



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal

Presentado por:

Sara Moreno Arias

Tutelado por:

Ángel Sanz Morán

Septiembre de 2015

ÍNDICE

| | |
|--|-------|
| Resumen..... | p. 4 |
| Palabras clave..... | p. 4 |
| Abtrac..... | p.4 |
| Key words..... | p.5 |
| Introducción..... | p. 6 |
| 1-La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anterior artículo 31 bis (redacción del año 2010)..... | p. 12 |
| 1.1 Personas jurídicas a las que se puede imputar un delito. Art. 31 bis 5 CP..... | p. 12 |
| 1.2 Imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Art. 31 bis 1 CP.... | p. 14 |
| 1.2.1. Heterorresponsabilidad v. autorresponsabilidad..... | p. 14 |
| 1.2.2 Primera vía de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas: actuaciones delictivas de los directivos de la persona jurídica..... | p. 16 |
| 1.2.3 Segunda vía de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas: omisión del debido control por parte de los gobernantes de las personas jurídicas..... | p. 18 |
| 1.3 Autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de las personas físicas autoras del delito. Art. 31 bis 2 CP..... | p. 20 |
| 1.4 La culpabilidad de la persona jurídica. Art. 31 bis 3 CP..... | p. 22 |
| 1.5 Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Art. 31 bis 4 CP..... | p. 24 |

| | |
|--|-------|
| 2-Las principales novedades de la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (nuevo artículo 31 bis)..... | p. 29 |
| 2.1. Nuevas figuras delictivas afectadas..... | p. 31 |
| 2.2. La cláusula «en beneficio directo o indirecto»..... | p. 36 |
| 2.3. Los directivos (representantes legales, «quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica» y «quienes ostentan facultades de organización o control»)..... | p. 40 |
| 2.3.1 Los representantes legales..... | p. 40 |
| 2.3.2 “Quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica” y “quienes ostentan facultades de organización y control”..... | p. 42 |
| 2.4. Personas subordinadas..... | p. 45 |
| 3.- Especial consideración de los programas de cumplimiento (modelos de organización y gestión)..... | p. 50 |
| 3.1. Concepto..... | p. 50 |
| 3.2. Estado de la discusión en la redacción original de 2010. El criterio de la Fiscalía General del Estado..... | p. 52 |
| 3.3. Los programas de cumplimiento en la LO 1/2015..... | p. 54 |
| 3.3.1 Requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento (“modelos de organización y gestión”) para operar como eximente o atenuante en el caso de transferencia de las personas incluidas en el art. 31 bis 1.a) CP (representantes legales, personas con capacidad de decidir y personas con facultades para ejercer control)..... | p. 56 |

| | |
|--|-------|
| 3.3.2 Requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento (“modelos de organización y gestión”) para operar como eximente o atenuante en el caso de transferencia de las personas incluidas en el art. 31 bis 1.b) CP (subordinados)..... | p. 59 |
| 3.3.3 Requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento. Art. 31 bis 5 CP...p. | 60 |
| 3.3.4 Atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas..... | p. 66 |
| Conclusiones..... | p. 68 |
| Referencia bibliográfica..... | p. 69 |

RESUMEN

El presente trabajo realiza un estudio acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma operada por la LO 1/2015. Vamos a comparar dicha regulación con la redacción original del art. 31 bis CP, procedente de la LO 5/2010. Asimismo, procederemos a analizar las nuevas figuras delictivas afectadas, así como el conjunto de personas físicas cuya actuación u omisión puede traer como consecuencia responsabilidad penal para la sociedad. Finalmente, centraremos nuestra atención en los programas de cumplimiento, punto en el que la reforma del año 2015 ha incidido con notoriedad ya que, a partir de la misma, ha pasado a constituir una causa de exención de la responsabilidad penal para la empresa cuando se den los requisitos que exige la Ley, lo que constituye una novedad en nuestro Ordenamiento Jurídico.

PALABRAS CLAVE

Persona jurídica, empresa, sociedad, personas físicas, responsabilidad penal, representantes legales, quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, quienes ostentan facultades de organización o control, directivos, subordinados, trabajadores, en beneficio directo o indirecto, en nombre de, por cuenta de, programas de cumplimiento, delito, atenuante, exención.

ABSTRAC

This paper represents an analysis regarding the criminal liability of legal entities in the reform carried out through the Organic Law 1/2015. The aforementioned regulation is going to be compared with the original wording of the Article 31 bis CP, included in the Organic Law 5/2010. Additionally, we will proceed to analyze the new criminal figures affected by the reform, as well as the different natural persons whose actions or omissions could lead to criminal liability for a company. Finally we will center our attention in compliance programs, a key point of the reform carried out in 2015 because from its entry into force this programs have become a cause of exemption of criminal liability when the requisites required by the law occur, what constitutes a novelty in our legal system.

KEY WORDS

Legal entity, company, natural person, criminal liability, legal representatives, people authorized to take decisions representing a legal entity, people holding organizational or control faculties, managers, executives, subordinates, workers, in direct or indirect benefit, in the name of, on behalf of, compliance programs, crime, mitigating circumstance, extenuating circumstance.

INTRODUCCIÓN (IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN)

Es necesario antes de adentrarnos en la cuestión objeto de estudio dar una breve definición de lo que significa en sí el término de delito, en definitiva, lo que hemos de entender por delito en el momento actual.

Tenemos que partir de que una persona solo responde penalmente cuando se le puede imputar objetiva, subjetiva e individualmente su acción, es decir, cuando sea posible verificar que su comportamiento es típico, antijurídico y culpable. Para que un comportamiento humano o una acción humana pueda ser considerada como delito es necesario que la misma esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico y aparezca descrita en un tipo penal¹.

Además, si la finalidad de las normas penales es prohibir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, solo deben estar prohibidas aquellos comportamientos humanos o acciones que sean dolosas o imprudentes que objetivamente sean peligrosas para el bien jurídico. Además, es necesario que el resultado producido sea a causa del peligro que produce la acción y que dicho comportamiento no esté justificado o permitido en ninguna norma².

En tercer lugar, es preciso que el autor del comportamiento en cuestión posea plena capacidad individual para llevar a cabo tal conducta y, a su vez, evitar el resultado a que puede dar lugar dicho comportamiento, es decir, que sea un acto evitable³.

En definitiva, se admite generalmente que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose con frecuencia que sea punible. Por tanto, podemos definir al delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Esta definición tiene dos partes: la primera, la antijuridicidad penal, que exige la tipicidad penal y la ausencia de justificación; y la segunda parte, la imputación personal, que requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal

¹ Zugaldía Espinar, José M.; Pérez Alonso, Esteban J.; Machado Ruiz, M^a Dolores; Maqueda Abreu, M^a Luisa; Marín de Espinosa Ceballos, Elena B.; Mora Sánchez, Juan Miguel; Moreno-Torres Herrera, M^a Rosa; Pérez Alonso, Esteban Juan; Pomares Cintas, Esther; Portilla Contreras, Guillermo; y Ramos Tapia, M^a Inmaculada. *“Derecho Penal. Parte General”*. Tirant lo blanch, 2^a edición, 2004, p. 392

² Zugaldía Espinar, José M.; et al. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 392

³ Zugaldía Espinar, José M.; et al. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 392

de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable, es decir, que tenga capacidad; siendo necesario añadir a estas dos notas la de punibilidad⁴.

Como bien se ha dicho anteriormente, el delito es un “comportamiento humano” o “acción” (aspecto sobre el que es preciso poner nuestra atención) y en el Derecho penal español, como en otras legislaciones, sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos. El artículo 10 Código Penal dice: “*Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”. Por tanto, el comportamiento humano debe ser considerado como un requisito general y necesario exigido por los tipos penales.⁵ Además, tal y como dispone este artículo 10 del Código Penal, solo es delito lo que la ley establece como tal, rigiendo el principio de legalidad (“*nullum crimen, nulla pena sine lege*”).

Todo delito requiere, por consiguiente, el comportamiento de un hombre, por lo que el sujeto de la acción y del delito sólo podría serlo el hombre individual. En definitiva, el núcleo del sistema del delito está formado por el comportamiento humano que se manifiesta al exterior, es decir, que se exterioriza, implicando el mismo la vulneración de una norma jurídico penal que trae consigo la lesión de un bien jurídico protegido, y dicha manifestación hacia el exterior se puede dar de dos formas, o bien a través de la ejecución de un acto de forma positiva (realizando algo que la norma penal tipifica), o bien a través de la omisión, es decir, no realizando los actos que se espera que se realicen⁶.

Históricamente existió la responsabilidad colectiva y en la actualidad la LO 5/2010 incorpora al Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas por primera vez en nuestra historia legislativa⁷.

En el Derecho penal español, la doctrina dominante en España es contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por diversas causas. En primer lugar, argumentan que los principios de culpabilidad y de responsabilidad de las penas impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica a la que se pretende sancionar y obliga a que únicamente respondan de los hechos punibles las personas físicas que los hubieren llevado a cabo⁸. Se dice la dogmática penal carece de los elementos necesarios para que se haga realidad esta responsabilidad de la persona jurídica ya que los

⁴ Mir Puig, S. “*Derecho penal. Parte general*”. Editorial Reppertor, 9ª edición, p.138 y 139

⁵ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p.177

⁶ Gómez Rivero, M^a del Carmen; Martínez Gonzalez, M^a Isabel; y Núñez Castaño, Elena. “*Nociones fundamentales de Derecho Penal parte general*”. Editorial Tecnos, 2ª Edición 2010, p. 145

⁷ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p. 189 y 190

⁸ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p. 195

mecanismos que posee han sido solo concebidos para llevar a cabo la responsabilidad de las personas físicas. Afirma que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, ni de culpabilidad o peligrosidad ni de pena. En segundo lugar, por razones de carácter cultural y tradicional que explica la negativa a abrir nuevos caminos en el ámbito del Derecho Penal.⁹ Además, como antes se ha señalado, el delito es una acción, un comportamiento humano, entonces para un importante número de autores las personas jurídicas carecen de capacidad de acción, pero a su vez, frente a esta línea de pensamiento encontramos diversas alternativas¹⁰.

Con la LO 5/2010 se establece, por primera vez en nuestra historia legislativa, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, la Ley parece otorgar dicha capacidad a estas personas jurídicas. Queda derogado para el Derecho español, de esta manera, el principio “*societas delinquere non potest*”¹¹.

Con la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas tras la LO 5/2010 no se ha modificado el art. 10 del CP, por lo que podemos deducir que para el legislador debe mantenerse una definición de delito común en el Derecho Penal de las personas físicas y en el de las jurídicas¹².

Nos incorporamos así al modelo que acepta sancionar a las personas jurídicas, modelo que goza de una progresiva expansión en el Derecho comparado¹³.

Sin lugar a dudas, la tendencia internacional hacia el establecimiento de este tipo de responsabilidad ha ejercido una importante presión en este sentido. Si a ello, además, se le añade el actual contexto de crisis financiera global, en el que ciertas empresas son percibidas como responsables principales del origen, desarrollo y desenlace de la misma, se dan las claves para la aceptación de esta novedad legislativa. Sin embargo, este cambio no ha sido fruto de la casualidad, sino que atiende a una progresiva concienciación del legislador español respecto de la relevancia de las personas jurídicas en la vigencia real del cumplimiento de la legalidad en la sociedad moderna. En definitiva, el legislador español se

⁹ Zugaldía Espinar, José M.; et al. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 949

¹⁰ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*”. Lex Nova, 1ª edición 2010, p.. 45 y 46

¹¹ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p.200

¹² Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p.. 45 y 46

¹³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p.15

ha dado cuenta de la relevancia que en la sociedad tienen estas personalidades y no pueden pasar indiferentes ante tal situación¹⁴.

Cada vez son más las personas jurídicas que existen en nuestro contexto sociológico, con las que se hacen negocios intercambiando intereses, es decir, que participan en el tráfico jurídico, y dicha participación en la vida cotidiana actual no solo se da a nivel estatal sino que también se da, en algunos supuestos, a nivel mundial. Todos estos intercambios de intereses entre personalidades jurídicas y, a su vez, con personas físicas, va en aumento a causa de la globalización que caracteriza nuestro mundo y vida actual.

Tal y como dice ROXIN: *“las sanciones contra los entes colectivos ya existen actualmente en algunos países y en las formas más variadas. Pero ellas son ajenas al espíritu del Derecho Penal tal como ha sido desarrollado en la tradición europea. Pues la pena siempre se condujo a la culpabilidad individual de una sola persona. Societas delinquere non potest: éste era el principio rector de un Derecho Penal que se mueve de la responsabilidad por el resultado en la Edad Media hacia la imputación individual. Por el contrario, en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en empresas grandes y poderosas; pero también la comercialización de los más variados productos dañinos para la salud será siempre un gran problema del Derecho Penal. No pueden afrontarse eficazmente los peligros que provienen de una gran empresa penando a una sola persona que puede fácilmente ser reemplazada. En cambio, las sanciones vinculadas a un fracaso de organización pueden ser muy efectivas preventivamente”*¹⁵.

Es decir, aunque la persona individual sea el sujeto principal del Derecho penal, ésta no puede asumir los retos que supone la criminalidad organizada, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal económico. En este ámbito, además si a ello se une la globalización económica, las sociedades mercantiles poseen un papel fundamental, de manera que el castigo de dichas sociedades (y no solo de las personas físicas que delinquen en el seno de las mismas) previene a la sociedad de actos que suponen para la misma un grave perjuicio¹⁶.

Por otro lado, según TIEDEMANN: *“una economía de mercado presupone, esencialmente, una actividad empresarial. A ello corresponde la expresión criminológica “corporate crime”:*

¹⁴ Banacloche Palao, Julio; Zarzalejos Nieto, Jesús; y Gómez-Jara Díez, Carlos. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas aspectos sustantivos y procesales”*. Editorial LA LEY, 2011, p. 19

¹⁵ Zugaldía Espinar, José M.; et al. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 947

¹⁶ Zugaldía Espinar, José M.; et al. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 947

consiguientemente, el Derecho Penal económico también se puede comprometer en gran medida como Derecho Penal de la empresa. Y el Derecho Penal de la empresa conduce a la exigencia de castigar no solo a las personas naturales que actúan delictivamente dentro de la empresa, sino a la empresa misma como persona jurídica: frente al Derecho Administrativo sancionador, yo aventuro el pronóstico de que el futuro pertenece al Derecho Penal (sancionador) de la empresa. ¡Nada tiene tanta fuerza como una idea cuyo tiempo ha llegado! (Víctor Hugo)”¹⁷.

Dicho esto, se hace totalmente necesario e inexcusable la regulación de dichas relaciones jurídicas que mantienen estas personalidades en el tráfico jurídico porque, de lo contrario, la sociedad se vería gravemente perjudicada al quedar impunes una serie de conductas que no tiene encaje en los tipos penales recogidos hasta la fecha.

Las realidades y necesidades sociales varían con el tiempo siendo necesario que el Derecho se adapte a la nueva realidad social de momento. En este sentido, el Derecho Penal quiere asumir los retos que se le interpongan en el futuro los cuales son la represión de la criminalidad de los poderosos, que es una criminalidad económica organizada en el que la persona física como tal adopta un papel secundario, pasando a un primer plano la persona jurídica¹⁸.

Parece ser lo más indicado la elaboración de una teoría jurídica del delito perteneciente a la persona jurídica y diversa a la teoría jurídica del delito de la persona física señalando en que casos es lícito imputar responsabilidad penal a una persona jurídica. En definitiva, es necesario formular una teoría jurídica del delito específica de las personas jurídicas y permitir así la adaptación al mundo actual¹⁹.

Dicha adaptación al mundo actual se ha intentado llevar a cabo a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha modificado muy sustancialmente el régimen positivo introduciendo en el Código Penal los arts. 31 ter, 31 quater y 31 quinquies, y modificando el art. 31 bis casi en su totalidad ya que gran parte de su contenido a pasado a formar parte de otros preceptos antes mencionados y se han introducido en el mismo, por ejemplo, causas extintivas de la responsabilidad penal para los delitos de entes colectivos.

Con esta reforma, tal y como dispone la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se “(...) lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de

¹⁷ Zugaldía Espinar, José M.; et al. “Derecho Penal...”. Op. cit., p. 947 y 948

¹⁸ Zugaldía Espinar, José M.; et al. “Derecho Penal...”. Op. cit., p. 949

¹⁹ Zugaldía Espinar, José M.; et al., “Derecho Penal...”. Op. cit., p. 951

junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y 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.

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 actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal. (...)”

Uno de los aspectos relevantes de la modificación ha sido la regulación de los programas de cumplimiento, que no habían sido objeto de regulación hasta la fecha, razón por la que debe de ser objeto de estudio, el cual se hará en el Capítulo III del presente trabajo.

1-LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ANTERIOR ARTÍCULO 31 BIS (REDACCIÓN DEL AÑO 2010).

En la regulación pasada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador español optó por seguir un modelo caracterizado por un “*numerus clausus*” (número determinado de delitos por los que la persona jurídica puede responder penalmente) ya que no todo delito susceptible de ser cometido por las personas físicas puede ser de forma simultánea imputado a entes colectivos, personas jurídicas, sino exclusivamente un grupo concreto de ellos²⁰.

Según el modelo previsto en la LO 5/2010, la responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo se atribuía tanto a personas físicas determinadas que actuaban en nombre de la persona jurídica en cuestión como a dicha persona jurídica en supuestos concretos²¹, es decir, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituía a la responsabilidad de la correspondiente persona física, sino que se acumulaba a ésta, en definitiva, son responsabilidades acumulativas²².

1.1 Personas jurídicas a las que se puede imputar un delito. Art. 31 bis 5 CP.

En relación a este aspecto, el Derecho comparado ofrece tres modelos diversos: Por una parte, los sistemas que permiten la sanción de cualquier clase de organización, sin que haya ningún tipo de restricción a este efecto; por otra parte, aquellos sistemas que establecen en concreto qué clase de organización puede ser sancionada por el Derecho penal; y, finalmente y en último lugar, están los modelos que estiman que solo aquellas organizaciones que se encuentren reconocidas jurídicamente como tales deben ser sancionadas. Desde nuestra opinión, el Código Penal español, aunque parece elegir el tercer criterio establece una serie de matices que nos pueden llevar a tener alguna duda en este aspecto²³.

²⁰ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 18

²¹ Gómez Rivero, M^a del Carmen; et al. “*Nociones fundamentales de Derecho penal...*”. Op. cit., p. 145

²² Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 202

²³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 35

En los anteriores artículos 31 bis y 129, el Código Penal español se refería de forma genérica a las “personas jurídicas” entre las entidades a las que se las podía imputar la comisión de delitos²⁴. Es decir, dichos preceptos no definían lo que se entiende por persona jurídica, aunque tampoco lo hace ningún otro del CP, sin que sea de aplicación el concepto de sociedad que recoge el art. 297 CP para los delitos societarios. Por tanto, es necesario acudir a un concepto extrapenal de persona jurídica²⁵.

Desde nuestro punto de vista son tres los elementos que deben darse para imputar la comisión de un delito a una entidad. Por un lado, que se posea algún tipo de reconocimiento por parte del Derecho, de manera que se pueda mantener su condición de “persona jurídica”, al tiempo que sea posible que se le imputen derechos y deberes. Por otro lado, que tenga pueda afectar al bien jurídico protegido. Por último, que posea capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa, la cual en el sistema posee un papel central, es decir, que tenga un patrimonio autónomo, propio, sobre el que se pueda hacer efectiva dicha sanción²⁶.

En torno a esta cuestión es de importancia hacer referencia al art. 129 del Código Penal español ya que establecía una serie de medidas que se pueden adoptar frente a las entidades que carecen de personalidad jurídica²⁷. En definitiva, dicho precepto resultaba aplicable a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otro tipo de entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica²⁸. Por otro lado, solo excluía la posibilidad de imponer a este tipo de entidades sin personalidad jurídica sanciones de multa y disolución²⁹.

Sin embargo, el Código Penal había optado en el caso en que se pudiese imputar un determinado delito a una entidad o agrupación sin personalidad jurídica que únicamente se le impusiesen medidas accesorias³⁰.

Cabe hacer referencia en este sentido a las personas jurídico-públicas, que tenía su regulación en el artículo 31 bis apartado 5, cuyo tenor literal es el siguiente: *“Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las*

²⁴ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal...”. Op. cit., p.36

²⁵ Mir Puig, S. “Derecho Penal...”. Op. cit., p. 202

²⁶ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal...”. Op. cit., p. 37

²⁷ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal...”. Op. cit., p. 37

²⁸ Banacloche Palao, Julio; et al. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”. Op. cit., p. 51

²⁹ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal...”. Op. cit., p. 37

³⁰ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal...”. Op. cit., p. 38

*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*³¹.

Dicho esto, el Código eligió excluir de la responsabilidad penal a las personas jurídicas de Derecho público y, a su vez, permitir que se sancionen también una serie de conductas realizadas por las mismas. Es posible que sea aceptable este criterio ya que no tiene sentido que el Estado se sancione a él mismo debido a que es el Estado el poseedor del “*ius puniendi*” que permite castigar cualquier conducta ilícita. Este tipo de personalidades jurídicas, por tanto, encontrarían su sanción exclusivamente en el ámbito del Derecho administrativo en este sentido³².

La reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, sin embargo, no hace mención en el art. 31 bis a este aspecto relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de Derecho Público, pasando a ser el contenido del actual y nuevo art. 31 quinquies apartado 1, que también exime de responsabilidad penal a dichas personas jurídicas.

1.2 Imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Art. 31 bis 1 CP.

1.2.1. Heterorresponsabilidad v. autorresponsabilidad.

En líneas generales, el legislador optó por un sistema de imputación mixto, que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno que comete la persona física que actúa en su nombre o representación) y se encaminaba hacia la autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, es decir, responsabilidad de la empresa por el hecho cometido por ella misma)³³.

En favor de la existencia de la heterorresponsabilidad de la empresa o persona jurídica jugaba el hecho de que en la imputación de responsabilidad penal a la sociedad que estaba prevista por la LO 5/2010 es que dicha responsabilidad consistía en que el delito

³¹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 40-42

³² Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 41 y 42

³³ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit, p. 65

haya sido cometido por una persona física vinculada a la persona jurídica, y, además, en beneficio directo o indirecto de la misma (así queda tras la nueva reforma del Código Penal, sustituyendo la expresión “en provecho”)³⁴.

En favor del sistema de autorresponsabilidad jugaba el argumento de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas también era exigible aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31.2 bis CP anterior) y la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física que comete el delito (art. 31.3 bis CP anterior)³⁵.

Por tanto, era indudable que los comportamientos de las personas físicas tienen una relevancia notable inicial para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Podía incluso indicarse que éstos comportamientos de las personas físicas son el desencadenante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁶.

El precepto que recogía el presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el art. 31 bis 1 del Código Penal, precepto que a su vez contenía las diferentes vías de imputación³⁷. En este sentido, por lo que respecta a las vías de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, se ha optado por seguir un sistema de doble vía: Por un lado, la imputación de aquellos delitos que se hayan cometido en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto, por aquellas personas que son sus directivos (art. 31 bis 1, párrafo 1). Por otro lado, la responsabilidad por aquellas infracciones que fueran causa de no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados (art. 31 bis 1, párrafo 2)³⁸.

En definitiva, podemos extraer de la antigua regulación la idea de que existen legalmente tres grupos de personas físicas con capacidad para determinar la responsabilidad de la empresa: Los representantes legales, los “que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica” y los que “ostentan facultades de organización y control

³⁴ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 202

³⁵ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 202

³⁶ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 65

³⁷ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 67

³⁸ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 203

dentro de la misma” (antes los administradores de hecho o de derecho) y cualquier otra persona subordinada a éstos³⁹.

1.2.2 Primera vía de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas: actuaciones delictivas de los directivos de la persona jurídica.

Por lo que respecta a la primera vía de imputación, se trataba de estar ante actuaciones delictivas cometidas por los órganos y representantes de las personas jurídicas por cuenta y en provecho (beneficio directo o indirecto como recoge el actual art. 31 bis 1) de las mismas⁴⁰ tal y como aparece recogido expresamente en el art. 31 bis 1) párrafo 1 CP: *“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 [...]”* Por tanto, debía tratarse de uno de los delitos previstos en la parte especial del Código Penal en el que estuviese regulada expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴¹.

En este precepto lo que se recogía, siguiendo la tendencia internacional, es que quienes dirigían la persona jurídica, que son los representantes legales y *“quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”* y *“quienes ostentan facultades de organización o control”* (los dos primeros grupos o categorías de personas) hubiesen delinquirido en el ámbito de sus competencias (*“en nombre o por cuenta”*) y con la intención de beneficiar a la persona jurídica en cuestión⁴². Por tanto, estamos ante una responsabilidad objetiva por la actuación de otra persona ya que quien debe cometer el delito son los representantes legales y *“quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”* y *“quienes ostentan facultades de organización o control”* (como recoge la nueva regulación) de la sociedad y no la sociedad como tal⁴³.

En la anterior regulación se discutió en cuanto al alcance de las categorías administrador de hecho o de derecho⁴⁴. El alcance de las nuevas categorías que sustituyen a

³⁹ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal...”*. Op. cit., p. 69

⁴⁰ Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 68

⁴¹ Mir Puig, S. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 204

⁴² Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 68

⁴³ Mir Puig, S. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 204.

⁴⁴ Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 68. Conviene hacer una aclaración sobre lo que se conoce como administrador de hecho y administrador de derecho a pesar de no encontrarse ya estas categorías en la nueva regulación. Para

Manuel Gómez Tomillo (*“Introducción a la responsabilidad penal...”*, op. cit., p. 71), el administrador de derecho es aquella persona que determina la legislación. Se encarga de ejecutar las decisiones que adopta la Junta General (o del Consejo de Administración), así como de adoptar las decisiones cotidianas necesarias para el correcto funcionamiento de la sociedad. Además, Santiago Mir Puig en su obra *“Derecho Penal. Parte General”* (p. 205) dice que es aquella persona que posee funciones de administración de la sociedad en virtud de un título válido jurídicamente, por ejemplo, si estamos ante una Sociedad Anónima es necesario que dicho administrador haya sido nombrado por la Junta General de la sociedad en cuestión, de la que va a recibir las funciones de administración. En general, es toda persona que forme parte del órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Por lo que respecta al administrador de hecho, Manuel Gómez Tomillo (*“Introducción a la responsabilidad penal...”*, Op. cit., p. 72) dice que hemos de partir de la idea de que administrar es gobernar o dirigir. Por tanto, el administrador de hecho será aquella persona que dirija o gobierna la persona jurídica sin que sea necesario que dirija a la persona jurídica en su conjunto, es decir, basta para entender a una persona como administrador de hecho con que dirija una parte o sector de la persona jurídica concreta. De esta manera, cualquier persona que formase parte de la persona jurídica y tuviese capacidad para tomar decisiones socialmente relevantes sobre las cuestiones de la sociedad, sería un administrador de hecho. Es decir, hace falta ésta capacidad de mandato sobre la sociedad o un sector de la misma. Por tanto, puede ser una persona que ejerce este poder de forma pública, frente a terceros o puede ser una persona que ejerce este poder en la sombra. En conclusión, se trata de administrar en ámbitos concretos de la actividad social que pueden tener relevancia penal. La obra de Julio Banacloche Palao, et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 70 añade que no es necesario que haya un previo nombramiento o designación de un cargo, solo es necesario que exista un comportamiento hacia el exterior del que se deduzca que posee dicha capacidad de mandato, que se comporten como auténticos administradores de la persona jurídica. Asimismo, podemos encontrar un concepto de administrador de hecho en lo concerniente a los delitos solitarios. Los arts. 290, 293 y 294 CP de la redacción del año 2015 exigen que el sujeto activo sea “administrador de hecho o de derecho” de la sociedad (mantiene la expresión a pesar de ser suprimida en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas). Sin embargo, en éste ámbito la expresión tiene un significado diverso ya que sólo pretende identificar a las personas físicas que han actuado como administradores. En éste campo, el significado del término “administrador de derecho” no plantea dificultades ya que con su uso se persigue designar a aquella persona que jurídicamente actúa como tal en el ámbito de las sociedades. (Vives Antón, Tomás S.; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Juan C.; González Cussac, José L.; Martínez-Buján Pérez, Carlos. *“Derecho penal. Parte especial”*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 608 y 609). En cuanto al término de “administrador de hecho” es utilizado para designar a los que fácticamente dominan la sociedad, a pesar de que jurídicamente no aparezcan en

las anteriores permanece indeterminado a día de hoy, pendiente de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, a pesar de esto, resulta indiferente desde el punto de vista penal la distinción entre ambas figuras puesto que en el orden de consecuencias penales que pueden acarrear sus actuaciones no hay distinción⁴⁵.

1.2.3 Segunda vía de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas: omisión del debido control por parte de los gobernantes de las personas jurídicas.

La segunda vía de imputación se encontraba recogida en el anterior artículo 31 bis 1 párrafo 2 del Código Penal, que establecía que los comportamientos delictivos de los empleados o subordinados de los administradores y representantes legales junto con la existencia de un error de supervisión y vigilancia de dichas personas puede traer como consecuencia el desencadenar responsabilidad penal⁴⁶. Dicho precepto dispone lo siguiente: *“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.”*

Actualmente, con la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el contenido de dicho precepto se traslada al apartado 1, letra b) del mismo art. 31 bis, que dispone lo siguiente: *“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán 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”*. Por tanto, dicho precepto se ha trasladado íntegro a este apartado 1, sin sufrir modificación.

ningún organigrama ni ostenten ningún cargo dentro de la persona jurídica como, por ejemplo, el promotor o apoderado (Muñoz Conde, Francisco. *“Derecho Penal. Parte Especial”*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2010, p. 538). es decir, son aquellos que no poseen facultades formales para actuar en nombre de otro y, sin embargo, tienen capacidad para emitir decisiones de obligado cumplimiento para sus subordinados (Vives Antón, Tomás S., et al. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 609).

⁴⁵ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal...”*. Op. cit., p. 70.

⁴⁶ Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 70 y 71

Se trata de la responsabilidad penal de la persona jurídica derivada de los actos delictivos cometidos por los empleados sometidos a la autoridad o mandato de los representantes legales o directivos de la persona jurídica⁴⁷, es decir, de las personas subordinadas a éstos⁴⁸.

Estamos, en definitiva, ante la tercera categoría, entrando aquí cualquier persona subordinada a las anteriores, lo que comprende a los trabajadores, operarios de la empresa,... sin capacidad de mandato o dirección social. Se trata de simples ejecutores de las decisiones adoptadas por los representantes legales o los administradores en sus dos categorías⁴⁹.

En este supuesto, la Ley ha requerido como necesario un plus para la imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica a causa de la actuación de estas personas y dicho plus es la falta de “grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus actividades” (antes “debido control”) sobre estas personas⁵⁰. El Código Penal establece así expresamente, al igual que en la regulación anterior, un deber de supervisión, control, de las personas con capacidad de mandato, gobernantes de la persona jurídica, respecto de los empleados de la misma y subordinados a ellos.⁵¹ Se establece la exigencia de que dicha actuación delictiva haya sido posible porque las personas que la han llevado a cabo no han sufrido el debido control de sus superiores. Por tanto, si dichos delitos se hubieran producido a pesar de haberse dado ese debido control, no se derivaría de los mismos responsabilidad penal para la persona jurídica⁵².

Además, a parte del requisito anterior, dicho trabajador, empleado, debe actuar “*por cuenta y en beneficio directo o indirecto*” de la sociedad, empresa,... en cuestión, igual que sucede para el caso anterior.

Dicho esto, en otro orden de cuestiones, hemos de determinar el alcance de las personas a las que se les aplica el precepto, es decir, de las personas subordinadas a las que le es de aplicación⁵³.

⁴⁷ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 206

⁴⁸ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 79

⁴⁹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 79

⁵⁰ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 79

⁵¹ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 71

⁵² Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 71

⁵³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit. p. 80

Hay que señalar que es necesario que exista vinculación entre la persona física actuante subordinada (empleado) y la persona jurídica a la que se pretende imputar la responsabilidad penal derivada del delito en cuestión. Sin embargo, dicha vinculación no tiene que concebirse en términos estrictos pues bastaría, por ejemplo, con un contrato de arrendamiento de servicios, es decir, que no tiene por qué ser un empleado de la persona jurídica, contratado de forma directa por la misma. El artículo 31 bis 1 inciso segundo simplemente señala que los hechos desencadenantes de la responsabilidad tienen que ser cometidos por quienes estén “*sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior*”. Entonces, parece entenderse que ese sometimiento a la autoridad se refiere a que exista una subordinación de una persona a otra en su función dirigente de la persona jurídica en el ámbito laboral, por lo que no tiene por qué ser un empleado de la persona jurídica en sentido estricto, no hace falta que exista un contrato mercantil o laboral entre la persona jurídica y la persona física (empleado), simplemente basta con estar sometido a su mandato, dirigido por dicho representante legal o administrador. Puede ser, por ejemplo, el caso de un trabajador de una empresa de trabajo temporal que presta sus servicios en la persona jurídica de que se trate. Independientemente de la relación que tiene el trabajador con la empresa, el hecho acaecido por dicho trabajador es concebido como un hecho de esa empresa y, por esta razón, se la sancionaría⁵⁴. Tiene que estar integrada esa persona en el ámbito de la persona jurídica⁵⁵.

1.3 Autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de las personas físicas autoras del delito. Art. 31 bis 2 CP.

La idea de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es autónoma de la responsabilidad penal de las personas físicas es clave en el sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es el punto de partida de un camino hacia la responsabilidad penal por el hecho propio de las personas jurídicas. En este sentido, tanto el art. 31 bis 2 CP como el art. 31 bis 3 CP anteriores marcaban una tendencia a desvincular la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la responsabilidad penal de las personas físicas, y hacerlas independientes una de otra⁵⁶.

⁵⁴ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 80

⁵⁵ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 206

⁵⁶ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 74 y 75

Disponían ambos preceptos lo siguiente:

“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 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.”

Actualmente, tras la reforma del CP con la LO 1/2015, el apartado 2 y 3 del anterior art. 31 bis se ha trasladado al art. 31 ter, constituyendo su contenido en su integridad.

Dicho precepto dispone: *“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 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.”

Por tanto, el anterior art. 31 bis 2, inciso 1º del CP (que constituye el apartado 1 del art. 31 ter CP actual) desvinculaba de la responsabilidad penal de la persona física, autora del delito, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La persona jurídica respondía cuando se daban los presupuestos del art. 31 bis 1 CP anterior aunque la persona física que hubiere realizado el acto delictivo no haya sido individualizada o separada, o no se haya podido dirigir el proceso contra ella⁵⁷. Esto

⁵⁷ Mir Puig, S. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 207

permitía la apertura de un procedimiento y la imposición de la correspondiente pena sin que se hubiese individualizado la persona física responsable (separado de la persona jurídica), razón por la que los criterios de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica no tenían que tener como base la actuación de una persona física concreta porque, de ser así, sería imposible castigar determinadas conductas. El hecho de que el acto de la persona jurídica es propio con independencia de las actuaciones de la persona física a la que se debe dicha responsabilidad es la manera de que este precepto tenga sentido.⁵⁸

Actualmente, en contraposición con la anterior regulación, los apartados 2 y 4 del presente art. 31 bis recogen unos supuestos de exención que no se encontraban previstos con anterioridad. Por tanto, no siempre responderá la persona jurídica por los delitos cometidos por la persona física ya que, concretamente, el apartado 2, regla 3ª de dicho precepto dispone que “*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención [...]*”. Por tanto, aquí se está separando la actuación de la persona física de la de la persona jurídica.

Un sector de la doctrina considera que, al redactarse así el anterior art. 31 bis, podíamos encontrarnos ante un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica⁵⁹. Sin embargo, el último inciso del anterior art. 31 bis 2 CP (que constituye el actual art. 31 ter 1) estaba permitiendo acumular dos penas: la de la persona física y la de la persona jurídica, como consecuencia de la existencia de un mismo tipo penal. El hecho de que se diese era debido al siguiente motivo: si solo se imputase responsabilidad penal a la persona jurídica, la persona física que comete el hecho delictivo tendría vía libre para actuar saliendo de la línea marcada por el ordenamiento jurídico, es decir, fuera de la ley⁶⁰.

Esta regla que sólo era de aplicación en el caso de penas de multa perseguía evitar que se condene dos veces por un mismo acto (“*non bis in idem*”) para los casos en los que el capital de la persona física y el de la persona jurídica coincidían (caso de pequeñas empresas)⁶¹.

1.4 La culpabilidad de la persona jurídica. Art. 31 bis 3 CP.

⁵⁸ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit. p. 75 y 76

⁵⁹ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 207

⁶⁰ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal...*”. Op. cit., p. 167

⁶¹ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 207 y 208

Por lo que respecta al anterior art. 31 bis 3, en este punto hay que entrar en la cuestión de la culpabilidad de las personas jurídicas.

Conviene resaltar la importancia del principio de culpabilidad en el Derecho penal moderno. Se ha llegado a decir que la culpabilidad es el concepto “por excelencia” del Derecho penal o que es una de las “piedras angulares sobre las que descansa nuestro Derecho penal”. Sin embargo, este principio es objeto de una gran controversia y, en este sentido, tal y como dice Roxin: *“ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible (...) ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad”*. Dicha importancia se debe tener siempre presente a la hora de interpretar las disposiciones del Código relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶².

Podíamos encontrar dicha culpabilidad de las personas jurídicas, en primer lugar, en el anterior art. 31 bis 3 CP, donde se establecía la irrelevancia de la culpabilidad de la persona física para la responsabilidad de la persona jurídica⁶³.

En este precepto se encontraba presente la idea de que la responsabilidad penal de la sociedad no era accesoria de la responsabilidad penal de la persona física autora del delito, y disponía que las circunstancias que afectaran a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad no eran comunicables a la persona jurídica⁶⁴, idea que se sigue manteniendo en la actual regulación, en el art. 31 ter 2 CP, como antes hemos expuesto ya que ha recogido el contenido de este art. 31 bis 3 CP anterior en su integridad.

Hay que entender la culpabilidad en las personas jurídicas en la línea seguida por TIEDEMANN. Conforme con su criterio debe hablarse de culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización, lo que, para el citado autor, guarda relación con el fenómeno de las *“actiones liberae in causa”*, donde se sanciona por la falta de cuidado, no cuando se produce el hecho, sino en un momento anterior⁶⁵.

En este sentido, hemos de entender que la culpabilidad conlleva un juicio de reproche que se formula frente a una persona jurídica porque no ha adoptado las medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. Para la determinación de la culpabilidad de las personas jurídicas es necesario llevar a cabo un juicio de diversos elementos. Por ejemplo, están las

⁶² Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 81

⁶³ Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 81

⁶⁴ Mir Puig, S. *“Derecho Penal...”*. Op. cit., p. 208

⁶⁵ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal...”*. Op. cit., p. 104 y 105

hipótesis en las que el hecho protagonizado por la persona jurídica no se deba a la actuación particular de un sujeto enmarcado en ella, sino a un cúmulo de incorrectas operaciones individuales de personas físicas insertas en la estructura de la propia sociedad de que se trate. En este sentido, es en estos supuestos hipotéticos donde se tienen que tener en cuenta algunos elementos subjetivos de las personas físicas actuantes, u omitentes, como, por ejemplo, la presencia o ausencia de causas de disculpa, inimputabilidad o error de prohibición. Sin embargo, es preciso señalar que la presencia de alguno de estos elementos no excluye la responsabilidad del ente colectivo, ya que, pueden construir dichos elementos un síntoma de deficiente organización. Además, es en la culpabilidad donde debe analizarse el carácter doloso o imprudente de la conducta de la persona física, puesto que el déficit organizativo no es el mismo en un supuesto que en otro⁶⁶.

El criterio de TIEDEMANN ha tenido un gran eco internacional, aunque no está exento de críticas⁶⁷.

Esta culpabilidad como defecto de organización de la persona jurídica que puede tener una eficacia eximente o atenuante de la responsabilidad social, podía tener apoyo en algunos preceptos legales, en concreto, en los anteriores arts. 31 bis 1 y 3 y que hoy podemos encontrar en el art. 31 ter 2. Que quienes ostentan un papel directivo hayan incumplido gravemente “los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus actividades” (“el debido control” con la anterior regulación) es un síntoma inequívoco de un déficit de organización. Si se cumplen de la forma debida dichos deberes de supervisión, vigilancia y control no habrá responsabilidad por ausencia de culpabilidad⁶⁸.

1.5 Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Art. 31 bis 4 CP.

El anterior art. 31 bis 4 CP recogía un catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que disponía lo 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:*

⁶⁶ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal...”*. Op. cit., p. 105 y 106

⁶⁷ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal...”*. Op. cit., p. 106

⁶⁸ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal...”*. Op. cit., p. 141 y 142

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.”*

En la actualidad, tras la reforma con la LO 1/2015, de 30 de marzo, dicho catálogo de circunstancias atenuantes se ha trasladado al art. 31 quater CP con el siguiente contenido: “*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.”*

Por tanto, recoge el contenido del anterior art. 31 bis 4 CP en su integridad, sin haberse producido modificación alguna.

Esta es una enumeración cerrada, es decir, constituye una lista de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “*numerus clausus*”, por tanto, no parece que se les pueda aplicar las genéricas que recoge el CP. Ello implica que, por ejemplo, las personas jurídicas no podrán beneficiarse del atenuante de las dilaciones

indebidas⁶⁹. Sin embargo, resulta cuestionable si cabe aplicar analógicamente “*in bonam partem*” otras circunstancias atenuantes⁷⁰.

La finalidad político-criminal de estas circunstancias atenuantes es fundamentalmente promocional: se trata de implicar a la sociedad en la averiguación de los hechos delictivos cometidos en su seno, la reparación del daño producido por el mismo y la evitación de hechos futuros de naturaleza similar a los ocurridos, ofreciéndole a cambio una atenuación de la pena⁷¹.

Conviene tener presente que todas las atenuantes contenidas hoy por hoy en el Código Penal español (que son las mismas que antes se encontraban previstas en el art. 31 bis 4) son atenuantes existentes en otras legislaciones de Derecho comparado. Por tanto, la experiencia internacional es decisiva en esta materia⁷².

Además, todas las atenuantes responden al fenómeno de la autorregulación regulada en el que el Estado, a la vista de sus propias deficiencias regulativas, permite una autorregulación a las empresas a cambio de que se hagan responsables de las consecuencias derivadas de dicha autorregulación. Si como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, la persona jurídica detecta la comisión del mismo, lo confiesa a las autoridades, lleva a cabo una investigación interna, repara el daño causado, entrega a las autoridades el resultado de su investigación e institucionaliza (o refuerza) su sistema de “*compliance*” (programas de cumplimiento, que constituyen medidas eficaces para la prevención y detección de delitos) la pena a imponer será sustancialmente reducida. Se da así, por tanto, una colaboración entre las organizaciones empresariales y el Estado a la hora de ejercer el “*ius puniendi*”⁷³.

Las atenuantes previstas en las letras a) y c) tanto del anterior art. 31 bis 4 como del actual art. 31 quater, consisten en la traslación literal a las personas jurídicas de las atenuantes previstas para las personas físicas en los arts. 21. 4ª y 5ª CP actual (no ha sufrido

⁶⁹ Banacloche Palao, Julio; et al., “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 89

⁷⁰ Mir Puig, S. “*Derecho Penal...*”. Op. cit., p. 209. Para Julio Banacloche Palao sí debe buscarse dicha aplicación analógica “*in bonam partem*” ya que, para él, resulta cuestionable que se pase el test de constitucionalidad al producir desigualdades el hecho de que a las personas físicas sí que se les puede aplicar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y a las personas jurídicas no (Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 89).

⁷¹ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p. 209

⁷² Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 89 y 90

⁷³ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 90

modificación). Esta circunstancia suscita la duda sobre quien tiene que ser la persona encargada de confesar la infracción a las autoridades (letra a) o reparar el daño (letra c)⁷⁴.

Ambos preceptos que la sociedad realice la confesión o repare el daño “*a través de sus representantes legales*”. Esta circunstancia excluye la aplicación de los mismos (ahora se aplicaría la vigente regulación) en supuestos en los que la actividad requerida sea realizada por trabajadores o, incluso, por “*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*” (con el anterior art. 31 bis: los administradores). No obstante, aunque sea la representación legal de la sociedad la que la debe llevar a cabo, esto no significa que haya de ser necesariamente el representante quien la lleve a cabo en persona⁷⁵.

Por otro lado, las atenuantes previstas en las letras b) y d), tanto del art. 31 bis 4 anterior como del art. 31 quater, son específicas previstas para las personas jurídicas⁷⁶. Tanto una como otra (colaboración y programas de cumplimiento) constituyen probablemente la máxima expresión de la autorregulación regulada y ambas están llamadas a desempeñar un papel fundamental en la aplicaron de este tipo de responsabilidad⁷⁷.

En cuanto la atenuante de colaboración, recogido en la letra b) del art. 31 quater y en la letra b) del anterior art. 31 bis 4, en general ésta acontece o bien mediante la realización de investigaciones internas por parte de la empresa o bien proporcionando a las autoridades todo aquello que éstas vengán requiriendo a lo largo de la investigación. El Derecho penal español va más allá que el Derecho comparado al exigir para que se de la atenuante en cuestión, que la colaboración debe contribuir a esclarecer responsabilidades derivadas de los hechos. Esto significa que puede que exista una máxima colaboración por parte de la persona jurídica pero que las pruebas suministradas se encuentren ya en manos de los órganos encargados de la investigación o que esclarezcan hechos y no directamente las responsabilidades⁷⁸.

⁷⁴ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p. 209

⁷⁵ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p. 209

⁷⁶ Mir Puig, S. “*Derecho penal...*”. Op. cit., p. 209

⁷⁷ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 91. Aquí es preciso señalar que los programas de cumplimiento pueden ser denominados también como programas de prevención penal, tal y como lo hace Santiago Mir Puig (“*Derecho penal...*”. Op. cit., p. 210).

⁷⁸ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 92

Finalmente, por lo que respecta a la atenuante de los programas de cumplimiento, recogido en la letra d) del anterior art. 31 bis 4 del CP y en el actual art. 31 quater d) CP, se trata del establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos. Si el establecimiento de estas medidas de manera previa a la comisión del delito exoneraba a la persona jurídica de responsabilidad, si la implementación se da una vez iniciado el procedimiento, entonces se produce una atenuación de su responsabilidad⁷⁹. Si se produce su implementación una vez iniciado el procedimiento, ésta se debe de dar en todo caso después de la comisión del delito pero antes del comienzo del juicio oral⁸⁰.

Uno de sus aspectos fundamentales es que se trata de prevenir y detectar la comisión de delitos⁸¹.

El estudio de este atenuante se realizará en el Capítulo III del trabajo.

⁷⁹ Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 93

⁸⁰ Mir Puig, S. *“Derecho penal...”*. Op. cit., p. 210

⁸¹ Banacloche Palao, Julio; et al. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”*. Op. cit., p. 93

2-LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Una de las novedades aportadas por la LO 1/2015 que reforma el Código Penal es la modificación parcial del régimen regulador de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Estamos ante una “reformulación”, que es la segunda que se lleva a cabo en esta materia cuando apenas han pasado cuatro años desde su incorporación al Código Penal (estamos haciendo referencia a la Reforma de 2010 operada con la LO 5/2010). Esta modificación, de acuerdo con lo que dice la Exposición de Motivos, se hace necesaria porque la supuesta experiencia ha puesto de manifiesto que la regulación anterior generaba grandes dudas interpretativas⁸².

Tras la reforma operada en el Código Penal con motivo de la elaboración y posterior entrada en vigor de la citada LO 1/2015, se ha modificado esencialmente el contenido del anterior art. 31 bis y parcialmente el art. 66 del Código⁸³, y se han añadido los arts. 31 ter, 31 quater y 31 quinquies, dando como resultado una total reforma de lo que hasta ahora se tenía con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Esta reforma afecta principalmente a dos puntos del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, modifica los criterios de transferencia, lo que afecta tanto a la definición de las personas físicas idóneas para provocar la contaminación penal de la sociedad, como también alcanza al contenido de la noción de “*debido control*”, cuya infracción constituye uno de los elementos que permiten fundamentar la responsabilidad penal de una persona jurídica. El sistema se completa con la descripción de “*modelos de organización y control*”, cuyo cumplimiento eficaz podrá general la exención de responsabilidad criminal de la empresa. Y, en segundo lugar, a su ámbito de aplicación, que se extiende a las *Sociedades Mercantiles Estatales*⁸⁴.

Con el fin de lograr este objetivo, se amplía considerablemente la regulación dedicada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la que se añaden los cuatro

⁸² Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma penal de 2015*”. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 77

⁸³ González Cussac, José L.; Matallín Evangelio, Ángela; y Górriz Royo, Elena. “*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*”. Editorial Tirant lo blanch, 2015, p. 156

⁸⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 156

artículos anteriormente señalados. Para comprender mejor la magnitud del cambio hay que hacer una comparación entre la regulación nueva y la del 2010. Así, mientras en la regulación del 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparecía regulada en un único precepto, el art. 31 bis, actualmente dicha regulación se contiene en cuatro artículos: arts. 31 bis, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. Sin embargo, este incremento no significa que se haya dado una transformación en el contenido de forma total, sino que nos encontramos junto a modificaciones sustantivas simples cambios de numeración que reproducen literalmente el texto anterior⁸⁵.

En primer lugar, para comenzar con esa comparación, el nuevo art. 31 bis modifica profundamente los criterios de transferencia y los sujetos responsables, contenidos en el apartado 1 del art. 31 bis conforme con la redacción de 2010. Afecta al contenido de la noción de “debido control”, cuya infracción constituye uno de los elementos que permiten valorar la responsabilidad penal de una persona jurídica. Vinculado con estas dos modificaciones, se describen las características de los “*modelos de organización y control*”, cuyo cumplimiento puede exonerar, o atenuar, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (nos estamos refiriendo a los programas de cumplimiento)⁸⁶.

En segundo lugar, el nuevo art. 31 ter, como he señalado anteriormente, reproduce literalmente los apartados 2º y 3º del art. 31 bis del 2010, relativo a las reglas de perseguibilidad⁸⁷. Declara el apartado primero de este precepto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible “*aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no hay sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”. El apartado dos de este precepto aclara que para el caso en que circunstancias personales de la persona física no hagan posible la incriminación no se excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo art. 31 quater⁸⁸.

En tercer lugar, el nuevo art. 31 quater también reproduce de forma literal el apartado 4º del art. 31 bis original, relativo a las circunstancias atenuantes específicas, aspecto también señalado con anterioridad⁸⁹. En este punto, el Doctor Julián Sánchez Melgar, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, apunta que se mantiene la

⁸⁵ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 156 y 157

⁸⁶ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 156 y 157

⁸⁷ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 157

⁸⁸ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 2

⁸⁹ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 157

mención de que “solo” 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 actividades señaladas en dicho precepto, cuando es obvio que no pueden ser “solo” esos comportamientos ex post facto, ya que existen otras atenuantes que pueden concurrir como es el caso de las dilaciones indebidas.

Finalmente, y en cuarto lugar, el nuevo art. 31 quinquies introduce cambios respecto del apartado 5º del art. 31 bis anterior, que a su vez ha sido reformado desde 2010 por la LO 7/2010, en relación a los partidos políticos y sindicatos como sujetos ahora no excluidos. En el nuevo texto se amplía el ámbito de aplicación, que se extiende a las *Sociedades Mercantiles Estatales*⁹⁰.

Por último, conviene señalar que las vías de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han permanecido intactas tras la reforma, siendo estos dos títulos de imputación los siguientes: los delitos cometidos en representación de la persona jurídica, y delitos cometidos como consecuencia del descontrol culpable de sus empleados⁹¹. Por tanto, es preciso hacer un estudio sobre estas dos figuras ya que, a pesar de mantenerse los títulos de imputación de la redacción del 2010, las figuras a partir de las cuales se puede provocar la responsabilidad penal han sido objeto de modificación.

2.1 Nuevas figuras delictivas afectadas.

La LO 1/2015 ha introducido una serie de modificaciones que han afectado a las figuras delictivas que daban lugar a responsabilidad penal de las personas jurídicas que teníamos hasta la fecha y a la vez se ha ampliado dicho catálogo de figuras delictivas que dan lugar a ésta responsabilidad con el fin de conseguir una mayor adaptación a las necesidades actuales y así dotar de una mayor protección a la sociedad ya que, hoy en día, son muchas las personas jurídicas existentes.

Con la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas se circunscribía al siguiente catálogo de delitos (con los respectivos preceptos en los que se encontraban regulados en el anterior Código Penal): delito de tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis CP); delito de trata de seres humanos (art.

⁹⁰ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 157

⁹¹ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 2

177 bis CP); delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 189 bis CP); delitos contra la intimidad y allanamiento informático, estafas y fraudes del artículo 251 (art. 251 bis CP); delito de insolvencias punibles (art. 261 bis CP); delito de daños informáticos (art. 264 CP); delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288 CP); delito de blanqueo de capitales (art. 302 CP); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis CP); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP); delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319 CP); delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328 CP); delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP); delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348 CP); delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas (art. 369 bis CP); delito de falsedad en medios de pago (art. 399 bis CP); delito de cohecho (art. 427 CP); delito de tráfico de influencias (art. 430 CP); delito de corrupción de funcionario extranjero (art. 445 CP); y, delito de financiación del terrorismo (art. 576 bis CP)⁹².

Además, a mayores de los delitos antes mencionados, se recogían otras infracciones en las que los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal remitían a las medidas del art. 129 del anterior CP, artículo que también ha sufrido modificaciones a causa de la LO 1/2015 y que también, tras esta reforma, sigue regulando dichas infracciones⁹³. Dispone éste nuevo art. 129 CP lo siguiente: *“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.

⁹² Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p. 56: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

⁹³ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado p. 56: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

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.”

Con la LO 1/2015, el catálogo de figuras delictivas incluido en el Código Penal que son susceptibles de cometer las personas jurídicas ha variado. Se ha introducido, con la nueva redacción del Código Penal, en dicho catálogo un nuevo delito, el delito de financiación ilegal de partidos políticos, regulado en el art. 304 bis CP que dispone: *“1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.*

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

Además, a este delito nuevo por el cual pueden ser responsables las personas jurídicas, se añaden otra serie de hechos delictivos para los cuales ya estaba prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la redacción del año 2010 y que, sin embargo, dichos preceptos que regulan estas figuras delictivas también han sido objeto de modificación. Estos delitos a los que nos referimos son los siguientes: delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP); delito de frustración en la ejecución (arts. 257 a 258 ter

CP), siendo preciso aclarar que la nueva redacción del Código Penal mantiene el capítulo que versa sobre las insolvencias punibles pero extrae del mismo y reubica en un nuevo capítulo Capítulo VII, del Título XIII, del Libro II, el delito de alzamiento de bienes y demás delitos de frustración de las ejecuciones, razón por la que encontramos esta diferencia terminológica en relación con la redacción anterior; delito de insolvencia punible (arts. 259 a 261 bis CP); delitos informáticos (arts. 264 a 264 quater CP); delitos relativos a la propiedad intelectual (arts. 270 a 272 CP); delitos relativos a la propiedad industrial (arts. 274 a 276 CP); delitos de corrupción en los negocios (arts. 286 bis a 286 quinquies CP); y, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente(arts. 325 a 328 CP)⁹⁴.

En tercer lugar, existe un grupo de figuras delictivas existentes ya con anterioridad a la LO 1/2015 en nuestro Derecho positivo pero que, sin embargo, para los cuales no se encontraba prevista responsabilidad penal para las personas jurídicas. Dichos delitos son los siguientes: delitos contra la salud pública (arts. 359 a 366 CP); delito de falsificación de moneda (art. 386 CP); y delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. (arts. 510 y 510 bis CP)⁹⁵.

En cuarto lugar, hay un grupo de figuras delictivas para las cuales ya se encontraba prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero que, sin embargo, la reforma operada por la LO 1/2015 solo supone una mejora técnica. Dichas figuras delictivas son las siguientes: delito de prostitución y corrupción de menores (arts. 187 a 189 bis CP); delitos contra el mercado y los consumidores (arts. 278 a 286 CP); y el delito de cohecho y tráfico de influencias (arts. 420 a 430 CP)⁹⁶.

Finalmente, hay un grupo de delitos para los cuales también se recoge responsabilidad penal de las personas jurídicas pero que no han sufrido alteración con la reforma. Este grupo de delitos es el siguiente: delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis CP); delito de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 197 ter y 197 quinquies CP); delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318 bis CP); delito de estafa (arts. 248 a 251 bis CP); delito de blanqueo de capitales

⁹⁴ <http://www.dpoitlaw.com/nuevos-delitos-para-los-que-esta-prevista-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> y LO 1/2015

⁹⁵ <http://www.dpoitlaw.com/nuevos-delitos-para-los-que-esta-prevista-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> y LO 1/2015

⁹⁶ <http://www.dpoitlaw.com/nuevos-delitos-para-los-que-esta-prevista-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> y LO 1/2015

(art. 302 CP); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 CP); delito relativo a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP); delito de riesgo de estragos (art. 348 CP); delito de tráfico de drogas (arts. 368 y 369 bis CP); delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP); delito de divulgación de Patente Secreta (art. 277 bis CP); delito de captación de fondos para el terrorismo (art. 576 bis CP); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305 a 309 y 310 bis CP); y delitos contables (art. 310 y 310 bis CP)⁹⁷.

Para concluir, la redacción del 2015 modifica el art. 33.7 CP, precepto donde se recogían las penas a imponer a las personas jurídicas en el caso de que sea posible imputarlas responsabilidad penal, quedando redactado de la siguiente manera: “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

⁹⁷ <http://www.dpoitlaw.com/nuevos-delitos-para-los-que-esta-prevista-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>

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.”

2.2 La cláusula “en beneficio directo o indirecto”.

El Código Penal ha introducido la exigencia de que se actúe “en beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica. Con anterioridad a la LO 1/2015, la Ley usaba la expresión “*en provecho*”⁹⁸. Por tanto, sustituye el legislador el término “*en su provecho*” por “*en su beneficio directo o indirecto*”. En principio se trata simplemente de una mejora técnica que permite ampliar los supuestos de responsabilidad⁹⁹ pero, sin embargo, entendemos que el cambio terminológico no resulta muy relevante ya que “beneficio” y “provecho” constituyen dos conceptos muy próximos desde una perspectiva lingüística, como es posible apreciar si acudimos al diccionario de la RAE, donde se hace una equiparación de ambos términos¹⁰⁰.

La expresión “*en provecho*” se utiliza en otros preceptos del Código. Sin embargo, como ya advirtió el Consejo de Estado al dictaminar la reforma de 2010 del art. 31 bis, esta expresión posee una diversidad de acepciones que nos lleva a dudas interpretativas, puede referirse a actuar para conseguir un determinado beneficio o, incluso, a la obtención de un beneficio económico para el actor. En el caso de mantener esta última interpretación, la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedaría circunscrita a que estas últimas percibiesen un rendimiento económico positivo como consecuencia de los comportamientos delictivos de las personas físicas especificadas en el Código¹⁰¹.

Dicha restricción interpretativa no se ajusta a los fines perseguidos con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que el uso de la

⁹⁸ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición 2015, p.115

⁹⁹ González Cussac, José L.; et al., “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 178

¹⁰⁰ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 115 y 116

¹⁰¹ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 179

expresión “*en provecho de*” no solo excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos en los que una persona física actúa únicamente en su propio beneficio o interés, sino que también deja fuera de juego los casos en los que la persona jurídica obtiene una ventaja de forma indirecta, como por ejemplo una ventaja competitiva¹⁰². Con la expresión en “*beneficio directo o indirecto*” no solo estamos captando un beneficio económico, sino que se está incluyendo cualquier otro elemento menos tangible, como el prestigio social (beneficio directo), y también aquel beneficio obtenido por el ahorro de costes (beneficio indirecto)¹⁰³.

Por tanto, la introducción de la expresión “*en beneficio directo o indirecto de las mismas*” trae consigo una ampliación del ámbito típico del art. 31 bis. Dicha ampliación debe ser objeto de una valoración positiva en la medida de que se ajusta mejor a las finalidades perseguidas en esta materia y demandadas por la Unión Europea. En este sentido, con la redacción actual, se permite calificar como conducta típica a los beneficios consistentes en cualquier tipo de ahorro de costes para la empresa y, también, calificar como relevante el beneficio indirecto obtenido a través de un tercero interpuesto (cadenas de sociedades)¹⁰⁴.

Sin embargo, con independencia del alcance de la expresión “en beneficio directo o indirecto”, es posible apreciar la existencia de equivocidad. Este requisito puede ser interpretado subjetiva u objetivamente e, incluso, dentro de cada uno de estos bloques también cabe la posibilidad de detectar diversas alternativas¹⁰⁵.

En cuanto a la interpretación subjetiva, sería suficiente con que el administrador, mando intermedio u operario de la empresa en cuyo seno se lleva a cabo el hecho delictivo actuase con la idea de que favorecería a la sociedad, es decir, “*en beneficio directo o indirecto*” equivaldría a la indemnición del sujeto actuante de beneficiar a la empresa. Sin embargo, si el legislador hubiera querido dotar a la expresión dicho sentido subjetivo, probablemente hubiese optado por una redacción alternativa como, por ejemplo, “con la intención de beneficiar” o “para beneficiar”. Además, se encontrarían las dificultades de prueba de los elementos subjetivos, junto con la idea de que resultan de la intención interna del sujeto, la cual es ajena al Derecho penal. Finalmente, no son claras las razones por las que los

¹⁰² González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 179

¹⁰³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 116

¹⁰⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 179

¹⁰⁵ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 116

motivos del sujeto actuante, u omitente, deban ser un factor decisivo en la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica para la que trabaja¹⁰⁶.

Por otro lado, cabe interpretar la expresión “*en beneficio directo o indirecto*” de forma objetiva. En este segundo bloque es posible diferenciar, a su vez, dos maneras de interpretación: como la exigencia de constatación del efectivo beneficio, o como la efectiva tenencia de la acción a conseguir ese provecho¹⁰⁷.

En el primer supuesto, si la Ley exige el efectivo beneficio, cuando la acción u omisión objetivamente perjudique a la empresa, no podría serle imputada a la persona jurídica. Una situación que encajaría en esta hipótesis sería el caso de los trabajadores de una empresa que por su cuenta realizan un vertido de purines, cuando sus directivos ya habían pactado la venta de los mismos a otra compañía dedicada a la fabricación de abonos agrícolas o a la generación de electricidad. Sin embargo, probablemente no tiene mucho sentido una interpretación que requiriese el efectivo beneficio para la sociedad por múltiples motivos como, por ejemplo, el que lleva a cabo la actuación u omisión no puede calcular óptimamente las consecuencias de su conducta que, sin embargo, determina un resultado socialmente muy lesivo¹⁰⁸.

Nos inclinamos por entender que cuando la Ley exige que la acción u omisión se lleve a cabo “*en beneficio directo o indirecto*” de la persona jurídica, se está refiriendo a la objetiva tendencia de la acción a conseguirlo. Se estaría exigiendo la constatación de la idoneidad “*ex ante*” de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese algún tipo de beneficio relacionado con dicha conducta. Habría que recurrir al criterio de un espectador objetivo para la verificación de este hecho. La Ley requiere que se trate de un hecho de empresa que carezca de sentido¹⁰⁹.

Es importante señalar la estrecha conexión que existe entre este requisito y el requisito de cometer el delito “*en nombre o por cuenta*” de la persona jurídica¹¹⁰.

¹⁰⁶ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 116 y 117

¹⁰⁷ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 118

¹⁰⁸ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 118

¹⁰⁹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 119 y 120

¹¹⁰ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 180

La Ley no se satisface con la actuación u omisión de cualquier individuo físico enmarcado en la estructura social de una empresa para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. Es necesario que dichas acciones u omisiones tengan un sentido social¹¹¹.

En la redacción anterior, “*en nombre*” y “*por cuenta de*” se trataba de dos requisitos diversos. Con la nueva redacción, debe entenderse que la concurrencia de dichos requisitos es alternativa entre sí y cumulativa con la exigencia de actuación en “*beneficio directo o indirecto*”¹¹².

En primer lugar, la Ley exige que la persona física actúe “*en nombre*” de la persona jurídica. Dicha exigencia estaría presente cuando se tiene habilitación formal para actuar por la persona jurídica. Dicha concepción es reforzada por el art. 31 bis 1. a) donde se hace referencia a quienes “*están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*”. Por tanto, debe ser la persona jurídica la que asuma los efectos derivados del hecho. Esto explica que los trabajadores sin poder de decisión puedan actuar “*por cuenta*” y no “*en nombre*” de la persona jurídica para la cual trabajan ya que no va a ser deducible de su posición el que puedan comprometer a la sociedad¹¹³.

En segundo lugar, cuando se actúa u omite “*por cuenta*” de la persona jurídica, supone carencia de un poder formal habilitante, pero implica una actuación material del dirigente o del trabajador, cuando un tercero, objetivamente, creería que el sujeto poseía autorización de la sociedad¹¹⁴.

En estos casos sigue existiendo la posibilidad de imputar objetivamente responsabilidad penal a la persona jurídica. Sigue existiendo un hecho de empresa imputable a ésta, la cual, sin embargo, puede eximirse de la pena si en el caso concreto no existió culpabilidad a causa de una ausencia de defecto organizativo, por lo que no habría responsabilidad penal objetiva¹¹⁵.

¹¹¹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 112

¹¹² Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 113 y 114

¹¹³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 114

¹¹⁴ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 114

¹¹⁵ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 114 y 115

2.3 “Los directivos (representantes legales, “quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica” y “quienes ostentan facultades de organización y control”).

En el apartado 1º a) del nuevo art. 31 bis CP se introducen notables cambios en la definición de las personas físicas idóneas para contaminar y transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica. Concretamente, se sustituyen los términos “representantes legales o administradores de hecho o de derecho”, por otros cuyo ámbito de aplicación es más amplio: “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”¹¹⁶. Por tanto, una diferencia que se puede apreciar en la nueva regulación respecto de la anterior es este cambio de terminología.

El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de Junio del 2013 critica esta modificación porque “no consta en el expediente cuáles son los motivos para sustituir un término relativamente claro, consolidado en la legislación penal y mercantil y ampliamente interpretado por los Tribunales, por una refacción que peca de excesiva complejidad y que podría introducir cierta inseguridad jurídica”, por lo que el propio Dictamen propuso la denegación de la modificación de la terminología hasta entonces empleada pero dicha propuesta no tuvo éxito¹¹⁷.

2.3.1 Los representantes legales.

En cuanto a los representantes legales, se incluye en ésta categoría a todo sujeto que formalmente tenga poder para vincular jurídicamente a la entidad con sus decisiones, con independencia del título en virtud del cual tenga ésta capacidad, ya sea por delegación u originariamente (porque lo determine la legislación). Por tanto, los administradores de derecho, aunque no sólo ellos, son representantes legales. Se incluiría en éste grupo al Consejo de Administración, a la comisión ejecutiva, a los administradores únicos, solidarios, mancomunados, al consejero delegado, etc¹¹⁸.

¹¹⁶ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 164

¹¹⁷ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 164

¹¹⁸ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Op. cit., p. 100 y 101

Esto significa que es posible que una sociedad sea administradora de otra, lo que acarrearía complejos supuestos de responsabilidad penal. No obstante, en la medida en que una sociedad es administradora de otra debe, a su vez, nombrar a una persona física que desempeñe materialmente las funciones de administrador, por tanto, es posible incluir este supuesto en el art. 31 bis CP¹¹⁹.

Llegados a este punto, es preciso señalar que el problema no deriva del mantenimiento de la expresión “*representantes legales*” ni de la expresión “*administradores de derecho*”, puesto que es un concepto pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, y que se ha comprendido como un término normativo jurídico, interpretado conforme con la correspondiente legislación extrapenal. Por tanto, hemos de concluir que el problema estriba en la expresión “*administrador de hecho*”, siendo la incertidumbre e insuficiencia de la noción del mismo la posible razón de que se de este cambio legislativo¹²⁰.

Además, con la nueva regulación, ya no es posible para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica el simple “*interés*” del sujeto que ejecutada acción por cuenta de la persona jurídica si dicho sujeto carece de representación o poder de actuación en la misma, lo que viene a significar que no es posible exigir responsabilidad penal a una persona jurídica por la actuación de una persona que carezca totalmente de poderes de administración o dirección, salvo que dicha persona jurídica, a través de sus representantes legales, haya ratificado dicha actuación, ya sea de forma expresa o tácita¹²¹.

En la regulación del año 2010, el administrador de hecho debía serlo con plenas facultades decisorias en el círculo empresarial en el que actuaba. Como ha declarado la jurisprudencia, el administrador de hecho debía de participar de forma activa, permanente y no sujeto a aprobación en la gestión y dirección de la sociedad. Para ello, el administrador de hecho debía desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad del nombramiento¹²².

En definitiva, el término administrador de hecho resultaba debatido y además, en su aplicación, se habían impuesto tesis restrictivas, por lo que había necesidad de cambiarlo

¹¹⁹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 101 y 102

¹²⁰ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 164 y 165

¹²¹ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 3

¹²² Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 3

por otro con un contenido más amplio y que traspusiera de la forma más fiel el concepto utilizado en la normativa europea, es decir, era necesario un término que se adaptase mejor a lo recogido en la normativa europea. En este sentido, la duda a despejar ahora es si con la fórmula empleada en la LO 1/2015 se ha conseguido este objetivo¹²³.

En todo caso, se mantiene como presupuesto la previa comisión de delitos “*cometidos en nombre o por cuenta de*” las personas jurídicas y “*en su beneficio directo o indirecto*” por parte de alguna de las personas físicas¹²⁴. Por tanto, al igual que sucedía antes de la reforma, se puede concluir que el legislador está partiendo de una ficción legal, las personas jurídicas van a ser responsables penalmente “*de los delitos cometidos*” no por tales personas jurídicas sino por sus “*representantes legales o por aquellos que (...)*”, es decir, la persona física tiene que haber cometido el tipo penal¹²⁵. Estas personas físicas que deben realizar el acto desencadenante de la responsabilidad penal de la persona jurídica se pueden agrupar en tres niveles¹²⁶.

Primero, los que ostenten el poder de representación legal, término que se equipararía literalmente a las exigencias de la normativa europea. Sin embargo, el término “*representantes legales*” no deja de ser un concepto extraño en nuestra legislación mercantil. Se trata de un concepto de origen anglosajón, por tanto, no se adapta a la legislación mercantil española en materia de sociedades puesto que se refiere a *representantes orgánicos* y a *representantes voluntarios*. En este sentido, la discusión en el ámbito penal puede surgir respecto de algunos representantes voluntarios como los apoderados singulares o los colaboradores independientes del empresario, que plantean la duda de si pueden considerarse representantes legales a efectos del art. 31 bis CP¹²⁷.

2.3.2 “*Quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*” y “*quienes ostentan facultades de organización y control*”.

¹²³ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 166

¹²⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 166

¹²⁵ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 4

¹²⁶ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 166

¹²⁷ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 166

Las expresiones “*quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*” y “*quienes ostentan facultades de organización y control*” son compatibles tanto con una interpretación formal como con una material¹²⁸.

En primer lugar, cabe entenderlas en un sentido formal, lo que exigía para su apreciación un acuerdo del consejo de administración de la sociedad u órgano análogo, o un contrato legalmente suscrito entre la entidad y la persona física concreta¹²⁹.

En segundo lugar, pueden ser objeto de una interpretación material, en cuyo caso se encontrarían captados, además, los administradores de hecho¹³⁰.

Esta última interpretación es esencial. Ha desaparecido del Código Penal la referencia que se hacía a ellos en la redacción original del art. 31 bis. Sin embargo, es indudable su capacidad para comprometer a la persona jurídica. Además, la Ley parece dar a entender que las decisiones relevantes de forma fáctica comprometen a la persona jurídica, aunque no estén amparadas en un título formal. Finalmente, no cabe duda de que una decisión adoptada por el administrador de hecho que posea relevancia externa es tenida como hecho de la sociedad¹³¹.

Por tanto, descartando que el administrador de hecho sea representante legal, parece claro que es irrelevante en cuál de las categorías anteriores encaja (en “*quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*”, o en “*quienes ostentan facultades de organización o control*”), se trata de una cuestión que dependerá del caso concreto¹³².

¹²⁸ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 102

¹²⁹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 102

¹³⁰ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 102

¹³¹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 102

¹³² Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 102. Sin embargo, para José L. González Cussac (González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 166 y 167), la categoría que se refiere a aquellos quienes “*actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*” sería prácticamente equivalente al sustituido término “*administradores de derecho*”, que son personas físicas que ya sea actuando individualmente o en el seno de un órgano social, tienen atribuida la capacidad para adoptar decisiones en nombre de la sociedad. Pero ahora,

En cuanto al alcance de “*quienes ostentan facultades de organización y control*”, debe entenderse que se trata de una categoría residual frente a la de “representante legal” ya que éstos últimos pueden ejercer esas facultades. Esta categoría incluye a quienes sin ser formalmente administradores gozan en virtud de un contrato, por delegación o fácticamente de poderes de gobierno o fiscalización interna de bienes y personal de la entidad. Entre ellos se incluyen los administradores de hecho, a los mandos intermedios y al *compliance officer*, siempre que ejerzan dichos poderes¹³³.

Para JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, éste grupo es el que podemos equiparar al de “*administradores de hecho*”. La normativa europea se refiere a las personas con “*posición de mando*” (o “*cargo directivo*”), sustentado en una autoridad para ejercer un control en la persona jurídica. Sin embargo, el art. 31 bis CP va más allá ya que únicamente exige ostentar facultades de organización y control sin vincularlas a una posición de mando o a un cargo directivo dentro de la persona jurídica¹³⁴.

En definitiva, como dice DOPICO, “*la fórmula europea es siempre al misma: identifica a un sujeto que tiene poder de mando o capacidad de dirigir la empresa (“leading position”), cuando ésta está basada en su poder de representación, en su poder para decidir por la empresa o en su capacidad táctica de control. Sin embargo, la traducción española prescinde del concepto clave (la referencia al poder de mando o capacidad directiva), y se queda sólo con el poder de decidir o de ejercer control en el seno de la empresa*”¹³⁵.

Por tanto, la nueva redacción ni traspone adecuadamente la legislación comunitaria ni da una mayor seguridad jurídica, sino que se produce el efecto contrario¹³⁶.

En cuanto a “*quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*”, una vez más, debe entenderse que se trata de una categoría residual, de manera que no estarían incluidos los representantes legales, los cuales habitualmente están autorizados para tomar decisiones. Dicha autorización suele ser a través de una delegación

con la nueva redacción, se va más allá del concepto de “*administrador de derecho*”, abarcando a cualquier persona que individual o colegiadamente tenga capacidad para decidir en nombre de la persona jurídica, es decir, el nuevo art. 31 bis a) solo exige que la persona física esté autorizada para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, aunque no tenga poder de mando o no ostente dicha posición de mando en la misma (por ejemplo, supuestos de delegación de funciones).

¹³³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 105

¹³⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 167

¹³⁵ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 167

¹³⁶ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 167

formal o en virtud de un contrato, como en el caso de los mandos intermedios, además, también quedan captados los administradores de hecho. Además, parece que quedan incluidos los apoderados (personas que no tengan delegado expresamente la representación legal de la persona jurídica y lo ejerzan de forma relevante para el Derecho penal) y, dentro de éstos, a quienes se les ha delegado funciones sin ser miembros del órgano de administración, y, en general, a los directores generales, gerentes, etc. que desempeñan de forma profesional funciones de dirección en virtud de una relación laboral subordinados a dicho órgano de administración¹³⁷.

2.4 Personas subordinadas.

El segundo nivel de transferencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, trae causa en las actuaciones de personas físicas sometidas a la autoridad de las personas físicas descritas en el art. 31 bis 1 a) CP, es decir, las que desencadenan el primer nivel de transferencia de la responsabilidad penal¹³⁸.

En esta categoría de personas subordinadas a la autoridad de los cargos directivos quedan comprendidos los trabajadores u operarios de la empresa, asociación, fundación, etc., sin capacidad de dirección social, o supervisión sobre otros, es decir, son meros ejecutores de decisiones procedentes de otras personas (los que ostentan esa facultad de decisión). En este sentido, es preciso algún tipo de vinculación jurídica entre la persona física actuante, subordinado, y la persona jurídica. Sin embargo, dicha relación no puede ser concebida como una relación laboral estricta ya que es suficiente, por ejemplo, con la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre ambas personas¹³⁹.

En este sentido, las personas jurídicas son también responsables penalmente *“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”* tal y como

¹³⁷ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 106

¹³⁸ González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 168 y 169

¹³⁹ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 106 y 107

dispone el art. 31 bis 1 b) CP¹⁴⁰. Esto es debido a que el hecho realizado por el subordinado es tenido como un hecho de empresa¹⁴¹.

Al igual que en el apartado a) del mismo precepto, se sustituye, en el apartado b), la expresión “*en provecho*” por “*en beneficio directo o indirecto*”, pero, sin embargo, el principal cambio se da en la sustitución de la condición que permite fundamentar la transferencia de la responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica. En el texto del año 2010, introducido con la LO 5/2010, esta condición era el no haberse ejercido el debido control sobre el autor del delito, es decir, que el autor del delito lo podría haber cometido por no haberse ejercido sobre él el “*debido control*” por las personas físicas descritas en el art. 31 bis 1 a) CP. Sin embargo, el texto del año 2015 sólo se exige que una de las personas físicas de dicho precepto haya “*incumplido gravemente*” el deber de controlar la actuación que realiza el subordinado (trabajador)¹⁴². En definitiva, la Ley ha requerido un plus para que la persona jurídica sea comprometida jurídico-penalmente por la actuación u omisión del subordinado, y ese plus es dicho incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control¹⁴³.

Este cambio, además, trae consigo la reducción de la intervención punitiva ya que la nueva condición de la transferencia de la responsabilidad penal (el nuevo art. 31 bis 1º b) es menos exigente respecto a la actuación de la persona jurídica por dos razones: la primera, porque al añadir “*gravemente*” es necesario una determinada entidad o grado de infracción del deber de control de la actuación del subordinado y, por tanto, los incumplimientos leves solo deben producir una responsabilidad administrativa o mercantil; y, la segunda razón, es que el nuevo art. 31 bis 1º b) atribuye el incumplimiento grave de los deberes de control a las personas físicas representantes legales y a las personas con poder de decidir o de ejercer control, es decir, sólo a las personas descritas en el art. 31 bis 1º a)¹⁴⁴.

En torno a esta última razón, deberían estar determinados los deberes que son personalmente exigibles a las personas físicas, es decir, precisar las obligaciones cuyo incumplimiento grave trae consigo que se produzca una responsabilidad penal para la

¹⁴⁰ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 169

¹⁴¹ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 107

¹⁴² González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 169

¹⁴³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 108

¹⁴⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 170, 171 y 172

persona físicas en la que están insertas, y aceptar esta premisa significa que los deberes directos de control sobre los empleados no se predicán de la persona jurídica, sino de las personas físicas que ostentan determinados poderes dentro de la misma persona jurídica¹⁴⁵.

No obstante, a pesar de todo esto, hay que precisar una serie de cuestiones, que son las siguientes.

En primer lugar, se planteaba antes de la reforma de 2015 la cuestión de quien era la persona que debía ejercer el debido control. Tras la modificación operada por la LO 1/2015, parece claro que dicha función corre a cargo de cualquiera que no se encuentre en posición de subordinación, es decir, a cargo de los representantes legales y quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización o control¹⁴⁶.

En segundo lugar, la diferenciación de las tres actividades antes mencionadas (supervisión, control y vigilancia) parece más una cuestión de apariencia que una distinción con eficacia jurídica real ya que se trata de expresiones con una significación muy parecida: Supervisar equivale a ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros; controlar es comprobar, inspeccionar, fiscalizar, intervenir; y, vigilar significa velar sobre alguien o algo, o atender exacta y cuidadosamente a él o a ello. Además, el art. 31 bis 2.1º, al regular los programas de cumplimiento, se refiere a ellos con la expresión *“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”*, omitiendo las medidas de supervisión. Por otra parte, los arts. 31 bis 2 y 3 CP hablan sólo de funciones de supervisión. Por último, el art. 31 ter 2 mantiene la expresión *“debido control”*, que sustituye a las tres citadas con anterioridad. Por tanto, resulta complicado diferenciar el contenido de cada una de estas tres acciones¹⁴⁷.

En tercer lugar, hay que señalar que la ausencia de control, vigilancia o supervisión no es lo mismo que una defectuosa selección del personal, de manera que puede que haya habido esta última y, sin embargo, no haya existido un deficiente control, y a la inversa¹⁴⁸.

¹⁴⁵González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 172

¹⁴⁶ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 108 y 109

¹⁴⁷ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 109

¹⁴⁸ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 109

En cuarto lugar, lo que parece inadmisibile es la exigencia de verificación de que con el ejercicio del debido control se hubiese impedido el hecho delictivo de forma muy probable. Debería ser suficiente con acreditar ausencia de control y que el resultado sobrevino causalmente bien por la actuación de un agente de la empresa, bien porque estaba conectado causalmente con el foco del riesgo sobre el que era garante la empresa en el caso de delitos por omisión¹⁴⁹.

En quinto lugar, es indiferente la actuación dolosa o imprudente del directivo que omite el debido control. No obstante, una omisión dolosa trae consigo un más grave defecto de organización de la empresa, más culpabilidad, por lo que se puede defender para estos supuestos la imposición de una pena superior¹⁵⁰.

Por último y en sexto lugar, caben dos posibilidades en cuanto a la ubicación sistemática de esa falta de supervisión, vigilancia o control. Por una parte, se puede mantener que es un elemento del tipo de todos los delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas cuando el hecho de conexión sea verificado por una persona con un papel subordinado. Por otra parte, alternativamente, puede que se trate de un elemento integrante de la culpabilidad, caracterizándose dicha culpabilidad como defectuosa organización. Desde nuestro punto de vista, lo razonable es entender que dicha falta de supervisión, vigilancia o control a la que se refiere la Ley constituye un elemento de la culpabilidad. El hecho de que quienes ostentan el papel de directivo no ejerzan “el debido control” sobre sus subordinados es indicativo de la existencia de déficit de organización. Entonces, verificado un hecho imputable a una persona jurídica por ser un hecho de empresa y que trae causa en ese déficit de organización, hay que entender que la prueba de éste hecho imputable corresponde a quien lo alega¹⁵¹.

Después de la reforma del año 2015, el art. 31 bis 1.b) CP exige que en la valoración del grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control se atienda a *“las concretas circunstancias del caso”*. Además, también exige que la acción u omisión del personal subordinado se lleve a cabo *“en el ejercicio de actividades sociales”*, idea que no aparece en el caso de los directivos, art. 31 bis 1.a) CP. Sin embargo, se trata de una

¹⁴⁹ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 110

¹⁵⁰ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 110

¹⁵¹ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 111 y 112

expresión innecesaria ya que su aportación es escasa. No es posible concebir que los dirigentes lleven a cabo actuaciones u omisiones que no sean en el ejercicio de la actividad social y que, a su vez, comprometan a la persona jurídica en la que se encuentran insertos¹⁵².

¹⁵² Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 112

3-ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN).

3.1 Concepto.

Las relaciones entre corporaciones, gestores corporativos y ley penal están cambiando en estos últimos años, y lo hacen a una gran velocidad. Estamos asistiendo a la transición desde la tradicional defensa pena corporativa hacia lo que hoy conocemos como defensa penal preventiva de las corporaciones empresariales, es decir, la aplicación de nuevos métodos de defensa integral y planificada frente a los actuales riesgos o amenazas penales en el ámbito empresarial, a través de la ejecución de los denominados Programas de Cumplimiento Penal y de Prevención de Delitos, considerados como una pieza clave en esta materia¹⁵³.

Este nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en un modelo organizativo de la sociedad. Todo esto determina a las empresas a implantar medidas de prevención y detección de delitos para prevenir su comisión o, en la hipótesis de producirse, excluir o atenuar la responsabilidad penal. Para ello, es necesario que las personas jurídicas dispongan de un *“plan de prevención y detección de delitos”* o, al menos, que hayan iniciado su plan de acción para su elaboración y documentado su informe de riesgos¹⁵⁴. Esto es lo que se conoce en el Derecho anglosajón como *“compliance programs”*, programas de cumplimiento o, como define el Código Penal, *“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”*¹⁵⁵.

Un programa de cumplimiento se encuentra fundamentalmente dirigido a la evitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, en su caso, a la minimización de los riesgos de la responsabilidad penal ya que se trata de un modelo de prevención de la comisión de delitos¹⁵⁶.

¹⁵³ González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 180

¹⁵⁴ González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 180 y 181

¹⁵⁵ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p. 143 y 144

¹⁵⁶ González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 181

La forma de asegurarse que los riesgos de comisión de un hecho delictivo están bajo control en el seno de una persona jurídica consiste en fomentar que las actuaciones que se lleven a cabo por parte de sus administradores y empleados cumplan escrupulosamente con la legislación vigente. Dicho cumplimiento hace preciso el establecimiento de mecanismos que aseguren que en caso de vulnerar dicha normativa, dicha infracción será detectada y sancionada por parte de la propia sociedad. Se trata, por tanto, del cumplimiento de la legalidad¹⁵⁷. En definitiva, los programas de cumplimiento son diseñados para disuadir de la comisión de delitos¹⁵⁸.

Concretamente, los programas de cumplimiento han sido definidos como “*una declaración expresa de la política, los valores o los principios en que se inspira el comportamiento de una empresa en lo que atañe al desarrollo de sus recursos humanos, a su gestión medioambiental y a su interacción con los consumidores, los clientes, los gobiernos y las comunidades en que desarrolla su actividad*” y tienen como obligación principal el respeto de las leyes¹⁵⁹.

A pesar del buen acogimiento de estos mecanismos no se halla exento de críticas. Para GONZALO QUINTERO OLIVARES estos sistemas de cumplimiento parecen perseguir el hacer casi imposible la imputación de las personas jurídicas y dicha crítica tiene como punto de partida que no debió incorporarse al Derecho penal positivo la llamada culpabilidad por defecto de organización o responsabilidad por descontrol, que, para él, pueden tener sentido en el Derecho sancionador administrativo, pero no en el Derecho penal y, menos aún, en el Derecho penal europeo. Piensa que en modelos anglosajones en los que la posibilidad de declaración directa de responsabilidad penal de una empresa por su desorganización y descontrol, estos sistemas de prevención poseen un sentido diverso. En cambio, en el Derecho penal europeo continental es difícil encontrar sistemas reguladores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que a la vez incluyan un sistema de exclusión de la responsabilidad penal por contar con modelos de organización, como se acaba de hacer en el Derecho penal español. Los sistemas de “*compliance*” son utilizados con frecuencia en los sistemas de “*common law*”, pero no en los europeos. A pesar de todo esto, el desorden organizativo era el fundamento de la imposición de sanciones administrativas a las empresas y, por eso, el error (aunque para otros es un acierto) se cometió al incluir con la LO 5/2010 una segunda vía de imputación basada en no haberse

¹⁵⁷ Banacloche Palao, Julio; et al. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”. Op. cit., p. 30

¹⁵⁸ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 181

¹⁵⁹ Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 83

ejercido el “*debido control*”, de la que hubiera podido prescindirse y que equivale a introducir un supuesto de omisión impropia¹⁶⁰.

De esta segunda vía de imputación surge la idea de que las empresas se doten de códigos de conducta que tienen como finalidad evitar que se de dicha responsabilidad penal¹⁶¹.

Además, estamos olvidando un punto clave y es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está pensada para hechos delictivos dolosos, con la excepción de los delitos ambientales y la modalidad imprudente del delito de blanqueo de capitales, y lo doloso no encaja bien con la idea de prevención. Los defensores del sistema de programas de cumplimiento (“*compliance*”) tienen presente este hecho pero opinan que un buen sistema de prevenciones hace muy difícil que un delito doloso se llegue a cometer. Se puede fortalecer la prohibición derivada del Código Penal pero eso no impide que se llegue a delinquir¹⁶².

3.2 Estado de la discusión en la redacción original. El criterio de la Fiscalía General del Estado.

En la redacción del Código Penal del año 2010, el establecimiento de los programas de cumplimiento era considerado como un atenuante de la responsabilidad penal ya que, como expresa la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, el apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas de forma exclusiva¹⁶³.

Dispone dicho art. 31 bis 4 CP lo 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.

¹⁶⁰ Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 80 y 81

¹⁶¹ Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 82

¹⁶² Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 82

¹⁶³ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado p. 51:
https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

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 utilización de la expresión “sólo” en el citado precepto impide la aplicación de las circunstancias atenuantes reguladas en el art. 21 CP que no se refieran a comportamientos exclusivamente humanos, lo que es en cierto modo criticable ya que significa no poder aplicar el atenuante recogido en el apartado 6º del mismo art. 21 CP que se refiere a las dilaciones indebidas o el de la análoga significación de la atenuante 7º del mismo precepto¹⁶⁴.

No está muy claro el fundamento político-criminal de dicha decisión, y que restringe la actuación de los jueces y tribunales, impidiéndoles aplicar las atenuantes mencionadas en el párrafo anterior¹⁶⁵.

Sin embargo, para la Fiscalía General del Estado, cabe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales intenten construir una interpretación análoga “*in bonam partem*” de los preceptos citados con anterioridad, de manera que si concurren las exigencias jurisprudenciales para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas conforme con una anterior aplicación por la vía de la atenuante análoga, dicha circunstancia circunstancia podría ser aplicada tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. Sin embargo, a causa del principio de seguridad jurídica, esta posibilidad resulta imposible, resultando únicamente aplicables las atenuantes del art. 31 bis 4 CP¹⁶⁶.

Conforme con el modelo de responsabilidad penal elegido, en el que la persona jurídica es responsable penalmente a partir de un mecanismo de transferencia de dicha responsabilidad y no de culpabilidad de la empresa, todas las circunstancias atenuantes son

¹⁶⁴ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado p. 51 y 52: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

¹⁶⁵ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal...”. Op. cit., p. 145

¹⁶⁶ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado p. 52: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

posteriores a la comisión del delito¹⁶⁷. En definitiva, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado rechaza el planteamiento de la culpabilidad como defecto de organización¹⁶⁸. Además, no se ha previsto en la redacción del 2010 que ninguna de ellas, u otras diversas, sean circunstancias eximentes de la responsabilidad, en otras palabras, que en materia de responsabilidad de las personas jurídicas no existen eximentes¹⁶⁹.

La circunstancia atenuante, de todas las previstas en el art. 31 bis 4 CP, es la prevista en la letra 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 atenuación de la responsabilidad penal por esta vía constituye una exigencia para las sociedades ya que se basa en una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir los delitos. A este respecto, no resulta suficiente la realización de operaciones que constituyen una simple mejora de la imagen empresarial, al igual que hay que evitar un excesivo formalismo, de manera que se pueda valorar en abstracto la capacidad de dichas medidas (programas de cumplimiento) para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el núcleo de la persona jurídica¹⁷⁰.

3.3 Los programas de cumplimiento en la LO 1/2015.

Lo primero a destacar de la reforma operada por la LO 1/2015 es que el legislador prácticamente ha copiado el sistema establecido en la legislación italiana, que es cuestionada en su país de origen y que el legislador español ha traducido. Todo apunta a que se ha terminado por imponer el criterio de los sectores empresariales o de la abogacía empresarial, que exigían que no se aceptara la indicación europea de que era necesario un

¹⁶⁷ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado p. 52: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

¹⁶⁸ Gómez Tomillo, Manuel. *“Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Op. cit., p.138

¹⁶⁹ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado p. 52: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

¹⁷⁰ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado p. 55: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y que, como máximo, se admitiera una especie de sanción administrativa¹⁷¹.

El siguiente paso fue la exigencia de que la implantación de códigos de conducta y modelos de gestión tuviera una eficacia absolutoria, y no solo atenuadora de la responsabilidad penal, concretamente en los casos de “*culpabilidad por defecto de organización*”¹⁷².

Parece claro que, desde la reforma del 2015, la adopción de un programa de cumplimiento “*ex ante*” serio, eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad, entendida como defecto de organización y, con ello, la posibilidad de imponer una pena, o sanción administrativa en su caso, a la persona jurídica¹⁷³. Por tanto, estaríamos ante una exención de la responsabilidad penal que puede ser apreciada en cualquier fase del procedimiento, aunque lo habitual es que se haga valer en la fase del juicio oral¹⁷⁴.

No tiene sentido que si un sujeto ha agotado todos los medios a su disposición para impedir la comisión de un delito se le sancione por ese delito. Esta es la razón por la que se critica el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas del año 2010. Si vamos a la redacción del 2015, parece que el legislador español rectifica y otorga de forma inequívoca eficacia, no solo atenuante, sino que también eximente, a los programas de cumplimiento en los arts. 31 bis 2 y 31 bis 4 CP¹⁷⁵. Con la redacción del 2015, la fuerza exonerante de estos programas de cumplimiento alcanza tanto a los supuestos de delitos cometidos por los representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o 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, como en aquellos en los que el hecho delictivo haya sido cometido por un subordinado indebidamente descontrolado¹⁷⁶.

¹⁷¹ Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 83 y 84

¹⁷² Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 84

¹⁷³ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 144

¹⁷⁴ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 6

¹⁷⁵ Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Op. cit., p. 145 y 146

¹⁷⁶ Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 85

Una cuestión distinta es la valoración de la adopción de un programa de cumplimiento por parte de la persona jurídica. Con independencia de quién sea la persona que haya cometido el delito, la idoneidad del programa de cumplimiento para impedir la verificación de delitos en el marco de la persona jurídica debe contemplarse desde una perspectiva “*ex ante*”, aunque con posterioridad el programa no haya resultado suficiente. No cabe la exigencia de un programa de cumplimiento perfecto y, a su vez, un programa cuya función es crear una apariencia externa, sin poseer eficacia, tampoco puede determinar la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, la prueba de esta idoneidad para evitar la comisión de hechos delictivos o infracciones administrativas es compleja¹⁷⁷.

Entendemos que la carga de la prueba de una organización defectuosa recae sobre la persona jurídica, de forma que dicho planteamiento nos lleva a pensar que la plena exención de responsabilidad será una situación excepcional. En la gran parte de las ocasiones, la verificación de un delito o una infracción administrativa es síntoma de que el programa de cumplimiento no estaba diseñado correctamente. Sólo es posible, y de forma excepcional, que a pesar de que el programa estuviese diseñado e implementado correctamente, el delito o la infracción se cometa. Se trata de crear e implantar programas de cumplimiento eficaces y no de crear mecanismos de impunidad para las personas jurídicas¹⁷⁸.

Además, debe tenerse en cuenta que en los supuestos de hechos delictivos cometidos por los representantes legales o directivos, en nombre o por cuenta de la persona jurídica, será difícil que un programa de cumplimiento pueda tener en la práctica operatividad como atenuante o eximente, es decir, parece que despliega sus efectos en este sentido en el caso de conductas cometidas por los subordinados sin poder de dirección¹⁷⁹.

3.3.1 Requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento (“modelos de organización y gestión”) para operar como eximente o atenuante en el caso de transferencia de las personas incluidas en el art. 31 bis

¹⁷⁷ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Op. cit., p. 147 y 148

¹⁷⁸ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Op. cit., p. 148

¹⁷⁹ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Op. cit., p. 149 y 150

1.a) CP (representantes legales, personas con capacidad de decidir y personas con facultades para ejercer control).

El art. 31 bis 2 CP enumera las distintas actuaciones que deben haber verificado las personas jurídicas para poder quedar exentas de responsabilidad penal para los supuestos en los que uno de sus representantes legales o directivos cometan un determinado delito. Alguno de los requisitos que recoge se encuentra también enumerado en el apartado 5 del art. 31 bis CP, que regula el contenido de los programas de cumplimiento¹⁸⁰.

Dispone el art. 31 bis 2 CP lo siguiente: “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.”

En definitiva, tras la lectura de éste precepto podemos concluir que no sólo son requisitos para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que, además, su cumplimiento parcial daría lugar a una atenuación de la pena¹⁸¹.

Por tanto, el primer requisito exigido es que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión, que incluya medidas idóneas para la prevención de delitos¹⁸².

¹⁸⁰ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 182

¹⁸¹ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 182

¹⁸² González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 182

Los programas de cumplimiento tienen que ser claros, precisos, realizados por escrito y preferiblemente revisados por un asesor o consultor externo. Es más, en el supuesto de llegar a un proceso penal, a la sociedad no le será suficiente con demostrar que tiene un programa, sino que tendría que demostrarse que ha sido seguido y observado de forma efectiva, y esta comprobación se debe llevar a cabo conforme a dos exigencias¹⁸³.

En este sentido, el precepto exige que se lleve a cabo un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y el delito cometido que está siendo objeto de enjuiciamiento. Este juicio de idoneidad se realiza a través de dos operaciones: una formal y otra material¹⁸⁴.

En cuanto a la operación de contraste formal, hay que comprobar la naturaleza tanto del programa de cumplimiento como del delito cometido. Parece que bastaría con comprobar que el programa incluye medidas eficaces para haber prevenido un delito de esa naturaleza o clase que el realmente cometido¹⁸⁵.

En cuanto a la operación material, en este caso hay dos criterios a seguir¹⁸⁶:

Por lo que respecta al primer criterio material, el juez tiene que verificar, en abstracto y con carácter previo, que el programa de cumplimiento contenía medidas idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el realmente cometido, es decir, que contenía todas las medidas para evitar la comisión de dicho hecho delictivo¹⁸⁷.

Por otro lado, en cuanto al segundo criterio, el juez debe desarrollar un examen acerca de la probabilidad que tienen las medidas previstas en el programa para reducir significativamente el riesgo de la comisión de un delito¹⁸⁸.

El segundo requisito exige que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del programa se hubiera conferido a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de control interno de la persona jurídica¹⁸⁹.

El tercer requisito para que sea aplicada la exención, exige que el autor individual (persona física) haya cometido el delito “*eludiendo fraudulentamente*” los modelos de

¹⁸³ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 183

¹⁸⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 183

¹⁸⁵ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 183

¹⁸⁶ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 183

¹⁸⁷ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 183

¹⁸⁸ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 184

¹⁸⁹ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 186; y Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 85

prevención (con intención de esquivar dichas medidas de prevención, programas de cumplimiento)¹⁹⁰.

El cuarto y último requisito, es que el órgano de control no haya cuidado sus funciones de supervisión¹⁹¹, es decir, que se omitan actos relevantes de supervisión, vigilancia y control o se ejerzan de forma insuficiente. No basta con que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado un programa de cumplimiento adecuado, ni que haya atribuido a un órgano especializado y facultado para su supervisión, sino que se requiere, además, que dicho órgano especializado y facultado para su supervisión haya actuado, en relación con el delito, con la diligencia de control y supervisión exigidas en las leyes y reflejada en el modelo de organización y control de la empresa¹⁹².

Un código de conducta de la empresa eficaz penalmente, no basta con que sea adoptado y ejecutado, sino que además debe de ser desarrollado y administrado con diligencia¹⁹³.

Por último, hay que hacer referencia al último párrafo de este art. 31 bis 2 CP que dispone: “*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.*” Se trata de una circunstancia modificadora de la responsabilidad penal, de un atenuante¹⁹⁴.

En este caso, la atenuante se produce cuando el cumplimiento de las condiciones para exonerar de responsabilidad criminal a la persona jurídica se han llevado a cabo en un grado inferior al necesario para la exención de forma total¹⁹⁵.

3.3.2 Requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento (“modelos de organización y gestión”) para operar como eximente o atenuante en el caso de transferencia de las personas incluidas en el art. 31 bis 1.b) CP (subordinados).

En el caso de que los delitos sean cometidos por las personas indicadas en el art. 31 bis 1.b) CP (subordinados), el nuevo apartado 4 del art. 31 bis CP dispone¹⁹⁶: “4. *Si el delito*

¹⁹⁰ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 187

¹⁹¹ Quintero Olivares, Gonzalo. “*Comentario a la reforma...*”. Op. cit., p. 85

¹⁹² González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 188

¹⁹³ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 188

¹⁹⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 188

¹⁹⁵ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 189

¹⁹⁶ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 190

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.”

En este caso, aunque se mantiene la misma condición temporal que en el art. 31 bis 2 CP, exigiendo que el programa haya sido adoptado y ejecutado con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, y también la referencia a la identidad formal entre los delitos previstos en el modelo de control para ser evitados y el cometido (misma naturaleza), por el contrario altera los criterios materiales de referencia. Ya no se habla de idoneidad para prevenir o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, sino que simplemente resulte adecuado para prevenir¹⁹⁷.

Puede deducirse una rebaja de exigencia para la exención de la persona jurídica. Por tanto, bastará con que el modelo de organización y gestión sea adecuado, es decir, suficiente de forma más general y abstracta¹⁹⁸.

3.3.3 Requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento. Art. 31 bis 5 CP.

El Código Penal se refiere a la adopción y ejecución eficazmente de un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir hechos delictivos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de manera muy notable el riesgo de su comisión. Esto quiere decir que no es suficiente con probar que se posee dicho modelo, sino que se debe de acreditar que se ha estado ejecutando desde que fue adoptado¹⁹⁹.

El art. 31 bis 5 CP enumera los requisitos que deben cumplirse por los “*modelos de organización y gestión*”, tanto para actuar como eximente por actuaciones delictivas de representantes y administradores, como también si se trata de delitos cometidos por sus subordinados²⁰⁰. Dispone éste precepto lo siguiente: “5. *Los modelos de organización y gestión a*

¹⁹⁷ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 190

¹⁹⁸ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 191

¹⁹⁹ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 6

²⁰⁰ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 194

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.”

En definitiva, el precepto citado se limita a describir los requisitos necesarios para que el modelo o programa de cumplimiento pueda ser calificado como idóneo o adecuado para prevenir la comisión de delitos. Se trata, en definitiva, de una enumeración de los requisitos, pero no se debe confundir con los criterios para medir el grado de funcionamiento eficaz del mismo, ni tampoco para valorar la real implantación de órganos de supervisión *ad hoc*. Tampoco sirven para evaluar si los comportamientos delictivos pueden ser calificados como fraudulentos ni para determinar si se ha producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión y vigilancia. En realidad, a lo que se refiere el apartado 5 del art. 31 bis CP es a la condición 1º, del apartado 2, y al apartado 4 del art. 31 bis CP. Pero, de alguna manera también actúa respecto a las condiciones 2º, 3º y 4º del apartado 2 del mismo precepto²⁰¹.

Por tanto, la comprobación del cumplimiento de los requisitos enumerados en el art. 31 bis 5 CP es necesario únicamente para evaluar la idoneidad del programa de cumplimiento, pero no son suficientes para el enjuiciamiento global sobre la transferencia

²⁰¹ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 196

de responsabilidad penal a la persona jurídica, para la que será necesario la verificación judicial de la efectividad de su implementación y aplicación²⁰².

Además de comprobarse el cumplimiento de los requisitos formales, el precepto requiere una valoración de su eficacia preventiva. En esta medida, se considera que, con carácter general, un programa de cumplimiento efectivo ha de promover tres objetivos diversos, que son esenciales: prevención, detección y paliación. En primer lugar, un programa de cumplimiento efectivo debe prevenir las conductas ilícitas que puedan desembocar en la generación de responsabilidad penal para la persona jurídica. En segundo lugar, tiene que poderse detectar de forma temprana las conductas sobre las que se deba informar, con el fin de remediarlas. Y, en tercer lugar, una vez que el hecho delictivo se ha cometido, un programa de cumplimiento eficaz debe ayudar tanto a eliminar la responsabilidad penal (eximente) como a reducir su posible sanción (atenuante)²⁰³.

En este sentido, a la hora de valorar la efectividad de un programa de cumplimiento se deben tener en cuenta los siguientes extremos: el grado de apoyo y fomento de una “cultura de cumplimiento” en la sociedad por parte de los altos directivos y el Consejo de Administración de la persona jurídica; el grado de compromiso con el programa de cumplimiento de todos los trabajadores de la empresa, desde los altos cargos hasta los empleados; el grado de productividad e implementación del programa de cumplimiento; y, por último, el grado de eficacia de los procedimientos internos adoptados para evitar la reincidencia delictiva de la sociedad²⁰⁴.

De cualquier manera, no puede existir un único programa de cumplimiento modelo al que se deban de ceñir todas las personas jurídicas ya que el grado de cumplimiento de las características que hagan eficaz un programa de cumplimiento varía de una empresa a otra. No es lo mismo que estemos ante una gran empresa que exporte sus productos al extranjero y en diferentes continentes, que una empresa de pequeñas dimensiones que únicamente opera en el mercado interior. Evidentemente el grado de cumplimiento de los requisitos que hacen eficaz un programa de cumplimiento no es el mismo. Esta es la razón por la que lo fundamental es valorar si existe una “cultura de cumplimiento” efectivamente implementada en todos los niveles de la compañía. El cumplimiento, en la actualidad, debe

²⁰² González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 196

²⁰³ González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 196

²⁰⁴ González Cussac, José L.; et al. *“Comentarios a la reforma...”*. Op. cit., p. 196 y 197

considerarse como una cultura empresarial y no solamente como una política corporativa²⁰⁵.

A continuación, es preciso proceder al examen de cada uno de los requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento²⁰⁶:

En cuanto al primer requisito (objetivo)²⁰⁷, dispone el apartado 5 del art. 31 bis CP: “Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.” En definitiva, la prioridad es la identificación de los riesgos y las medidas para neutralizar los hechos delictivos. En este sentido, la metodología debe seguir 4 fases: identificación, cuantificación, control y comunicación de los riesgos. Algunos de los factores a considerar, a título de ejemplo, serían los siguientes: complejidad, donde se evaluaría, por ejemplo, si la actividad empresarial se lleva a cabo en múltiples ubicaciones simultáneamente, estructura empresarial, si participan agencias externas, etc.; indicadores de riesgo interno, donde se trata de comprobar la existencia de un historial o tradición en materia de programas de cumplimiento (si ya se ha implantado un programa); indicadores de riesgo externo, que buscan confrontar si otras compañías del mismo sector de actividad han tenido problemas en el desempeño de la misma o similar actividad empresarial, analizar las tendencias en materia de responsabilidad civil o de condenas penales revocadas, etc.; entorno, donde se busca advertir si la actividad que desarrolla la empresa es nueva, si requiere el empleo de nuevas tecnologías o una alta especialización, es decir, considerar si existe una presión adicional para el desempeño de la actividad; empleados, es decir, se trata de controlar si el personal está experimentado y adecuadamente formado, si se renueva constantemente el mismo, formación y entrenamiento especial para los empleados más expuestos, existencia de incentivos y que, además, la forma de llevarlos a cabo sea la adecuada, etc.; procesos de trabajo internos, donde se trata de saber si la actividad es manual o está automatizada, si se desarrolla con una alta autonomía individual o si, por el contrario, requiere aprobación o monitorización, y si las responsabilidades están claramente definidas; y, por último, el impacto en la privacidad o en otros derechos fundamentales (manejo de información confidencial, adecuación a las exigencias legales)²⁰⁸.

²⁰⁵ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 197

²⁰⁶ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 197

²⁰⁷ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

²⁰⁸ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 198

Por lo que respecta al segundo requisito (funcional)²⁰⁹, exige que los modelos “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.”

Hace necesario documentar todos los trámites internos llevados a cabo en los diversos procedimientos de preparación, discusión y toma de acuerdos solitarios, así como de formalización, comunicación y puesta en práctica. En lo que a nosotros respecta, son esenciales los informes realizados por el departamento jurídico de la empresa que versen sobre todo el proceso de decisión, además de los mecanismos internos de comunicación y la coordinación con los asesores externos a la empresa²¹⁰.

Además, hay que considerar la forma en que deben abordarse los asuntos presentados ante un organismo público para su aprobación²¹¹.

En el tercer requisito (económico)²¹² se señala que “dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.”

Esta condición es de muy difícil valoración para un juez penal. Son muchos los factores que debe tener en cuenta para verificar su cumplimiento. Sin embargo, en materia penal será determinante la dotación de recursos específicos con el fin de evitar la comisión de hechos delictivos advertidos en el propio programa de cumplimiento²¹³.

De todas formas, se debe asegurar que el “encargado de prevención” tenga autonomía, medios y facultades o poderes suficientes para desempeñar sus funciones de vigilancia. Además, habrá que incluirse entre dichos medios unos específicos para que pueda asegurarse de que los empleados de los departamentos jurídicos estén siempre informados y actualizados de la legislación y jurisprudencia²¹⁴.

Además, deben dotarse de programas especializados en formación, educación y entrenamiento, con la emisión de certificados escritos, con el fin de asegurar la comprensión y observancia del programa de cumplimiento propiamente dicho²¹⁵.

²⁰⁹ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

²¹⁰ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 200

²¹¹ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 200

²¹² Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

²¹³ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 200 y 201

²¹⁴ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 201

²¹⁵ González Cussac, José L.; et al. “Comentarios a la reforma...”. Op. cit., p. 201

En cuanto al cuarto requisito (informativo)²¹⁶, dispone el art. 31 bis 5. 4º CP lo siguiente: “*Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*”

El cumplimiento de esta obligación hace necesario dotarse de sistemas de comunicación regular entre empleados, órganos de administración y el órgano encargado de la supervisión. Para hacer efectivo éste sistema se suele habilitar una línea telefónica o un email anónimo²¹⁷.

Sin embargo, a pesar de la importancia de este requisito, el mismo suele estar poco desarrollado, y en la práctica los trabajadores suelen informar a sus superiores más directos, no utilizando estos mecanismos²¹⁸.

El quinto requisito (sancionador)²¹⁹ dispone que los modelos “*establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo*”²²⁰.

Esta condición hace necesario el establecimiento por escrito de normas internas que recojan de forma clara las obligaciones de cada empleado y directivo y, a su vez, las consecuencias de su incumplimiento. Normalmente, a esta normativa interna se la denomina “*códigos de conducta*”²²¹.

Estos “*códigos de conducta*” exigen una cadena jerárquica de responsabilidades para todos los miembros de la persona jurídica²²².

Por último, el sexto requisito (aspecto dinámico)²²³ dice que: “*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.*”

²¹⁶ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

²¹⁷ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 201

²¹⁸ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 201

²¹⁹ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

²²⁰ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 202

²²¹ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 202

²²² González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 202

²²³ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

El ejercicio de este requisito trae consigo, con carácter previo, disponer de instrumentos para el seguimiento del modelo y de un análisis de los supuestos de riesgo detectados y, además, de las medidas observadas para evitar la comisión de dichos riesgos. A partir de estos datos se establecerán procedimientos especiales de revisión. El Código solo exige que dichas revisiones sean periódicas, no señalando plazo alguno y, quedando por tanto, extremadamente abierta la condición temporal, aunque en el modelo debe constar un plazo para su verificación completa y los presupuestos que obligan su revisión inmediata²²⁴.

Además, a parte de la revisión periódica, el Código exige la eventual modificación de los programas de cumplimiento cuando se ponga 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 necesarios²²⁵.

A todo esto se añade la exigencia, por parte de la Ley, de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de organización y control establecidas en el programa²²⁶.

Por otro lado, el artículo recoge, sin embargo, algunos indicadores que obligan a la persona jurídica a revisar su modelo y, de hecho, así debería hacerse para los casos en los que la sociedad ha realizado actividades de riesgo delictivo y, sobre todo, cuando ha participado en operaciones susceptibles de ser delictivas²²⁷.

3.3.4 *Atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

La culpabilidad de las personas jurídicas en el caso concreto puede verse reducida, pero no excluida (de forma análoga a lo que sucede en los casos de eximente incompleta de las personas físicas en el Código Penal). En otras palabras, la culpabilidad es compatible con situaciones intermedias a su plena concurrencia y su ausencia. Esto sucede en el caso de que el defecto de organización sea en un grado menor, pero no inexistente. En este sentido, aceptándose que es posible una culpabilidad disminuida, las vías para atenuar la

²²⁴ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 203

²²⁵ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

²²⁶ Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015, p. 10

²²⁷ González Cussac, José L.; et al. “*Comentarios a la reforma...*”. Op. cit., p. 203

pena que se le pueda imponer a la persona jurídica son dos²²⁸, pero nuestro estudio se va a centrar a uno de ellos, el referente a los programas de cumplimiento.

Por una parte, el art. 31 bis 2 y 3 disponen lo siguiente: “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.”

Por tanto, se puede acudir a este art. 31 bis 2 CP. Este sería el caso en el que se cometa un delito imputable a una persona jurídica, a pesar de la existencia de un programa de cumplimiento insuficiente, pero no meramente cosmético (para dar una imagen externa), concurriendo en la persona física actuante, por ejemplo, error de prohibición, anomalía o alteración psíquica, trastorno mental transitorio, intoxicación, estado de necesidad o miedo insuperable²²⁹.

²²⁸ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Op. cit., p. 154

²²⁹ Gómez Tomillo, Manuel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Op. cit., p. 154 y 155.

CONCLUSIONES.

Como conclusión, la reforma acaecida por la elaboración y posterior puesta en vigor de la LO 1/2015 trae consigo el paso de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas vicarial, es decir, de responsabilidad por el hecho ajeno, en definitiva, la persona jurídica era responsable por el hecho producido por la persona física, a un sistema de responsabilidad penal propia, donde es la misma persona jurídica en cuestión la responsable del acto, es decir, se tiene como hecho propio de la persona jurídica el cometido por la persona física miembro de dicha sociedad.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

Banacloche Palao, Julio; Zarzalejos Nieto, Jesús; Gómez-Jara Díez, Carlos. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas aspectos sustantivos y procesales*”. Editorial LA LEY, 2011.

Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado:
https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

Gómez Rivero, M^a del Carmen; Martínez Gonzalez, M^a Isabel; y Núñez Castaño, Elena. “*Nociones fundamentales de Derecho Penal parte general*”. Editorial Tecnos, 2^a Edición, 2010.

Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2^a Edición, 2015.

Gómez Tomillo, Manuel. “*Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*”. Editorial Lex Nova, 1^a edición, 2010.

González Cussac, José L.; Matallín Evangelio, Ángela; y Górriz Royo, Elena. “*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*”. Editorial Tirant lo Blanch, 2015.

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

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Mir Puig, Santiago. “*Derecho penal. Parte general*”. Editorial Reppertor, 9^a edición.

Sánchez Melgar, Julián. “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 79, 2015.

Quintero Olivares, Gonzalo. *“Comentario a la reforma penal de 2015”*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Vives Antón, Tomás S.; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Juan C.; González Cussac, José L.; Martínez-Buján Pérez, Carlos. *“Derecho penal. Parte especial”*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2004

Zugaldía Espinar, José M.; Pérez Alonso, Esteban J.; Machado Ruiz, M^a Dolores; Maqueda Abreu, M^a Luisa; Marín de Espinosa Ceballos, Elena B.; Mora Sánchez, Juan Miguel; Moreno-Torres Herrera, M^a Rosa; Pérez Alonso, Esteban Juan; Pomares Cintas, Esther; Portilla Contreras, Guillermo; y Ramos Tapia, M^a Inmaculada. *“Derecho Penal. Parte General”*. Tirant lo Blanch, 2^a edición, 2004.

<http://www.dpoitlaw.com/nuevos-delitos-para-los-que-esta-prevista-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>