que resulta de aplicación en todo caso es el artículo 14 de la L.E.Cr., que en sus apartados 3º y 4º, atribuye la competencia objetiva para enjuiciar los delitos a los Juzgados de lo Penal si la pena prevista es la de multa o siendo otra la sanción, tiene duración no superior a los 5 años, y a la Audiencia Provincial si es para penas mayores.

Como excepción cabe que la investigación y enjuiciamiento de algunos delitos esté atribuida a la Audiencia Nacional; es lo que ocurre con algunos de los delitos contra el mercado y los consumidores del artículo 288 y de tráfico de drogas del 369 bis del Código Penal, cuando por sus ámbitos encajen en las previsiones de los apartados c) y d) del artículo 65.1 de la LOPJ; lo mismo sucede en los delitos de financiación del terrorismo del artículo 576 bis, que serán instruidos por los Juzgados Centrales de Instrucción y enjuiciados según la gravedad de la pena por el Juzgado Central de lo Penal o por la Sala Penal de la Audiencia Nacional. También corresponderá enjuiciar delitos cometidos por personas jurídicas al Tribunal del Jurado en el caso del cohecho del artículo 427.2 y el tráfico de influencias del artículo 430 del Código Penal, pues a ambos preceptos hace alusión el artículo 1.2 LOTJ.

Aun cuando no se ha descartado la posibilidad de acudir a los cauces del Procedimiento Especial para el Enjuiciamiento Rápido de Delitos, con carácter general se desaconseja la tramitación de los procedimientos por este cauce, dada la previsible complejidad de las investigaciones en las que se vean implicadas las personas jurídicas.

Sin embargo, no puede ignorarse que en el ámbito de aplicación de este procedimiento *ex artículo 795.1.2a* de la L.E.Cr. se incluyen algunas

infracciones susceptibles de ser imputadas a personas jurídicas, como los delitos contra la propiedad intelectual o industrial o los de tráfico de drogas; sin embargo, las exigencias adicionales del artículo 796 de la L.E.Cr. parecen impedir a priori que las autoridades policiales se planteen utilizar el procedimiento en estos casos, salvo por la vía del 779.1.5a de la L.E.Cr., es decir, en caso de conformidad del acusado .

4) La persona jurídica en el proceso penal. Imputación y fase instructora.

Uno de los problemas fundamentales que plantea la reforma del Código Penal en relación con la responsabilidad penal de la personas jurídicas, es determinar cómo debe realizarse el acceso al proceso de la misma en su condición de imputada y en qué forma el ente colectivo podrá ejercer los derechos que son consustanciales a esa condición.

Justo es reconocer que la verdadera novedad provocada por la reforma de 2010 es precisamente la posibilidad de que la persona jurídica sea sujeto pasivo del proceso penal, pues la presencia de personas jurídicas como partes en el mismo no es inédita, ya que resulta relativamente frecuente ver personas jurídicas personadas como parte acusadora, ya sea como acusación particular o popular, y respecto de la acción civil *ex delicto*, como actores o responsables civiles. En ese contexto, la persona jurídica ha intervenido tradicionalmente en el procedimiento a través de la postulación procesal y la dirección técnica del abogado, según los casos.

En este sentido, debe tenerse presente la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que introduce una serie de modificaciones procesales para conseguir mayor agilidad en los procesos y permitir la plasmación procesal de la responsabilidad derivada de las personas jurídicas en el proceso penal. Dicha ley acaba con el vacío

normativo existente en la materia abordando el estatuto procesal de la persona jurídica. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los Tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía.

En el orden penal, se introducen ciertas modificaciones inexcusables en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁷⁷

La citada Ley 37/11 introduce un nuevo artículo 119, que queda redactado en los siguientes términos: “1. *Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:*

a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.

b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.

c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta

¹⁷⁷ Preambulo de la ley 37/11

información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.

d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada”.

Por tanto, tras la incoación de Diligencias Previas, encaminadas a determinar la naturaleza de los hechos, se producirá una primera comparecencia donde declare como imputada la persona jurídica. Aquí, en la primera comparecencia el Juez informará al investigado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario judicial le informará de sus derechos, en particular de los enumerados en el apartado 1 del artículo 118, y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786 LECRim.

Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del artículo 527 LECrim.

Cuando del resultado de las diligencias se produzca algún cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados, el Juez informará con prontitud de ello al investigado.

Esta información podrá ser facilitada mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del investigado.

Además el art 120 LECrim, también reformado, establece, en relación al derecho a participar en la práctica de las diligencias de prueba, que :”1. *Las disposiciones de esta Ley que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de ésta.*

2. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor.”

También se añade, por la citada ley 37/11, un nuevo artículo 409 bis, en orden a la declaración de los procesados:” *Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.*

No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.”

Lo cierto es que la legislación procesal penal, después de la reforma referida en 2011, contiene expresamente disposiciones *ad hoc* que contemplan de forma específica el hecho diferencial de que quien actúe sea una persona jurídica y no una persona física, rellenando esa laguna

normativa transitoria que existía.

En cualquier caso, el órgano jurisdiccional tiene el deber concreto de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa en cada una de las instancias que componen el proceso, velando por que se dé la necesaria contradicción entre partes y posean idénticas posibilidades de alegación y prueba. En este sentido se pronunciaban las Sentencias del Tribunal Constitucional números 112/1989, 41/1997, 102/1998, y 91/2000.

No cabe duda de que el complejo sistema de garantías relacionadas entre sí que caracteriza al proceso penal se dibuja en beneficio fundamentalmente del imputado o parte pasiva del proceso, en consideración a la especial posición que ocupa en el seno del mismo. Al mismo tiempo, y según destacaba la Sentencia del Tribunal Constitucional número 166/1999, los derechos fundamentales, si bien son derechos subjetivos individuales, tienen a su vez una vertiente objetiva en tanto representan un sistema de valores que se constituye en esencia del Estado de Derecho, de modo tal que mediante dicho entramado se tiende a asegurar el interés público en la persecución del delito y el interés constitucional en que la condena penal resulte de un juicio justo. Así pues, el estatus procesal de imputado, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, exigían la caución adicional del acceso al procedimiento de todo aquel a quien se le atribuya un acto punible, a los fines de evitar que puedan generarse situaciones materiales de indefensión.

Debe además existir una correlación subjetiva entre los actos de imputación judicial y la acusación, lo que significa que la primera es presupuesto inexcusable de la segunda. Nadie puede ser acusado sin haber sido declarado judicialmente imputado con anterioridad, de suerte que la instrucción judicial sigue asumiendo, en cualquiera de los procedimientos

penales, su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso, evitando las acusaciones sorprendidas.

Asimismo, según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 149/1997, nadie puede ser acusado *sin haber sido oído* por el juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de la investigación judicial, que no podrá clausurarse sin permitir al imputado su exculpación frente a la imputación contra él existente. Además, el imputado no debe prestar declaración en calidad de testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el estatus del testigo conlleva la obligación de comparecer y decir verdad, mientras el imputado puede callar total o parcialmente en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1998; del TEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke y del Tribunal Supremo número 494/2004, de 13 de abril.

El artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona sometida al proceso *a defenderse por sí misma o a ser asistida por un defensor*. Se pone así de manifiesto que quien ejerce el derecho de defensa es el inculcado, de modo que el letrado se limita a orientar técnicamente el ejercicio de ese derecho. Según el Tribunal Constitucional en su sentencia número 91/2000, FJ 13o, *“la opción por la asistencia jurídica no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa”*. En similar sentido se pronuncian las Sentencias del TEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T y V contra Reino Unido, en las que el Tribunal Europeo afirma que el derecho del acusado a defenderse comporta

el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.

En ese mismo contexto es en el que deben entenderse las numerosas resoluciones del TEDH en relación con la importancia indudable que tiene el principio de contradicción y la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (en este sentido, Sentencias del TEDH, caso Colozza contra Italia, de 28 de agosto de 1991; caso FCB contra Italia, de 23 de noviembre de 1993 ; caso Poitrimol contra Francia, de 22 de septiembre de 1994; caso Lala y Pelladoah contra Holanda y las Sentencias de 10 de junio de 2009, en el caso Igual Coll, y de 16 de noviembre de 2010, en el caso García Fernández, ambos contra España).

Por tanto, en todo caso había que garantizar a la persona jurídica imputada el régimen que se acaba de describir, al respecto existía una primera alternativa que conlleva una cierta *humanización* de la misma, que en ese sentido, se encarnará en el proceso penal a través de su representante legal, sin perjuicio de la postulación procesal, es decir, de su representación por medio de procurador y de la asistencia técnica letrada características del proceso penal, en cada caso. Esta solución lleva aparejados algunos problemas, entre otros, la necesidad de determinar el estatuto de la persona física que materializa a la jurídica en el proceso y la determinación de si ese estatuto incluye, y en su caso cuales, las cargas que también comporta la calidad de imputado. Resulta por lo demás claro que, dado que nuestro sistema vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica a la existencia de un delito cometido por ciertas personas *relacionadas* con la sociedad a las que ya se hizo referencia, el legal representante de la misma puede aparecer igualmente imputado a título personal en el procedimiento, siendo posible la producción de un eventual conflicto de intereses defensivos -generador de

cierta esquizofrenia procesal- que debería resolverse mediante el nombramiento de un nuevo representante legal y/o una doble dirección letrada. Por otra parte, sería necesario precisar qué hacer en caso de que el legal representante dejara de acudir a un llamamiento judicial, que es precisamente lo que se ha hecho por la ley 37/11.

Una segunda solución pasaba por considerar innecesaria la *presencia física* a lo largo de todo el proceso de una persona que materialmente represente a la persona jurídica, entendiendo que desde el punto de vista de las garantías no es preciso un rostro en el que visualizar a la corporación imputada y/o acusada. Las consecuencias inmediatas de esta segunda opción son, de un lado, la posibilidad de prescindir de la presencia del legal representante de la entidad en los actos procesales que impliquen intervención personal (declaración en sede judicial o ejercicio del derecho a la última palabra) y de otro, que resulten de todo punto innecesarias las medidas de coacción individual dirigidas a garantizar esa presencia, no necesaria, en el procedimiento (detención, prisión preventiva etc.). Desde esta concepción, el derecho de defensa y las garantías procesales de las personas jurídicas quedarían a salvo a través del ejercicio de las funciones que respectivamente les corresponden, en su caso, al procurador y al abogado, quienes a tal fin, mantendrían con la persona jurídica un contacto igual que con cualquier otro cliente.

La solución adoptada por nuestro legislador obviamente ha sido la primera opción, con las peculiaridades señaladas.

5) Derecho al intérprete

La asistencia gratuita del intérprete durante el desarrollo del proceso constituye una manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías y una garantía instrumental del derecho de defensa. Las normas

sobre asistencia gratuita de un intérprete son aplicables al imputado, y por consiguiente, habrán de serlo igualmente a la persona jurídica en su condición de tal.

Así pues, cuando la persona jurídica tenga nacionalidad extranjera y así lo solicite, se le debería trasladar la imputación y el resto de comunicaciones de que sea destinataria en la lengua que designe como propia, y en su defecto, en la del país de su nacionalidad o en el que se ubique espacialmente.

6) Diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo.

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme al artículo 31 bis del Código Penal puede reavivar el viejo debate alimentado por quienes, partiendo de la alegación de la identidad ontológica entre las sanciones penales y las administrativas, consideran que el deber de colaboración de las personas jurídicas con los órganos investigadores en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra ellas, resulta muy discutible. Desde ese punto de vista, la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el *ius puniendi* estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se las facultaría para rehusar toda cooperación.

En primer término, debe recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 18/1981 de 8 de junio, entiende que le son de aplicación a las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, si bien no mediante una aplicación acrítica y literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la

Constitución. En este sentido se pronuncian también las Sentencias del mismo Tribunal números 44/1983 de 24 de mayo, 28/1989 de 6 de febrero, 3/1999 de 25 de enero, 117/2002 de 20 de mayo, 205/2003 de 1 de diciembre y 142/2009 de 15 de junio.

Por otra parte, en dos supuestos en los que fueron incorporados al proceso penal documentos obtenidos en procedimientos administrativos previos, tras requerimientos dirigidos a sendas personas jurídicas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 18/2005 y 68/2006 recurrieron a un mismo argumento que ha sido tachado de excesivamente formalista, pero que sin embargo, remite al criterio -ciertamente consolidado en la doctrina del propio Tribunal- de que no es posible alegar en favor de uno los derechos que son de titularidad de otros. Se centraba así el razonamiento en el hecho de que la persona jurídica requerida para entregar la documentación en cada caso concreto no era la persona física imputada después en el proceso penal, de dónde se podía deducir no solo la falta de trascendencia del requerimiento dirigido a persona distinta del imputado en sede penal, sino que la persona jurídica no era titular del derecho a no aportar pruebas que le incriminen.

No obstante, el fondo del asunto ha sido resuelto quizá con mejores argumentos en la STC 233/2005 cuando expresa en su FJ 5 que *“es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria (SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 5; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5), razón por la cual este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es*

imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). De lo anterior se sigue que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). Y no cabe duda de que “el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario, no sólo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE” (AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2; y en sentido similar SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 y STC 292/2000 de 30 de diciembre).”

Por último, resultan también muy expresivas las múltiples sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con la validez de las pruebas de detección de alcohol en sangre realizadas por agentes de la autoridad, donde, *mutatis mutandi*, se proporcionan razonamientos predicables respecto de aquellos documentos que se obtengan bajo apercibimiento de sanción administrativa en el marco de procedimientos administrativos de inspección tributaria o de la Seguridad Social, reintegro de subvenciones, fiscalización de cuentas etc.

El Tribunal Constitucional entiende que el sometimiento a las pruebas de detección alcohólica bajo advertencia de incurrir en delito de desobediencia en caso de negativa, no constituye vulneración alguna del

derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, por lo que la colaboración que se le exige no incide en los derechos reconocidos en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución; ello siempre y cuando tales diligencias se realicen con todas las garantías formales que sean de aplicación y se incorporen al proceso para someterse a contradicción durante la instrucción y en el juicio oral.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 76/1990 de 26 de abril refiere que no es posible hablar de declaración desde el punto de vista del derecho a no autoinculparse, en el cumplimiento del deber ciudadano de someterse al test de alcoholemia o en la aportación o exhibición de aquellos documentos contables que sean requeridos coactivamente por la Administración Tributaria, existiendo un deber de exhibición de estos documentos, sin que esta aportación pudiera equipararse a una declaración contraria a lo previsto en el artículo 24.2 de la Constitución.

Igualmente, la Sentencia número 161/1997 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 2 de Octubre de 1997 alude a que *“Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, en primer lugar, tal garantía no alcanza, sin embargo, a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes*

públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias, tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia". En similar sentido, resultan también ilustrativas las Sentencias del Tribunal Constitucional números 103/1985, 195/1987, 3/1990, 202/1991, 24/1992, 252/1994, 197/95, 234/1997, 89/1998 y 111/1999.

La anterior doctrina resulta coherente con la del propio TEDH en las Sentencias de los casos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993, Murray contra el Reino Unido de 8 de febrero de 1996, Miaillhe contra Francia de 26 de septiembre de 1996, Saunders contra Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, J.B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001, Allan contra el Reino Unido de 5 de noviembre de 2002, O'Halloran y Francis contra el Reino Unido, de 29 de junio de 2007, Satir contra Turquía, de 1 de diciembre de 2009 y Brusco contra Francia, de 14 de octubre de 2010, en las que, en relación con el derecho a no autoinculparse del imputado, se precisa que dicha prerrogativa no se ve afectada por el acceso a los elementos de prueba que existen con independencia de la voluntad de la persona en cada caso. Así, la Sentencia del caso Saunders contra Reino Unido expresa en su *parágrafo 69* que el derecho a no declarar contra sí mismo tal y como se entiende comúnmente en los sistemas jurídicos de las partes contratantes de la Convención, se refiere en primer lugar al respeto a la decisión del acusado de guardar silencio, de modo que no se puede obligar a nadie a declarar o a responder preguntas, aun cuando, según argumenta la Sentencia de 8 de febrero de 1996 en el caso Murray contra el Reino Unido, sí se pueden extraer conclusiones del silencio en caso de ser razonable esperar una

respuesta del inculpado.

Según el TEDH, esta interpretación en relación con el derecho a guardar silencio no se extiende al uso en el procedimiento penal de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a los poderes coercitivos y que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, como por ejemplo los documentos, las pruebas de aliento, de sangre o de orina, así como tejidos corporales para la realización de un análisis de ADN, en cuyo caso, debe efectuarse una ponderación respecto de la naturaleza y grado de la coerción, el peso del interés público comprometido en cada supuesto, la existencia o no de garantías apropiadas en el procedimiento, y la utilización hecha de los elementos finalmente obtenidos en el proceso, donde rige el principio de igualdad de armas y resulta posible, en el marco del ejercicio del derecho de defensa, su impugnación y/o la aportación de datos o argumentos alternativos y/o exculpatorios.

7) Medidas cautelares

En orden a la posibilidad de establecer determinadas medidas cautelares a las personas jurídicas, como puede ser la suspensión de sus actividades e incluso la intervención judicial, que ya se examinó, la Ley 37/11 añade un nuevo artículo 544 quáter a la LECrim que establece: "1. *Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

2. 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 recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente."

Por tanto, solo caben las medidas expresamente previstas, son *numerus clausus*, y en cuanto al procedimiento requiere petición de parte y la celebración de vista.

8) Juicio oral y conformidad.

La ley 37/11 añade un nuevo párrafo final al artículo 746 de la LECrim, precepto que regula los motivos tasados de suspensión del juicio oral, estableciendo: “*Cuando el procesado sea una persona jurídica, se estará a lo dispuesto en el artículo 786 bis de esta Ley*”. Y este artículo también reformado por la referida ley señala: “*1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.*

No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta.”

Y en cuanto a la conformidad, también se introduce un nuevo apartado 8 en el artículo 787, por la citada ley 37/11 que dice: “*8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten*

los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.”

9) Procedimiento contra reos ausentes

Se introduce, por mor, de la ley 37/11 un nuevo artículo 839 bis, que señala:”1. *La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.*

2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa.

3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.”

10) Principio acusatorio

Como no puede ser de otra manera y dado que el principio acusatorio rige en nuestro derecho, las penas a las que se refiere el artículo 31 bis y las medidas del artículo 129, ambos del Código Penal, están lógicamente sometidas al principio acusatorio, el cual vincula al órgano judicial decisor respecto del tipo y cuantía máxima de la pena o medida solicitada por la acusación más grave de entre las formuladas.

11) Legitimación activa

Conforme al artículo 125 de la Constitución y el 19.1 de la LOPJ, la existencia de la acusación popular en nuestro sistema procesal obedece al carácter público de la acción penal y a la participación ciudadana en la Administración de Justicia. En el régimen jurídico de esta singular figura procesal, el acusador no precisa, por tanto, tener interés en el procedimiento.

Un eventual ejercicio abusivo de la acción popular, puede constituir el cauce para menoscabar la reputación de las personas, tanto físicas como jurídicas. De ahí el trámite de la admisión e inadmisión de querellas interpuestas en el ejercicio de las previsiones de los artículos 312 y 313 de la L.E.Cr.

En este sentido, deberá ponerse particular atención, sostiene la Fiscalía General del Estado, a los procedimientos que se sigan contra sociedades cotizadas, entidades financieras y de seguros y empresas de cualquier sector que cuenten con trabajadores en plantilla, a fin de evitar las consecuencias nocivas y en algún caso irrecuperables derivadas de lo que en términos económicos se denomina *riesgo reputacional*, en la medida en que procedan de imputaciones penales formuladas en ausencia de unos mínimos datos incriminatorios.

12) Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal

En el curso de las diligencias de investigación de la Fiscalía, la persona jurídica investigada ostentará el derecho de defensa que el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal reconoce al *sospechoso*.

En cuanto a la concreta intervención de la persona jurídica imputada en las diligencias de investigación, se reitera en este punto lo sugerido en relación con los procedimientos judiciales en la medida en que resulta de aplicación.

13) Iniciación del proceso e interrupción de la prescripción.

Tras la reforma operada por LO 5/2010, el artículo 132 del Código Penal tiene el siguiente tenor: *“1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.*

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2. No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia

formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho”.

Como se puede observar, la reforma modifica el apartado 2 del artículo 132, de modo que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona

indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. Por otra parte, en la regla 3a del propio apartado 2 se establece que *“A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho”*.

Por consiguiente, sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal, se interrumpirá la prescripción respecto de la misma conforme establece la norma citada. La regla 3a del precepto, relativa a organizaciones o grupos de personas a los que se atribuya el hecho, parece permitir la *identificación inconcreta* de los individuos que forman parte de la organización o el grupo, pero no de la propia organización o grupo en sí, sin perjuicio de entender que los cambios de denominación, fusiones, transformaciones y demás expresiones propias de la dinámica societaria no tendrán incidencia alguna en cuanto a la prescripción ya interrumpida respecto de la corporación originaria.

14) La pretensión civil

Junto con la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, la reforma establece su responsabilidad civil por el hecho delictivo, solidaria con la de la persona física autora conforme a las previsiones del artículo 116.3 del Código Penal.

La responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 120 del Código Penal resulta de aplicación en los supuestos no contemplados en el artículo 31 bis y/o cuando sea de aplicación el artículo 31 del Código Penal, además de para aquellas conductas que a pesar de tener

encaje en el artículo 31 bis, su comisión por la persona jurídica no se encuentra prevista en el catálogo *numerus clausus* de la Parte Especial.

Es compatible que en el mismo procedimiento se declare la responsabilidad civil directa de la persona jurídica consecuencia de la aplicación del artículo 31 bis y 116.3, ambos del Código Penal, con su declaración como responsable civil subsidiaria derivada de la aplicación del artículo 31 del Código Penal al gestor de hecho o de derecho y del artículo 120 del mismo texto legal.

14) Incoación de piezas separadas.

Teniendo en consideración el mecanismo de responsabilización por el que ha optado el legislador español en el artículo 31 bis del Código Penal, no es procedente, con carácter general, la incoación de piezas separadas a lo largo de la investigación para determinar la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, que deberá ser dilucidada en un mismo procedimiento.

No obstante, en casos excepcionales podrá valorarse la pertinencia de incoar tales piezas a fin de evitar dilaciones, siguiendo los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo número 867/2002 de 29 de julio (Caso Banesto), conforme a la cual, cabe *“la posibilidad de incoar piezas separadas en casos de delincuencia económica, cuando la investigación conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado.”*

15) Diligencias restrictivas de derechos fundamentales

Aunque la vinculación del concepto constitucional de domicilio al desarrollo de la vida privada parece indicar lo contrario, el texto constitucional no parece circunscribir categóricamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas naturales o físicas. En este

sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 137/1985 establecía la extensión de la protección constitucional a la sede de las personas jurídicas en algunos supuestos específicos, del mismo modo que lo hace con otros derechos fundamentales como los fijados en el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, en posteriores resoluciones del mismo Tribunal, las número 228/97 y 283/2000, se insistía en que el objeto de protección del derecho es la morada como espacio de privacidad de la persona, allí donde ejercen su libertad más íntima.

La jurisprudencia más reciente ha matizado el alcance de esa protección constitucional basándose en si el lugar donde se ejerce una profesión o donde radica la sede de una persona jurídica está abierta o no al público. Así se impone la necesidad de diferenciar entre las oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, y aquellos otros despachos o dependencias -constituyan o no sede social- que por su disposición a la entrada de público deben considerarse desposeídas de semejante protección. En ese sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo números 797/1994 de 14 de abril, 860/1995 de 6 de julio, 1558/1999 de 1 de octubre, 55/2001 de 25 de enero, 794/2002 de 30 de abril y 384/2004 de 22 de marzo.

El propio TEDH considera que las personas jurídicas, dadas esas condiciones de transmisión de los derechos individuales a las que ya nos hemos referido, deben ser consideradas titulares del derecho a no sufrir injerencias injustificadas o abusivas por parte del Estado tanto en su domicilio como en sus comunicaciones. En ese sentido, su Sentencia de 28 de junio de 2007, *Association for European Integration and Human Rights y Ekimdzhiev contra Bulgaria*.

Así pues, la ley 37/11 añade un nuevo apartado 4.º al artículo 554 de la LECrim , reputándose por domicilio :”4.º *tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros.*”

Por tanto, deberá existir autorización judicial para entrar y registrar estos espacios.

En el mismo sentido, y en lo que respecta a las intervenciones postales, será exigible la intervención judicial previa y la proporcionalidad que aseguren que el objeto de la intervención viene referido exclusivamente a datos comunicados por la persona jurídica, evitando que se afecte al secreto postal de las personas físicas que la integran.

Para el caso de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, deben respetarse las mismas exigencias de las intervenciones en el caso de las personas físicas, por cuanto, aun a pesar de ser las líneas de titularidad de la persona jurídica, son las personas que las utilizan los titulares del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

16) Régimen de recursos. Cosa juzgada.

La persona jurídica podrá impugnar los pronunciamientos de la sentencia que le conciernan, y obviamente proyectar su impugnación sobre las decisiones del Tribunal en relación con el delito de la persona física, aunque esta no haya recurrido o haya dado un enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos y sus consecuencias jurídicas, resultando en su caso de aplicación lo previsto en el artículo 903 de la L.E.Cr.

En relación con unos mismos hechos, los pronunciamientos de una sentencia firme dictada en el proceso en el que solo fue parte la persona jurídica no pueden tener fuerza vinculante en el proceso posterior en que solo sea parte la persona física y viceversa (artículo 222.4 de la LEC).

17) Ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas.

A falta de otras previsiones al respecto, en la ejecución de la pena de disolución, se atenderá a las normas previstas a tal fin en el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital, para su liquidación en función del tipo de sociedad de que se trate.

Cuando se impongan medidas cautelares o las sanciones de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades o intervención a personas jurídicas extranjeras, la ejecución de la sanción requerirá la obtención de la necesaria cooperación jurídica internacional, campo en el que se deberá profundizar normativamente a través de los instrumentos adecuados. La ejecución de las penas de multa requerirá cooperación internacional en caso de inexistencia de bienes suficientes en España. En la Unión Europea resulta de aplicación la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, transpuesta en España por la Ley 1/2008 de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, y derogada por la Ley 23/14 de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea .

18) La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal.

Gran parte de los sistemas legales establecen modelos de autorresponsabilidad empresarial. Estos se caracterizan porque la responsabilidad de la organización, aunque presupone la comisión de un delito por una persona física, se fundamenta en el incumplimiento de ciertos deberes de dirección y supervisión por parte de la propia organización. Pues bien, en este tipo de sistemas legales, los criminal compliance programs desarrollan un papel fundamental en el cumplimiento, por parte de la organización, de sus deberes de prevención y detección de ilícitos penales.

Si una persona jurídica cuenta con un programa de prevención de delitos eficaz puede evitar ser acusada y juzgada, puede quedar exenta de responsabilidad tras el correspondiente juicio penal o, en el peor de los escenarios para la entidad, puede resultar condenada, si bien con una sustancial rebaja de su pena. En este contexto, lo que se entiende por un programa de cumplimiento penal eficaz y el modo en que tal eficacia puede ser probada en juicio son cuestiones de trascendental importancia.

Por lo tanto, partiendo de la relevancia de los programas de cumplimiento normativo como objeto de prueba, en aquellos procesos penales en que se enjuicie la responsabilidad criminal de una persona jurídica, habrá que determinar cuáles son los medios de prueba idóneos para acreditar procesalmente la eficacia de tales programas. La prueba documental resulta clave ya que sirve para introducir en el proceso los códigos, las políticas y los protocolos de actuación diseñados por la entidad para el desarrollo de su tarea de prevención delictiva, así como aquellas evidencias, en papel o electrónicas, que la aplicación práctica del programa vaya generando, asegurando, de este modo, la trazabilidad de la actividad de cumplimiento penal. Sin embargo, en tanto que tales programas deben encontrarse efectivamente vigentes en las dinámicas y actividades de la organización y deben de ser supervisados, actualizados y, en su caso, certificados o auditados por entidades

independientes, la prueba documental resulta insuficiente, debiendo completarse con testificales y periciales que acrediten la vigencia del programa, su carácter dinámico, su capacidad para condicionar el comportamiento de los miembros de la organización y, en definitiva, el compromiso de la entidad con la cultura de cumplimiento de la legalidad que debe regir sus actuaciones.

Por tanto, además de la documental donde se soporte el programa de cumplimiento que habrá que analizar, las vías probatorias apropiadas para acreditar la existencia y vigencia de los controles diseñados en el programa y, particularmente, su incidencia en la estructura organizativa de la entidad, así como en la presunta comisión del delito perseguido, serán también testificales (de empleados o del compliance officer, así como de clientes o proveedores) o periciales (a través de informes de expertos que se pronuncien sobre la idoneidad y la aptitud de los programas a priori para prevenir delitos). Todos estos medios de prueba se muestran, en abstracto, útiles para introducir los programas de cumplimiento en el proceso.

De hecho, cabe afirmar que lo más habitual será que la eficacia del programa de prevención se acredite procesalmente a través de un experto independiente, que actúe en calidad de perito, como por ejemplo, un certificador o auditor de compliance. Así pues, tales profesionales podrían ser llamados al proceso en calidad de peritos, para evacuar un informe y declarar, en abstracto, sobre la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento para prevenir y detectar delitos de la especie del supuestamente cometido. En este sentido, se afirma que las certificaciones de programas de cumplimiento podrían ser consideradas como una prueba pericial anticipada.

No obstante, en orden a los certificados de cumplimiento por organismos especializados, independientes de la entidad, su valor no es en

absoluto vinculante para el juzgador en un eventual proceso penal. Esto se explica, en primer lugar, porque la certificación está en manos de empresas privadas, algunas de las cuales comparten intereses comerciales de diversa índole con las entidades certificadas. En segundo lugar, por la inexistencia de un procedimiento de certificación estandarizado, que obliga al juzgador a valorar casuísticamente como se ha realizado la certificación y el seguimiento de la entidad.

Con la actividad de certificación o verificación de la eficacia de los programas de cumplimiento surge la figura del auditor de compliance. La colaboración público-privada en la certificación de los modelos de prevención de delitos presenta el riesgo de que existan conflictos de interés entre las entidades certificadoras y las empresas que pretenden certificar sus programas. Por eso, resulta muy adecuada, la incompatibilidad señalada en algún sector, en la que se prohíbe a las sociedades certificadoras emitir certificados en favor de sociedades a las que previamente han asesorado en relación con el diseño e implementación del modelo de prevención, así como en favor de otras relacionadas o del mismo grupo que aquellas o de las que integran un grupo empresarial con la propia entidad certificadora. La independencia y la neutralidad del certificador es clave para determinar la calidad y la fiabilidad de estos servicios.

Otra cuestión clave y muy controvertida, como ya se expuso, es la relativa a la carga de la prueba en relación con la idoneidad, la vigencia y la efectividad de tales modelos de prevención. A este respecto, es necesario analizar si es la acusación la encargada de probar que la entidad no ha implementado de forma eficaz el modelo, o si, por el contrario, es la persona jurídica la que debe acreditar que, a pesar de haberse cometido un delito en su seno, desde la organización se actuó diligentemente en la implementación de las medidas adecuadas para prevenir tal acaecimiento. La solución a este problema aparece vinculada, en parte, al entendimiento dogmático de los

modelos de prevención, ya como elementos del tipo penal imputable a las personas jurídicas, ya como circunstancias eximentes de la culpabilidad empresarial.

19) La carga de la prueba sobre la eficacia de los programas de cumplimiento norma

La dificultad de encajar los programas de cumplimiento normativo en alguna de las categorías de la teoría jurídica del delito se traduce en opiniones divergentes en lo que se refiere a la carga de la prueba sobre la existencia y eficacia de tales programas. En este sentido, quienes configuran el incumplimiento de los deberes de prevención como núcleo del injusto imputable a las personas jurídicas o como fundamento de su culpabilidad entienden que es la acusación la que ha de acreditar tal extremo, mientras que aquellos que entienden la existencia de tales programas de prevención y su efectiva implementación en la organización como una circunstancia eximente hacen recaer tal carga en la propia organización acusada.

La FGE sostiene que la construcción de los programas de cumplimiento en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas del CP español remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión, de tal forma que, concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito, los modelos de organización operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad¹⁷⁸. Consecuentemente, correspondería a la persona jurídica acreditar que sus modelos de organización y gestión cumplen con las condiciones y requisitos legales y que son eficaces en su función de prevención delictiva.

En la misma línea, el voto particular a la STS de 29 de febrero de 2016 niega que la ausencia de una cultura de control sea un elemento objetivo del

¹⁷⁸ Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, p. 56.

tipo que deba ser, en todo caso, probado por la acusación. Así pues, la opinión minoritaria recogida en tal resolución afirma que, tratándose de una circunstancia eximente que excluye la culpabilidad, “corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos”, sin que sea exigible imponer a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia ya que esto supondría, según se argumenta en la resolución, configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas, que carecería de justificación.

Otro argumento que conduce a la misma conclusión es el empleado por la FGE refiriéndose a la cuestión de la facilitación probatoria, acercándose a una suerte de teoría dinámica de la carga de la prueba, al situar tal carga en aquel sujeto que, en principio, tiene más facilidades para aportar las evidencias requeridas. En este sentido, la FGE señala que es la propia empresa la que cuenta con los recursos y con mayores posibilidades de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización.

No obstante, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 221/2016, de 16 de marzo, fundamento jurídico 5º; en la misma línea, el Consejo de Estado de España, en un Dictamen aprobado el 27 de junio de 2013 (nº expte. 358/2013), señalan que la acreditación de la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación debería recaer sobre las partes acusadoras, señala la referida sentencia: “en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los

deberes de supervisión”. En la misma línea, STS (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 154/2016, de 29 de febrero de 2016, se señala que “si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión”. Sostiene el TS que “la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran”

En cuanto al encuadramiento dogmático de los programas de prevención de delitos, en la doctrina, se pueden encontrar, así mismo, opiniones encontradas. Por ejemplo, Gómez-Jara Díez, en la línea de la opinión mayoritaria del TS, sostiene que la tipicidad objetiva del injusto típico de la persona jurídica consiste en la organización de la entidad de forma que se superen los niveles de riesgo permitido y en la materialización de tal riesgo en un resultado lesivo, mientras que su culpabilidad se fundamentaría en la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad.¹⁷⁹ Se entiende por este y otros autores que la existencia de un modelo de prevención de delitos eficaz implica la atipicidad de la conducta.

¹⁷⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pp. 105-107.

Otros autores optan por asimilar el defecto organizativo o la falta de control debido a la culpabilidad empresarial, constituyendo aquel el equivalente funcional de este elemento de la teoría jurídica del delito¹⁸⁰.

Por su parte, Nieto Martín sostiene que la función del defecto de organización en la offense, esto es, en la prohibición cuyo incumplimiento se imputa a la persona jurídica, es similar a la de una condición objetiva de punibilidad, como la que cumple en el delito de quiebra alemán la declaración de insolvencia¹⁸¹.

En cualquier caso, de tales opiniones doctrinales se deriva que es la acusación la que debe probar la inexistencia o ineficacia del modelo de prevención.

Sin embargo otra parte de la doctrina, a la que nos sumamos, califica la existencia de un programa idóneo y eficaz como circunstancia eximente de la responsabilidad, cuya prueba recaería, por lo tanto, según reglas procesales generalmente aceptadas, en la defensa.

En este sentido, sostenemos que el fundamento de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, bien se considera de naturaleza mixta por la confusa regulación en el art 31 bis, y según la doble vía de imputación prevista, siendo vicarial para el primer apartado, y responsabilidad por el hecho propio en el segundo apartado, o bien se configura del todo como una responsabilidad propia y directa de la persona jurídica por defecto de organización y supervisión de la misma, en ningún caso vicarial o por transferencia.

¹⁸⁰ En este sentido, el concepto de culpabilidad por defecto de organización (Organisationverschulden) es atribuido, generalmente a TIEDEMANN, K., «Die "Bebüssung von Unternehmen nach dem 2" Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität"», en *Neue Juristische Wochenschrift*, (41) 1988, pp. 1172 y ss.; Los defensores de esta concepción de la culpabilidad empresarial son muy numerosos. Así pues, en la doctrina española, es defendida, entre otros, por BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad Penal Y Administrativa De Las Personas Jurídicas y Programas De Compliance», en *Diario La Ley* (7442), Madrid 2010, p. 4.

¹⁸¹ NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal», en *compliance y teoría del derecho penal*, 2013, p. 39.

No obstante, en esta posición mixta, la distribución de la carga de la prueba varía según quien sea el autor del delito base, por el juego de las presunciones. Así NEIRA, Ana María, sostiene ingeniosamente¹⁸²:

:

- a) Si el delito fue cometido por administradores, representantes con poderes de representación, dirección o supervisión.

Cuando los presuntos autores del delito sean los representantes legales de la entidad, aquellos autorizados para tomar decisiones en su nombre o quienes ostentan facultades de dirección, organización o control dentro de la misma, en principio, de acuerdo con la regulación legal, a la acusación le bastará con probar que tales individuos cometieron el hecho de referencia, actuando en nombre o por cuenta de la entidad y en su beneficio directo o indirecto, sin que se exija específicamente el incumplimiento de los deberes de supervisión y dirección, como ocurre cuando delinquen los subalternos (art. 31 bis 1 b) CP).

En este sentido, cabe afirmar que, cuando quien actúa es un alto cargo, se presume que el delito es expresión, directa o indirecta de la política social del ente promovida por su vértice como consecuencia de la identificación orgánica que se produce entre la persona jurídica y sus órganos, entendidos, respectivamente, como el todo y la parte, y no como dos sujetos diferenciados, sin que ello vulnere la presunción de inocencia de la entidad o el principio de culpabilidad. Tal argumentación parte de que la culpa objetiva o por el hecho de otro no puede entenderse en los mismos términos cuando se habla de personas físicas y cuando se habla de personas jurídicas, en tanto que la ficción que constituyen estas últimas se sustenta, precisamente, en su actuación a través de sus órganos, con lo

¹⁸² NEIRA, A. M., «La efectividad de lo criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», en *Política Criminal: revista electrónica semestral de políticas públicas en materiales penales* (22), 2016, pp. 467-516.

que el acto del administrador o el representante, actuando como tal, resulta inescindible del actuar de la entidad.

La supuesta fricción de tal regla de identificación de la entidad y sus altos cargos con la presunción de inocencia o con el principio de culpabilidad penal quedaría suficientemente superada con la teoría de la identificación orgánica, así como con la excepción que para tal regla general supone el hecho de que la entidad pueda desligar su responsabilidad de las actuaciones de sus representantes, cuando la conducta individual se haya perpetrado como un plan preconcebido para burlar los controles preventivos de la organización (art. 31 bis 2. 3º CP).

En definitiva, este modelo de transferencia de responsabilidad, calificado por algunos de vicarial, está basado en la doctrina del alter ego, en virtud de la cual, a mayor implicación de los altos dirigentes en el hecho criminal, mayor debe ser el reproche de la persona jurídica, por cuanto son aquellos quienes encarnan a la entidad y quienes, en la práctica, diseñan y ejecutan la política empresarial. Esta doctrina se inspira, a su vez, en las teorías organicistas propias del Derecho Administrativo, que identifican la actuación de los altos cargos de la organización con la de la propia organización.

La responsabilidad organizativa se derivaría de la implicación en la comisión del delito de aquellos que tienen, precisamente, el deber de controlar los riesgos delictivos en la entidad.

El fundamento empírico de tal presunción de culpabilidad en contra de la persona jurídica radica en que son los altos cargos de la entidad los responsables de diseñar sus estrategias y políticas, de fomentar una cultura cumplidora de la legalidad en su seno y de asumir la dirección y supervisión de su actividad. Por eso, cuando tales sujetos comenten un delito, difícilmente podrá sostenerse que se han cumplido los deberes de dirección y control o que la entidad estaba comprometida con el

cumplimiento del Derecho. En este sentido, es necesario poner en valor, una vez más, la importancia del compromiso de la alta dirección con la cultura de cumplimiento normativo, para que esta sea tomada en serio y comprendida como una estrategia de la organización.

La FGE señala que “cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía”.

Por su parte, Nieto Martín, desde una perspectiva similar, afirma que la comprobación de la eficacia en abstracto del programa de cumplimiento tiende, sobre todo, a constatar si desde la dirección de la empresa se han hecho esfuerzos serios por crear una cultura de la legalidad y establecer controles apropiados, por eso, cuando los administradores o altos directivos aparecen implicados en el delito, tales esfuerzos de cumplimiento no resultan creíbles y existe una presunción de que la empresa no está correctamente organizada¹⁸³.

En definitiva, para esta autora, la implicación de los altos cargos en la comisión del delito permite presumir, al menos *iuris tantum*, que existe un escaso compromiso de la entidad con el cumplimiento de la legalidad, de lo cual cabe deducir, cuando menos indiciariamente, que el sistema de dirección y supervisión no estaba funcionando de forma adecuada, ya que los encargados de tales tareas habrían actuado de forma contraria a la legalidad. Esto resulta, si cabe más evidente, cuando es el encargado de cumplimiento el que está implicado en la actuación delictiva, supuesto en el cual, difícilmente, podrá quedar la persona jurídica exenta de responsabilidad.

¹⁸³ NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal», en *compliance y teoría del derecho penal*, 2013, pp. 39-40.

De lo dicho hasta el momento, se concluye que, una vez probado que uno de los dirigentes de la entidad cometió un delito en su nombre y en su beneficio, de tal hecho cabe deducir, al menos indiciariamente, que no se cumplieron los deberes de prevención delictiva que incumben a la organización. Ahora bien, tal presunción admite prueba en contrario, por lo que, en tal caso, la entidad, para quedar exenta de responsabilidad, deberá probar que contaba con modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos de la naturaleza del supuestamente cometido, que existía un órgano de control, con poderes autónomos de iniciativa y control respecto de la administración de la entidad y, que el sujeto que cometió el delito lo hizo esquivando las barreras de prevención que la organización tenía implementadas para prevenir o minimizar el riesgo de comisión de delitos en su seno, esto es, que engañó, fraudulentamente, al encargado de prevención.

En definitiva, probada la comisión de un delito por los dirigentes de la entidad, actuando en su nombre y en su beneficio, parece haber indicios incriminatorios suficientes contra la persona jurídica que, cuando menos, exigirían una actuación de la entidad para acreditar la eficacia de su programa de cumplimiento. Así pues, cuando las pruebas de la acusación son
suficientes para requerir una respuesta o una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, de acuerdo con la doctrina del TEDH, si este adopta una actitud pasiva o ejercita su derecho al silencio, de tal comportamiento procesal se puede deducir, en base al sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable. Es esta dinámica de la prueba por indicios la que tiene como consecuencia que, en el caso en que se considere probado que los dirigentes de la entidad están implicados en el delito, se presume la ineficacia del

programa de cumplimiento y que, por lo tanto, su eficacia deba ser acreditada por la defensa.

b) Si el delito fue cometido por los subalternos.

Al contrario de lo que ocurre en el supuesto en que sean los altos cargos de la entidad los autores del delito, cuando quien delinque es un subordinado, esto es, un sujeto sin poder de decisión, control, administración o representación en la entidad, las regulación legal exige probar que su actuación delictiva, además de haberse realizado en el ejercicio de las actividades sociales o por cuenta del ente y en su beneficio, directo o indirecto, ha sido posible por el incumplimiento grave de los deberes de dirección, supervisión, vigilancia o control, por parte de las personas u órganos responsables de tales funciones, atendidas las concretas circunstancias del caso. Esto se traduce en que la entidad sólo responde si, a través de la omisión de sus deberes de control, ha incurrido en un riesgo excesivo que, posteriormente, se ha materializado en la comisión de un delito en su beneficio, por alguno de sus empleados, en el ejercicio de sus funciones en la organización.

La diferencia más relevante en relación con el supuesto anterior radica en que, en este caso, el incumplimiento del deber de control no puede deducirse de la comisión del delito por un miembro de la entidad que no ostenta poderes de administración, dirección o supervisión, ya que, este acto, por si solo, no tiene fuerza indiciaria suficiente para incriminar a la entidad. Por eso, adicionalmente, se requiere una prueba de cargo, específica y suficiente, que acredite la falta de controles en relación con el área de actividad en que presuntamente se cometió el ilícito, la inadecuada o confusa distribución de responsabilidades entre los miembros de la entidad, la falta de supervisión sobre los subalternos, la insuficiencia o inexistencia del sistema de sanciones para quienes

incumplan el modelo de prevención, la carencia de medidas apropiadas para detectar conductas delictivas u otras características de la organización, de las cuales quepa deducir que la entidad incurrió, en el desarrollo de su actividad, en riesgos excesivos que, finalmente, se han materializado en la comisión del delito perseguido. Solo de esta forma, cabe afirmar que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en un hecho propio de la entidad y no en la mera transmisión de la responsabilidad derivada de las actuaciones de sus miembros.

En este caso, por lo tanto, la acusación debe probar la falta de una adecuada supervisión de los sujetos con facultades sobre sus subordinados que, en el caso concreto, haya permitido a estos últimos cometer un delito por cuenta y en beneficio de la entidad. Ahora bien, tal omisión del control debido, aun cuando no pueda determinarse específicamente para la concreta actuación delictiva enjuiciada, puede inferirse de la ausencia de ciertas prácticas, protocolos, rutinas o mecanismos preestablecidos en orden a prevenir la comisión de ilícitos penales.

Por lo tanto, a los efectos de distribuir la carga de la prueba, cuando el autor del delito no es un alto cargo de la entidad, la acusación deberá practicar prueba de cargo suficiente para acreditar ese incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores sobre sus subordinados, ya a través de la verificación de que no existe un programa de prevención de delitos vigente, ya a través de la prueba sobre sus fallas o su falta de idoneidad o eficacia, sin que la comisión de un delito por cualquier empleado sin poderes autónomos de dirección y supervisión resulte evidencia suficiente a tal fin.

Por su parte, la defensa podrá contrarrestar tales pruebas acreditando la existencia de medidas adecuadas de prevención delictiva adoptadas y efectivamente implementadas con anterioridad a la comisión del ilícito.

NEIRA, Ana María ¹⁸⁴, sostiene las siguientes conclusiones sobre la cuestión : Conclusiones.

1. Un programa de cumplimiento normativo eficaz es aquel adaptado a las características de la organización y a los riesgos propios de su actividad, efectivamente implementado en la estructura organizativa del ente, a través de la adaptación de la empresa y de sus actividades a los principios y protocolos de actuación del programa y eficazmente supervisado y actualizado, de forma periódica, por un organismo que actúe con autonomía en relación con el órgano de administración de la entidad.

2. La empresa que cuenta con un modelo de prevención de delitos eficaz, de forma previa a la comisión del delito, pone de manifiesto que gestiona los riesgos propios de su actividad con la debida diligencia, en tanto que no incurre en riesgos excesivos desde el punto de vista penal y cuenta con mecanismos para controlar adecuadamente los riesgos en que incurre con su actividad, luego no debiera responder por los delitos cometidos por sus miembros.

3. La relación que existe entre los deberes de supervisión y control de la entidad, como núcleo del injusto que se le imputa, y la implementación efectiva de un programa de cumplimiento penal, implica que las pruebas orientadas a acreditar la existencia, vigencia y efectividad del programa son pertinentes en un eventual proceso penal en el que se pretenda determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica y que, además, tales pruebas pueden ser de gran utilidad para la defensa.

4. Para introducir los programas de cumplimiento normativo como prueba en un proceso penal es necesario combinar la prueba documental,

¹⁸⁴ NEIRA, A. M., «La efectividad de lo criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», en *Política Criminal: revista electrónica semestral de políticas públicas en materiales penales* (22), 2016, pp. 467-516.

aportando no sólo el diseño del modelo, sino también todos los documentos generados con su implementación y su ejecución, junto con las pruebas testificales de los directivos y trabajadores de la entidad y, en su caso, con las periciales, ya del auditor del programa o del certificador externo, ya del compliance officer u oficial de cumplimiento, que podría ser llamado como testigo o, en su caso, como testigo-perito, en atención a su integración en la entidad acusada y a sus conocimientos técnicos sobre gestión de riesgos, administración y dirección de empresas y compliance penal.

5. La certificación ex ante de la eficacia del programa de cumplimiento por una entidad independiente puede ser valorada como un elemento más a favor del compromiso de la entidad con el cumplimiento de la legalidad pero, en ningún caso, es una prueba autosuficiente de la eficacia del programa, la cual ha de ser valorada libremente por el órgano judicial junto con el resto de las pruebas practicadas en juicio, sobre todo si se toma en consideración que los procedimientos de certificación no se encuentran estandarizados.

Por este motivo, la certificación sólo tendrá validez para acreditar la eficacia del programa cuando sirva para recopilar evidencias que acrediten la efectiva implementación del programa y cuando la entidad certificadora ofrezca garantías de independencia y profesionalidad.

6. Teóricamente, a la acusación le corresponde probar que la persona jurídica, en la gestión de su actividad, ha incurrido en riesgos penales por encima del nivel jurídicamente aceptable y que, como consecuencia de tales riesgos excesivos, alguno de sus miembros ha podido cometer un delito. Acreditado lo anterior, la entidad, para desligarse de la actuación de sus miembros y quedar exenta de responsabilidad, debe probar que puso toda la diligencia debida para prevenir y detectar las conductas delictivas que pudieran producirse en el desarrollo de su actividad, ya a

través de la implementación de un programa de cumplimiento que atienda a los requisitos preestablecidos por la ley, ya a través de otras medidas o instrumentos idóneos para prevenir y detectar irregularidades o infracciones como la supuestamente cometida.

7. En la práctica, ante la dificultad de acreditar procesalmente la relación de causalidad entre el incumplimiento de los deberes de supervisión o dirección que competen a la organización y la comisión del delito, se acude a la prueba por indicios, de tal forma que, acreditado un hecho base o indicio, cabe inferir, a través de un razonamiento deductivo, ya judicial, ya plasmado en la ley, que concurre el hecho consecuencia.

8. El hecho consecuencia que se pretende probar es el incumplimiento relevante de los deberes de control por parte de la entidad, como creador de riesgos delictivos excesivos que, finalmente, se materializan en un resultado lesivo para bienes jurídicos protegidos por la normativa penal. Pues bien, la cuestión que plantea la autora referida es que el hecho base varía según el delito haya sido cometido por los dirigentes de la entidad o por sus subordinados, carentes de poderes de dirección y supervisión.

Cuando son los sujetos con poder de decisión, dirección o supervisión en el seno de la entidad los que han cometido el delito, de tal hecho puede deducirse directamente que ha habido un incumplimiento de los deberes de dirección o supervisión. En tal caso, la ineficacia del programa se infiere indiciariamente o se deduce de la implicación de los altos cargos en el delito. Ahora bien, la entidad puede desacreditar tal presunción si demuestra que los directivos eludieron fraudulentamente sus controles orientados a prevenir y detectar conductas ilícitas, es decir, que quebrantaron las barreras de prevención específicas impuestas por la entidad para evitar la conducta realizada. Cuando, por el contrario, son los subalternos los que cometieron el delito, el ejercicio insuficiente de

las funciones de dirección y control por sus superiores o la insuficiencia o ineficacia de las medidas de prevención y detección de delitos implementadas por la organización, no pueden deducirse, en principio, de la mera comisión del delito por un empleado. Por eso, en este supuesto, será preciso que la acusación pruebe que no existían prácticas, protocolos, rutinas o mecanismos para prevenir la comisión de ilícitos penales o, en su caso, que los existentes eran inidóneos o ineficaces para prevenir delitos como el cometido, debiendo acreditar tal extremo más allá de cualquier duda razonable, a través del interrogatorio de directivos, empleados, así como del requerimiento o incautación de evidencias documentales sobre tales instrumentos preventivos.

9. En cualquier caso, en virtud del principio *in dubio pro reo*, el grado de convicción judicial requerido para dictar una sentencia condenatoria ha de ser suficiente para vencer la presunción de inocencia del acusado y ha de superar el estándar de la duda razonable. Por eso, si tras la práctica de la prueba, útil y pertinente, el juzgador alberga dudas sobre la responsabilidad del ente, ya en cuanto a la concurrencia de la ofensa, incluyendo, en su caso, la infracción de los deberes de dirección y supervisión de la entidad, ya en cuanto a la concurrencia de una defensa excluyente de responsabilidad, como sería la efectiva implementación de un programa de cumplimiento penal idóneo para prevenir el delito cometido, la entidad deberá ser absuelta.

CAPÍTULO XII - CONCLUSIONES

1. Sobre las personas jurídicas responsables

Los destinatarios del artículo 31 bis del Código Penal son entidades que tengan conferida personalidad jurídica conforme al concepto de persona jurídica del derecho privado. Las personas jurídicas instrumentales, es decir, aquellas personas jurídicas con una estructura empresarial prácticamente nula, también se encuentran formalmente comprendidas por el artículo 31 bis al estar prevista su posibilidad de disolución.

Por el contrario, toda organización, por más estructurada y voluminosa que sea, que no cuente con personalidad jurídica se verá derivada al régimen del artículo 129 del CP, y no al art 31 bis CP.

Por tanto, coexisten dos vías distintas según se tenga o no personalidad jurídica, pudiéndose exigir responsabilidad penal para el primer caso, vía at 31 bis y para el segundo solo será posible imponer una consecuencia accesoria, por el art 129 CP

Sin embargo, se estima que:

A.- El artículo 31 bis del Código Penal debería ser interpretado armónicamente con el 297 del mismo cuerpo legal que sí observa como sujetos a las sociedades irregulares o en formación, aunque sean sociedades carentes de personalidad jurídica. Si así fuera a tales organizaciones cabría exigirles responsabilidad penal

B.-También se debería interpretar conjuntamente con el artículo 130.2º, que regula la responsabilidad penal en casos de extinción de la personalidad jurídica, pero continuación de la actividad en el tráfico. Es decir, si la persona jurídica conserva como dice el citado 130.2º su actividad

económica y se mantiene la identidad de la mayoría de clientes, proveedores y empleados, se entiende que existe una casi idéntica estructura empresarial y, por tanto, subsiste la responsabilidad. El legislador parece indicar con esto que es posible una interpretación extensiva, prohibida en el derecho penal.

C.- Además, cabe argumentar que si se han incluido las sociedades instrumentales en el régimen del 31 bis, que carecen de ese sustrato estructural y son simples herramientas para la comisión del delito, deberían incorporarse las entidades carentes de personalidad jurídica con estructura organizativa establecida y un giro en el tráfico mercantil usual. Otra cosa es que la reforma no haya dejado claro lo que entiende por sociedad instrumental, dado que en el artículo 66 bis 2, el legislador, nos dice que estamos ante ella “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”. Lo cual no esclarece mucho, porque una persona jurídica con una amplia actividad legal, pero con una actividad ilegal más “relevante” puede ser disuelta o suspendidas sus actividades por instrumental. Sin embargo, las sociedades instrumentales siempre se han tenido por sociedades vacías de contenido o con muy poco, cosa a la que no hace referencia el precepto.

D.- Por tanto, entendemos que lo determinante para la aplicación de un régimen de responsabilidad penal a entidades o agrupaciones en general debería ser la existencia de una estructura orgánica -unidad económica- y de un patrimonio autónomo, tenga o no personalidad jurídica, tal y como tradicionalmente se ha considerado en países del Common Law o, por ejemplo, en Austria, que ha adoptado un modelo parecido al nuestro. La utilidad práctica de extender el régimen de responsabilidad del artículo 31 bis a entes sin personalidad es obvia no solo por levantar el velo en muchas ocasiones, sino también al poder, por ejemplo, imponer una pena de multa contra un fondo de inversión condenado por blanqueo de capitales, cosa que, con la regulación actual, sería imposible.

2. Conclusiones sobre los administradores de hecho.

Tras la reforma operada por la LO 1/15 se elimina la referencia a los administradores de hecho en la terminología del art 31 bis CP . Su supresión no significa su eliminación absoluta aunque si relativa, lo que divide a la doctrina. Hemos de partir que la terminología no ha sido eliminada del art 31 del CP que la mantiene, de forma que su supresión del art 31 bis es relevante. Si se sigue esta posición restrictiva que supone la desaparición efectiva, del que ejerce funciones materiales de administración sin habilitación formal alguna; por tanto el administrador de hecho, acerca de cuya responsabilidad personal no existen, en principio, dudas de participar en la comisión de algún delito, no podría actuar como fuente de transmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica, al haber quedado al margen del art. 31 bis. Para declarar la responsabilidad de la empresa debería recurrirse entonces, a otras vías, no exentas de dificultades. Así cuando en la decisión delictiva interviene el administrador de hecho, sólo parece posible derivar responsabilidad para la empresa:

a) por los hechos de los administradores formales, cuando puedan considerarse coautores junto con el administrador de hecho, en cuyo caso, a las dificultades de afirmar el condominio del hecho, se suman las relativas a la difícil delimitación entre autoría y participación;

b) por los hechos de los subordinados cometidos bajo las órdenes del administrador de hecho y la pasividad u omisión de los debidos controles de sus administradores formales, aunque al precio de pervertir el significado de la vía de imputación por descontrol.

3. Sobre el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Prima facie, parece que a tenor de lo dispuesto en el art. 31 bis 1 CP parece se opta por el modelo vicarial respecto al hecho de conexión del primer párrafo (responsabilidad penal por los hechos cometidos por representantes o administradores), mientras que en el supuesto del segundo párrafo (responsabilidad por los hechos cometidos por los subordinados) se opta por un modelo de culpabilidad propia de la empresa como consecuencia de la expresa referencia a la omisión del debido control. Sistema vicarial frente a autoresponsabilidad.

No obstante es irrenunciable en nuestro sistema el principio de culpabilidad por lo que sostenemos que ya que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, este principio implica la responsabilidad personal o responsabilidad por el hecho propio de la empresa –o prohibición de la responsabilidad penal por el hecho ajeno o por transferencia. A este respecto, dentro del modelo de responsabilidad o culpabilidad propia, se mantiene el fundamento en el llamado “defecto de organización, que es el que fundamenta la posibilidad de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que si esta bien organizada, si cumple con programas de cumplimiento y con un oficial de cumplimiento, esta en condiciones de quedar exenta . No obstante la mayor parte de la doctrina, mantiene la existencia en nuestro derecho de un modelo mixto de imputación de la culpabilidad de las personas jurídicas, lo que está claro que el fundamento o es un sistema mixto según el apartado a o b del art 31 bis apartado primero, o bien por un modelo por el hecho propio, nunca vicarial o por transferencia en exclusiva.

Por el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica basado en un defecto de organización, conceptuado ficticiamente como hecho propio de la sociedad, permite trasladarle en la medida de lo posible los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de la pena, que constituyen dos principios informadores del derecho penal. Al tiempo, esta concepción dota de solidez a los modelos de compliance como herramienta

de la persona jurídica para acreditar su diligente organización y eximirse de responsabilidad penal.

Para la FGE que mantiene el sistema vicarial, dado que la empresa será responsable por transferencia de un hecho ajeno, la posibilidad de ser eximida de responsabilidad se interpreta bajo la figura de la «excusa absolutoria»: el «acto de la persona jurídica» es típico, antijurídico y culpable siempre que lo sea el hecho base (el delito de la persona física), porque le ha sido transferido, pero podrá no ser punible si adoptó un sistema de cumplimiento eficaz. A consecuencia de la conceptualización del modelo eficaz como una excusa absolutoria, será la empresa la que deba asumir la carga de acreditar la eficacia de los programas de cumplimiento.

Contrariamente, la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero, donde obiter dicta se deja constancia del posicionamiento mayoritario de la Sala en cuestiones de notable relevancia en esta materia. En particular, el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica lo basa en el establecimiento y aplicación de medidas eficaces de control que minimicen el riesgo de comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización y no en la ausencia de una ética de los negocios. Esta, aunque altamente recomendable, no forma parte de los requisitos establecidos por el art. 31 bis CP, y en atención al principio de prohibición de responsabilidad objetiva o automática, será la acusación la que deberá demostrar que el modelo de organización y gestión no era eficaz.

Otros autores que parecen partidarios de entender el artículo 31.bis CP como incardinado en el modelo de autorresponsabilidad penal, confiesan que «si no existe un autor de delito o es declarado no culpable, difícilmente puede haber hecho de conexión» o incluso se ha dicho que el delito cometido por parte de la persona física «constituye una condición objetiva de punibilidad,

a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización».

4. Sobre los delitos susceptibles de responder la persona jurídica.

En nuestro sistema, se opta por un sistema *numerus clausus* de delitos de los que puede responder la persona jurídica, que configuran un elenco cerrado no susceptible de ampliación en virtud del principio de legalidad penal

-	- - -
Delitos	Artículos CP
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quater
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.5
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.5
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328

Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	<u>576</u>

El régimen del art. 129 CP se aplica, por tanto, a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

Delitos	Artículos CP
Relativos a la manipulación genética	162
Alteración de precios en concursos y subastas públicas	262
Negativa a actuaciones inspectoras	294
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Falsificación de moneda	386.4
Asociación ilícita	520
Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas	570 quater

Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros. En todo caso, subyace cierta confusión en el Código Penal sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, que en la selección actual ni siquiera se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas.

5.Imputabilidad.

Elementos objetivos El hecho penal –es decir, la acción- solo se comete por la persona física como se desprende sin ningún género de duda cuando el Código Penal establece que la persona jurídica “será responsable de los delitos cometidos por...”

Además se exige de un lado, que la conducta haya sido realizada en su nombre o por cuenta de las mismas y, de otro, que tal conducta le haya proporcionado un beneficio.

Elementos subjetivos. qué concretas personas físicas son aptas para transferir esta responsabilidad El citado precepto divide en dos estos grupos de personas;

1.Así, de un lado, tenemos los delitos cometidos 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,* antes los administradores de hecho o de derecho, autorizados o con facultades (letra a art 31 bis 1) y, Efectivamente, tras la desaparición de la expresión “administrador de hecho”, de la literalidad del

precepto legal, del art 31 bis, que no del art 31 CP que mantiene la distinción, tras la reforma de LO 1/15, para cierto sector doctrinal supone su desaparición efectiva como sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica; lo que no quiere decir que se les deje de imputar bien via art 31 Cp o via participación como copartícipe

Para la FGE, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los “autorizados para tomar decisiones”, no en el de quienes “ostentan facultades de organización y control”. Otro entendimiento llevaría a la injustificada exclusión de los administradores de hecho del círculo de sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica

2. De otro, los cometidos por las personas físicas sometidas a la autoridad de estos, y cuya comisión delictiva ha sido posible por la falta de haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las concretas circunstancias del caso (art 31 bis 1 letra b). Este segundo grupo representa, sin ningún género de duda, el ámbito en que se incardina la verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica para quienes entienden que el fundamento de la culpabilidad de ésta se asienta en el defecto de organización.

6. Condiciones para la exención

En el apartado 2 del art. 31 bis se formulan las cuatro condiciones que las personas jurídicas deben cumplir para quedar exentas de responsabilidad, aplicables las dos primeras y la cuarta a los dos títulos de imputación y la

tercera solo a los delitos cometidos por las personas indicadas en la letra a), en los términos ya expuestos.

La primera condición del apartado 2 del art. 31 bis es que :*1ª 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;* ello impone al órgano de administración que haya "adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, **modelos de organización y gestión**", que contengan 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. Los requisitos de tales modelos se establecen en el apartado 5 del art. 31 bis.

El oficial de cumplimiento o compliance officer. Se señala como condición 2ª: *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;*

La segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis, que regula el órgano de supervisión o compliance officer, atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra la prevención de delitos

La responsabilidad del compliance officer . El oficial de cumplimiento puede responder a título de autor o participe conforme a la reglas generales,

si bien la FGE y otro sector doctrinal sostiene la posible imputación por la primera vía del art 31 bis apartado a.

Efectivamente, por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado.

Por otro lado, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4ª del art. 31 bis 2).

Se admite, por tanto, la posibilidad de perseguir a los compliance officers por los delitos dolosos o imprudentes cometidos en el seno de la persona jurídica.

La condición tercera 3ª exige la **elusión fraudulenta**, que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

La cláusula de exención sólo será aplicable si, adoptadas todas estas medidas y supervisado el modelo de organización y gestión por un “órgano de vigilancia”, el delito fue posible debido a que su autor eludió fraudulentamente las medidas dispuestas para su prevención. Es decir: si el delito no se cometió debido a que no había medidas preventivas, sino precisamente a pesar de que sí había medidas preventivas.

Finalmente la condición 4ª supone la **diligencia del órgano de vigilancia**, esto es para la aplicación de la exención que 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 2ª.

En las dos vías de imputación recogidas en el art. 31 bis CP, el reconocimiento del carácter eximente del programa de cumplimiento pasa por la valoración de su idoneidad o adecuación para la prevención de delitos.

7. Carga de la prueba

Si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en su defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado que acreditaría una correcta organización, desde el punto de vista jurídico podría entenderse que desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva bien la parte objetiva, o desde otra perspectiva que mantenemos, tal elemento no sería constitutivo de la tipicidad y se trataría de una circunstancia eximente.

De lo que se colige, en la citada sentencia La STS del Pleno 154/2016, de 29 de febrero a diferencia de lo mantenido en la Circular 1/16 referida de la FGE “ que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

A nuestro juicio, debe mantenerse tal posición, no sería un elemento del tipo que incumbiría probar a la acusación, sino una circunstancia eximente que conviene probar a quien la alega. Además no hay motivo para cambiar las reglas generales en materia de prueba para el caso de la

conurrencia de una eximente, en este caso corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y por tanto probarlas ,no la acusación

8..Doctrina jurisprudencial:

Del estudio jurisprudencial existente cabe resaltar los pilares fundamentales sobre los que, hasta el momento, descansa la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas . Son los siguientes:

8.1) Son de aplicación los principios informadores del derecho penal, en especial el principio de culpabilidad por el cual no hay pena sin dolo o culpa. Cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

8.2) La persona jurídica goza, en el proceso penal, de los mismos derechos y garantías que la persona física por lo que podrá alegar, como esta, su vulneración. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado”. Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse “...a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización

8.3) No basta, para la condena de la persona jurídica, la constatación de la comisión de un delito por parte de la persona física —en nombre y en beneficio directo o indirecto de aquella— sino que será preciso la indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales de la entidad que han

posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa.

8.4) Resulta indispensable evitar cualquier conflicto de intereses entre la persona jurídica y la física, cuando esta última, también acusada, represente a aquella en el proceso.

8.5) Independencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica.

8.6) Solo determinados delitos son susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica. Sobre el catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas, no se incluye los delitos contra los derechos de los trabajadores ni la apropiación indebida.

8.7) Fundamento de la imputación de la persona jurídica en el hecho propio ,para condenar a una persona jurídica es precisa la constancia de que la misma no haya adoptado medidas de control eficaces para la evitación de la conducta delictiva en cuestión. La responsabilidad por el hecho propio y no por el hecho ajeno. Autoresponsabilidad frente a responsabilidad vicarial

CAPÍTULO XIII- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO, M., *Derecho civil. Introducción y parte general*, Madrid 2006.

ALBIZU, E., LANDETA, J., *Dirección estratégica de los recursos humanos (2)* Madrid 2011.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto de derecho penal*, Madrid 1997.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona 1998.

BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, pp. 4-30.

BACIGALUPO SAGGESE, S., «La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid 1997, pp. 13-22.

BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad Penal Y Administrativa De Las Personas Jurídicas y Programas De Compliance», en *Diario La Ley* (7442), Madrid 2010.

BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley* (7541) 2011, p.5.

BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad Penal Y Administrativa De Las Personas Jurídicas y Programas De Compliance», en *Diario La Ley* (7442), Madrid 2010, pp. 2-4.

BOCK, D., «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid 2013, pp. 107-124.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español», en *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, pp. 271-288.

CARBONELL MATEU, J. C., «responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Cuadernos de Política Criminal* (101), 2010, pp. 5-34.

CARRETERO SÁNCHEZ, A., «Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Diario La Ley* (7786) 2012.

CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Navarra 2017.

CESANO, J. D., BALCARCE, F. I., «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (56) 2003, pp. 386-432.

COBO DEL ROSAL, M., «Societas Delinquere Non Potest», en *Anales de Derecho* (30) 2012, pp. 1-14.

CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», en *Estudios Penales y Criminológicos* (25) 2015, pp. 919-963.

CUELLO CALON, E., *Tratado de Derecho Penal, y la moderna penología*, Barcelona 1958.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas en La Ley Orgánica 5/2010», en *Enfoque XXI*, Barcelona 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, N° 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (103) 2011, pp. 41-94.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *Diario La Ley* (7670) 2011, pp. 1-12.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español», en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Madrid 2013, pp. 49-102.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., BILBAO LORENTE, M., ALGOERTA BORDA, M., «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», en *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* (87), 2011.

DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/ 2010», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (18) 2011, pp. 1-28.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 2016.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Revista para el análisis del derecho* (1) 2012, pp. 1-33.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, Málaga 2011.

DONAIRES SÁNCHEZ, P., «Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado», en *Derecho y Cambio Social* (31) 2013, pp.1-22.

DOPICO GÓMEZ ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal*, Madrid 2010.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid 2016.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas Jurídicas», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por la LO 5/2010 y la LO 3/2011*, Navarra 2011, pp.65-142.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en *Autorregulación y sanciones*, Valladolid 2008, pp. 200-252.

FERRARA, F., *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid 1921.

FERRI, E., *Sociología criminale*, Roma 1905.

FOUREY GONZÁLEZ, M., «Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la circular 1/2016 de la fiscalía general del Estado», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (43) 2016, pp. 60-75.

GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid 2011.

GARCÍA MOSQUERA, M., «La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad penal del ART. 31 BIS CP Consideraciones en el contexto de la Unión Europea», en *Estudios Penales y Criminológicos* (23) 2011, pp. 321-368.

GIORGI, S., LOCKWOOD, C., GLYNN, M. A., «The Many Faces of Culture: Making Sense of 30 years of Research on Culture in Organization Studies», en *The Academy of Management Annals* (9.1) 2015, pp. 1-54.

GÓMEZ-JARA, C., BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Navarra 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pp. 109-133.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7534) 2010.

GÓMEZ JARA DÍEZ, C., «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid 2011, pp. 19-126.

GÓMEZ MARTÍN, V., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (8) Valencia 2006.

GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S., *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Madrid 2011.

GÓMEZ MARTÍN, V., *Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo*, Madrid 2012.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid 2011.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «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* (7501) 2010.

GUSTAVO AROCENA, A., «Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona acerca del denominado “criminal compliance”* on called “criminal compliance», en *Revista Crítica Penal y Poder* (13) Córdoba 2017, pp. 128-145.

JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires 1950-1970.

JIMÉNEZ DE ASUA, L., *El nuevo derecho penal*, Madrid 1929.

JURADO CABEZAS, D., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, Málaga 2013.

MAGRO SERVET, M., *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención*, Madrid 2017.

MARÍN LÓPEZ, J. J., *Comentarios al Código Civil*, Valencia 2013.

MARTÍNEZ PARDO, V. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista internauta de práctica jurídica* (26) 2011, pp. 61-78.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Pamplona 2011.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General* (9) Barcelona 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho*, Granada 2000.

MORILLAS CUEVA, L., «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», en *Anales de Derecho* (29) 2011, pp. 1-33.

MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP», en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona 2010, pp. 45-71.

MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Estudios de derecho judicial* (155) 2009, pp. 375-414.

MORÓN LERMA, E., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», en *las sanciones penales en Europa*, 2009, pp. 341-398.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Castilla la Mancha 2010.

NEIRA, A. M., «La efectividad de lo criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», en *Política Criminal: revista electrónica semestral de políticas públicas en materiales penales* (22), 2016, pp. 467-516

NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Curso de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2016, pp. 549-570.

NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid 2008.

NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid 2013, pp. 21-50.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La responsabilidad penal en la empresa*, Valencia 2000.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., GOÑI SEIN, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial», en *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid 2011, pp. 95-135.

PEREZ ARIAS, J., *Sistemas de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Murcia 2013.

POLAINO NAVARRETE, M. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Perú 2009.

PLANIOL, M., *Tratado elemental de derecho civil*, Cajica 1984.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona 1982.

QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas», en *estudios de derecho procesal* (115) 2007, pp. 157-198.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Madrid 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, pp. 77-91.

ROBLES PLANAS, R., «El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *Indret: Revista para el análisis de Derecho* (2) 2009, pp. 1-13.

ROBLES PLANAS, R. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Buenos Aires 2015.

ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica», en *Diario La Ley* (7705), 2011.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática», en *Revista Otrosí*. (6) Madrid 2011.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., «Regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho comparado, con especial referencia al derecho europeo», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (112) 2015.

SAVIGNY, M. F. C., DURÁN Y BAS, M., *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid 2004.

SCHEIN, E., *La cultura empresarial y el liderazgo. Una visión dinámica*, Barcelona 1988.

SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de la criminalidad de empresa», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (41) 1998, pp. 529-558.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* (7464), 2010.

TIEDEMANN, K., «Die "Bebüssung von Unternehmen nach dem 2" Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität"», en *Neue Juristische Wochenschrift*, (41) 1988, pp. 1172 y ss.

TIEDEMANN, K., «La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas», en *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg*, 1996, pp. 97-126.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (77) 2010, pp. 3-4.

URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la lo 5/2010: perspectiva de lege lata», en *Estudios Penales y Criminológicos* (32) 2012, pp. 413-468.

VELASCO NÚÑEZ, E., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales», en *Diario La Ley* (7883) 2012.

VELAZQUEZ VIOQUE, D., «Responsabilidad penal de empresas. ¿Cómo probar el debido control?», en *Diario la Ley* (7794) 2012.

VERCHER NOGUERA, A., «La persona jurídica y el sistema de compliance en el código penal. Su aplicación en el contexto ambiental.», en *Diario la Ley* (8823) 2017.

VON IHERING, R., *El fin en el Derecho*, Granada 2011.

VON LISZT, F. R., *Tratado de derecho penal*, Madrid 1929.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (4) Valencia 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español», en *El nuevo derecho penal español : estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Madrid 2001, pp. 35-1302.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en *lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (1) 2010, pp. 313-331.

JURISPRUDENCIA

- Circular 1/10 de la Fiscalía General del Estado
- Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado-
- Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado
- Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado
- Código Civil
- Código de Comercio
- Código Penal (1884)
- Código Penal de 1928
- Código Penal francés
- Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción o el
- Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales
- Corpus Juris europeo
- Directivas 200B/99/CE y 2009/123/CE
- Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto 2003.
- Ley 16/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial,
- Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional.
- Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos
- Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
- Ley 49/1960, de 21 de julio
- Ley 55/1980, de 11 de noviembre
- Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformada mediante la Ley 37/2011
- Ley de Sociedades de Capital
- Ley Orgánica 1/2015
- Ley Orgánica 15/2003
- Ley Orgánica 3/2011
- Ley Orgánica 5/1985
- Ley Orgánica 5/2010,
- Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio
- Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas
- STC 59/2008, del Tribunal Constitucional
- STS 139/1995 del Tribunal Constitucional
- STS 146/1994 del Tribunal Constitucional
- STS 150/1989 del Tribunal Constitucional
- STS 150/1991 del Tribunal Constitucional

STS 164/2005 del Tribunal Constitucional
STS 241/1992 del Tribunal Constitucional
STS 246/1991 del Tribunal Constitucional
STS 246/1991 del Tribunal Constitucional
STS 274/1996 del Tribunal Supremo
STS 44/1987 del Tribunal Constitucional
STS 642/2011 del Tribunal Supremo
STS 76/1990 del Tribunal Constitucional
STS 919/2002 DEL Tribunal Supremo
STS 92/1997 del Tribunal Constitucional
STS 952/2006 del Tribunal Supremo
STS 986/2005 del Tribunal Supremo
STS 64/1988 del Tribunal Constitucional
STS 11/1998 del Tribunal Constitucional