



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Presentado por:

***Beatriz Niño Rodríguez***

Tutelado por:

***José Mateos Bustamante***

*Valladolid, 15 de julio de 2019*

## RESUMEN

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido en nuestro ordenamiento jurídico penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, supuso una de las modificaciones más sustanciales en el Derecho penal económico o de la empresa desde la aprobación del Código Penal de 1995, sin perjuicio de las posteriores reformas operadas en esta materia, las cuales van a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

Esta reforma legal provoca la ruptura del viejo aforismo romano *societas delinquere non potest* para convertir a las personas jurídicas en posibles sujetos penalmente responsables por la comisión de los delitos señalados en el Código Penal.

Asimismo, en el presente trabajo me voy a centrar en el análisis del artículo 31 bis y siguientes del Código Penal, y en los aspectos más relevantes de los diversos problemas específicos que han surgido a raíz de la incorporación de este novedoso cambio legislativo objeto de investigación por juristas, y, sobre todo, por penalistas, destacando el importante papel que juega el *compliance program*, entre otros.

Finalmente, haré referencia a las modificaciones llevadas a cabo en materia procesal frente a las personas jurídicas.

## ABSTRACT

The regime of criminal liability of legal persons introduced in our criminal law by the LO 5/2010, of June 22, reform of the Penal Code, which entered into force on December 23, 2010, was one of the most substantial in economic or company criminal law since the adoption of the Penal Code of 1995, without prejudice to subsequent reforms in this area, which will be the subject of study in the present paper.

This legal reform causes the rupture of the old Roman aphorism *societas delinquere non potest* to convert legal persons into possible subjects criminally liable for the commission of the crimes indicated in the Penal Code.

Also, in the present work I will focus on the analysis of Article 31 bis and following of the Penal Code, and the most relevant aspects of the various specific problems that have arisen as a result of the incorporation of this novel legislative change under investigation by jurists, and, above all, by criminal lawyers, highlighting the important role played by the compliance program, among others.

Finally, I will refer to the modifications carried out in procedural matters before legal entities.

## **PALABRAS CLAVES**

Persona jurídica. Responsabilidad penal. Código Penal. Reforma legal. Multa. Riesgo. Programas de cumplimiento. Prevención. Culpabilidad. Atenuantes. Eximentes.

## **KEY WORDS**

Legal person. Criminal responsibility. Penal Code. Legal reform. Penalty fee. Risk. Compliance programs. Prevention. Culpability. Mitigating. Exemptions.

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....</b>	<b>3</b>
<b>2.1. <i>Societas delinquere non potest</i>.....</b>	<b>3</b>
<b>2.2. Antecedentes históricos.....</b>	<b>8</b>
2.2.1. <i>Antecedentes históricos remotos</i> .....	8
2.2.1.1. <i>Derecho Romano Clásico</i> .....	8
2.2.1.2. <i>Derecho Medieval y Derecho Canónico</i> .....	9
2.2.1.3. <i>Siglo XIX</i> .....	9
2.2.2. <i>Antecedentes históricos recientes</i> .....	11
2.2.2.1. <i>Modelo de transferencia</i> .....	11
2.2.2.2. <i>Modelo de identificación o alter ego</i> .....	11
2.2.2.3. <i>Modelo del hecho propio</i> .....	12
<b>3. TEORÍA.....</b>	<b>14</b>
<b>3.1. Concepto jurídico-penal de persona jurídica.....</b>	<b>14</b>
<b>3.2. Derecho penal económico.....</b>	<b>16</b>
<b>3.3. La discusión político-criminal y los modelos teóricos.....</b>	<b>17</b>
3.3.1. <i>Necesidad político-criminal de la imposición de consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas</i> .....	17
3.3.2. <i>Modelos teóricos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas</i> .....	18
3.3.2.1. <i>El modelo de responsabilidad por atribución</i> .....	18
3.3.2.2. <i>El modelo de responsabilidad por hecho propio</i> .....	20
<b>3.4. El modelo español de imputación a las personas jurídicas de una responsabilidad penal por delitos cometidos en su seno.....</b>	<b>22</b>
3.4.1. <i>La recepción del modelo de la atribución</i> .....	22
3.4.2. <i>Incoherencias en el modelo de la atribución</i> .....	23
3.4.3. <i>Otras figuras legales problemáticas desde la perspectiva de un modelo de transferencia</i> .....	24
<b>4. LA CRIMINALIDAD DE LA EMPRESA.....</b>	<b>25</b>
<b>4.1. Principios de imputación de la empresa.....</b>	<b>25</b>

4.1.1. <i>El principio de competencia</i> .....	25
4.1.1.1. <i>El principio de competencia en el plano vertical</i> .....	25
4.1.1.2. <i>El principio de competencia en el plano horizontal</i> .....	26
4.1.2. <i>La delegación y la especialización</i> .....	27
4.1.3. <i>Los principios de desconfianza (vigilancia y control) y de confianza</i> .....	27
<b>4.2. Imputación objetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa</b> .....	<b>28</b>
<b>4.3. Imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa</b> .....	<b>30</b>
<b>5. REGULACIÓN</b> .....	<b>32</b>
<b>5.1. El sistema anterior a la LO 5/2010</b> .....	<b>32</b>
5.1.1. <i>Artículo 31.2</i> .....	32
5.1.2. <i>Artículo 129</i> .....	34
<b>5.2. Régimen legal de 2010</b> .....	<b>35</b>
5.2.1. <i>Proyecto de reforma de 2007</i> .....	36
5.2.2. <i>Anteproyecto de reforma de 2008</i> .....	38
5.2.3. <i>Proyecto de reforma de 2009. La LO 5/2010, de 22 de junio de 2010</i> .....	39
<b>5.3. Régimen legal de 2015</b> .....	<b>40</b>
5.3.1. <i>Interpretación del artículo 31 bis</i> .....	42
5.3.2. <i>Interpretación de los artículos 31 ter y quater</i> .....	43
<b>5.4. Régimen legal de 2019</b> .....	<b>46</b>
<b>6. PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b> .....	<b>48</b>
<b>6.1. Deber de vigilancia y <i>compliance</i></b> .....	<b>48</b>
6.1.1. <i>Deber de vigilancia</i> .....	48
6.1.2. <i>Compliance</i> .....	53
<b>6.2. Los códigos de conducta</b> .....	<b>54</b>
<b>6.3. Modelos de prevención de delitos</b> .....	<b>55</b>
<b>6.4. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario</b> .....	<b>58</b>
6.4.1. <i>Límites al control de los medios de producción por parte del empresario</i> .....	60
6.4.2. <i>El uso de investigadores privados para descubrir o prevenir delitos</i> .....	62

6.4.3. <i>Intromisión en la esfera íntima de los trabajadores mediante la realización de preguntas sobre cuestiones de carácter personal sobre su ideología y su vida sexual</i> .....	62
<b>6.5. Fundamentación</b> .....	<b>63</b>
6.5.1. <i>Pilares normativos de la posible responsabilidad de la persona jurídica</i> .....	63
6.5.2. <i>Búsqueda del fundamento propio de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i> .....	65
<b>6.6. Consumación, desistimiento y reparación en los delitos patrimoniales</b> .....	<b>67</b>
<b>6.7. Legítima defensa, empresa y patrimonio</b> .....	<b>71</b>
<b>6.8. Consentimiento</b> .....	<b>74</b>
<b>6.9. Culpabilidad de empresa</b> .....	<b>76</b>
6.9.1. <i>Concepto y límites</i> .....	76
6.9.2. <i>Teorías de la culpabilidad</i> .....	78
6.9.2.1. <i>Culpabilidad por conciencia especial de la persona jurídica (por HAFTER)</i> .....	78
6.9.2.2. <i>Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica (por BUSCH)</i> .....	79
6.9.2.3. <i>Culpabilidad funcional del órgano (por SCHROTH)</i> .....	79
6.9.2.4. <i>Culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica (por HIRSCH)</i> .....	79
6.9.2.5. <i>Culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica (por EHRHARDT)</i> .....	79
6.9.2.6. <i>Culpabilidad por el carácter de la empresa (por LAMPE)</i> .....	80
6.9.2.7. <i>Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial (por HEINE)</i> .....	80
6.9.2.8. <i>Culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial (por DANNECKER)</i> .....	80
6.9.2.9. <i>Culpabilidad por defecto de organización (por TIEDEMANN)</i> .....	80
6.9.2.10. <i>Culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad: concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica (por LUHMANN)</i> .....	81
<b>6.10. La cuestión del dolo y de la imprudencia</b> .....	<b>81</b>
<b>6.11. Presunción iuris tantum de organización defectuosa y carga de la prueba de la culpabilidad</b> .....	<b>83</b>

<b>6.12.</b>	<b>La tentativa en el delito imputable.....</b>	<b>86</b>
<b>6.13.</b>	<b>Cuestiones de autoría.....</b>	<b>86</b>
	<i>6.13.1. La autoría inmediata individual.....</i>	<i>87</i>
	<i>6.13.2. La autoría mediata.....</i>	<i>87</i>
	<i>6.13.3. La coautoría.....</i>	<i>89</i>
<b>6.14.</b>	<b>Participación en los hechos por una pluralidad de personas jurídicas: inducción, cooperación necesaria y complicidad.....</b>	<b>90</b>
	<i>6.14.1. La inducción.....</i>	<i>90</i>
	<i>6.14.2. La cooperación necesaria y la complicidad en el delito.....</i>	<i>91</i>
<b>6.15.</b>	<b>Inimputabilidad de las personas jurídicas.....</b>	<b>92</b>
<b>6.16.</b>	<b>Personas jurídicas excluidas.....</b>	<b>94</b>
	<i>6.16.1. Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales y organismos reguladores.....</i>	<i>94</i>
	<i>6.16.2. Los organismos reguladores y las Agencias Estatales.....</i>	<i>95</i>
	<i>6.16.3. Organizaciones internacionales de Derecho Público.....</i>	<i>95</i>
	<i>6.16.4. Entidades públicas empresariales.....</i>	<i>95</i>
	<i>6.16.5. Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general.....</i>	<i>95</i>
	<i>6.16.6. Partidos políticos y sindicatos.....</i>	<i>96</i>
<b>6.17.</b>	<b>Modelo de determinación de la pena.....</b>	<b>97</b>
<b>6.18.</b>	<b>¿Sancionar es lo mismo que penar?.....</b>	<b>101</b>
<b>6.19.</b>	<b>Atenuantes.....</b>	<b>103</b>
	<i>6.19.1. Confesión.....</i>	<i>103</i>
	<i>6.19.2. Colaboración.....</i>	<i>106</i>
	<i>6.19.3. Reparación.....</i>	<i>108</i>
<b>6.20.</b>	<b>Eximentes.....</b>	<b>110</b>
<b>7.</b>	<b>ASPECTOS PROCESALES MÁS RELEVANTES FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....</b>	<b>111</b>
<b>7.1.</b>	<b>Competencias de los Tribunales y tipo de procedimiento.....</b>	<b>112</b>
<b>7.2.</b>	<b>Intervención de las personas jurídicas en el proceso.....</b>	<b>112</b>
<b>7.3.</b>	<b>Derecho de defensa de las personas jurídicas. Conformidad no litisconsorcial.....</b>	<b>113</b>
<b>7.4.</b>	<b>Rebeldía de la persona jurídica.....</b>	<b>114</b>

<b>8. CONCLUSIONES.....</b>	<b>114</b>
<b>9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y WEBGRAFÍA.....</b>	<b>127</b>



# 1. INTRODUCCIÓN

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma de la LO 10/1995 del Código Penal supuso la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta novedosa aparición legislativa era hasta entonces impensable por la doctrina española. Pues bien, se partía del principio romano *societas delinquere non potest*, el cual desechara la idea de que las personas jurídicas pudieran ser condenadas penalmente por los delitos que se cometiesen en el seno de su organización empresarial. En cambio, ahora este principio ha quedado más que superado.

Inicialmente, este importante cambio legislativo intentaba adaptarse a la sociedad actual, una sociedad caracterizada por la globalización, multiculturalidad y las TICs, para abordar así el surgimiento de nuevos problemas y fenómenos sociales delictivos, donde el principal productor de estos era el riesgo. Por ello, en el presente trabajo se va a hacer referencia al control y la creación de instrumentos que reduzcan ese riesgo, como los *compliance programs*, entre otros temas a desarrollar.

La reforma legal antes mencionada fue motivada por los compromisos internacionales que España como estado miembro de la Unión Europea iba adoptando. Sin embargo, no fue suficiente, y pocos años después se aprobaría la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, que iría estructurando y matizando un sistema jurídico penal de imputación a la persona jurídica sin obviar el respeto a los derechos fundamentales de las personas y los principios básicos del Derecho Penal que lograsen satisfacer las necesidades político-criminales. De este modo, se va rompiendo con la creencia de que el único sujeto objeto del Derecho Penal era la persona física. Así, el Derecho penal económico se iría expandiendo.

Entre los principios básicos del Derecho penal, la aplicación del nuevo texto legal se encargaría de adecuar, entre otros, el principio de responsabilidad subjetiva, el de culpabilidad y de personalidad de las penas a las personas jurídicas.

Por otra parte, el presente trabajo recoge algunos de los debates doctrinales acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a través de los cuales se puede observar la evolución de la teoría clásica del delito, los diferentes modelos de responsabilidad y las diferencias entre la imputación objetiva y la imputación subjetiva de las personas jurídicas. También, se alude a una serie de problemas planteados con el fin de resaltar aquellos aspectos más significativos en esta materia.

Por ello, para comprender la responsabilidad penal de las personas jurídicas es preciso destacar el contenido del artículo 31 bis del Código Penal, el protagonista de este trabajo, sin perjuicio de sus ramificaciones, hasta llegar al 31 quinquis del Código Penal. Pues bien, se despersonaliza el delito del artículo 31 bis del Código Penal cometido por las personas físicas que constituyen la persona jurídica para que sea atribuido a esta como delito específico.

Además, recientemente, se ha ampliado la lista *numerus clausus* de delitos imputables a una persona jurídica, y se ha aumentado la cuantía de las penas de multa, como consecuencia de la LO 1/2019, de 20 de febrero de 2019, de reforma del Código Penal. Por lo que, es un tema que no deja de actualizarse desde que apareció como aspecto novedoso en el año 2010.

Así, el presente trabajo se va a estructurar en seis capítulos:

En primer lugar, se inicia con el significado del principio romano *societas delinquere non potest* y su repercusión histórica hasta el momento de su ruptura. Así, continuando con los antecedentes históricos se hace referencia, por un lado, a los antecedentes remotos del Derecho Romano Clásico, el Derecho Medieval y el Derecho Canónico, y el siglo XIX; y, por otro lado, a los antecedentes históricos recientes, distinguiendo entre el modelo de transferencia, el modelo de identificación o alter ego y el modelo del hecho propio. (Capítulo 1)

En segundo lugar, desde una perspectiva teórica jurídica-penal para facilitar la comprensión de los siguientes capítulos a desarrollar, se define persona jurídica, el ámbito de extensión del Derecho penal económico, se analiza la discusión político-criminal de la imposición de las consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas y los modelos teóricos de atribución de responsabilidad penal a estas, ya sea por atribución o por hecho propio. Además, se examina cuál es el modelo de imputación a las personas jurídicas de una responsabilidad penal por delitos cometidos en su seno que recoge el Derecho penal español. (Capítulo 2)

En tercer lugar, se atiende a la criminalidad de la empresa y se busca conocer los principios de imputación de esta, diferenciando entre la imputación objetiva y la imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa. (Capítulo 3)

En cuarto lugar, se desarrolla la situación legislativa actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aludiendo al sistema anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, al régimen legal de 2010, al régimen legal de 2015 y, recientemente, al régimen legal de 2019. Por lo que se intenta hacer un recorrido legal desde su incorporación

en nuestro sistema hasta su actualización conforme a la sociedad en la que vivimos. Poniendo el foco de atención en el artículo 31 bis del Código Penal. (Capítulo 4)

En quinto lugar, se continúa con una síntesis de los problemas específicos planteados sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, centrándome en los aspectos más destacables de cada uno de ellos. (Capítulo 5)

En sexto lugar, se hace referencia a los aspectos procesales más relevantes frente a las personas jurídicas. (Capítulo 6)

Finalmente, se concluye con una extracción de las ideas principales alcanzadas a lo largo del desarrollo del presente trabajo desde una perspectiva personal posicionándome a favor del sistema vigente.

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

### ***2.1. Societas delinquere non potest***

El principio *societas delinquere non potest* es una locución latina, establece que las personas jurídicas no pueden delinquir. El fin de este principio consiste en excluir la posibilidad de la persona jurídica de las diversas formas de autoría y participación delictiva. De modo que, bajo ningún concepto se podrá contemplar a la persona jurídica como un sujeto activo de hechos penales. Sin embargo, en el marco de cambios sustanciales introducidos por la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal, se incluye, como aspecto novedoso, a la persona jurídica como posible responsable directo de conductas criminales.

La negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se consolidó con la obra de SAVIGNY<sup>1</sup> durante la época liberal. Sostenía que las personas colectivas no tenían sustancia o configuración propia, debido a que estaban compuestas por personas individuales que tomaban decisiones y obedecían las órdenes. De modo que, serían las personas individuales quienes cometerían conductas delictivas. Por tanto, se entendía que las sociedades o asociaciones eran ficciones creadas por el derecho con fines específicos.

SALDAÑA refutó la tesis de SAVIGNY, el motivo lo recoge GONZÁLEZ SIERRA<sup>2</sup>: “*la doctrina de la responsabilidad corporativa es de pura cepa germánica. Se haya establecida en las*

---

<sup>1</sup> VON SAVIGNY, Friedrich Carl, citado en: GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 32.

<sup>2</sup> SALDAÑA, Quintiliano, citado en: GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 33.

*antiguas leyes alemanas manteniéndose en las modernas*". Y al parecer no se equivocaba, ya que civilistas desde GIERKE<sup>3</sup> hasta VON LIZST<sup>4</sup> admitían ese tipo de responsabilidad.

El libro de GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, se considera como fuente de la teoría de la responsabilidad corporativa y social del siglo XIX y comienzos del siguiente. VON LIZST la denominaba "la doctrina justa" o "concepción justa", concibiendo la idea de que se debía castigar a las personas jurídicas, y haciendo una comparación con otras ramas del derecho, como en derecho civil o mercantil, a los que luego volveré a hacer alusión, señala que las capacidades de las corporaciones en el derecho penal no son tan diferentes.

A principios del siglo XX, otros civilistas, BINDER<sup>5</sup> y HAFTER<sup>6</sup>, también apoyaban una tesis similar.

Así, la implantación legislativa de una responsabilidad penal de las personas jurídicas va a suponer la derogación de uno de los principios esenciales del Derecho Penal tradicional, quedando sustituido por el nuevo *societas delinquere et puniri potest*. No obstante, que la persona jurídica pueda ser penada no quiere decir que el legislador conciba que pueda delinquir, lo que evoca la preocupación de la problemática que supuso la reforma por la citada LO 5/2010 sobre su aplicación práctica.

Sin embargo, en otros ordenes jurídicos, lo que ya apuntó VON LIZST<sup>7</sup>, como el derecho administrativo o el derecho mercantil, si era posible atribuir responsabilidad a la persona jurídica, pero en el Derecho Penal era algo impensable. Por lo que habrá que esperar a que aparezca este nuevo modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica como causa de la propia naturaleza de la responsabilidad penal basada en los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, entre otros.

La doctrina tradicional<sup>8</sup> rechaza esta responsabilidad, alegando que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva.

---

<sup>3</sup> GIERKE, Otto, citado en: GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 33.

<sup>4</sup> VON LIZST, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (traducción de la 18ª edición alemana), Reus, Madrid, 1999, página 299.

<sup>5</sup> BINDER, Julius, citado en: GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 34.

<sup>6</sup> HAFTER, Ernst, citado en: GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 34.

<sup>7</sup> VON LIZST, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (traducción de la 18ª edición alemana), Reus, Madrid, 1999.

<sup>8</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción omisión y sujetos en la teoría del delito* (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas), Editorial Grijley, Perú, 2009, página 109.

Al margen de los pronunciamientos doctrinales sobre la culpabilidad se requiere que el sujeto activo haya tenido ocasión de conocer la ilicitud del hecho y que el sujeto tenga tanto la capacidad para comprender como para ordenar su actuación con relación a ese conocimiento. A raíz de estos dos elementos de culpabilidad, podemos decir que falta el último, por lo que se aprecia la inimputabilidad del sujeto activo. En consecuencia, surge el principio de la personalidad de la pena, el individuo solo va a responder de los actos propios y no por los de un tercero.

De esta manera, la persona física entendida como único sujeto con plena capacidad intelectual y volitiva, puede modificar la decisión de realizar activa u omisiva una conducta típica o un resultado imprudente derivado de una conducta no diligente.

En relación con lo anterior, ZUGALDÍA ESPINAR<sup>9</sup> manifiesta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge para combatir la corrupción y la criminalidad económica organizada. Mismo sentido que se recoge en la exposición de motivos de la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal<sup>10</sup>.

En líneas generales, la responsabilidad de la persona jurídica ya se indicó a través de la reforma llevada a cabo por la LO 8/1983 en su artículo 15 bis del viejo código<sup>11</sup>, donde se hacía referencia a la responsabilidad personal del directivo, órgano de la persona jurídica o representante por aquellos hechos que fueran cometidos por las entidades a pesar de no concurrir las condiciones apropiadas para la aplicación del delito correspondiente. PÉREZ ARIAS<sup>12</sup> expone a modo ejemplificativo lo siguiente: *“el ejemplo paradigmático lo constituye el delito fiscal en el ámbito societario en el que el sujeto pasivo del tributo —y verdadero defraudador según el derecho tributario— es la sociedad y no la persona física que administra a dicha sociedad, aun cuando se entendía que en tales casos realmente quien cometía el acto delictivo era la persona física”*.

---

<sup>9</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, página 589.

<sup>10</sup> Motivo VII, párrafo primero: *“Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.”*

<sup>11</sup> Artículo 15 bis CP de 1944: *“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.”*

<sup>12</sup> PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal, Dykinson, S.L., página 22.

No obstante, en la exposición de motivos de la citada ley no se consideraba a la persona jurídica como autora de actos criminales al no entenderse que no poseía las cualidades esenciales para ser apreciada como tal. En consecuencia, el Tribunal Constitucional se pronuncia, en las sentencias 150/1989, de 25 de septiembre de 1989, y 253/1993, de 20 de julio de 1993, sobre el fin establecido en el artículo 31 bis del Código Penal, el cual es evitar conductas impunes derivadas de actuaciones delictivas cometidas a través de una persona jurídica, y que años más tarde señala el Tribunal Supremo (STS, Sala Segunda, 607/2010, de 30 de junio de 2010).

Hasta llegar a la completa superación del viejo aforismo *societas delinquere non potest* han sido necesarias varias reformas, pero no será hasta la reforma introducida en el año 2010 cuando se transforme este principio.

En un primer momento, en el año 1995, con la implantación del vigente Código Penal se modifica la condición del autor persona física en la entidad jurídica descrita que contemplaba el anterior artículo 15 bis del Código Penal, pasando de directivo u órgano a administrador de hecho o de Derecho –regulado en el artículo 31<sup>13</sup> del Código Penal–. Además, se introducen consecuencias accesorias de imposición directa a la persona jurídica con el objetivo de impedir la continuación en la actividad delictiva y los efectos de esta, recogido en el nuevo artículo 129.

Posteriormente, en el año 2003, con la reforma de la LO 15/2003 de 25 de noviembre al Código Penal, se incorpora en el artículo 31 del Código Penal un segundo apartado<sup>14</sup> que modifica la situación y prevé de alguna forma el escenario creado con la siguiente reforma del año 2010. En dicho apartado se instauraba la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica, cuando el delito fuera cometido a través de una persona jurídica y la condena a aplicar fuera la pena de multa.

Sin embargo, con la reforma de la LO 5/2010, los preceptos mencionados anteriormente quedarían derogados. Precisamente, se deroga el artículo 31.2 del Código

---

<sup>13</sup> Art. 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”

<sup>14</sup> Art. 31.2 CP: “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.”

Penal y se cambia la redacción del artículo 129<sup>15</sup> del Código Penal que recoge las medidas aplicables a las entidades que no se encuadren en el vigente artículo 31 bis del Código Penal.

A pesar de estas reformas, parecía que no eran suficientes para entender la derogación real del principio *societas delinquere non potest* desde una perspectiva teórica. Así queda reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo 862/2009, de 23 de julio de 2009, que recoge PÉREZ ARIAS<sup>16</sup>, “*Si bien es cierto que existe una corriente doctrinal minoritaria proclive a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ... ello no quiere decir que se haya derogado en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest. Pues no parece plausible hablar de una conducta humana atribuible a la propia persona jurídica; ni tampoco realizar un reproche ético social, con base en el principio de culpabilidad, a un ente que no es una persona física; ni resulta muy factible imponerle a una persona jurídica cierta clase de penas ni que cargue con el lastre de cumplir otras por actos que personalmente no ha realizado, sin olvidar las consecuencias indirectas que conlleva la imposición de una pena a sujetos integrantes de una sociedad que no han tomado parte en el comportamiento delictivo.*”

En efecto, parece que, debido a la aparición de nuevos conceptos doctrinales referidos a la teoría general del delito normativizados y dirigidos a la persecución de fines estrictamente funcionales o preventivos, han permitido que se empiece a cuestionar los tradicionales argumentos dogmáticos sobre la vigencia del principio *societas delinquere non potest*.

Tampoco faltaron las manifestaciones de quienes consideraban imposible disponer de las categorías propias de la teoría general del delito relacionadas con las personas jurídicas o encontrar equivalentes funcionales a estas. De modo que, entendían que la solución era prescindir de alguna de ellas. SHÜNEMANN<sup>17</sup>, sostenía que era necesario y legítimo atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas como estado de necesidad preventivo. Del mismo modo, ZUGALDÍA ESPINAR<sup>18</sup> adoptó esta afirmación, defendida en nuestra doctrina.

Paradójicamente, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011, aboga que el precepto contiene las características que permiten distinguir a las personas jurídicas, sin que

---

<sup>15</sup> Art. 129.1 CP: “*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.*”

<sup>16</sup> PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal. Dykinson, S.L., página 24.

<sup>17</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, Edición BOE, Madrid 1995, páginas 589 y ss.

<sup>18</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la formula tradicional “societas delinquere non potest”*, 1980, página 86.

su aplicación conlleve a una nueva teoría del delito de las corporaciones<sup>19</sup>. Además, señala que la actuación de la persona jurídica va a ser instrumental, aunque sorprende que baste con esto para justificar su imputación. Este carácter instrumental se aprecia en el art. 66 bis<sup>20</sup>.

De forma habitual, en esta materia, se han venido observando dos regímenes jurídicos según se acudiera al derecho anglosajón o al derecho continental, donde la responsabilidad penal de la persona jurídica se encontraba más arraigada en países como Reino Unido y Estados Unidos. No obstante, con el paso del tiempo este sistema dualista se ha ido aproximando, aunque la regulación de un país a otro sobre este tema es distinta.

Diversos instrumentos internacionales y europeos han influido en la responsabilidad penal de las personas jurídicas de algunos delitos –la denominada Third Party Strategy<sup>21</sup>–, al igual que numerosas estadísticas que miden la participación directa o indirecta de la persona jurídica en la perpetuación de actos delictivos.

Así, podría aceptarse la ruptura entre la dogmática penal clásica y la teoría general del delito, infranqueable durante años, dando paso a un nuevo terreno de exploración, donde se va a reconocer una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## **2.2. Antecedentes históricos**

### *2.2.1. Antecedentes históricos remotos*

En el siglo XIX aparece el debate de la responsabilidad penal de la persona jurídica. A pesar de ello, partiendo del análisis histórico de SILVINA BACIGALUPO<sup>22</sup> se pueden distinguir las siguientes etapas:

#### *2.2.1.1. Derecho Romano Clásico*

---

<sup>19</sup> Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010: “*el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo –desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica– por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.*” Página 410.

<sup>20</sup> La instrumentalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se recoge en el artículo 31 bis, cuando atribuye esta responsabilidad por los “*delitos cometidos por...*”, refiriéndose a las personas físicas que realizan el delito de referencia para imputar la responsabilidad penal de la corporación.

<sup>21</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona. 2011, páginas 200-201.

<sup>22</sup> BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Bosch, Casa Editorial, SA., 1998, páginas 42-100.



En esta primera etapa no existe ningún concepto referido a la persona jurídica, tal y como hoy se entiende. Sin embargo, se concebía al colectivo como un sujeto diferente al conjunto de los individuos que lo integran, a quienes se reconocían derechos subjetivos.

El Municipio era el colectivo, o la corporación, más notable. Ulpiano defendía que a este ente se le podía reclamar solo por la conducta de sus administradores, por las ganancias obtenidas, negando así la posible responsabilidad por acto propio del colectivo.

De manera que, no será hasta la época clásica cuando se pueda hablar de responsabilidad del municipio. Además, se va a dar un tratamiento jurídico distinto a la persona individual (*singuli*) y al colectivo (*universitas*). Esto, supondrá una evolución en la Edad Media.

A pesar de todo, del Código Hermogeniano se deduce que la persona jurídica no era una creación del Derecho Romano.

#### 2.2.1.2. *Derecho Medieval y Derecho Canónico*

Durante la época de los glosadores y el renacimiento del Derecho Romano no va a tener lugar el concepto de persona jurídica, como ocurrió en el Derecho Romano. Por ello, la responsabilidad colectiva solo era observada como unión de personas (*universitas*).

En el siglo XIV aparecería la locución latina *societas delinquere non potest* concedida por SINIBALDO DE FIESCHI. En cualquier caso, su sentido original no concebía a la corporación como se la conoce hoy.

La *universitas* será apreciada como una persona ficticia, pero dentro de una actuación criminal no iba a tener capacidad activa ni pasiva, se entendía como responsabilidad en el caso de que esa actuación fuera realizada por los miembros del colectivo.

En vista de esto, la doctrina canónica es el precedente del actual concepto de persona jurídica.

#### 2.2.1.3. *Siglo XIX*

A lo largo de este siglo se va a apreciar un giro conceptual respecto del estudio de la corporación como sujeto con naturaleza singular y autonomía jurídica. Este estudio fue realizado por dos autores con puntos de vista diferentes, SAVIGNY<sup>23</sup> y GIERKE<sup>24</sup>.

Para SAVIGNY<sup>25</sup>, la persona jurídica es una ficción del derecho creada por el hombre para la consecución de objetos jurídicos: “*la persona jurídica es el resultado de una operación de puro fingimiento, puesto que solo el hombre, individualmente considerado, es persona para el derecho*”. Por lo que, SAVIGNY entendía que la persona jurídica era una creación del Estado.

Para GIERKE el Estado poseía facultades declarativas de la voluntad colectiva, y no individual, de las personas físicas que la integran.

En consecuencia, solo será a partir de estos autores cuando se pueda hablar de persona jurídica. Además, esto supondrá que durante los siguientes años aparezca un debate sobre la responsabilidad de la persona jurídica.

VON LIZST<sup>26</sup>, en el ámbito penal, se refirió a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal, argumentando que, si un sujeto puede realizar contratos, también podrá realizar contratos ilícitos o incumplir estos.

Autores posteriores a VON LIZST, como BACIGALUPO SAGGESE<sup>27</sup>, exponían que este autor impulsa la creación de medidas de seguridad introducido por un sistema de doble vía a sujetos que no tienen capacidad de culpabilidad.

PÉREZ ARIAS<sup>28</sup> destaca la opinión de FERRARA<sup>29</sup> sobre la concepción de persona jurídica de SAVIGNY. Para este autor el ordenamiento jurídico es el que debe dotar de personalidad a entes que no tengan intereses propios ni vida autónoma que exceda del fin originario.

---

<sup>23</sup> VON SAVIGNY, Friedrich Carl. DURÁN Y BAS, Manuel (prólogo). *Sistema del Derecho Romano Actual Reimp*, De la edición de Madrid, Centro editorial de Góngora, Analecta Editorial ANALECTA, 2004.

<sup>24</sup> GIERKE, Otto, citado en: PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal. Dykinson, S.L., página 53.

<sup>25</sup> VON SAVIGNY, Friedrich Carl. DURÁN Y BAS, Manuel (prólogo). *Sistema del Derecho Romano Actual Reimp*, De la edición de Madrid, Centro editorial de Góngora, Analecta Editorial ANALECTA, 2004.

<sup>26</sup> VON LIZST, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Reus, 1929.

<sup>27</sup> BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Bosch, Casa Editorial, SA., 1998, página 71.

<sup>28</sup> PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal. Dykinson, S.L., página 56.

<sup>29</sup> FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Edición Reus, Madrid, 1929, página 330.

Esto lleva a comprender que la concepción de persona jurídica actual se identifica con una entidad creada por el derecho con fines predeterminados en su propia constitución.

### 2.2.2. *Antecedentes históricos recientes*

Se siguen las teorías enunciadas por la doctrina anglosajona y norteamericana a partir del siglo XIX para conformar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

#### 2.2.2.1. *Modelo de transferencia*

Su origen es anglosajón. Se basa en la relación feudal del *common law*, donde los Señores van a responder de las acciones de sus sirvientes, pero de forma limitada, ya que se atribuye una responsabilidad al superior por simples omisiones de control del inferior. Por tanto, no va a servir para imputar una responsabilidad por acción.

Más tarde, mediante resoluciones judiciales, va a ser posible la atribución formal de responsabilidad corporativa por omisiones o incumplimientos de sus directivos, pero sin ser suficiente para aquellas acciones en las que existiera un especial ánimo delictivo en el autor, ya que la corporación no podía realizar actuaciones que precisaran componentes físicos.

No obstante, este modelo irá evolucionando. El modelo de transferencia entendido como responsabilidad pura de transferencia se acoge en el derecho de los Torts en el siglo XIX. DEL ROSAL BLASCO<sup>30</sup> defiende la “*posibilidad de hacer responder a las corporaciones, también, por delitos de acción, pero solo para los llamados delitos de strict liability (responsabilidad objetiva), no para delitos con una dimensión moral que requieren de una mala intención criminal.*” En Inglaterra, el caso *Queen v. Great North of England Railway*<sup>31</sup> (1846) es un ejemplo judicial de este modelo de responsabilidad a las corporaciones.

#### 2.2.2.2. *Modelo de identificación o alter ego*

Una de las primeras evoluciones del modelo anterior nos lleva a este nuevo modelo. Surge a principios del siglo XX. Su acometido será subsanar las deficiencias del modelo de transferencia. Se va a concebir a la sociedad como un sujeto controlado y gestionado por sus directivos, a los que se les identifica como la mente y la intención de la corporación. No obstante, este modelo de responsabilidad solo admitía imputar a la corporación por las

---

<sup>30</sup> DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010 de reforma del Código Penal*, Enfoque XXI, Barcelona, 2011, página 7.

<sup>31</sup> Si inicialmente había una mala intención criminal de la persona física se excluía la responsabilidad de la corporación. Por lo que, quien iba responder como autor del delito era la persona física.

acciones realizadas por sus representantes y no por las de sus empleados. De esta manera, dentro de la corporación, los representantes eran el cerebro y los empleados sus manos.

Los detonantes del modelo de identificación o alter ego van a ser el caso *Lennard's Carrying Co. Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* (1915) y el pensamiento expuesto por el VIZCONDE HALDANE que recoge DEL ROSAL BLASCO<sup>32</sup>, “*que si bien una corporación es una abstracción, que no tiene mente propia como no tiene cuerpo propio,... su activa y directiva voluntad debe, consecuentemente, ser buscada en la persona de alguien que, para determinados propósitos, puede ser llamado agente, pero que es en realidad la mente directiva y la voluntad de las corporaciones; el verdadero ego y centro de personalidad de la corporación.*”

Se implanta la responsabilidad de la corporación a través del reconocimiento de sus hechos a los realizados por las personas físicas que la regían. Sin embargo, no sería cualquier persona física la que controlaría a la persona jurídica, sino que se entendía que solo podían ser los directivos o gerentes. De modo que, se excluía a los empleados.

Así, la corporación respondería por las acciones de sus directivos. En su defecto, si el autor del delito empleaba la debida diligencia quedarían a salvo las imputaciones, haciendo valer así la *due diligence*.

A su vez, se transforma de una responsabilidad íntegra de la corporación a la llamada responsabilidad vicaria estricta. Esta responsabilidad surge por la resolución del caso *R v. British Steel* del Tribunal de Apelaciones inglés a finales del siglo XX (año 1995).

En este modelo se sostenía la responsabilidad corporativa no solo por los hechos realizados por sus representantes legales sino por sus empleados cuando hubiesen actuado en el plano de la autoridad y beneficiase a la corporación. De esta forma, los representantes legales seguirían siendo responsables por no haber practicado un control de sus empleados.

Esto ocasionó múltiples problemas, resultaba imposible la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica a grandes corporaciones. La culpabilidad del empleado sería un factor determinante para la corporación de una responsabilidad sin culpa, lo que supondría una responsabilidad por hecho ajeno.

### 2.2.2.3. Modelo del hecho propio

---

<sup>32</sup> DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010 de reforma del Código Penal*, Enfoque XXI, Barcelona, 2011, página 7.

El objetivo de este modelo es argumentar la responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio.

El sociólogo FERROW<sup>33</sup>, expone la sociología de las organizaciones en las que se basa la teoría de la que se parte. Esta teoría no es otra que la que se refiere al defecto de la organización social como causa de imputación, debido a que en muchas omisiones el control debería ser atribuido a la propia persona jurídica y no a los directivos o representantes, que en ocasiones nada pueden cambiar.

Las nuevas teorías filosóficas y sociológicas acerca de sujetos considerados tradicionalmente como artificiales, en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, suponen, como apunta BACIGALUPO SAGGESE<sup>34</sup>, un replanteamiento “*diverso del que tradicionalmente ha inspirado la dogmática penal*”.

Hay que analizar la relación de causalidad entre la organización y los daños producidos para imputar una responsabilidad penal a la persona jurídica. De forma que, solo cuando se observe un defecto sistémico en la organización podrá hablarse de la responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio.

Esta tesis era sostenida por TIEDEMANN<sup>35</sup> que dispone que este defecto de organización se funde en el concepto específico de culpabilidad de persona jurídica.

MORILLAS CUEVA<sup>36</sup> declara que “*generalmente, y en una visión tradicional, la alternativa se ha situado en la diferenciación entre el derecho anglosajón donde, generalmente, se ha propiciado en sus legislaciones la admisión de la responsabilidad penal de esta variedad de personas, y los sistemas continentales donde, por el contrario, se ha optado por el mantenimiento del clásico principio *societas delinquere non potest*, como consecuencia del cual no se atiende a las hipótesis criminales para las personas jurídicas. Sin embargo, esto no es actualmente del todo correcto ya que Códigos, incluidos en la segunda de las variables, no son ajenos a este tipo de responsabilidad—por ejemplo, Francia y mucho más recientemente, y es el objeto principal de este artículo, España—, como veremos más adelante, pues ambos sistemas, en opinión de TIEDEMANN, cada vez se asemejan más.*”

---

<sup>33</sup> FERROW, Charles. *Una sociedad de organizaciones*, Editorial Reis, 1991.

<sup>34</sup> BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La problemática del sujeto en el Derecho Penal*, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997, página 8.

<sup>35</sup> TIEDEMANN, Klaus. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, En anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996, página 97.

<sup>36</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anales de Derecho (Universidad de Murcia), Número 29, 2011, página 6.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en Francia o España, en el derecho anglosajón la persona jurídica va a responder siempre, excepto que se diga otra cosa. Mismo modelo que se sigue en Holanda, Noruega y Suiza.

### 3. TEORÍA

#### 3.1. Concepto jurídico-penal de persona jurídica

Se define a la persona jurídica como sujeto activo del delito con personalidad jurídica. Así lo ha manifestado el legislador de 2010, por lo que parece que estamos ante un concepto puramente formal. De esta definición se puede extraer que la ley no señala que es lo que debe comprenderse por persona jurídica.

No obstante, a partir de la reforma de la LO 5/2010, de 23 de junio, si acudimos al artículo 31 bis del Código Penal entenderemos que las personas jurídicas a las que alude este precepto serán aquellas privadas de Derecho Civil<sup>37</sup> y Mercantil<sup>38</sup> y algunas personas jurídico-públicas con personalidad jurídica.

En cuanto a los requisitos que han de concurrir para que se pueda imputar la comisión de un delito a una entidad son tres. En primer lugar, debe ser una organización que se encuentre reconocida por el Derecho positivo, es decir, que tenga la condición de persona jurídica a la vez que le sean imputados derechos y deberes. En segundo lugar, que afecte al bien jurídico protegido por un precepto legal. Y finalmente, que posea capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa. De este modo, el requisito necesario de estos sujetos activos es la personalidad jurídica. Sin embargo, al amparo de los artículos 31 bis 2 *in fine*, 66 bis y 130.2 del Código Penal se deduce que este requisito solo es necesario, pero no suficiente.

Precisamente, el artículo 129 del Código Penal establece la existencia de entes colectivos sin personalidad jurídica, aquellas empresas, sociedades, asociaciones u organizaciones que conforme a lo anteriormente expuesto no van a responder penalmente en el sentido del artículo 31 bis del Código Penal, pero por este precepto pueden ser

---

<sup>37</sup> Art. 35 CC: “*Son personas jurídicas:*

1.º *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*

2.º *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.*”

<sup>38</sup> Art. 116 CCom: “*El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.*

*Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.*”

criminalizadas por su peligrosidad, aunque no por su culpabilidad. Pues, desde la reforma del 2010, con la introducción del artículo 31 bis del Código Penal, el artículo 129 del Código Penal<sup>39</sup> recupera su importancia de cara a entes sin personalidad jurídica, pero con capacidad de delinquir.

De modo análogo a la antigua redacción del artículo 129 del Código Penal, la nueva regulación plantea el problema de la naturaleza jurídica de las medidas a las que hace referencia el legislador en el artículo 129.2 del Código Penal<sup>40</sup>, consecuencias accesorias. La denominación formal que utiliza el legislador para hacer referencia a estas medidas es de idéntico contenido que las penas en sentido estricto, penas aplicables a las personas jurídicas. De tal forma, el hecho de que la ley se refiera a agrupaciones de personas, sin hacer distinción entre personas físicas o jurídicas, requiere la previa punición de una persona sea cual sea su condición. No obstante, esto debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que puedan incurrir dichas personas físicas o jurídicas.

Por lo tanto, no cabe duda de que los artículos 31 bis y 129 del Código Penal aluden a las personas jurídicas para referirse a las entidades a las que se les puede imputar la comisión de delitos.

Desde este punto de vista, reconocida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se debe buscar una relación coherente con los fines preventivos seguidos con tal reconocimiento.

Por otro lado, la reforma introducida por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia, lucha contra el fraude fiscal y de la Seguridad Social<sup>41</sup>, elimina el

---

<sup>39</sup> Art. 129.1 CP: *“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.”*

<sup>40</sup> Art. 129.2 CP: *“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.”*

<sup>41</sup> LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, lucha contra el fraude fiscal y de la Seguridad Social. Motivo II: *“En primer lugar, se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones*

privilegio que poseían los partidos políticos y sindicatos, conforme al cual no les eran imputables delitos. Esta novedad supone un ajuste con el nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas que se encuentra orientado, como se ha mencionado, a la prevención de delitos en el ámbito de esta clase de entes. Por este motivo, ni los partidos políticos ni los sindicatos deben ser excepciones a esas necesidades preventivas.

### 3.2. Derecho penal económico

El sistema de la teoría del delito a lo largo de la historia ha ido evolucionando, bien por el impacto cultural de la sociedad, o bien por la aparición de nuevos sistemas generales de pensamiento de penalistas académicos. Así, por dichas razones emerge la creciente intervención del Derecho penal en la actividad económica y la consolidación de un sector especializado de casos de Derecho penal económico-empresarial. La aparición de este ámbito específico, el Derecho penal económico, parece que puede llegar a tensionar la teoría clásica del delito.

Por un lado, porque los casos de Derecho penal de la empresa<sup>42</sup> hacen referencia a un grupo organizado de personas. Tradicionalmente, la teoría del delito ha observado la conducta individual de una persona que con dolo directo procedía a la comisión de un delito de resultado. De modo que, la concepción de este modelo clásico puede ocasionar alguna distorsión dentro de una estructura organizada a la hora de su aplicación. En otras palabras, se podría evitar una fundamentación razonable de la responsabilidad.

Por otro lado, por la naturaleza del Derecho económico. El mencionado modelo clásico se percibió sobre casos de homicidio. El homicidio se concibe como un delito puro de resultado de lesión a un bien jurídico individual. De manera que, se cuestiona cuál es el objeto o bien jurídico que el Derecho penal económico ha de proteger. En el ámbito patrimonial-económico los delitos son medios de comisión determinados, no delitos puros de resultado. Así, para afrontar la actividad empresarial, el Derecho penal se incluye en ámbitos densos de difícil regulación. Surgen tipos abiertos, leyes penales en blanco, elementos normativos de contenido jurídico de valoración general. Esto supone que tanto la imputación objetiva como la subjetiva originen peculiaridades al respecto. Por otra parte, resaltar que la actividad económico-patrimonial es el eje de nuestro sistema social. Los

---

*ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.”*

<sup>42</sup> Manifestado por SHÜNNEMANN, Bernd, citado en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada, EDISOFER S.L., 2016, página 7.



hechos delictivos derivan de actuaciones anónimas y masivas que provocan resultados inadecuados. En la imputación de la responsabilidad el dolo eventual es determinante. Respecto a los bienes jurídicos afectados son supraindividuales o institucionales.

La evolución de la teoría del delito a partir de finales del siglo XX deja de ser naturalista y pasa a ser normativista. Las nociones empíricas (causalidad, dominio e intención) que caracterizan al modelo clásico de teoría del delito han progresado.

SILVA SÁNCHEZ<sup>43</sup> expone que “*el paradigma del delito del presente y del futuro es la estafa (o la administración desleal) cometida por omisión y dolo eventual en el contexto de negocios de riesgo*”. Destaca que la actual crisis financiera internacional es de gran significación en los elementos de infracción del deber en la teoría del delito, ya sea en el plano objetivo como en el subjetivo.

De modo que, la aparición de esta nueva teoría del delito surge para abordar los nuevos fenómenos sociales delictivos. En efecto, las teorías normativas extienden el alcance de las categorías e instituciones. Sin embargo, la extensión no es una novedad en si misma tanto como si lo es la razonabilidad de dicha extensión. De lo que se deduce que la normativización no ha de suponer una desnaturalización de las instituciones de la teoría del delito ante los casos de Derecho penal económico. No obstante, a la hora de atribuir responsabilidades hay que evitar incurrir en un hipernormativismo.

### **3.3. La discusión político-criminal y los modelos teóricos**

#### *3.3.1. Necesidad político-criminal de la imposición de consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas*

Tras la discusión de las últimas décadas sobre si las personas jurídicas deben responder penalmente se llega a la conclusión de que existe una necesidad político-criminal de que sea así. En consecuencia, el reconocimiento de esta necesidad ha supuesto que surjan dificultades en la dogmática de la teoría del delito.

De esta manera, la teoría tradicional del delito, creada sobre la base de la conducta de un sujeto individual, hace que aparezcan impedimentos cada vez que se intenta aplicar a la actuación de personas jurídicas. No obstante, para solventar esta problemática habrá distintas formas de abordar tales impedimentos, según sea entendida la atribución de consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas, es decir, si se concibe como necesidad político-

---

<sup>43</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada, EDISOFER S.L., 2016, página 11.

criminal o, que esta sea sustituida por otros mecanismos mediante la imposición de sanciones administrativas o de consecuencias jurídico-administrativas no sancionadoras.

Aquellos que afirman la necesidad político-criminal de imponer consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas exponen tres argumentos. En primer lugar, la dificultad que supone a veces sancionar penalmente a personas físicas, directivos, representantes, administradores, por la comisión de delitos dentro de la actividad empresarial de la persona jurídica. En segundo lugar, que en los supuestos en los que se den las circunstancias para imponer tal sanción, esta sea insuficiente para la criminalidad económica organizada. Y, en tercer lugar, la inadecuación de alternativas dirigidas a hacer frente a la responsabilidad de la persona jurídica al margen del proceso penal y del Derecho, específicamente medidas administrativas o sanciones de esta índole.

### *3.3.2. Modelos teóricos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*

Conviene proceder al análisis dogmático del sistema de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas con la teoría del delito. No antes, sin hacer mención de las características generales de dicho sistema.

La distinción esencial, desde un punto de vista político-criminal, era la que emerge entre modelos de responsabilidad directa y modelos de responsabilidad subsidiaria. Ahora, desde la perspectiva dogmático-estructural se distingue entre un modelo de responsabilidad por atribución y otro modelo de responsabilidad por hecho propio, según que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se origine por una simple transferencia como causa de la responsabilidad producida por la conducta delictiva de una persona física en el marco organizativo de la sociedad<sup>44</sup>, o por la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica<sup>45</sup>.

#### *3.3.2.1. El modelo de responsabilidad por atribución*

Este modelo reconoce la comisión de un hecho delictivo por las personas físicas que integran a la persona jurídica, bien sea a través de sus órganos o, siendo sus representantes. Por ello, la responsabilidad derivada del delito se transfiere a la persona jurídica, debido a la

---

<sup>44</sup> Modelo que corresponde a la teoría de la imputación del Derecho canónico medieval o teoría del órgano. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 1ª edición, 1993, página 313.

<sup>45</sup> Modelo de la originäre Verbandshaftung. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, 1994, páginas 613 y ss.

relación funcional de los actos realizados mediante los órganos que constituyen la persona jurídica y los de esta.

En cualquier caso, la comisión de delitos podrá ser comisión activa o comisión por omisión, en aquellos supuestos en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación, o de selección.

El modelo de responsabilidad por atribución aparece tras el § 30 de la OWiG, la ley alemana de infracciones de orden, que se encarga de regular la imposición de una *Geldbuße*<sup>46</sup> a las personas jurídicas.

SILVA SÁNCHEZ<sup>47</sup> entiende que este modelo es *“también el modelo que se corresponde con la indentification “doctrine anglosajona”, según la cual en los casos en que quien comete el delito (realizando tanto el actus reus como la mens rea) es una persona física lo suficientemente importante en su estructura como para afirmar que expresa el “directing mind and Will of the company”, entonces la persona jurídica puede ser sancionada directamente en tanto que los actos del órgano se entienden como actos de la sociedad.”*

Además, para este autor el modelo de responsabilidad por atribución acredita sistemas de responsabilidad alternativa más que acumulativa. Algunos sostienen una hipótesis de coautoría de la persona jurídica que no supone un *bis in idem*. Sin embargo, la coautoría vendría de la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad por un hecho delictivo por comisión por omisión. En efecto, el *bis in idem* no confluiría entre la sanción de la persona física que actuó activamente y la sanción de la persona jurídica, sino entre la sanción del órgano que omitió evitar el hecho activo del otro integrante de la empresa y la sanción de la persona jurídica.

Por otra parte, este modelo evita los obstáculos de la teoría clásica del delito contra la calificación de la persona jurídica considerada como sujeto de la infracción. En consecuencia, aparece la teoría de la identificación o alter ego para supuestos en los que se conciba una responsabilidad por un hecho de otro.

Los problemas emergen cuando quien comete el hecho es una persona, en la estructura jerárquica empresarial, de rango inferior, de la que parece complicado admitir que representa la voluntad de la empresa; cuando la persona física no se identifica como persona

---

<sup>46</sup> Multa administrativa.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada, EDISOFER S.L., 2016, página 298.

autora del hecho que atribuir a la persona jurídica; y cuando la persona física que actúa lo hace de modo inculpaible cuya responsabilidad habría que transferir a la persona jurídica.

Estos problemas han tratado de ser resueltos. El primero de ellos trató de solventarse en el ámbito anglosajón modificando la *doctrine of identification*, o *alter ego theory*, a la que en diversos momentos se le habían añadido los criterios del mandato, y adquirido el criterio puro de la atribución. Esto supone imputar a la compañía hechos de empleados pertenecientes a rangos inferiores a los orgánicos o representativos. De modo que, sería suficiente que la persona física ostentara competencia sectorial con autonomía operativa (*section heads, branch managers, etc.*). No obstante, cabe la posibilidad de que este problema sea resuelto de modo diferente, entendiendo el hecho cuya imputación a la persona jurídica fundamenta su responsabilidad en la omisión de vigilancia o coordinación a través de los órganos rectores de la empresa, y no en la comisión activa realizada por personas físicas situadas en escalas intermedias.

Respecto al segundo problema, las situaciones de irresponsabilidad organizada, se apunta que es compatible con un modelo de responsabilidad transferida, si se acepta un modelo de sanción para la persona jurídica al margen de la identificación de la persona física que cometiese el hecho punible, como dispone el § 31. 4 OWiG.

Por último, en cuanto al tercer problema, a pesar de los intentos de resolverlo, para SILVA SÁNCHEZ<sup>48</sup> le parece algo insuperable.

#### 3.3.2.2. *El modelo de responsabilidad por hecho propio*

El modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere que se transfiera la responsabilidad de las personas físicas integrantes en la estructura organizativa de la empresa a la persona jurídica. En este modelo, en cuanto a la intervención individual estamos ante una responsabilidad de estructura anónima.

La teoría de la identificación, en el ámbito anglosajón, continuaba sin ser apta para afrontar los casos en los que a la persona física no se la identificaba como autora del delito. Además, se desconocía el modo operandi de las grandes compañías. SILVA SÁNCHEZ<sup>49</sup> expone como ejemplo que “*se ha afirmado que la empresa sigue su paso de elefante prácticamente indiferente a la sucesión de jinetes, de modo que debería prescindirse de todas las reglas de atribución y hacer a las compañías, como*

---

<sup>48</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada, EDISOFER S.L., 2016, página 300.

<sup>49</sup> Op. cit., páginas 301-302.

*tales, directamente responsables.*” Así, esta responsabilidad no parece que debería crearse sobre la base de la *aggregation doctrine* de origen americano, es decir, mediante la vía de almacenar elementos objetivos y subjetivos de las personas físicas cuyas acciones u omisiones derivan a un resultado delictivo que integran la estructura organizativa empresarial. Por lo que, dicha responsabilidad debería configurarse a partir de una *management failure* enlazada a la *corporation policy*.

El debate continental europeo acerca de la responsabilidad por la actitud criminal de grupo y la denominada culpabilidad por defecto de organización aparece con el cambio originado en el ámbito anglosajón. De este modo, en los supuestos en los que las personas individuales no han sido identificadas o han obrado sin culpabilidad, se persigue dar soluciones adecuadas a los problemas surgidos.

Pues, al igual que en el modelo anterior este modelo también presenta algunos problemas. El primer problema es el de dónde localizar el hecho propio de la persona jurídica, ya que no es fácil la identificación de los elementos que componen el hecho delictivo. Lo recomendable sería delimitar el hecho en torno a la vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial. Sin embargo, parece que no puede hablarse claramente de que tal vulneración es un hecho de la propia persona jurídica. En tal caso, sería más correcto hablar de un hecho de los órganos con funciones de vigilancia o coordinación dentro de la actividad empresarial. Por lo que, el propósito de constituir un modelo de responsabilidad por hecho propio terminaría en la imputación de un hecho ajeno, a pesar de que sea el hecho del órgano de vigilancia o coordinación. No obstante, esto no significa que las construcciones de la culpabilidad por defecto de la organización estén vinculadas a la identificación del autor del hecho.

Por otro lado, el segundo problema planteado es saber cómo sancionar a la empresa por un hecho propio sin que se encuentre tipificado como forma de organización peligrosa. Si la sanción es considerada como imputación a una persona física que ocasione un resultado penalmente relevante y esta se haya visto favorecida por el defecto de organización de la empresa podría salvarse. Así, esta responsabilidad se encontraría sometida a una cierta accesoriedad, en virtud de la teoría convencional de la participación si la persona física ha sido identificada o no.

Ambos problemas provienen de la construcción del hecho propio de la persona jurídica.

### 3.4. El modelo español de imputación a las personas jurídicas de una responsabilidad penal por delitos cometidos en su seno

Como se ha expuesto, existen dos modelos dogmáticos para establecer la responsabilidad penal a las personas jurídicas: un modelo de responsabilidad por atribución y un modelo de responsabilidad por hecho propio.

#### 3.4.1. La recepción del modelo de la atribución

Una lectura del artículo 31 bis 1 del Código Penal<sup>50</sup> refleja que el legislador español se ha inclinado por el modelo de la transferencia o imputación<sup>51</sup>. Así, se desprende de forma literal que son responsables penalmente las personas jurídicas de los delitos cometidos por personas físicas en el ejercicio de representantes legales, administradores de hecho o administradores de derecho. Además, son responsables de los delitos cometidos por subordinados de los sujetos citados.

Este precepto legal no atribuye a un sujeto determinado el debido control, sino que se expresa de forma impersonal. Por otra parte, indica que si se hubiese tenido el debido control se hubiera evitado el hecho delictivo del subordinado. Sin embargo, el precepto legal no precisa el círculo de garantes de supervisión de la conducta del subordinado, aquellos quienes deberían haberle controlado. Por supervisión se entiende que se han de proporcionar una serie de mecanismos de obtención de información acerca del comportamiento del subordinado y mecanismos de corrección de tal comportamiento.

Respecto a qué posición debería de ocupar el subordinado en la persona jurídica para que por el hecho realizado le produzca una responsabilidad es algo no resuelto en el precepto legal. Una interpretación restrictiva expone que el subordinado sería un inferior jerárquico directo de los administradores o representantes legales, por lo que la omisión del debido

---

<sup>50</sup> Art. 31 bis 1 CP: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

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

<sup>51</sup> La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado dispone expresamente que el legislador ha implantado un “sistema de heterresponsabilidad penal”, página 30.

control sería atribuible a estos. No obstante, el artículo 66 bis 1ª C) del Código Penal<sup>52</sup> parte de que la omisión del control podría haberse producido en niveles jerárquicos diferentes. De modo que, una interpretación sistemática aceptaría que el subordinado que realice el hecho delictivo se pueda encontrar en niveles inferiores de la propia estructura de la persona jurídica. En efecto, la omisión del debido control sería imputable a los subordinados de sus administradores o representantes legales.

Los delitos cometidos por las personas físicas que originan responsabilidad penal a la persona jurídica se ubican en la Parte Especial del Código Penal, a través de la regla de imposición de penas a la persona jurídica responsable de un delito o conjunto de delitos.

En el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos especiales, como delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, el *intrañeus* (autor idóneo) de los delitos va a ser la persona jurídica. De modo que, también en el ámbito de delitos especiales rige un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas vinculado a la comisión de delitos por las personas físicas.

Así, el artículo 31 bis 1 del Código Penal, antes citado, revela como regla de imputación una imputación extraordinaria. El carácter extraordinario de la regla de imputación manifiesta su acercamiento a los criterios jurídico-civiles de la *strict* y la *vicarious liability*. De hecho, que alguien cometa un hecho delictivo en nombre o por cuenta de otro, y en su provecho, no constituiría una imputación de la responsabilidad penal a ese otro.

#### 3.4.2. Incoherencias en el modelo de la atribución

A priori parece que el legislador español, en el artículo 31 bis 1 CP, se inclina por un modelo de la atribución o de la transferencia. No obstante, este precepto legal contiene elementos que pueden poner en duda que se acoja este modelo. Así, podría entenderse que dicho modelo coincide parcialmente con el modelo de responsabilidad por hecho propio. De esta forma, puede decirse que existe la posibilidad de imponer responsabilidad penal a la persona jurídica a pesar de que no se haya individualizado a la persona física que realizó el delito, no haya sido posible dirigir un procedimiento contra ella, haya fallecido o carezca de culpabilidad. Estos elementos forman parte del contenido del artículo 31 bis 3 del Código Penal<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Art. 66 bis 1ª c) CP: “El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.”

<sup>53</sup> Art. 31 bis 3 CP: “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

Respecto a que la persona física no se haya individualizado o que no haya sido posible dirigir un procedimiento contra ella, no significa que no haya sido posible individualizar el hecho culpable de la persona física no individualizada, así que la persona jurídica se haría responsable por el mecanismo de transferencia. Ahora bien, si la persona física tras delinquir fallece<sup>54</sup>, no quiere decir que la responsabilidad penal de esta se pueda transferir a la de la persona jurídica mediante un injusto culpable para fundamentar dicha responsabilidad.

Mayor problema suponen los casos en los que la persona física haya actuado sin culpabilidad. Esto se debe a que al legislador español no le queda muy claro que se ha de entender por culpabilidad y porque por esta vía se acepta la responsabilidad de la persona jurídica pese a que no exista un injusto culpable en la persona física. Lo que parece poner en duda la propia lógica del modelo de transferencia, ya que, si no existe un hecho culpable en la persona física, es imposible transferir a la persona jurídica los elementos que derivarían a su propia responsabilidad.

De modo que, la relación de tales elementos con la culpabilidad de la persona física sería una cuasiculpabilidad, siendo el resultado de una dinámica de grupo. Por esta razón, un sector doctrinal español continúa calificando como cuasi-penas a las consecuencias jurídicas que el Código Penal llama penas aplicables a las personas jurídicas<sup>55</sup>.

### *3.4.3. Otras figuras legales problemáticas desde la perspectiva de un modelo de transferencia*

La presencia de atenuantes propios de la persona jurídica, hacen que se produzca una ruptura con el modelo de transferencia y una cierta asunción de elementos que caracterizan al modelo de responsabilidad por hecho propio. Por lo que, la responsabilidad penal de la persona jurídica puede verse atenuada en los términos que recoge el artículo 31 bis 4 del Código Penal<sup>56</sup>, es decir, a través de sus representantes legales. Se trata de atenuantes que reconducen a actos de auto-organización de la persona jurídica.

---

*personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.”*

<sup>54</sup> La responsabilidad penal de la persona física que ha cometido un delito quedará extinguida en los casos del fallecimiento de esta.

<sup>55</sup> Art. 33.7 CP: “Las penas aplicables a las personas jurídicas...”

<sup>56</sup> Art. 31 bis 4 CP: “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

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



Un caso distinto es el de la persistencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los supuestos de fusiones, escisiones, transformaciones o absorciones que pueda sufrir tras la comisión de un hecho delictivo por las personas físicas, artículo 130. 2 del Código Penal<sup>57</sup>. Aquí, de lo que se trata es de trasladar la responsabilidad de una persona física a una persona jurídica. Siendo la persona física el sujeto que cometió el delito y la persona jurídica el sujeto en el que se cometió el delito de la persona física. Más concretamente, en estos supuestos, la responsabilidad se traslada de una primera persona jurídica, a la que se transfiere la responsabilidad de la persona física, a una segunda persona jurídica, la resultante de los procesos de fusión, escisión, transformación o la absorbente.

La razón del traslado de responsabilidad se debe a la subsistencia de algún estado de cosas en la segunda persona jurídica que es preciso corregir. De modo que, esto se ajusta mal con el modelo de transferencia y parece acercarse a los modelos de hecho propio.

## **4. LA CRIMINALIDAD DE LA EMPRESA**

### **4.1. Principios de imputación de la empresa**

#### *4.1.1. El principio de competencia*

El principio de competencia es el punto de partida en el ámbito de la empresa, como en cualquier actividad que se encuentre organizada a partir de normas de distribución del trabajo y de estructura jerarquizada. Esto deriva en una serie de deberes que han de ser asumidos por los sujetos que actúan en el marco empresarial, a quienes se les puede imputar responsabilidad. Para ello, es preciso distinguir entre el plano vertical y el plano horizontal.

##### *4.1.1.1. El principio de competencia en el plano vertical*

La responsabilidad se va a atribuir de distinta manera en función de la escala jerárquica en la que un sujeto se encuentre. Así, se entiende que según se vaya subiendo en la escala jerárquica de la empresa ira aumentando la responsabilidad de acuerdo con las competencias que asuman dichos sujetos. De modo que, no será frecuente que los sujetos que se encuentren en posiciones inferiores de la empresa poder fundamentar la

---

<sup>57</sup> Art. 130.2 CP: “La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

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

responsabilidad por el alcance de sus competencias, al contrario que lo que sucede con sujetos situados en escalas superiores. Con relación a esto, ROBLES PLANAS<sup>58</sup> expone dos ejemplos: la responsabilidad penal por el daño ecológico que recaerá sobre el órgano administrador de la empresa que ha permitido de forma ilícita la producción de los vertidos, y la responsabilidad penal atribuida por el delito fiscal que recaerá sobre la persona que facilita los datos falsos a su asesor fiscal.

Se plantea la posición de garante de los administradores. La amplitud de la competencia de los administradores tiene origen en la sentencia alemana del *Lederspray*, donde se hace referencia a una responsabilidad total y general por los delitos cometidos en la dirección empresarial hasta llegar a la idea de dominio de la organización como fundamento del deber de responder. La posición de garante se adopta del Derecho Civil. Al respecto, ROXIN<sup>59</sup> señala que en los administradores recae una “*posición de garante para la salvaguarda de la legalidad*” como delitos de incumplimiento de un deber.

No obstante, en el ámbito de la empresa, además de la presencia de los administradores existen otras personas subordinadas a ellos, quienes pueden cometer delitos. De modo que, se trata de saber si el deber de garante de los administradores incluye las conductas peligrosas de los subordinados. El subordinado es un sujeto independientemente responsable y entraría en juego el principio de autorresponsabilidad. Así, los administradores no deberían responder por las conductas delictivas de otros, sino por la responsabilidad ocasionada dentro del marco organizativo de la empresa que se ha ido ampliando con la incorporación de otros sujetos.

Por otra parte, es preciso delimitar el ámbito de actuación de la empresa para atribuir aquella responsabilidad por los delitos que tengan relación con su actividad, excluyendo aquellos delitos que estén desvinculados de esta. Entre los riesgos que deben evitarse la empresa ha de responder tanto de los específicos como de los abstractos propios de la empresa, por ejemplo, la corrupción.

#### 4.1.1.2. *El principio de competencia en el plano horizontal*

---

<sup>58</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 24.

<sup>59</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo II, Especiales formas de aparición del delito (traducción de la 1ª edición alemana), Civitas, Madrid, 2014.

La división del trabajo puede derivar a amplios espacios de neutralidad, sobre todo en niveles inferiores. Aquí, lo que compete a un garante no compete a aquel que no lo es, por lo que aun teniendo conocimiento de un delito cometido por otro no se le va a atribuir responsabilidad alguna. A modo de ejemplo, ROBLES PLANAS<sup>60</sup> explica que *“el encargado de la contabilidad no tiene ningún deber de evitar los hechos delictivos que le corresponde evitar al encargado de medio ambiente o de marketing.”* Sin embargo, como ocurre en el plano vertical, los sujetos miembros del órgano de administración al ser garantes han de procurar que dicha organización se encuentre exenta de riesgos.

#### 4.1.2. La delegación y la especialización

La delegación de competencias y la especialización se configuran como dos mecanismos propios de las organizaciones complejas.

En la delegación la competencia del administrador delegante es cedida al subordinado delegado. Así, ROBLES PLANAS<sup>61</sup> dispone que *“este último asume la posición de garantía que originalmente ostentaba el primero, pasando entonces el delegado a desempeñarse como el nuevo sujeto competente de mantener el ámbito en cuestión libre de riesgos para terceros.”*

En la especialización se hace referencia al reparto de funciones específicas entre los garantes con el objetivo de favorecer el rendimiento colectivo.

#### 4.1.3. Los principios de desconfianza (vigilancia y control) y de confianza

Estos dos principios rigen para los casos de delegación y especialización. El principio de desconfianza establece lo que se ha de hacer en los casos de delegación y el principio de confianza lo que se haría en los casos de especialización en el marco del órgano de administración, es decir, entre los grupos de garantes existentes.

En el supuesto de la delegación, se entiende que el delegado asume la posición de garantía del delegante, quien deberá conservar algunos deberes acerca del espacio delegado, como el deber de control y de vigilancia. Así, en la delegación rige el principio de desconfianza, lo que supone que el delegante tendría la obligación de controlar y vigilar al delegado. De modo que, si el delegado desarrolla su actividad delictivamente el delegante

---

<sup>60</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 29.

<sup>61</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director). *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 30.

podría responder penalmente por no haber evitado dicha actuación peligrosa, entendiéndose incumplidos los deberes de control y vigilancia. SILVA SÁNCHEZ<sup>62</sup> expone como fundamento del deber de control y vigilancia el elemento criminógeno de la empresa como organización, lo que ocasionaría sesgos cognitivos en sus miembros hacia la realización de hechos delictivos. Ahora bien, la forma de combatir situaciones de peligro sería una correcta supervisión y control.

Por otra parte, ROBLES PLANAS<sup>63</sup> expresa que se excede de manera estricta la identificación de la delegación con la desconfianza sin ningún matiz. Así, para este autor es preciso distinguir los momentos en el que la empresa se encuentre *“que van desde la plena desconfianza hasta la plena competencia.”*

En el supuesto de la especialización, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la delegación, el garante primario confía en el adecuado desarrollo de la actividad asignada por el garante especializado, por lo que podría abstenerse de los deberes de control y vigilancia. No obstante, existe una limitación al respecto, ya que, si se avisa por el primer sujeto que el segundo está actuando de manera delictiva y no se trata de erradicar tal situación en estos casos sería responsable penalmente.

#### **4.2. Imputación objetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa**

La tipicidad de los delitos cometidos por personas jurídicas se encuentra determinada por dos circunstancias. La primera, generalmente los tipos penales regulan el comportamiento de las personas físicas. Y, la segunda, las personas jurídicas son entes artificiales, no existen físicamente. De este modo, se deduce que la tipicidad en el Derecho penal económico necesita un juicio de atribución de la responsabilidad normativo en los supuestos en los que se lesione o se ponga en peligro el bien jurídico mediante una acción típica descrita en el Código Penal.

GÓMEZ TOMILLO<sup>64</sup> defiende que, para afirmar la tipicidad de una actuación social, se debería probar la actuación de una o varias personas físicas y, que dicha actuación

---

<sup>62</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada. EDISOFER S.L. 2016, páginas 148-151.

<sup>63</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 32.

<sup>64</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, páginas 69-74.

se encuadre en los objetivos específicos de la organización. No obstante, este autor hace referencia a la cuestión de lo injusto de las personas jurídicas, donde lo injusto típico en delitos de personas jurídicas se encuentra en un defecto organizativo propio de estas, y la puesta en peligro de los bienes jurídicos. Al respecto, expone seis argumentos.

En primer lugar, si se asocia lo injusto al defecto de organización provoca una desarticulación de los fines legítimos del Derecho penal.

En segundo lugar, es complejo establecer un punto de conexión entre el defecto de organización y el resultado lesivo cada vez que estemos ante un dato de naturaleza valorativa. No supondría tal complejidad si el legislador en los criterios de imputación del hecho delictivo a la persona jurídica hubiese introducido el defecto de organización. Por el contrario, el artículo 31 del Código penal no contempla este planteamiento.

En tercer lugar, parece irrelevante el tipo de delito si lo injusto de las personas jurídicas se basa en un defecto de organización, y la pena aparejada al delito cometido deberá ser igual en aquellos casos en los que la condición objetiva de punibilidad precise una alteración sustancial propia del sistema positivo actual. Asimismo, cabría deducir toda la responsabilidad de la persona jurídica a un único delito por la carencia de una organización dirigida a evitar la comisión del delito o infracciones administrativas. Sin embargo, se entiende que no es posible aceptar ese modelo en el Derecho penal económico de las personas jurídicas debido a las mínimas exigencias garantistas, entre ellas la seguridad jurídica.

En cuarto lugar, puede existir un defecto de organización, pero no una situación de peligro para los bienes jurídicos, por ejemplo, *“cuando en el seno de la empresa no se instauran medidas de control de los trabajadores que, sin embargo, desarrollan correctamente su trabajo.”* En estos casos se hablaría de tentativa del delito.

En quinto lugar, la antijuricidad quedaría excluida en los supuestos de ausencia de defecto organizativo con lesión de bienes jurídicos. Incluso, esto sería alcanzable a la responsabilidad civil, sin perjuicio de que se sostuviera que tal antijuricidad fuera posible.

En sexto, y último lugar, aceptar el defecto de organización como base de lo injusto deriva a diversas conclusiones que afectan a la autoría y la participación en el delito. *“Piénsese en el caso del asesor fiscal que desempeña su tarea laboral en el marco de una empresa dedicada a la consultoría tributaria. Cabe que tal empresa y su trabajador-asesor sean contratados por una segunda compañía para que se ocupen de todo lo relacionado con las declaraciones impositivas. En ese contexto se diseña una operación de fraude de tributos que reúne los requisitos del artículo 305 CP. Si, por ejemplo, los directivos de la empresa que defrauda son conscientes*

*de lo que se hace y el asesor obviamente también, puede sostenerse que en ambas empresas existe un defecto organizativo.”*

En relación con este caso se plantea la duda de saber si se debería imputar el delito de defraudación tributaria a tales personas jurídicas a título de autor. De modo que, los problemas pueden aumentar si no se determina el elemento subjetivo, ocasionando una expansión del plano de lo punible.

Lo injusto en el caso de delitos cometidos por personas jurídicas consiste en la ejecución de un hecho objetivamente típico por personas físicas, el cual se atribuye a la organización. Este hecho como un hecho de empresa externo se concibe como *ex ante* lesivo o peligroso para los bienes jurídicos, independientemente de que provenga o no de un defecto organizativo. En otras palabras, no va a ser relevante penal o administrativamente, sino que lo relevante va a ser conocer la fuente de donde provengan los efectos producidos del defecto de organización. Así, habrá que conocer el resultado en sí mismo y no solo el defecto de organización, excepto si el delito de la persona física se determina como condición artificial objetiva de punibilidad.

#### **4.3. Imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa**

La teoría de la imputación subjetiva establece los delitos que constituyen el denominado Derecho penal económico y los requisitos de atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que actúan dentro del marco de una estructura empresarial. Así, como en el resto del ordenamiento jurídico-penal español, prevalece el principio de culpabilidad, y, específicamente, el principio de dolo o imprudencia, que dispone el artículo 5 del Código Penal<sup>65</sup>.

La jurisprudencia pone en relación la regla de imputación prevista en el artículo 31 del Código Penal<sup>66</sup> con la tipicidad subjetiva. Pues bien, en este precepto legal se asigna la condición de autor al administrador de hecho o de Derecho de una sociedad mercantil por la comisión de delitos especiales.

La criminalidad económica de la empresa plantea problemas interpretativos debido a sus peculiaridades en su forma de delinquir. La tipicidad subjetiva a la hora de atribuir la

---

<sup>65</sup> Art. 5 CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia.”

<sup>66</sup> Art. 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

responsabilidad penal de las personas jurídicas en virtud del artículo 31 bis del Código Penal<sup>67</sup> parece suscitar alguna duda. En cualquier caso, la previsión de un modelo de prevención de delitos introducido con la reforma de 2015 permite eximir de responsabilidad a la persona jurídica, lo que afirma la voluntad del legislador de ampliar el principio de culpabilidad a este sector.

Gran parte de los delitos económicos, es decir, delitos relacionados con la actividad económica, son tipos que se castigan en su categoría dolosa. No obstante, existen algunas excepciones, como algunas modalidades de insolvencia punible (artículo 259.3 del Código Penal<sup>68</sup>), el delito de blanqueo de capitales (artículo 301.3 del Código Penal<sup>69</sup>) o el delito contra el medio ambiente (artículo 331 del Código Penal<sup>70</sup>). Así, en estos tipos se requiere que el sujeto actúe infringiendo gravemente las normas de diligencia establecidas en un determinado sector, por ello, es necesario una conducta imprudente por parte de dicho sujeto.

En cuanto al dolo, parece que es aplicable a estos delitos. Ahora bien, aunque en principio solo deba ser punible el dolo directo percibido como intención de originar un perjuicio patrimonial a la víctima, el dolo eventual también tiene cabida, por ejemplo, el delito de estafa (artículo 248 y siguientes del Código Penal<sup>71</sup>) o el delito contra la propiedad industrial (artículo 273 y siguientes del Código Penal<sup>72</sup>). En relación con este último ejemplo, el Tribunal Supremo señala que el dolo eventual tiene relevancia penal en los supuestos en los que una empresa en crisis celebra una serie de compromisos a sabiendas de tal situación y con la posible certeza de que no podrá cumplirlos. La STS 435/2010, de 3 de mayo de 2010, aplica la categoría de dolo al supuesto en el que un sujeto se compromete con unos clientes a construir una casa conociendo la situación de crisis por la que pasaba la empresa, y aun así acepta cantidades de dinero de forma anticipada a la construcción.

---

<sup>67</sup> Art. 31 bis CP: *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables...”*

<sup>68</sup> Art. 259.3 CP: *“Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.”*

<sup>69</sup> Art. 301.3 CP: *“Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.”*

<sup>70</sup> Art. 331 CP: *“Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave.”*

<sup>71</sup> Título XIII *“Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”*, Capítulo VI *“De las defraudaciones”*, Sección 1ª *“De las estafas”*

<sup>72</sup> Título XIII *“Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”*, Capítulo XI *“De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”*, Sección 2ª *“De los delitos relativos a la propiedad industrial”*

Además del imprescindible dolo, es necesario tener en cuenta otra serie de elementos subjetivos del tipo, como sucede en los delitos antes citados, en el delito de estafa es necesario que exista ánimo de lucro<sup>73</sup> o en el delito contra la propiedad industrial, que se requiere que el sujeto activo opere con fines industriales o comerciales<sup>74</sup>. Por otro lado, RAGUÉS I VALLES<sup>75</sup> expone que la jurisprudencia exige también la concurrencia de otros elementos que no vienen expresados literalmente en el Código Penal, por ejemplo, en el delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código Penal el ánimo defraudatorio.

En lo que se refiere a la excepcionalidad del castigo de la imprudencia, la existencia de un error tipo<sup>76</sup> en el Derecho penal económico determina la impunidad del hecho. De modo que, va a ser necesario diferenciar el error tipo del error de prohibición, por ejemplo, el error sobre las leyes de complemento en las leyes penales en blanco<sup>77</sup>. Así, en los casos de error de prohibición la conducta punible se atenuará, siempre que no se califique dicho error como invencible<sup>78</sup>. Por el contrario, si estamos ante un error de tipo la conducta quedará impune.

Respecto a la calificación de la actuación de los sujetos que realizan algún hecho con relevancia penal dentro de la estructura empresarial, de igual modo, rigen las reglas generales de imputación subjetiva, sin perjuicio del caso concreto.

## 5. REGULACIÓN

### 5.1. El sistema anterior a la LO 5/2010

Antes de 2010, el Código Penal español regulaba el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en los artículos 31 y 129. Sin embargo, estos dos preceptos legales apenas eran aplicados en la práctica por tener un contenido algo confuso.

---

<sup>73</sup> Art. 248.1: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”

<sup>74</sup> Art. 273.1 CP: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos.”

<sup>75</sup> RAGUÉS I VALLES, Ramón en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 97.

<sup>76</sup> Art. 14.1 CP: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.”

<sup>77</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial*, 2013, páginas 50-52.

<sup>78</sup> Art. 14.3 CP: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”



### 5.1.1. Artículo 31.2<sup>79</sup>

La reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre introduce un segundo apartado en el artículo 31, que en 2010 sería suprimido. Esto suponía otra novedad en el régimen penal de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pues bien, antes de la introducción del artículo 31.2, el artículo 31<sup>80</sup> no hacía referencia a las personas jurídicas como responsables penalmente.

Así, el artículo 31.1, vigente en la actualidad, establece los requisitos necesarios por el tipo para que la persona jurídica sea sujeto activo del delito, mientras que el segundo apartado de este artículo dispone que la pena impuesta en los supuestos del primer apartado sea una multa se hará de forma directa y solidaria responsable del pago la persona jurídica en cuyo nombre o por cuenta actuó.

A pesar de que, el legislador intentó resolver la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el artículo 31.2 fue objeto de críticas, pues no abordaba cuestiones fundamentales que dieron lugar a lagunas legislativas, como el régimen de imputación subjetiva a la corporación. En consecuencia, para algunos autores regulaba un supuesto de responsabilidad civil<sup>81</sup>, o incluso se entendía como aseguramiento de una deuda de Derecho público<sup>82</sup>. Por lo tanto, el artículo 31.2 era más una atribución de responsabilidad patrimonial a una persona jurídica por el hecho cometido por otro que una pena *stricto sensu*.

Además, el artículo 31.2 limitaba la aplicabilidad a los casos en los que el sujeto sancionado fuera autor del delito, excluyendo a los partícipes, y bastaba con que el administrador hubiese actuado en su nombre y por su cuenta en la comisión del delito, sin necesidad de que lo hiciera en beneficio de la persona jurídica.

De lo expuesto, se llega a la conclusión de que la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que establecerá la responsabilidad penal de las personas jurídicas, refleja una

---

<sup>79</sup> Art. 31.2 CP: “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.”

<sup>80</sup> Art. 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

<sup>81</sup> GRACIA MARTIN, Luis. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, páginas 589-651.

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?” *InDret Penal*, 2/2006, página 2.

evolución ya iniciada en materia de personas jurídicas antes de 2010. Por otro lado, esta evolución fue más allá del ámbito nacional. Así, debido al proceso de globalización el derecho español ha estado influido por directrices político-criminales comunitarias e internacionales.

Durante el siglo XX las medidas de responsabilidad empresarial han sido introducidas en las legislaciones de varios Estados europeos por estos, lo que supone un objetivo para lograr la unificación entre los Estados Miembros de la Unión Europea en el Derecho penal económico.

La Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, 2003/80/JAI, de 27 de enero, impone a los Estados Miembros el deber de hacer responsables penal y administrativamente a las personas jurídicas.

Además de esta Decisión Marco, hubo otras Decisiones marco del Consejo que insistían en la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas. GOENA VIVES<sup>83</sup> cita como ejemplo las siguientes: “2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; 2005/222/JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información; 2005/667/JAI, de 12 de julio, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques; 2008/841/JAI, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la criminalidad organizada.” Así mismo, los Estados Miembros tienen libertad para determinar si la sanción y la responsabilidad es penal o administrativa.

Pues bien, ha ido aumentando el número de países del sistema continental que han ido dejando atrás el principio *societas delinquere non potest*.

En España, tras la trasposición de estas directivas, marcadas por las decisiones marco del Consejo de la Unión Europea, acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas, el vigente artículo 31 bis recoge lo predispuesto en las mismas.

#### 5.1.2. Artículo 129<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 43.

<sup>84</sup> Art. 129 CP: “1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

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

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

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

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

El artículo 129 fue introducido por el Código Penal de 1995 como respuesta al debate surgido sobre si era posible que las personas jurídicas tuvieran responsabilidad penal. Pues, hasta ese año no existía ninguna norma que contemplara sancionar penalmente a las personas jurídicas.

En un principio, se negaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a la forma de concebir el principio de culpabilidad y la teoría de la pena. Así, tradicionalmente se excluía la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran responder penalmente. Sin embargo, desde la perspectiva criminológica era necesario que a los sujetos colectivos se les castigara penalmente. La razón esencial era que las personas jurídicas se empleaban como instrumentos para la consecución de fines ilícitamente, es decir, mediante hechos delictivos.

De esta forma, el artículo 129 supuso una novedad como respuesta a una realidad político-criminal cada vez más latente. Su ubicación en el Código Penal era en el Título IV del Libro I, dirigido a las denominadas consecuencias accesorias. Posteriormente, este precepto legal sería reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Las consecuencias accesorias del artículo 129 eran consideradas por la mayor parte de la doctrina, autores como SILVA SÁNCHEZ<sup>85</sup>, GARCÍA ARÁN<sup>86</sup> o LANDROVE DÍAZ<sup>87</sup>, tal y como expone GOENA VIVES<sup>88</sup>, “*un tertium genus de naturaleza penal, distinto de las penas y medidas de seguridad*”. En otras palabras, una tercera consecuencia jurídica distinta a las ya existentes. Por el contrario, autores como ZUGALDÍA ESPINAR las entendía como auténticas penas. De cualquier manera, el objetivo de las consecuencias accesorias era evitar la prolongación en la actividad delictiva y sus efectos.

## 5.2. Régimen legal de 2010

---

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

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

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

<sup>85</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Derecho penal económico*, Manuales de formación continuada, Madrid, 2002, páginas 307-364.

<sup>86</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, páginas 325-334.

<sup>87</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, páginas 127-130.

<sup>88</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 38.

La LO 5/2010, de 22 de junio de 2010, introduce como novedad un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Antes, esta LO de reforma del Código Penal conoció dos proyectos de reforma, de 2007 y de 2009, y un anteproyecto, de 2008. Estos, contemplaban un modelo idéntico de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero su redacción era diferente.

A continuación, se hará una breve referencia a todos:

#### *5.2.1. Proyecto de reforma de 2007*

En 2007 se introduce el Proyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 13 de septiembre.

El proyecto de reforma tenía como causa principal cumplir las obligaciones y compromisos derivados de la integración europea en justicia penal. España no debía ignorar la realidad criminológica. La reforma incidiría en la superación del principio *societas delinquere non potest* para afrontar las dificultades de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Finalmente, este proyecto no fue aprobado, pero serviría de base para los siguientes proyectos de reforma.

En primer lugar, la propuesta de reforma de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecía un *numerus clausus* de supuestos que harían responsables penales a las personas jurídicas. Algunos se mantendrían en el proyecto de reforma de 2009, otros no. En cualquier caso, coincidían con los compromisos europeos. Por ejemplo, se propone el castigo a las personas jurídicas en delitos relativos a la manipulación genética (artículo 162<sup>89</sup>), daños

---

<sup>89</sup> Art. 162 del proyecto de reforma del CP: “Cuando los delitos comprendidos en este título se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cuatro años”

en datos, programas o sistemas informáticos (artículo 264<sup>90</sup>) y delitos contra las propiedades intelectual e industrial, el mercado y consumidores (artículo 288<sup>91</sup>), entre otros.

En segundo lugar, se entiende por responsabilidad penal de las personas jurídicas como propia, pero derivada de los delitos cometidos por personas físicas. Se propone la eliminación del apartado 2 del artículo 31, por referirse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas al entenderse que estas eran simples pagadoras de multa. Del mismo modo, el proyecto no contemplaba la culpabilidad, conducta dolosa o imprudente de las personas jurídicas.

En tercer lugar, se incluyen penas específicas para las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal serán aplicable a entidades sin personalidad jurídica. Las penas introducidas se regulaban en el artículo 33.7 del proyecto de reforma del Código Penal<sup>92</sup> y eran calificadas como graves. Esta novedad fue objeto de crítica por considerarse una copia que las antiguas consecuencias accesorias. No obstante, el

---

<sup>90</sup> Art. 264 del proyecto de reforma del CP: “1. El que sin autorización y de manera grave borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. El que sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años. 3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. 2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales. 4. Cuando los delitos comprendidos en este artículo se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 3.”

<sup>91</sup> Art. 288 del proyecto de reforma del CP: “Si los hechos se hubieren realizado en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al triplo del volumen de la operación. Además, podrá imponer la pena de prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un tiempo de cinco a diez años.”

<sup>92</sup> Art. 33.7 del proyecto de reforma del CP: “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 las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años. 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.”

proyecto de 2007 propone fijar penas modulables, es decir, la aplicación de circunstancias agravantes o atenuantes en función de la reparación del daño y de la adopción de medidas que en un futuro impidan los daños que puedan ocasionar las personas jurídicas.

En último lugar, se incluye un segundo apartado al artículo 130 del proyecto de reforma del Código Penal<sup>93</sup> para hacer frente a la posibilidad peligrosa de que una persona jurídica desaparezca eludiendo su responsabilidad penal. Así, los supuestos de fusión o disolución no extinguirían la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de dicho precepto legal.

Este modelo generó un gran debate doctrinal que aún sigue vigente en la discusión dogmática: *¿Estamos ante una atribución del hecho o ante una asignación de la sanción?*<sup>94</sup>

### 5.2.2. Anteproyecto de reforma 2008

El Anteproyecto de LO de reforma del Código Penal, de 14 de noviembre de 2008, fue el siguiente modelo que instauró la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este modelo se sostuvo la redacción propuesta del proyecto de reforma de 2007 relativo al artículo 31 bis del Código Penal<sup>95</sup> y el resto de los artículos en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>93</sup> Art. 130.2 del proyecto de reforma del CP: “La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.”

<sup>94</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 49.

<sup>95</sup> Art. 31 bis del proyecto de reforma del CP: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad. 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 Congreso 15 de enero de 2007.—Serie A. Núm. 119-1 14 los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente. 4. Serán 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

Continuaron las principales cuestiones del proyecto de reforma del año anterior acerca de la acción, la culpabilidad y la teoría de la pena. Sin embargo, este anteproyecto no llega a convertirse en proyecto de ley y no volvería a abordarse hasta pasado un año con el proyecto de reforma del Código Penal de 2009.

### *5.2.3. Proyecto de reforma de 2009. LO 5/2010, de 22 de junio de 2010*

El Proyecto de LO de reforma del Código Penal de 2009 es aprobado como LO 5/2010 de reforma del Código Penal en junio de 2010. Por primera vez se instaura un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en dos supuestos distintos. En la actuación de los directivos en beneficio de la persona jurídica o la carencia del adecuado control a los subordinados. Además, mantiene las penas reguladas en el artículo 33.7 del anteproyecto de 2008.

En cuanto a las diferencias y novedades con el proyecto de 2007 y el anteproyecto de 2008 se introducen modificaciones a las circunstancias atenuantes del artículo 31 bis 4 del Código Penal<sup>96</sup> y la modulación de la sanción contenida en el artículo 66 bis del Código Penal<sup>97</sup>.

---

*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 declarar su responsabilidad. c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades.”*

<sup>96</sup> Art. 31 bis 4 CP: “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.”*

<sup>97</sup> Art. 66 bis CP: “2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

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

*a) Que la persona jurídica sea reincidente.*

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

Así, se ha centrado la atención en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el año 2010. El artículo 31 bis del Código Penal ha acaparado toda la atención desde la última modificación con la LO 1/2015 del Código Penal, convirtiéndose en respuesta a las cuestiones suscitadas desde la LO 5/2010.

### 5.3. Régimen legal de 2015

El 30 de marzo de 2015 se aprobó la LO 1/2015, la cual modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Este nuevo texto legal transforma el anterior y crea contenido actualizado. Se introduce en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas *“dos palabras o ideas: expansión y evitación de la responsabilidad.”*<sup>98</sup>

La expansión se basa en el aumento de elementos de régimen de responsabilidad. Por lo que respecta a su estructura, esta se ve extendida por ramificarse el artículo 31 bis del Código Penal en cinco preceptos, hasta introducir un artículo 31 quinquies. Por lo que se refiere al contenido, se incrementa el número de sujetos a los que puede perjudicar el régimen. De esta manera, el artículo 31 bis 1 del Código Penal<sup>99</sup> ha aumentado las personas físicas que pueden derivar la responsabilidad penal atribuible a las personas jurídicas, y se extiende a las sociedades mercantiles estatales que realicen políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se les podrán aplicar las sanciones contempladas en el artículo 33.7 letras a)<sup>100</sup> y g) del Código Penal<sup>101</sup>.

---

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

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

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

<sup>98</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 53.

<sup>99</sup> Art. 31 bis 1 CP: *“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

*a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

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

<sup>100</sup> Art. 33.7 a) CP: *“Multas por cuotas o proporcional.”*

<sup>101</sup> Art. 33.7 g) CP: *“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 evitación de la responsabilidad se apoya en la creación de programas de cumplimiento normativo o los *compliance programs*. Los mecanismos de prevención y detención de delitos son incuestionables con la nueva redacción. Así, el legislador ha querido colmar las lagunas legales de la LO 5/2010 consagrando los modelos de prevención de delitos o *compliance programs*. El artículo 31 bis 1 letra b) del Código Penal<sup>102</sup> delimita lo que ha de entenderse por debido control.

Por otro lado, los apartados 2<sup>103</sup> y 4<sup>104</sup> de este mismo artículo exime de responsabilidad a la persona jurídica que acredite que ha obrado conforme a un modelo de prevención del delito. De hecho, si concurren los requisitos establecidos las personas jurídicas no van a ser responsables penalmente ni se les va a atribuir responsabilidad civil y solidaria según lo que dispone el artículo 116.3 del Código Penal<sup>105</sup>.

En general la LO 1/2015 mejoró positivamente el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, quedan cuestiones por resolver planteadas por la LO 5/2010.

Más tarde, en el año 2016, se promulgó la Circular 1/2016 de Fiscalía General del Estado sobre el procesamiento penal de las personas jurídicas haciendo referencia al modelo

---

<sup>102</sup> Art. 31 bis 1 b) CP: “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.”

<sup>103</sup> Art. 31 bis 2 CP: “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.”

<sup>104</sup> Art. 31 bis 4 CP: “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

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

<sup>105</sup> Art. 116.3 CP: “La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.”

de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de prevención de delitos. Con ello, se aporta una seguridad jurídica que estaba ausente antes de 2010 y que desde 2015 era mejorable.

### 5.3.1. Interpretación del artículo 31 bis

Tras la reforma operada con la LO 1/2015 se va a hacer responsables de determinados delitos a aquellas entidades en los términos que establece el artículo 31 bis 1 del Código Penal. Así, los sujetos de dichas entidades se van a agrupar en dirigentes, letra a), y subordinados, letra b).

Este sistema se concibe como un mecanismo de atribución de responsabilidad penal a la entidad por el delito cometido por los sujetos mencionados (dirigentes y subordinados), es decir, por las personas físicas, que tengan una conducta individual, típica y antijurídica. Por tanto, el fundamento primordial es la responsabilidad o el injusto del que habrán de responder las personas jurídicas, sin perjuicio de los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis del Código Penal.

La culpabilidad de las personas jurídicas, entendido como defecto de organización de la persona jurídica es un elemento extraño y ajeno al sistema de responsabilidad del artículo 31 bis del Código Penal, no aparece ni tiene ningún efecto ni en el injusto típico ni en la culpabilidad. El fundamento, por quienes conciben el segundo apartado del artículo 31 bis 1 del Código Penal como un defecto de organización<sup>106</sup>, se encuentra en la responsabilidad penal de la entidad, es decir, la ley requiere un deber de control de los subordinados para evitar la comisión de un hecho delictivo a los administradores o representantes legales.

Respecto al tipo penal, de la antijuricidad y de la culpabilidad, las causas que eviten la responsabilidad penal de la persona jurídica también dependen de las de la persona física. Por lo tanto, será obligatorio demostrar o probar los hechos de otra persona si se quisiera alegar atipicidad, justificación o inculpabilidad.

Estos planteamientos han sido considerados por algunos autores, entre ellos GALÁN MUÑOZ<sup>107</sup>, contrarios al principio de culpabilidad y de personalidad de las penas al fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica en conductas realizadas por una persona física, que a pesar de su vinculación no puede identificarse con ella. Por ello, parece

---

<sup>106</sup> GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 128.

<sup>107</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, página 177.

difícil sostener que la mera comisión de determinados delitos por parte de los subordinados no es idónea para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas. Así, para que sea suficiente será necesario una infracción grave de los deberes de vigilancia, supervisión y control de sus funciones que concernían a los dirigentes de la entidad.

Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ<sup>108</sup>, en virtud del artículo 31 bis 1 del Código Penal, catalogaba las actuaciones de la letra a) de este precepto como dolosas y las de la letra b) como imprudentes. En consecuencia, se producía una asimetría incompatible con el principio de proporcionalidad conforme a lo establecido en dicho artículo. La persona jurídica respondería del delito cometido en su estructura empresarial y en su beneficio y no por las simples actuaciones negligentes realizadas por los dirigentes al incumplir los deberes de vigilancia, supervisión y control.

Así, se cuestiona si se valora dos veces por el ordenamiento jurídico penal un mismo hecho. Una, a la hora de fundamentar la infracción que ocasiona el delito que haría responsable a la entidad y otra, el incumplimiento del deber preventivo que fija su responsabilidad. De esta manera, para no quebrantar el principio de legalidad, *non bis in idem*, y castigar dos veces por el mismo hecho algunos entienden que existen dos sujetos, el dirigente y la persona jurídica. Por el contrario, otros, como menciona GALÁN MUÑOZ<sup>109</sup>, refutan el planteamiento anterior y exponen que el principio de legalidad quiebra si la titularidad y la administración de la entidad sancionada se dirigen en el mismo sujeto, “*sería tanto como pretender castigar acumulativamente al homicida por haber matado y también por no haber salvado a su víctima.*”

De este modo, el modelo por transferencia de la responsabilidad por los hechos realizados por los individuos a los que se refiere el artículo 31 bis 1 del Código Penal, son incompatibles con las condiciones elementales de los principios de culpabilidad, proporcionalidad o de legalidad, lo que podría cuestionar la inconstitucionalidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas que regula el sistema español.

### 5.3.2. Interpretación de los artículos 31 ter y quater

---

<sup>108</sup> SILVA SÁNCHEZ, José-María. *La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto*, en Diario La Ley nº 7465, 2010.

<sup>109</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, páginas 181-182.

El artículo 31 ter 1 del Código Penal<sup>110</sup> permite exigir responsabilidad a las entidades, no solo a pesar de que no haya condena por el delito de alguna de las personas físicas que sostenga su responsabilidad, por ejemplo, el fallecimiento o la indeterminación de quien cometió el hecho delictivo, sino incluso cuando no se pueda mostrar la culpabilidad de los individuos. Es decir, la ausencia de culpabilidad de la persona física puede tener un efecto en la culpabilidad de la persona jurídica.

GÓMEZ TOMILLO<sup>111</sup> entiende que el artículo 31 ter 2 del Código Penal<sup>112</sup> señala que la persona jurídica va a responder por su propia culpabilidad. Desde la literalidad de este precepto legal se regulan las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad entre la persona física y la persona jurídica imputada por el hecho delictivo que pueden concurrir o no. De este modo, cabe hacer referencia las circunstancias genéricas de los artículos 21<sup>113</sup> y 22 del Código Penal<sup>114</sup> y las específicas del delito.

---

<sup>110</sup> Art. 31 ter 1 CP: “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.”

<sup>111</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, página 192.

<sup>112</sup> Art. 31 ter 2 CP: “La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.”

<sup>113</sup> Art. 21 CP: “Son circunstancias atenuantes:

- 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.
- 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.
- 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
- 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.
- 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.
- 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
- 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

<sup>114</sup> Art. 22 CP: “Son circunstancias agravantes:

- 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía.  
Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.
- 2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraces, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

El contenido de este artículo se encuentra vinculado con la regulación de las circunstancias atenuantes de la persona jurídica del artículo 31 quater.

Hay numerosos elementos de la culpabilidad de la persona física que pueden afectar a la culpabilidad de la persona jurídica. Algunos de ellos pueden ser, la inimputabilidad, el error de prohibición invencible, el estado de necesidad, etc. Así, la pena aplicable a la persona jurídica deberá aplicarse por analogía las reglas propias de las personas físicas, siempre que sea favorable al reo.

De lo expuesto se deduce que la culpabilidad de la persona jurídica entendida como defecto de organización es graduable.

En cuanto al artículo 31 quater del Código Penal<sup>115</sup> establece un *numerus clausus* de circunstancias atenuantes. Asimismo, este precepto legal ha sido objeto de crítica por las siguientes razones. En primer lugar, hace referencia a los representantes legales e ignora a los sujetos autorizados para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica y a los sujetos que ostentan facultades de control u organización, lo que supone que la referencia de los primeros alcanza a los segundos. En segundo lugar, es incoherente con el contenido del artículo 31 bis 2 párrafo último del Código Penal<sup>116</sup>, el cual contempla una ulterior circunstancia atenuante, las medidas adecuadas tomadas en los modelos de gestión y organización que eviten la comisión de hechos delictivos en la estructura de la persona jurídica. Y, por último, la escasa claridad del fundamento político-criminal acerca de la

---

3.<sup>a</sup> Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4.<sup>a</sup> Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

5.<sup>a</sup> Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.<sup>a</sup> Obrar con abuso de confianza.

7.<sup>a</sup> Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8.<sup>a</sup> Ser reincidente.”

<sup>115</sup> Art. 31 quater CP: “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.”

<sup>116</sup> Art. 31 bis 2 párrafo último CP: “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.”

aplicación analógica de la circunstancia atenuante de las personas físicas a las personas jurídicas.

#### 5.4. Régimen legal de 2019

El 20 de febrero de 2019 se aprobó la LO 1/2019, la cual modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, vigente desde el 13 de marzo del mismo año. Esta reciente reforma legal amplía el listado de delitos atribuibles a las personas jurídicas y endurece las penas aplicables por trasposición de directivas europeas que obligan a España a adecuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante nuevos delitos.

En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue aumentando. Se ha optado por un sistema cerrado de delitos recogidos en el Código Penal. Se añaden delitos sobre comunicación ilícita de información privilegiada, malversación y terrorismo.

La Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, hace que se incorpore el artículo 285 bis<sup>117</sup>, ter<sup>118</sup> y quater del Código Penal<sup>119</sup>, los cuales regulan el delito de la comunicación ilícita de información privilegiada para los supuestos de peligro de integridad del mercado o confianza de los inversores. Además, en el delito de alteración de precios (artículo 284 del Código Penal<sup>120</sup>) se introduce el uso de artificios y empleo de las tecnologías

---

<sup>117</sup> Art. 285 bis CP: “Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, será sancionado con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de uno a tres años. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se incluirá la revelación de información privilegiada en una prospección de mercado cuando se haya realizado sin observar los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros.”

<sup>118</sup> Art. 285 ter CP: “Las previsiones de los tres artículos precedentes se extenderán a los instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos en la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros.”

<sup>119</sup> Art. 285 quater CP: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 284 a 285 bis se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.”

<sup>120</sup> Art. 284 CP: “1. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de dos a cinco años, a los que:

1.º Empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º Por sí, de manera directa o indirecta o a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitirían señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de

de la información como medios de comisión del hecho delictivo, y se amplía el objeto de protección a los contratos de contado acerca de materia primas. Al respecto, se agravan las penas para los casos en los que el delito fuese cometido por trabajadores o empleados de una entidad de servicios de inversión, de crédito, una autoridad supervisora o centros de negociación.

En cuanto al delito de abuso de información privilegiada se concretan los supuestos en los que una persona tiene acceso restringido a la información privilegiada y la pena se agrava de forma parecida que en el delito de alteración de precios.

La Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, así como el perfeccionamiento de la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, hacen que las personas jurídicas puedan ser condenadas por administración desleal o apropiación indebida del patrimonio público, falseamiento de la contabilidad de entidades pública por autoridad o funcionario por malversación impropia, es decir, por los delitos de malversación establecidos en los artículos 432 a 434 del Código Penal. Por otra parte, se amplía el elenco de sanciones por delitos de falsificación de moneda.

La Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, introduce el artículo 580 bis del Código Penal ampliando la responsabilidad a los delitos de terrorismo contemplados en los artículos 573 a 580 del Código Penal. De este modo, las personas jurídicas pueden responder penalmente por colaborar con terroristas, adoctrinamiento, exaltación, enaltecimiento incitación al

---

*contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) que dicho beneficio fuera superior a doscientos cincuenta mil euros o se causara un perjuicio de idéntica cantidad;*
- b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;*
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.*

*3.º Realizaren transacciones, transmitieren señales falsas o engañosas, o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o índices de referencia, o se aseguraren, utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos instrumentos o contratos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) que como consecuencia de su conducta obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio superior a doscientos cincuenta mil euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;*
- b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;*
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado."*

terrorismo. A mayores, a esta enumeración de delitos se suman delitos de falsedad documental con fines terroristas y viajes con iguales fines.

Así, el legislador ha optado por endurecer el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, imponiendo multas más altas (sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 141/2017, de 20 de noviembre de 2017: condena a la pena de multa de 3.245.753 euros). En consecuencia, las personas jurídicas se ven obligadas a implantar *compliance programs* para evitar o disminuir la responsabilidad penal<sup>121</sup>.

## 6. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

A continuación, se va a tratar de abordar los diversos problemas planteados en esta materia, de los cuales he considerado destacar de cada uno de ellos los aspectos más relevantes:

### 6.1. Deber de vigilancia y *compliance*

#### 6.1.1. Deber de vigilancia

El órgano de administración de una empresa tiene dos grandes deberes. Uno, de naturaleza fiduciaria, deberes derivados de la relación entre las posiciones jurídicas de gestor y propietarios, donde prevalece la lealtad, denominados deberes *ad intra*. Dos, los considerados deberes negativos, cuyo incumplimiento puede producirse por comisión activa o por comisión por omisión, denominados deberes *ad extra*.

El máximo responsable de la empresa es el órgano de administración. No obstante, con la responsabilidad social corporativa y el *compliance* pasa a ser figurado como máximo responsable de la autorregulación del propio sistema de cumplimiento normativo de la empresa.

Es preciso destacar la relación de dependencia en la que se halla el órgano de administración con respecto a sus subordinados que se encuentran en una superioridad informativa, bien sea por motivos de especialización técnica, en el negocio, o bien por motivos de la información, en el *compliance*. Así, es posible que encontremos una estructura de autoría mediata activa del inferior jerárquico o una autoría mediata omisiva de este. En el

---

<sup>121</sup> MALDONADO MARTÍN, Víctor. Disponible en: <http://maldonadopascual.es/reforma-codigo-penal-ampliacion-delitos-que-pueden-ser-responsables/> [consulta: 01/03/2019]



primer caso, por transmitir información defectuosa y en el segundo, por carecer de información necesaria.

En el ordenamiento jurídico español tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que los superiores jerárquicos de la estructura empresarial se hallan en una posición de garantía, la cual integra un deber de vigilancia. Esta afirmación se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal que hace referencia a la omisión del “debido control” de los superiores jerárquicos sobre sus subordinados. Ahora bien, el punto de partida debe ser la posición de garantía en la que se encuentra el empresario dentro de una empresa.

En cuanto a la posición de garantía en la que hallan los administradores está orientada a una doble dimensión: una dimensión *ad intra* que previene los resultados lesivos para la empresa, en la que el administrador es un garante de protección; y una dimensión *ad extra* que previene los resultados lesivos ocasionados sobre personas externas a través de la actividad de los miembros de la empresa, en la que el administrador es un garante de control.

Una vez establecida la posición de garantía originaria, se conceptúa el fenómeno de la delegación de competencia. Pues bien, la delegación de competencia configura un mecanismo de transferencia y transformación de posiciones de garantía. Transferencia porque, de acuerdo con la delegación, la persona delegante crea una posición de garantía en la persona delegada. Y, transformación porque, la posición de garantía de la persona delegante se transforma, no se esfuma.

Por otro lado, es importante que el superior jerárquico tenga conocimiento acerca de la situación de peligro originada por el subordinado. En principio, los subordinados son sujetos autorresponsables. Al respecto, hay dos posiciones doctrinales que manifiestan cosas diferentes. Una, encuentra justificación del deber de vigilancia del superior jerárquico en el dominio jerárquico y en la superioridad informativa que posee. Otra, ubica la posición de garantía en el control sobre la organización en sí misma. SILVA SÁNCHEZ<sup>122</sup> considera que en esta última posición doctrinal se encuentra el deber de vigilancia de la propia persona jurídica para controlar los peligros derivados de su esfera de organización.

Ahora bien, si el fenómeno de la transferencia de posiciones de garantía es considerado en un plano individual, el deber de vigilancia carecería de fundamento. “*Si A*

---

<sup>122</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada. EDISOFER S.L. 2016, página 204.

*asume la custodia del hijo de B y luego el propio A delega dicha custodia en un tercero C correctamente elegido, no tiene por qué vigilar el correcto desempeño de sus funciones por parte de este último.*"<sup>123</sup> De modo que, en las relaciones interpersonales deberían existir estructuras organizadas jerarquizadas que justificaran la diversidad de soluciones.

Asimismo, el superior jerárquico tiene un deber de selección del subordinado. Este deber consiste en obtener información sobre las personas candidatas *ex ante* adecuadas para el cargo específico. Además, para complementar el anterior deber existe un deber de examen de las diversas personas candidatas para la mejor elección entre las mismas. Estamos ante un proceso de selección que deberá ser abierto, pues su evolución ha generado conflictos con principios generales del Derecho penal. Por ejemplo, las fuentes norteamericanas hacen alusión a la posibilidad de admitir a personas con antecedentes penales. La utilización de métodos detectores de mentiras como un polígrafo, etc.

Así, si la persona seleccionada ha superado el proceso de selección exitosamente sería razón suficiente para que presidiera el principio de confianza entre la persona delegante y la persona delegada. Por el contrario, si no se cumplen los presupuestos del deber de selección, sobre el superior jerárquico recaerá un deber de vigilancia de la persona elegida para el cargo de subordinado.

Otra cosa distinta sería que con el transcurso del tiempo hubiera que tener un control acerca de la adecuación de los conocimientos y actitudes de la persona delegada, y la influencia sobre esta de las dinámicas de grupo internas o por el surgimiento de sesgos cognitivos. SILVA SÁNCHEZ<sup>124</sup> formula los efectos derivados del principio de confianza de la siguiente manera: *“si A obra correctamente en su ámbito de organización, puede partir de que B también lo hará en el suyo; pero su existen indicios serios de que B va a obrar (o está obrando) de modo defectuoso, entonces A debe intervenir para evitar el resultado lesivo. Ello, aunque dicho resultado lesivo se fuera a producir en el ámbito de organización de B.”*

La vigencia del principio de confianza presupone que existen relaciones previas en la que surgen deberes especiales recíprocos de corrección o evitación de conductas en esferas de organización ajenas. De modo que, es preciso conocer la situación que activa el deber ante el incumplimiento de tales deberes.

---

<sup>123</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada. EDISOFER S.L. 2016, página 204.

<sup>124</sup> Op. cit., página 206.

Las esferas de organización *prima facie* integran una (macro)esfera de organización común. En las relaciones regidas por el principio de confianza hay que destacar un aspecto negativo: “*es cierto que A tiene el deber de evitar los resultados lesivos producidos prima facie en la esfera de B; pero también es cierto que A no tiene el deber de procurarse el conocimiento acerca de si B está obrando defectuosamente.*”<sup>125</sup> Así, lo característico de las relaciones regidas por el principio de confianza es la falta del deber de conocimiento sobre el modo en el que está actuando un tercero. A diferencia de las relaciones regidas por un principio de desconfianza, donde existe un deber de control, supervisión o vigilancia de la actuación realizada.

Desde una perspectiva jurídico-penal, los sesgos cognitivos en los integrantes de las empresas se conciben como factores de disminución de la responsabilidad. En consecuencia, aparece la necesidad de implantar controles dirigidos a la neutralización de esos sesgos, cuestionando la autorresponsabilidad de los miembros de la empresa.

De lo expuesto, el deber de vigilancia del superior jerárquico sobre un subordinado que derive de una relación de desconfianza comprende un deber previo de obtención de conocimiento sobre la manera de gestionar la esfera de competencia del subordinado y un deber posterior de pedir al subordinado la corrección de su conducta defectuosa. El Tribunal Supremo, respecto del deber previo, en la STC 1193/2010, de 24 de febrero de 2011, pone de manifiesto si realmente los superiores jerárquicos tienen un deber de vigilancia sobre los hechos cometidos por los subordinados, llegando a la conclusión de que los primeros no tienen el deber de obtención de conocimiento previo con respecto de los segundos, pero si un deber de control y de salvamento.

En cuanto a la manera de ejercer la vigilancia puede cumplirse a través de diversos modos: estableciendo procedimientos o protocolos *bottom-up* de información periódica, incorporando un sistema de inspección periódica o mediante la creación de un órgano específico. Así, implantados estos, la desconfianza es sustituida por la confianza.

En lo relativo a las consecuencias de la infracción del deber de vigilancia, su incumplimiento no es punible en sí mismo. Se requiere la ejecución de un delito (delito doloso) o la consumación de un delito (delito imprudente) por parte del tercer sujeto vigilado. Por lo tanto, la sanción impuesta por la infracción de deberes de vigilancia se encuentra sujeta a algún tipo de accesoriedad.

---

<sup>125</sup> Op. cit., páginas 210-211.

Ahora bien, el deber de vigilancia se encuentra limitado como en cualquier otro deber. En este sentido, se consideran los deberes de respeto de la intimidad de los subordinados. No obstante, es necesario distinguir la vigilancia en las relaciones horizontales de la vigilancia en las relaciones interempresariales.

A su vez, la vigilancia en las relaciones horizontales no va a ser la misma en niveles de alta y media dirección que en el seno del Consejo de Administración. Las relaciones en niveles de alta y media dirección entre los directivos que estén situados en el mismo plano horizontal están regidas por el principio de separación de esferas, salvo excepciones. Por lo que, entre ellos no rige el principio de confianza. En las relaciones en el seno del Consejo de Administración, como apunta el voto mayoritario de la STS 234/2010, de 11 de marzo de 2010, se rechaza el deber de vigilancia recíproco entre sus miembros. Sin embargo, el voto disidente del magistrado BACIGALUPO entendía que tal deber de vigilancia existía. En cualquier caso, los miembros asumen el deber institucional a las circunstancias que puedan derivar en un acto defectuoso. SILVA SÁNCHEZ<sup>126</sup> expone que los miembros del Consejo de Administración tienen deberes de garante recíprocos, pero no entendidos como deberes de vigilancia. Así, las funciones de vigilancia podrán ser delegadas a órganos específicos, como una auditoría interna, consolidados por el *compliance*.

En cuanto a las relaciones interempresariales, la relación entre la sociedad matriz y la sociedad filial no se puede asignar a uno de los ámbitos diferenciados de desconfianza o confianza, a diferencia de lo que sucede entre personas físicas. La matriz, como socia única o mayoritaria de la filial tiene un deber de selección de los administradores que pasaran a ser delegados de esta. Así, a la matriz le corresponde el deber de vigilar el correcto funcionamiento de la filial, y deberá intervenir si tiene conocimiento sobre la comisión de un hecho ilícito. De modo que, rige el principio de confianza. Respecto a las relaciones entre una empresa y terceros, rige el principio de separación absoluta de esferas. El deber de vigilancia va a tener efectos sobre la fase de selección, se exigirá que los terceros cuenten con un programa de *compliance*. Además, en función del caso, puede regir el principio de confianza y el deber de vigilancia en sentido estricto, como en el caso de las subcontratas.

Finalmente, hacer una breve mención a la delegación de la vigilancia. El deber de vigilancia del superior jerárquico cuando delega competencias a sus subordinados de igual modo puede ser delegable, ya sea a un subordinado específico (*compliance officer*) o a una persona física o jurídica externa. En este sentido, la posición jurídica del delegado de

---

<sup>126</sup> Op. cit., páginas 231-232.

vigilancia se configura por el deber de obtener conocimiento y por el deber de transmitir la información sobre una conducta defectuosa al superior jerárquico o a la persona competente.

### 6.1.2. *Compliance*

La relación existente entre deber de vigilancia y *compliance* se evidencia en el cumplimiento normativo. Es la expresión de la delegación de funciones preventivas de delitos a las empresas mediante programas de cumplimiento y medidas positivas de formación que neutralicen factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de delitos y promuevan culturas de grupo de fidelidad al Derecho. En términos generales, *compliance* significa autovigilancia. Tiene sus orígenes en el desarrollo de los valores ético-sociales de la acción con la finalidad de proteger los bienes jurídicos.

De modo que, la relación entre deber de vigilancia y *compliance* es una relación de género a especie<sup>127</sup>. El *compliance* tiene un objetivo más amplio que el de evitar delitos mediante la adopción de medidas que van más allá de la imposición de deberes de vigilancia. Ahora bien, en ningún caso un programa de *compliance* puede interferir en el cumplimiento del deber de vigilancia.

Se trata de determinar si existe un deber de garantía de implantar un *compliance program*, y si en caso de su incumplimiento las consecuencias se pueden equiparar a las del incumplimiento de un deber de vigilancia. Va a depender de que medie dolo o imprudencia y las características propias del tipo realizado para que al órgano de administración que pasa por alto la implantación necesaria de un *compliance program* pueda sufrir una sanción penal por la comisión del hecho ilícito. Así, la implantación de un *compliance program* se dirige a las personas físicas como un deber jurídico-penal con la finalidad de neutralizar defectos de organización existentes en la persona jurídica.

Un programa de cumplimiento eficiente tiene consecuencias en la responsabilidad de las personas individuales y en las personas jurídicas.

En relación con el artículo 31 bis del Código Penal que hace responsable a la persona jurídica de la comisión de un delito de un subordinado por no haber tenido el debido control por parte de sus superiores, se cuestiona si es posible el debido control sin un *compliance program* o si este conlleva en si mismo el debido control. Lo cierto es que puede darse el caso de que una persona jurídica ejerza el debido control sin existencia de un *compliance program*.

---

<sup>127</sup> Op. cit., página 238.

No obstante, es difícil negar que si existe un *compliance program* eficaz *ex ante* se esté cumpliendo con el debido control.

De entrada, un *compliance program* eficaz *ex ante* excluye la responsabilidad para los miembros del órgano de administración de la persona jurídica, sin perjuicio de que estos cumplan con la obligación de gestionar tal *compliance program*. Así, una gestión defectuosa equivale a responsabilidades penales. Por otro lado, las personas jurídicas ostentan deberes cuyo incumplimiento deriva en responsabilidad penal, es el caso de los *compliance officers*.

En cuanto a la delegación, es relevante mencionar que los órganos de administración de la empresa transfieren la gestión de un programa de cumplimiento a un *compliance officer* o a un departamento de cumplimiento dirigido por un *Chief Compliance Officer* (CCO). Un *compliance officer* es un delegado de vigilancia, pero su posición central excede a la de un delegado de vigilancia, se encarga de gestionar un *compliance program* bien diseñado. Dada su posición se convierte en el receptor de información acerca de hechos o conductas conflictivas detectadas por los delegados ordinarios del negocio. Así, si estos no intervienen se entiende que hay una participación de delitos comunes, e incluso una autoría, excepto si son delitos especiales. Ahora bien, la infracción de los deberes, de información o actuación ante una situación incidental, que ostenta un *compliance officer* no le genera responsabilidad penal, salvo que el delito admita la intervención imprudente. En todo caso, si el *compliance officer* ha omitido de forma imprudente la vigilancia requerida podrá ocasionar responsabilidad penal para la persona jurídica.

## **6.2. Los códigos de conducta**

Los códigos de conducta son instrumentos que fijan normas de comportamiento para lograr que instituciones públicas y privadas funcionen adecuadamente. En general, son las empresas privadas las que adoptan voluntariamente los códigos de conducta.

Recogen derechos humanos, laborales y medioambientales propios del modelo de negocio empresarial. Se trata de que una empresa en el transcurso del proceso de desarrollo de su actividad se comprometa de manera voluntaria a respetar dichos derechos y principios éticos. Además, conforman una declaración expresa sobre su política, ética y valores que vinculan a sus actuaciones. Entre ellas, se encuentran aquellas relaciones a través de las cuales se desarrolla la actividad empresarial: con los clientes, los consumidores, los ciudadanos, los Estados y el medioambiente.

En un primer momento, los códigos de conducta fueron creados como un compromiso de comportamiento de los miembros de una empresa para orientar sus actuaciones y guiar su comportamiento futuro, desde las relaciones que la empresa tenga con la sociedad hasta el funcionamiento interno de esta. Además, se intenta mostrar el buen funcionamiento de la empresa de forma transparente, por ejemplo, “*lo hace el código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas que aprobó la Comisión del Mercado de Valores.*”<sup>128</sup>

Ahora, han ido evolucionando como uno de los mejores instrumentos de autorregulación, llegando a calificarse como instrumento cuasi-legislativo. De esta manera, se recurre a los códigos de conducta para solventar problemas jurídicos con gran celeridad, ya que el proceso legislativo se presenta como un proceso más lento para atender este tipo de necesidades.

Los códigos de conducta se conciben como códigos éticos, debido a que no son exigibles jurídicamente. A través de estos, las empresas muestran sus principios, valores y el compromiso ético acerca de la responsabilidad social corporativa que poseen. Así, las empresas compatibilizan la producción económica de bienes y servicios con el respeto hacia los valores sociales. Además, es posible que contengan normas de procedimiento que regulen aquellos casos donde un directivo o trabajador observe o cometa alguna conducta típica constitutiva de delito que atribuya responsabilidad jurídica para la empresa.

En consecuencia, la autorregulación, la exigencia y sanción del incumplimiento de estos instrumentos supone un reproche social. De este modo, puede perjudicar la reputación de la empresa provocando una pérdida económica importante para su economía.

En cuanto al concepto, aunque hay quienes defienden que lo correcto es hablar de código de buenas prácticas, NAVAS MONDACA<sup>129</sup> sostiene que el concepto más preciso es código de conducta. Pues bien, no solo se alude a la incorporación de buenas prácticas para el buen funcionamiento de la empresa, sino de imponer deberes que dirijan el comportamiento de los miembros de la empresa, tanto de las personas físicas como la propia entidad. Así, posee un alcance más de deber que si hablamos de buenas prácticas que tiene un sentido de recomendación.

### **6.3. Modelos de prevención de delitos**

---

<sup>128</sup> NAVAS MONDACA, Iván en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coordinadora) y otros. *Criminalidad de empresa y Compliance, Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, página 113.

<sup>129</sup> Op. cit., página 114.

En materia de personas jurídicas es afirmado por la doctrina más reciente que los artículos 31 bis y 31 quater d) del Código Penal incorporan los programas de cumplimiento normativo o *compliance programs*. Asimismo, existen otras figuras parecidas a la de *compliance programs*. “Es el caso, por citar algunos ejemplos, de los *Bussines ethics*, *Corporate codes*, *Risk management*, *Value management*, *Corporate governance* y *Codes of conduct*.”<sup>130</sup>

Los conceptos mencionados centran su atención en aspectos relativos a la dirección empresarial. Por un lado, guían la dirección empresarial a la consecución de objetivos y valores. Por otro lado, configuran procedimientos para la protección organizativa de los valores y el cumplimiento de las exigencias legales.

Los *bussines ethics* determinan la realización de valores que alcanzan las exigencias legales determinadas. Los *integrity codes* hacen hincapié en un elenco de objetivos éticos. La *corporate social responsibility* aumenta la responsabilidad de las empresas sumando objetivos sociales. Estos conceptos se encuadran en la consecución de objetivos y valores orientados por la cultura empresarial.

El *compliance program* alude al cumplimiento de las normas procedimentales dirigidas a respetar los objetivos empresariales, éticos y legales. Los *value management* hacen referencia a la protección organizativa de los valores de la empresa materiales e inmateriales. El *corporate governance* se encarga de la estructura organizativa de las empresas. Estos conceptos, al contrario que los anteriores, influyen en los procedimientos de protección organizativa de la empresa.

Esto es una muestra de la complejidad de delimitar las diferencias entre las diferentes denominaciones atribuidas a los programas que constituyen la cultura empresarial. Eso sí, todos persiguen la misma finalidad, prevenir delitos a través de unos procedimientos eficaces.

Los programas de cumplimiento o *compliance programs*, que se han mencionado anteriormente, son los sistemas internos de control que poseen algunas empresas con el objetivo de evitar que sus directivos y empleados incumplan normas o, localizar una conducta defectuosa. Son el resultado de la transformación de los códigos de conducta corporativos. Responden a la desconfianza hacia el poder corporativo y a la concepción de que la autorregulación en la economía es más adecuada que la regulación gubernamental.

---

<sup>130</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 330.



Estos sistemas internos de control recogen medidas extrajurídicas creadas por empresas en el ámbito económico para reducir la actividad delictiva. Así, generan efectos en el proceso contra la persona jurídica y pueden implantar estándares éticos.

Las funciones de los *compliance programs* más relevantes son la influencia en la responsabilidad penal de la persona jurídica y en la responsabilidad penal de las personas físicas.

En cuanto a la influencia en la responsabilidad penal de la persona jurídica, el Código penal vigente dispone que los programas de prevención y detención de comportamientos delictivos pueden tener un efecto eximente (artículo 31 bis del Código Penal) o un efecto atenuante (artículos 31 bis 2, 31 bis 4 y 31 quater) en función del momento en que se haya implantado el programa de cumplimiento y de su efectividad. Pues bien, si se instaura antes de la comisión del delito la persona jurídica queda exenta de sanción. Si, por el contrario, ha sido adoptado tras la comisión del delito tiene efecto atenuante.

Respecto a la influencia en la responsabilidad penal de las personas físicas, el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 proponía incorporar el artículo 286 bis<sup>131</sup> bajo la rúbrica “*De la corrupción en los negocios*” que castigaba a los administradores y representantes que no hubieran implantado un *compliance program*. Sin embargo, se suprime este precepto legal en la fase de enmiendas, de manera que, van a influir indirectamente en la responsabilidad penal de las personas físicas, lo que supone un problema para determinar dicha responsabilidad. No obstante, los programas de cumplimiento resuelven este problema. GOENA VIVES<sup>132</sup> expone los ámbitos en los que estos programas desprenden efectos y casos paradigmáticos.

---

<sup>131</sup> Art. 286 bis del proyecto de reforma del CP: “1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales. 3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio. 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales. 5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.”

<sup>132</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, páginas 344-345.

En primer lugar, determinan el deber de cuidado que constituye el tipo objetivo de los delitos imprudentes. *“Por ejemplo, podrían determinar el umbral de diligencia debida por un empleado, así como configurar el nivel de riesgo jurídicamente permitido e incluso contribuir a la elaboración de la lex artis de un determinado sector.”* En segundo lugar, integran delitos penales en blanco. *“Como por ejemplo, el propio artículo quater.”* En tercer lugar, determinan las posiciones de garantía en el seno empresarial. *“Por ejemplo, lo relativo a los deberes de garantía (no absolutos) del oficial del cumplimiento.”* En cuarto lugar, son apropiados para señalar los ámbitos de actuación permitidos en la gestión patrimonial de la empresa. Y, por último, establecen el carácter invencible del error de prohibición. *“Por ejemplo, en el caso de los directivos que actúan antijurídicamente, pero por haber seguido las directrices del abogado de la empresa.”*

#### **6.4. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario**

En relación con la responsabilidad penal del empresario, este tiene, por un lado, que evitar que en el ámbito jurídico-laboral de la empresa se realicen conductas ilícitas penalmente, y, por otro lado, ha de llevar a cabo una investigación sobre los delitos que se hayan cometido en dicho ámbito. En este sentido, de lo que se trata es de evitar la responsabilidad penal individual de los empresarios, la responsabilidad penal de la persona jurídica y la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito.

En primer lugar, los empresarios pueden ser responsables individualmente en comisión por omisión por los delitos cometidos por sus trabajadores, ya sea contra compañeros de la empresa o contra personas ajenas a esta.

En segundo lugar, las personas jurídicas también pueden ser responsables, conforme al artículo 31 bis del Código Penal, por los delitos cometidos por aquellas personas físicas en su nombre y beneficio en los supuestos contemplado por el Código Penal.

En tercer lugar, también se prevé la responsabilidad civil derivada del delito de la empresa por los hechos cometidos por sus trabajadores, conforme al artículo 120.4º del Código Penal<sup>133</sup>.

Ahora bien, al establecer las medidas de control y vigilancia sobre los trabajadores surge el problema de la posible vulneración de algunos de los derechos fundamentales que estos poseen como ciudadanos. Entre ellos, el derecho a la intimidad. Así, se produce una aparente colisión de deberes del empresario.

---

<sup>133</sup> Art. 120.4º CP: *“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”*

Según lo dispuesto en el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>134</sup>, el empresario tiene la obligación de respetar la intimidad de sus trabajadores. De lo contrario, el incumplimiento de este deber constituiría por parte del empresario una infracción muy grave, tal y como establece el artículo 8.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>135</sup>. En el marco penal, los delitos contra la intimidad se regulan en el Título X del Código Penal. No obstante, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>136</sup>, atribuye al empresario la facultad, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, de adoptar las medidas pertinentes de vigilancia y control, que ayuden a comprobar que el trabajador está cumpliendo con sus obligaciones laborales. Así, el empresario se convierte en garante cuando trata de evitar tanto la criminalidad de la empresa como la criminalidad en esta.

Al respecto, la doctrina constitucional ha establecido los requisitos que permiten la intromisión en la esfera privada del trabajador. Así, con carácter general, la limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores ha de someterse al parámetro de ponderación de intereses, lo que se conoce como juicio de proporcionalidad. De modo que, habrá que atender al caso concreto para analizar los bienes y deberes que entren en colisión y resolver el conflicto originado.

Así, pues, el empresario tiene el deber de respetar la intimidad de los trabajadores, pero también tiene el deber de protegerles o el deber de controlar todo peligro procedente

---

<sup>134</sup> Art. 4.2 ET: *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:*

*a) A la ocupación efectiva.*

*b) A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.*

*c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.*

*Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.*

*d) A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales.*

*e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.*

*f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.*

*g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.*

*h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.”*

<sup>135</sup> Art. 8.11 LISOS: *“Son infracciones muy graves: Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.”*

<sup>136</sup> Art. 20.3 ET: *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”*

de la empresa. Por tanto, el empresario puede iniciar una investigación corporativa interna de manera. No obstante, la potestad de investigación del empresario ha de ser lícita, o por el contrario acarrearía consecuencias jurídicas para su ejercicio.

A continuación, se va a partir de una serie de situaciones, más habituales en la práctica, para valorar si determinadas conductas realizadas por el empresario contra sus trabajadores en una investigación corporativa interna estarían justificadas legalmente.

#### 6.4.1. Límites al control de los medios de producción por parte del empresario

Se entiende por medios de producción los ordenadores personales, el Internet, los servicios de correo electrónico, las líneas telefónicas, etc.

El problema reside en la posibilidad de que los trabajadores usen este tipo de medios de producción con fines personales, lo que hace difícil su control a través de registros y monitorizaciones que no supongan, al menos *de facto*<sup>137</sup>, una intromisión en su esfera de la intimidad.

En el ámbito de una investigación penal interna, las medidas de vigilancia y control adoptadas por el empresario que atenten contra la intimidad de sus trabajadores constituyen los delitos de descubrimiento y revelación de secretos recogidos en los artículos 197 a 201 del Código Penal. Así, los controles y registros de los medios de producción de la empresa que se hallen estrechamente vinculados con la vida privada del trabajador son subsumibles en estos tipos de delitos.

En cuanto al ámbito de aplicación de los delitos mencionados, en un procedimiento de investigación penal interna, los elementos más significativos son el tipo de información objeto de su protección, los deberes de autoprotección de la víctima (trabajador) y la existencia de un elemento subjetivo especial del injusto.

En primer lugar, el bien jurídico protegido y el tipo de información objeto de protección deberán estar relacionados. De modo que, cuando los datos o información conseguida, según los términos establecidos en el artículo 197.1 del Código Penal<sup>138</sup>, no se

---

<sup>137</sup> ESTRADA I CUADRAS, Albert y LLOBET ANGLÍ, Mariona en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coordinadora) y otros. *Criminalidad de empresa y Compliance, Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, página 207.

<sup>138</sup> Art. 197.1 CP: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”

encuentren relacionados con la intimidación personal o familiar del trabajador los hechos serán atípicos, en otras palabras, para resultar típicos tendrían que estar conectados con la vida profesional o laboral del trabajador. En este sentido, las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo manifiestan que esta sería una de las razones para absolver por estos delitos. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 358/2007, de 30 de abril de 2007, se absuelve a un alcalde y a dos ediles por acceder al ordenador de un funcionario sin su consentimiento, lo que en principio podría entenderse como hecho típico de intromisión a la intimidad personal del funcionario, pero debido a que este se encontraba desde hace dos meses de baja y se negaba a facilitar información necesaria acerca de un convenio entre dos organismos públicos que había recibido mediante un correo electrónico, la conducta del alcalde y los dos ediles estaría justificada por estar la información relacionada con la intimidad laboral del funcionario, calificándose el hecho como atípico.

En segundo lugar, el denominador común de los deberes de autoprotección de la víctima es la protección exigida por el tipo penal de un bien jurídico de los considerados disponibles por la víctima.<sup>139</sup> En relación con el ejemplo anteriormente expuesto (STS 358/2007), si se consigue información sin el consentimiento de la persona que posee esa información a través de soportes materiales o electrónicos, un ordenador o cuenta de correo, que es titularidad del autor o de aquellos en cuyo nombre actúa el trabajador, es decir, el empresario o empleador, los jueces y tribunales entienden que la conducta del sujeto activo no es relevante. Así, hay que destacar que en este caso se consideró que el ordenador, el cual se encontraba adscrito al organismo municipal, no satisfacía los intereses y necesidades personales del funcionario, sino que su uso estaba destinado a satisfacer las funciones públicas, además, al ordenador tenían entrada dos personas más mediante una clave de acceso. De modo que, el ámbito de aplicación de los tipos penales de atentado a la intimidad contemplada en el artículo 197.1 del Código Penal dependen de las medidas que adopte la víctima para la autoprotección de su intimidad, lo cual resulta difícil de determinar.

En tercer lugar, desde una perspectiva subjetiva, los tipos penales de atentado a la intimidad del artículo 197.1 del Código Penal, requieren que el sujeto activo actúe dolosamente con la intención de averiguar secretos o atentar contra la intimidad de otro. El elemento subjetivo especial excluye las conductas de apoderamiento, interceptación o

---

<sup>139</sup> ESTRADA I CUADRAS, Albert y LLOBET ANGLÍ, Mariona en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coordinadora) y otros. *Criminalidad de empresa y Compliance, Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, página 215.

captación a través de artificios técnicos de la información que no tienen como fin atentar contra la intimidad de otro.

#### *6.4.2. El uso de investigadores privados para descubrir o prevenir delitos*

La contratación de detectives privados por la empresa para controlar a los trabajadores se considera en la práctica como posibilidad legítima, sobre todo en lugares públicos diferentes del ámbito laboral, siempre que estos obtengan información mediante medios legítimos.

Generalmente, las circunstancias que motivan a las empresas a emplear detectives privados es que exista una sospecha fundada de que el trabajador está incumpliendo el contrato y que no exista otra medida menos invasora de la privacidad del trabajador que el empresario pueda usar para comprobar su veracidad.

Así, el uso de detectives privados dentro del marco de una investigación corporativa interna no será constitutiva de delito *per se*, salvo que cometieran alguno de los supuestos tipificados en los artículos 169 y siguientes<sup>140</sup> o el artículo 197 del Código Penal.

#### *6.4.3. Intromisión en la esfera íntima de los trabajadores mediante la realización de preguntas sobre cuestiones de carácter personal sobre su ideología y su vida sexual*

Hasta aquí se ha indicado que las medidas de vigilancia o control de los trabajadores adoptadas por los empresarios durante el curso de una investigación corporativa interna que afecten a su esfera íntima o privada y no resulten estar relacionadas directamente con la prestación laboral no son admitidas por el ordenamiento español. De acuerdo con esto, el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en la sentencia 202/1999, de 8 de noviembre de 1999, argumentando que la facultad empresarial impide controlar los hechos que no tengan trascendencia laboral y se refieran a las relaciones personales y sociales de los trabajadores. No obstante, hay condiciones extralaborales que pueden ser trascendentes en el ámbito laboral, por ejemplo, que un trabajador tenga alguna adicción a determinadas sustancias, especialmente en aquellos trabajos que requieran una mayor responsabilidad como un piloto de avión, un conductor que transporte mercancías peligrosas, etc.

Ahora bien, a pesar de que no parece que sea fácil establecer que condiciones han de ser relevantes en el ámbito laboral, se entiende que la vida sentimental o sexual de los trabajadores no guarda relación directa con el ámbito laboral.

---

<sup>140</sup> Arts. 169 y ss CP (amenazas y coacciones)

Según lo expuesto, el trabajador en el seno de una relación laboral mantiene los derechos fundamentales que tiene reconocido como ciudadano, pero no de forma absoluta. Así, el empresario tiene el deber de controlar y vigilar el buen funcionamiento de la empresa y la actividad laboral.

## **6.5. Fundamentación**

### *6.5.1. Pilares normativos de la posible responsabilidad de la persona jurídica*

El pilar fundamental del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra en el artículo 31 bis del Código Penal. El extenso contenido de este precepto legal hace que el resto de artículos que aluden a la responsabilidad penal de las personas jurídicas limiten tal extensión. Por ejemplo, el artículo 31 quater del Código Penal gradúa la responsabilidad penal delimitando las circunstancias atenuantes referidas a la persona jurídica, el artículo 31 quinquies del Código Penal excluye a determinadas personas jurídicas del sistema, o las normas que concretan las consecuencias derivadas de la responsabilidad penal, como el artículo 33.7 del Código Penal que determina la aplicación de las penas correspondientes a las personas jurídicas responsables, el artículo 66 bis del Código Penal que fija las reglas de determinación de sus extensiones y los artículos 50, 51, 52 y 130.2 del Código Penal que fijan las de su aplicación.

Por ello, es necesario destacar el artículo 31 bis del Código Penal, sin perjuicio de hacer referencia a aquellos preceptos legales que sirven para precisar los límites del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así, el artículo 31 bis del Código Penal comienza estableciendo que se considera responsable a la persona jurídica por los delitos previstos de forma expresa, lo que hace que estemos ante un sistema de responsabilidad penal *numerus clausus* en relación con los delitos atribuibles a las personas jurídicas (recientemente se ha visto ampliado tras la reforma de la LO 1/2019). Estos delitos son: delito de estafa, insolvencia punible, delito contra la propiedad industrial o intelectual, delito contra el mercado, delito contra los consumidores, blanqueo de capital delito contra la Hacienda Pública, delito contra la Seguridad Social, delito de ordenación del territorio, delito de urbanismo, delito contra los recursos naturales, delito contra el medioambiente, cohecho, tráfico de influencias, tráfico de órganos, trata de blancas, proxenetismo, financiación irregular, delito de la comunicación ilícita de información privilegiada, delito de alteración de precios, delitos de malversación y delitos de terrorismo.

Ahora bien, de la variedad de delitos de los que se puede responsabilizar a las personas jurídicas, estas deberán responder solamente de aquellos que hubiesen sido cometidos por los individuos descritos que concurran con los requisitos exigidos. De modo que, el artículo 31 bis del Código Penal establece que las personas jurídicas responderán conforme a lo establecido, por los delitos que comentan sus dirigentes o por sus subordinados.

Por un lado, el artículo 31 bis 1 a) del Código Penal alude a la responsabilidad penal de la persona jurídica por los hechos delictivos cometidos por sus dirigentes que “*están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*”<sup>141</sup> Ahora bien, la implantación de los programas de cumplimiento o *compliance programs* pueden considerarse como eximente para que la persona jurídica sea responsable penalmente, pero no es suficiente, ya que, será necesario que la implantación y ejecución de los sistemas preventivos cumplan las condiciones exigidas en los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis del Código Penal.

Otro de los requisitos para la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por sus dirigentes se contemplan en el artículo 31 bis 2 del Código Penal<sup>142</sup>. En primer lugar, la entidad deberá haber confiado a un órgano autónomo, propio que ostente facultades de iniciativa y control la vigilancia del buen funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención, salvo que exista un sujeto que tenga legalmente encomendada esta función, es decir, un oficial de cumplimiento o *compliance officer*. No obstante, el artículo 31 bis 3 del Código Penal<sup>143</sup> permite encomendar las funciones de

---

<sup>141</sup> Art. 31 bis 1 a) CP

<sup>142</sup> Art. 31 bis 2 CP: “*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.”*

<sup>143</sup> Art. 31 bis 3 CP: “*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.*”



vigilancia a los propios administradores de la entidad, sin necesidad de crear un órgano específico.

Por otro lado, el artículo 31 bis 1 b) del Código Penal posibilita que la persona jurídica responda penalmente por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados, *“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.”*<sup>144</sup>

Un efecto atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por sus subordinados se encuentra en el artículo 31 bis 4 del Código Penal.

De esta manera, estamos ante dos vías de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se distinguen por el tipo de persona física (dirigentes o subordinados) que realiza la actividad delictiva atribuible a la persona jurídica.

#### *6.5.2. Búsqueda del fundamento propio de la responsabilidad penal de la persona jurídica*

El vigente sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en España no hace que estas respondan por sus posibles defectos organizativos, sino por la comisión de delitos, es decir, por aquellas conductas típicas y antijurídicas realizadas por sus dirigentes o sus subordinados, ya sea en beneficio directo o indirecto, y en nombre, por cuenta o ejercicio de las actividades sociales de la persona jurídica (artículos 31 bis 1 y 31 ter del Código Penal).

Al respecto de lo anterior, GALÁN MUÑOZ<sup>145</sup> formula la siguiente pregunta: *“¿Por qué se responsabiliza a dichas entidades por un delito que habría cometido una persona física diferente de ellas?”*

La persona jurídica debe responder de los delitos cometidos por aquellos individuos que actúen o colaboren en la estructura empresarial. Esto se debe a que el Estado impone la obligación a las personas jurídicas de prevenir ciertos hechos delictivos, estableciendo el deber legal de vigilancia. Por lo tanto, existe un deber para prevenir o impedir determinados hechos delictivos.

El deber preventivo aparece a partir de la reforma del 2015 del Código Penal. Así, las conductas contempladas en los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis del Código Penal, antes

---

<sup>144</sup> Art. 31 bis 1 b) CP

<sup>145</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, página 211.

mencionadas, están dirigidas a la prevención de delitos atribuibles a las entidades dotadas de personalidad jurídica.

En este sentido, el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica obliga a las personas jurídicas a prevenir la comisión de determinados delitos, y no tanto de establecer un modelo preventivo específico. En efecto, como expone GÓMEZ TOMILLO<sup>146</sup> el modo en que las entidades opten de prevenir dichos delitos es libre, pero parece evidente que al conocer las consecuencias jurídicas que pueden derivar si no adoptan un modelo preventivo eficaz, el sistema vigente aplicará a las personas jurídicas las penas previstas conforme a lo exigido en el artículo 31 bis del Código Penal.

Así, si el legislador es consciente de la creación de *compliance programs* perfectos desde una perspectiva preventiva *ex ante*, pero que, si no son aplicados ni controlados de manera efectiva en la entidad de una forma *ex post*, carecerá de efecto preventivo, limitándose a cumplir una función cosmética<sup>147</sup>.

Por otra parte, GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>148</sup> defiende que el hecho de que el riesgo delictivo no controlado debidamente llegue a materializarse en el concreto delito consumado es el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por los individuos. Así pues, el artículo 31 bis 1 del Código Penal dispone que para sancionar a la persona jurídica será necesario que se cometa un delito por una o varias personas físicas (dirigentes o subordinados).

De modo que, el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en el artículo 31 bis atribuye responsabilidad cuando se verifique la materialización de un riesgo delictivo no controlado ni disminuido en el delito realizado por las personas físicas integrantes o colaboradoras de la entidad.

Sin embargo, hay autores que entienden que aquellas personas físicas que tengan capacidad de acción y encomendado el deber de vigilancia o supervisión de algún riesgo delictivo serían las que realmente han incumplido las normas preventivas. GRACIA

---

<sup>146</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, páginas 18 y 28.

<sup>147</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, páginas 216 y 217.

<sup>148</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, páginas 126 y ss.

MARTÍN<sup>149</sup> niega que a las personas jurídicas se les pueda atribuir responsabilidad penal o administrativa, porque considera que son sujetos que no incumplirían una norma de determinación sino una de valoración. De hecho, argumenta que sancionar penal o administrativamente sería como sancionar a los fenómenos meteorológicos o a animales que no fueran de nuestro agrado o que ocasionaren perjuicios que hubiésemos podido prevenir.

Dicho esto, existen normas de determinación en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, consideradas como directivas de conductas humanas que puedan fundamentar su responsabilidad.<sup>150</sup> Distinguiendo dos tipos de normas de determinación: unas individuales dirigidas a denunciar conductas concretas de individuos, y otras colectivas que obligan a colaborar al colectivo para erradicar conductas que pongan en riesgo el buen funcionamiento de la entidad mediante la comisión de delitos realizados por las personas integrantes o colaboradoras individuales del colectivo que se podían haber evitado.

Así, el incumplimiento del deber general, colectivo y desindividualizado, determinará la infracción objetiva que dará lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica, para aplicar la pena correspondiente a esta.

## 6.6. Consumación, desistimiento y reparación en los delitos patrimoniales

El momento de la consumación material es el perjuicio, cuyo resultado material es el propio de los delitos patrimoniales. Al respecto, se trata de determinar cuál ha de ser *“el tratamiento adecuado de las conductas del autor posteriores al momento de la consumación material, dirigidas a revocar el perjuicio generado mediante su injusto patrimonial previo.”*<sup>151</sup> Para ello, es necesario definir qué se entiende por perjuicio y cuándo aparece como resultado típico del delito.

El perjuicio jurídico-penal se encuentra recogido en el concepto de patrimonio que emana en el ámbito del delito de estafa. PASTOR MUÑOZ<sup>152</sup> se apoya en la concepción jurídica de patrimonio en el ámbito de la estafa de BINDING, quien concibe el patrimonio como *“suma de derechos subjetivos civilmente protegidos.”* Al contrario de como es definido por la doctrina dominante actual, que sigue una concepción económica: *“la estafa como delito contra el*

---

<sup>149</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Crítica a las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*, en RECPC 18-05 (2016). Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>, páginas 74 y ss. [consulta: 13/04/2019]

<sup>150</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, páginas 227-239.

<sup>151</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 119.

<sup>152</sup> Op. cit., página 120.

*conjunto del patrimonio en su dimensión de valor económico.*” Sin embargo, en el delito de administración desleal, entre otros delitos, el perjuicio se determina de manera más amplia, en función de la posición de garantía del autor.

El referente principal del perjuicio es el desplazamiento de la cosa. Esto se traduce en que la doctrina sigue una posición naturalística y no atiende al sentido de la modificación patrimonial en la esfera de la víctima ocasionada por el autor del delito. Así, el desplazamiento de la cosa, como acto de entrega en sentido físico, se asimila al acto de disposición del sujeto que ha sido engañado en la estafa. En cambio, el perjuicio no supone la comprobación del desplazamiento de una cosa, sino el significado que tiene la conducta del autor para el patrimonio de la víctima. Por esta razón, si la conducta del autor forma un riesgo desaprobado de menoscabo del patrimonio de la víctima, es posible que exista un perjuicio sin desplazamiento de la cosa

Así, partiendo de una concepción normativa, el perjuicio se entiende como menoscabo del patrimonio de la víctima como poder jurídicamente reconocido, siendo la modificación patrimonial imputable al autor.

Ciertamente, los delitos contra el patrimonio se caracterizan por la reversibilidad del perjuicio, es decir, la posibilidad de volver al estado inicial de las cosas. De modo que, el autor tiene la posibilidad de reparar el perjuicio sufrido por la víctima.

Una vez definido el perjuicio en términos normativos, este debe ser interpretado en términos de menoscabo de la libertad jurídicamente reconocida del patrimonio. Hay que resaltar que el perjuicio está compuesto por una doble dimensión: cuantitativa y dinámica, que afecta a la gravedad del injusto patrimonial. En la dimensión cuantitativa se determina la gravedad del injusto patrimonial, siendo un perjuicio mayor o menor. En la dimensión dinámica el perjuicio puede permanecer, aumentar o disminuir, siendo este modelable. En tal sentido, se parte de que, en principio, lo propio del injusto patrimonial es ocasionar un perjuicio que no sea revocado o eliminado por el autor o un tercero, es decir, que tenga una mínima permanencia en el tiempo.

En la medida en la que el patrimonio se entiende como poder normativamente reconocido, y no como poder fáctico, el perjuicio se produce en muchas ocasiones en el momento en que la tentativa acaba, por ejemplo, en el mismo momento de celebración de un negocio que perjudique al deudor. No obstante, aunque el poder normativo y fáctico de patrimonio a veces se solapan en el perjuicio normativo y desplazamiento físico, en la

contracción de obligaciones perjudiciales se separan. Pues bien, la contracción de obligaciones perjudiciales en el patrimonio como libertad jurídicamente reconocida supone un menoscabo de la esfera patrimonial de la víctima, a diferencia de lo que sucede en las concepciones del perjuicio basadas en lo naturalístico, que el momento consumativo es el momento del cumplimiento de la obligación perjudicial y no el de su contracción. Por ello, el momento consumativo del perjuicio se ubica en el momento del menoscabo del poder. Así, *“si el administrador contrae en nombre de la sociedad obligaciones que a esta última no le compensan —ni a corto ni a largo plazo—, con la contracción de la obligación se produce ya el perjuicio; si el cliente engaña al banco sobre su solvencia, la entidad de crédito sufre ya un perjuicio cuando adquiere, a cambio del préstamo, un derecho de crédito de ínfimo o nulo valor —debido a la insolvencia del cliente—.”*<sup>153</sup>

Por otro lado, se trata de analizar las conductas del autor del injusto patrimonial consistentes en la posibilidad de revocar el perjuicio ocasionado por el delito. El problema gira en torno de la esfera patrimonial de la víctima que se ha visto menoscaba por la conducta perjudicial del autor del injusto patrimonial. Hay varios caminos para solventar la cuestión planteada. Primero, tratar el perjuicio como un resultado más. Segundo, centrar el momento consumativo en el primer perjuicio, de modo que las conductas siguientes del autor se califiquen como postconsumativas, otorgando especial valor a la reparación. Tercero, diferenciar entre reparación y desistimiento postconsumativo. Cuarto, iniciar un periodo consumativo en el que el autor tenga la posibilidad de modificar el injusto.

Ahora bien, para saber cuál es el camino admisible o más adecuado es preciso definir qué es el desistimiento y qué es la reparación. En una primera aproximación, parece que el desistimiento se centra en el injusto y la reparación en el daño ocasionado por el delito. Sin embargo, profundizando más en estos conceptos, el desistimiento se entiende como revocación del injusto o simple eliminación del resultado, y la reparación como disminución o eliminación del daño ocasionado por el delito, como si se tratase del cumplir anticipadamente el pago de la responsabilidad civil derivada del delito.

En el desistimiento existen diversas fundamentaciones. Hay teorías fundamentadas en la relevancia del desistimiento fuera del injusto, teoría del premio, con el fin de incentivar la evitación del resultado. Otras, fundamentadas en la eliminación del castigo: teorías que consideran el desistimiento como revocación de algún elemento del injusto, teorías que

---

<sup>153</sup> Op. cit., página 125.

entienden que revoca de manera íntegra el injusto, y teorías que conciben que el desistimiento hace desaparecer la pena aplicable.

Al contrario del desistimiento, la reparación puede no ser relevante en la teoría del delito. Se cuestiona cuál ha de ser el contenido de la conducta del autor que repara.

Lo cierto es que, en los delitos contra el patrimonio la conexión entre el desistimiento y la reparación se aprecia con claridad, lo que obliga a formular una concepción del desistimiento consumativo y su relación con la reparación penal y civil, es decir, a dar respuesta a las conductas de revocación antes y después de la consumación.

El perjuicio tiene carácter reversible o reparable. Así, entendido el desistimiento como revocación del injusto debe ser un acto imputable al autor del injusto, lo que responde a la eliminación del resultado de perjuicio. Sin embargo, no parece suficiente para responder a la cuestión planteada sobre qué conductas del autor expresan la revocación del hecho previo. La eliminación del resultado de perjuicio no hace que el injusto desaparezca, al menos la tentativa. De manera que, la revocación postconsumativa del perjuicio tiene efectos atenuantes.

El injusto y el desistimiento deben observarse desde la libertad del titular del patrimonio. De este modo, puede afirmarse que el primer perjuicio refleja el menoscabo de la libertad de la víctima. Se distingue entre el perjuicio que permanece y el perjuicio de corta duración, siendo el primero más grave que el segundo. Así, el perjuicio típico es el perjuicio completo con cierta permanencia. El injusto patrimonial se consuma al inicio de constatar el perjuicio y finaliza en el momento en el perjuicio adquiere permanencia en el tiempo, por lo que es posible desistir antes que se cierre la fase consumativa, es decir, que el perjuicio adquiera dicha permanencia y el injusto continúe abierto. No obstante, puede suceder que en algunos casos por causas ajenas al autor el perjuicio no permanece, donde el resultado de la acción va a ser insignificante. De esta manera, se trataría de observar en qué casos el riesgo de perjuicio se ha realizado completamente y en cuáles no. Ahora bien, en cualquiera de los dos casos la tentativa va a ser relevante.

Esto da paso a la minimización del perjuicio como conducta intraconsumativa, la cual hay que valorar y examinar para saber si la revocación del perjuicio es válida o no como forma del desistimiento. Lo que implica que el resultado inicial no se vea como obstáculo que imposibilita el desistimiento.

Respecto a la terminación de la fase consumativa, el hecho de que la consumación no se equipare con un momento determinado, sino que se prolongue en el tiempo presenta problemas. Pues bien, no hay un criterio matemático que establezca un momento exacto, sino que hay que atender al perjuicio y valorar el menoscabo de libertad patrimonial de la víctima inherente al injusto. De modo que, habrá que ir caso por caso en virtud del perjuicio generado por el delito. Si la fase consumativa persiste el menoscabo de la libertad del autor se podrá seguir valorando como insignificante. Si por el contrario, estamos ante un menoscabo de libertad patrimonial completo se cierra la fase consumativa del delito y las conductas posteriores del autor serán tenidas como postconsumativas.

Con todo, la reparación penal y la civil tienen significados diferentes. La reparación civil tiene como finalidad el resarcimiento del daño. Por ello, habría que atenuar la pena en los casos en los que hay una reparación penal y no en aquellos otros donde se cumpla una obligación civil. En cambio, la atenuante de reparación que recoge el Código Penal<sup>154</sup> se asemeja al concepto civil de reparación, considerando justificada la conducta favorable del autor que opta por la reparación frente al que no. Así, para definir la reparación penal distinguiéndola de la reparación civil, se expresa como restabilización de la norma cuestionada. En este sentido, siguiendo la teoría del premio, se explica por qué hay tratamientos diferentes para aquellos que contribuyan a la reparación del injusto de los que no.

### **6.7. Legítima defensa, empresa y patrimonio**

A priori parece que hablar de legítima defensa en el Derecho penal económico es algo inconcebible. Ello se debe a dos principales motivos. En primer lugar, por el impedimento de afirmar que los bienes jurídicos sean susceptibles de poder ser defendidos en legítima defensa. En segundo lugar, por la dificultad de separar agresiones a bienes jurídicos individuales para que concurren con los requisitos exigidos de la eximente. Estos motivos obedecen a que el Derecho penal económico se desarrolla en el seno de la empresa. Esto se apoya en que la empresa dispone de medios alternativos menos lesivos que una persona individual para rechazar posibles agresiones. No obstante, se va a tratar de analizar si es posible que la empresa pueda actuar en legítima defensa y si es posible que pueda ejercer

---

<sup>154</sup> Art. 21. 5ª CP: “*Son circunstancias atenuantes: La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*”

legítima defensa contra la empresa. Además, también se va a hacer referencia al patrimonio como bien jurídico defendible.

Si es posible que exista una agresión ilegítima contra los bienes jurídicos de una persona jurídica, ¿es posible que una persona jurídica actúe en legítima defensa? Los bienes jurídicos de una persona jurídica son como cualquier bien jurídico de una persona física susceptibles de agresión. Al respecto, parece difícil afirmar que una persona jurídica pueda actuar en defensa de sus bienes jurídicos ante una conducta típica. Los autores de la comisión de delitos de la Parte Especial son siempre personas físicas, y, en consecuencia, son estas quienes pueden adoptar acciones defensivas.

Los partidarios de los modelos de autorresponsabilidad entienden que el injusto de la persona jurídica sería su defecto organizativo. En cambio, ese presunto injusto de la persona jurídica no es un hecho propio de esta. La persona jurídica tiene una serie de deberes, y su cumplimiento o incumplimiento depende del compartimiento de las personas físicas que la integran. De modo que, los defectos organizativos constituyen hechos ajenos a las personas jurídicas, por lo que no puede afirmarse que estas tengan la capacidad requerida para realizar un comportamiento típico y justificado propio, y puedan así defenderse ejerciendo la legítima defensa. Será una persona física la que ejerza la legítima defensa a favor de la persona jurídica.

Otros autores aluden al injusto objetivo<sup>155</sup>, que sería suficiente para imponer a las personas jurídicas otras consecuencias jurídicas distintas a la pena *stricto sensu*.<sup>156</sup> Entonces, podría aceptarse que la persona jurídica se encuentre organizada de tal manera que logre el rechazo de agresiones ilegítimas por las personas físicas a través de actuaciones defensivas típicas pero justificadas. Por consiguiente, puede admitirse que una persona jurídica organizada tenga la posibilidad de defender sus propios intereses en la forma menos lesiva.

ROBLES PLANAS<sup>157</sup> se posiciona a favor de esta última tesis, proponiendo el desarrollo de la segunda generación de los modelos de prevención de delitos que incluyan programas de defensa frente al delito en ámbitos donde la empresa tenga la condición de

---

<sup>155</sup> Estado de cosas antijurídico.

<sup>156</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada. EDISOFER S.L. 2016, páginas 359-360.

<sup>157</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 178.



víctima. De manera que, el estado de cosas defensivo sería la legítima defensa de la propia persona jurídica.

Por un lado, se plantea si el órgano de la empresa puede actuar en legítima defensa de la propia persona jurídica. Al respecto, parece que no hay ningún impedimento para defender el patrimonio de una persona jurídica. De este modo, estaríamos ante un caso de legítima defensa de terceros. Pues puede un tercero ser la persona jurídica. Por lo tanto, en relación con la cuestión planteada la legítima defensa puede ser ejercida por parte de una persona física a favor de una persona jurídica frente a agresiones internas o externas.

Por otro lado, se cuestiona si es posible actuar en legítima defensa contra la persona jurídica cuando la agresión procede de un órgano propio o un representante de la persona jurídica. Pues bien, aquí la legítima defensa entraría en juego en aquellos casos donde la persona jurídica fuera la propia agresora frente a terceros. Sin embargo, esto supone una problemática para el Derecho Penal, ya que al negar la capacidad de acción de la persona jurídica se está negando su carácter de agresora, por lo que, el órgano de la persona jurídica sería el agresor. De modo que, negado esto se trata de buscar algún otro modo posible de acudir a sus bienes jurídicos para rechazar la agresión realizada por su órgano. En este sentido, no parece posible ejercer la legítima defensa contra los bienes de la persona jurídica, entendiendo que los bienes de la persona jurídica son ajenos al conflicto. No obstante, a la persona jurídica se le atribuiría cierta responsabilidad por consentir que sus miembros en un entorno organizativo cometan delitos que constituyen agresiones ilegítimas, pero esto no sería justificación alguna para que el agredido ejerciera la legítima defensa contra ella. Por lo tanto, habría que remitirse al estado de necesidad.

Finalmente, en cuanto al patrimonio como bien jurídico defendible, el artículo 20.4 del Código Penal<sup>158</sup> establece que los derechos propios o ajenos son susceptibles de defensa. De igual forma, se afirma que todos los bienes jurídicos individuales son bienes defendibles. Así, los derechos que integran el concepto de patrimonio y bien jurídico son los derechos patrimoniales reales (propiedad y posesión), personales, contractuales, crediticios u

---

<sup>158</sup> Art. 20. 4º CP: *“Están exentos de responsabilidad criminal: El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:  
Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.  
Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.  
Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.”*

obligacionales. En consecuencia, todos ellos son susceptibles de ser protegidos en legítima defensa.

## 6.8. Consentimiento

El consentimiento apenas parece estar tematizado en la Parte General del Derecho Penal por no concebirse la idea de que alguien pueda consentir el menoscabo de intereses supraindividuales o colectivos. De hecho, si un sujeto con capacidad consiente su menoscabo habría que trasladarse a la Parte Especial del Derecho Penal de los delitos económicos por ser un rasgo característico de los bienes colectivos. Además, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>159</sup> apunta que no solo de los bienes jurídicos colectivos generales, sino también de los bienes colectivos divisibles en intereses individuales, ya que su titular se encuentra representado por una colectividad indefinida de personas, por ejemplo, la comisión del delito de publicidad falsa<sup>160</sup> que afecta de manera perjudicial al patrimonio de los consumidores.

Otra de las razones por las que el consentimiento no sería tematizado en este ámbito se debe a que la voluntad del titular del bien menoscabado donde parece relevante, como en el delito de administración desleal<sup>161</sup> o de descubrimiento de secreto empresarial<sup>162</sup>, la doctrina<sup>163</sup> entiende que la relevancia se consigue en la determinación del tipo. Por ello, en el caso del tipo de descubrimiento de secreto solo puede realizarse contra la voluntad del titular del secreto. Así, una conducta es penalmente típica cuando quebranta la voluntad del titular del bien menoscabado, por lo que en el Derecho penal económico solo se reconoce la figura

---

<sup>159</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, página 463.

<sup>160</sup> Art. 282 CP: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.”

<sup>161</sup> Art. 252 CP: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

<sup>162</sup> Art. 278 CP: “1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.”

<sup>163</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, página 463.

del acuerdo excluyente del tipo. No obstante, habrá que analizar la voluntad del afectado en cada uno de los tipos de la Parte Especial del Derecho penal económico.

Así, a diferencia de la Parte General del Derecho penal económico, la Parte Especial del Derecho penal económico está compuesta por delitos que protegen intereses individuales y por delitos de naturaleza mixta, es decir, que protegen intereses individuales y supraindividuales, donde es preciso adecuar el consentimiento en el Derecho penal económico.

El consentimiento al menoscabo de un interés individual en esta rama es relevante la valoración de actos de aquiescencia a conductas de gestión *prima facie* en virtud del artículo 252 del Código Penal (delito de administración desleal). Partiendo de que el Derecho Penal debe tener en cuenta la normativa mercantil para definir un injusto y que los propietarios económicos de una Sociedad Limitada son los titulares de las participaciones sociales, se otorga la posibilidad a los socios de consentir válidamente al acto de gestión *prima facie* desleal mediante una mayoría simple o cualificada, respetando la normativa jurídica-mercantil establecida.

Atendiendo al consentimiento en los delitos de naturaleza pluriofensiva mixta se distingue entre delitos mixtos alternativos y delitos mixtos cumulativos. En los delitos mixtos alternativos la lesión del interés colectivo integra el injusto, por lo que el consentimiento al menoscabo del titular del bien tendrá efecto atenuante. Por el contrario, en los delitos mixtos cumulativos, al conceder una protección distinta por la propia naturaleza de los bienes, el consentimiento al menoscabo del interés particular excluye el injusto. Así, en el delito de corrupción en los negocios<sup>164</sup> el consentimiento del empresario excluye el injusto. No

---

<sup>164</sup> Art. 286 bis CP: “1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

obstante, COCA VILA<sup>165</sup> entiende que hay que ir más allá para conocer el carácter verdaderamente pluriofensivo de estos delitos, lo que ayudaría a solucionar muchos problemas dogmáticos que plantean los delitos de esta naturaleza.

### 6.9. Culpabilidad de empresa

En relación con la lectura del artículo 31 bis del Código Penal como delito corporativo es preciso preguntarse si la culpabilidad puede ser considerada la esencia del Derecho Penal. Por consiguiente, en el Derecho penal económico se plantea la posible culpabilidad empresarial y se busca delimitar el ámbito en el que operaría.

La culpabilidad empresarial es el fundamento y el límite de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pues bien, las penas dirigidas a la empresa están fundamentadas en la propia sociedad, donde se reconoce a esta como algo más que el conjunto de los individuos que la constituyen. Ahora bien, es necesario determinar que se entiende por culpabilidad o empresa como persona dentro del sistema establecido en el artículo 31 bis del Código Penal. Para ello, es preciso distinguir entre juicios analíticos y juicios sintéticos.

La culpabilidad, ya sea en sentido amplio o en sentido estricto, es un concepto que ha ido variando a lo largo del tiempo, y responde a consideraciones de garantía, preventivas y utilitarias como síntesis de fines variables. Con ello, han ido surgiendo varios modelos, modelo de atribución de responsabilidad y modelo de imputación de responsabilidad. El Código Penal se encarga de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas como modelo de atribución.

#### 6.9.1. Concepto y límites

Una vez demostrado el injusto de la persona jurídica lo siguiente es comprobar su culpabilidad. La persona jurídica que ha cometido un injusto de organización empresarial debe ser objeto de un reproche jurídico y social. En consecuencia, a dicha persona jurídica se le impondrá alguna de las penas contempladas en el artículo 33.7 del Código Penal.

---

*A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.*

5. *A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.*"

<sup>165</sup> COCA VILA, Ivó en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, página 224.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 246/1991, de 19 de diciembre de 1991, hace un amago de definir la culpabilidad: *“Esta construcción diferente de la imputabilidad de la autoría a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que corresponden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz.”* Así, parece que los términos culpabilidad y capacidad infractora se equiparan. Al respecto, GÓMEZ TOMILLO<sup>166</sup> entiende que existe capacidad de infracción, pero sostiene la falta de culpabilidad en las personas físicas (casos de inimputabilidad) y en las personas jurídicas.

Las categorías jurídico-penales, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que se emplean para las personas físicas son igualmente válidas para el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas.

En el sistema de responsabilidad de las personas físicas, la culpabilidad se imputa al sujeto que cometió el delito calificado como típico y antijurídico. Se fundamenta en la libertad del individuo, es decir, solo puede ser culpable aquel que es libre. En la demostración de un hecho ilícito la culpabilidad del autor se presume, salvo que el reo demuestre lo contrario.

Todo lo relativo a la culpabilidad en las personas físicas, de forma analógica tiene cabida en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de ciertas particularidades.

A partir de la reforma operada de la LO 5/2010 del Código Penal hay quienes consideran que se crea un sistema de responsabilidad de peligrosidad de la persona jurídica sin culpabilidad negando la libertad de esta y considerándola como un instrumento peligroso al alcance de personas físicas. La finalidad de este sistema es estimular que en el seno de la persona jurídica no se introduzcan beneficios mediante la comisión de delitos y, así, combatir este tipo de conductas.

En cambio, otros entienden que se crea un sistema de heteroresponsabilidad penal de la persona jurídica, donde no cabe hablar de imputación personal del hecho típico, antijurídico ni de culpabilidad, ello por no tener libertad. Así, la pena se impone con carácter solidario o subsidiario a la persona física que ha cometido el delito.

---

<sup>166</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, páginas 133 y 134.

Por otro lado, están quienes conciben la culpabilidad penal de la persona jurídica como el defecto de organización por no adoptar las medidas o reglas adecuadas para evitar delitos de los sujetos integrantes de la persona jurídica. Así, se configura como omisión del deber o violación de cuidado<sup>167</sup>. Por lo tanto, la aplicación analógica con la culpabilidad del sistema de responsabilidad de las personas físicas queda distanciado.

En cuanto a la libertad otorgada a las personas jurídicas existe a su cargo la responsabilidad de organizarse y controlar los riesgos propios de sus actividades con la finalidad de disminuir las posibilidades de que sus miembros comenten hechos delictivos. Así, para evitar la culpabilidad empresarial cualquier empresa ha de organizarse adecuadamente. En efecto, la culpabilidad referida al defecto organizativo de la persona jurídica difiere de la culpabilidad de las personas físicas.

La diferencia del injusto penal de la persona física con el de la persona jurídica es su dimensión temporal, lo que no quiere decir que a la persona jurídica se la castigue por su forma de ser. De modo que, demostrado el injusto de organización empresarial defectuoso de la persona jurídica se presume la culpabilidad del ente colectivo, siendo este el que tendrá que demostrar su inculpabilidad, en el mismo sentido que en el Derecho penal de las personas físicas. Aquí entrarían en juego los programas de cumplimiento o *compliance programs*.

#### 6.9.2. Teorías de la culpabilidad

La atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas ha causado la creación de diversas teorías para fundamentar su culpabilidad. PÉREZ ARIAS<sup>168</sup> las recoge siguiendo la sistematización de GÓMEZ-JARA:

##### 6.9.2.1. Culpabilidad por conciencia especial de la persona jurídica (por HAFTER)

La voluntad de la persona jurídica se puede concebir como voluntad individualizada de la de las personas físicas que la integran cuando ambas voluntades no coinciden entre sí, es decir, la voluntad propia de la persona jurídica con la voluntad individual de sus miembros.

Sin embargo, incluso aceptando que existen dos voluntades distintas, la voluntad de la persona jurídica no es el resultado de una decisión propia, sino del interés general de sus

---

<sup>167</sup> GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 377.

<sup>168</sup> PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal, Dykinson, S.L., páginas 127-146.

miembros en aras de organizar el fin patrimonial de la sociedad. Por ello, no se puede hablar de la voluntad propia de la persona jurídica.

#### 6.9.2.2. *Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica (por BUSCH)*

Esta teoría de la culpabilidad se asienta en que la participación de un sujeto en una persona jurídica atribuye una obligación de actuar. De forma que, su incumplimiento promueve la conducta delictiva de la persona jurídica y sus miembros. En otras palabras, la persona actúa según la decisión adoptada por acción, cuando los miembros secundan la decisión criminal, u omisión, cuando los miembros omiten realizar cualquier acto preventivo de la conducta delictiva.

Se indica que si algunos de los miembros del Consejo de Administración prueban que no han participado en la toma de decisión adoptada por la persona jurídica pueden quedar excluidos de toda culpa. Esto no solo se extiende a entidades mercantiles, sino también a órganos colegiados de Derecho Público.

Ahora bien, contra la exención de responsabilidad otorgada a algunos de los miembros del Consejo de Administración, se entiende que el miembro del órgano ocupa una posición de garante. Así, el legislador en el artículo 31 bis del Código Penal establece que la persona jurídica será responsable de la conducta delictiva de la persona física que sea su representante legal, actúe individualmente o sea integrante de un órgano de esta.

#### 6.9.2.3. *Culpabilidad funcional del órgano (por SCHROTH)*

La culpabilidad de la persona jurídica es entendida como comportamiento defectuoso ocasionado por el comportamiento colectivo de las personas físicas que integran la empresa, es decir, sin tener en cuenta el comportamiento individual y aislado de estas.

#### 6.9.2.4. *Culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica (por HIRSCH)*

Se distingue entre una culpabilidad individual y de la persona jurídica, aunque es necesario como *condictio sine qua non* la actuación de un órgano en su nombre. Así, la culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta en la no evitación del hecho delictivo a manos de la corporación.

#### 6.9.2.5. *Culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica (por EHRHARDT)*

La persona jurídica tiene el deber de actuar contra la posible aparición de elementos criminógenos en su actividad. En este sentido, va a ser responsable del delito cometido del individuo que actúa en su representación, siempre que pudo evitar la conducta criminal y no lo hizo.

*6.9.2.6. Culpabilidad por el carácter de la empresa (por LAMPE)*

La culpabilidad de la empresa es entendida como consecuencia de la cultura criminógena originada por el defecto de organización. Así, el sistema corporativo se sustenta en una deficiente organización.

*6.9.2.7. Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial (por HEINE)*

La culpabilidad se basa en la propia actitud empresarial, adoptando las medidas adecuadas para el buen funcionamiento empresarial y la evitación de una actividad de riesgo penal.

La persona jurídica va a ser sometida a un proceso general sobre el hecho delictivo, su contexto y su actividad. De manera que, el ente colectivo sería responsable indirecto del delito por haber mantenido una posición predispuesta a la delincuencia. En cambio, la persona física solo puede ser enjuiciada por un hecho concreto, y, por ello, esta teoría sería inadmisibles de aplicarse a estos sujetos.

*6.9.2.8. Culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial (por DANNECKER)*

Se señala la necesidad de distinguir entre la responsabilidad individual y la responsabilidad social, debido a que se entiende que la responsabilidad de la persona jurídica difiere de la individual.

Pues bien, se pone de relieve que la persona jurídica actúa por un hecho propio que no tiene relación con el delito cometido por las personas físicas vinculadas a ella.

*6.9.2.9. Culpabilidad por defecto de organización (por TIEDEMANN)*

Los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas siguen esta teoría, entre ellos, TIEDEMANN.

Aquí, el comportamiento se reprocha a la persona jurídica si se acredita la existencia de inimputabilidad, dolo, imprudencia o exigibilidad, pero en ningún caso se habla de estricta culpabilidad.



6.9.2.10. *Culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad: concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica (por LUHMANN)*

El sistema social de LUHMANN sobre la responsabilidad penal relacionado con la teoría constructivista, alude a los mensajes que son emitidos por los sujetos que integran la persona jurídica y no a esta en sí misma. Así, se entiende que la teoría tradicional del sujeto es una paradoja, en la que el Derecho penal como sistema no reconoce sujetos sino mensajes de riesgo.

En general, se intenta dar un sentido más práctico al Derecho, reduciendo su complejidad mediante el empleo de parámetros incluso extrajurídicos. Pues bien, la legislación vigente se aplicará como instrumento de resolución de los conflictos comunicativos entre los sujetos. De este modo, la responsabilidad penal de la persona jurídica se sustenta en una teoría sobre la acción comunicativa.

#### **6.10. La cuestión del dolo y de la imprudencia**

El dolo y la culpa son dos categorías pensadas para las personas físicas, por lo que es difícil diferenciar entre infracciones dolosas o culposas cometidas por personas jurídicas. Por ello, es necesario realizar una construcción propia de tales categorías en los entes colectivos. Así, se toma como referencia el carácter doloso o imprudente de las personas físicas que han actuado para la persona jurídica infractora, estimando que la responsabilidad penal de esta última es objetiva.

Los artículos 5<sup>169</sup> y 10 del Código Penal<sup>170</sup> no han sido modificados pese a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De modo que, se entiende que estos establecen la concurrencia de dichos elementos subjetivos sin excluir el caso de los delitos cometidos por personas jurídicas.

Como punto de partida se toma el carácter doloso o imprudente de las personas físicas a las que sea penalmente imputable el hecho punible en el seno de la persona jurídica. Ahora bien, dependiendo de si estamos ante un supuesto doloso o imprudente la sanción va a ser diferente en función de los fines de la pena asociada a la persona jurídica. Si la finalidad de la pena es fomentar modos de gestión social que prevengan que los bienes jurídicos sean

---

<sup>169</sup> Art. 5 CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia.”

<sup>170</sup> Art. 10 CP: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.”

lesionados, cada hecho necesita una sanción distinta. Los hechos dolosos al suponer un mayor peligro para los bienes jurídicos que los hechos culposos deben desincentivarse.

En lo que respecta a la no modificación de los artículos 5 y 10 del Código Penal tras la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debe a la necesidad de que concurra dolo o culpa para que el delito sea imputable a la persona física o a la persona jurídica. Desde la perspectiva del Derecho positivo, no parece razonable distinguir a la persona física de la jurídica exigiendo a una más que a la otra. De este modo, algunos de los delitos susceptibles de ser realizados por personas jurídicas que solo sean punibles cuando concurra dolo, si se acredita que se actuó de forma imprudente en el seno de la persona jurídica, esta deberá ser absuelta. Por ejemplo, en delitos contra la hacienda pública o delitos relativos a la ordenación del territorio. Los delitos susceptibles de ser realizados imprudentemente por personas físicas también lo pueden ser por personas jurídicas, como los delitos contra el medioambiente. Si en estos últimos el Código Penal exige que concurra imprudencia grave y se acredita que la persona física actuó con imprudencia leve, se procederá a la absolución de la persona jurídica.

En cuanto a los delitos en grado de tentativa, solo se imputarán a la persona jurídica si se acredita el dolo de la persona actuante.

Por otro lado, el Código Penal no ha previsto un tratamiento punitivo específico para el caso de las personas físicas y de las personas jurídicas. Aceptando que no se puede equiparar la pena por los hechos dolosos o imprudentes cometidos por las personas físicas actuantes en la persona jurídica, se dice que se debe identificar ante qué caso estamos con arreglo a la ley para imponer una pena superior a los delitos dolosos e inferior a los delitos imprudentes.

GÓMEZ TOMILLO<sup>171</sup> entiende que el dolo y la imprudencia al ser elementos concebidos para las personas físicas, no pueden ser considerados como elementos confundadores del tipo de lo injusto del delito cometidos por las personas jurídicas, sino como datos que deben ser considerados en la culpabilidad como defecto de organización. Así, cuando el sujeto actué dolosamente la organización será más defectuosa que cuando actué de forma imprudente. Por consiguiente, el dolo y la imprudencia son moduladores de la responsabilidad, pero no confundadores del injusto.

---

<sup>171</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, páginas 168-169.

En función del carácter doloso o imprudente de las personas físicas responsables del hecho delictivo, se construyen conceptos diferenciados de dolo y culpa según el sujeto activo del delito o la interpretación de normas que no son operativas cuando se debe responsabilizar a personas jurídicas. Esta construcción no es compatible con la concepción de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas ni con la exigencia de dolo o culpa en las personas físicas actuantes con la regulación jurídico-positiva. En la primera cuestión, hay que recordar que estamos en el nivel de la culpabilidad y no en el de lo injusto, por lo que no suponen una responsabilidad vicarial. En la segunda cuestión, se presenta cómo compatibilizar la individualización de la persona física para responsabilizar a la persona jurídica con la exigencia de que los hechos se cometan de forma dolosa o imprudente por un individuo, por lo que se deberá individualizar al sujeto físico para acreditar el dolo o la culpa.

De este modo, entendiendo que el dolo o la culpa constituyen elementos del juicio de culpabilidad de las personas jurídicas, si no logra acreditarse uno u otro, deberá elegirse la solución menos gravosa para el infractor sobre la base del principio *in dubio pro reo*. En cualquier caso, deberá individualizarse al sujeto actuante u omitente cuando se trate de responsabilidad a la persona jurídica.

#### **6.11. Presunción iuris tantum de organización defectuosa y carga de la prueba de la culpabilidad**

Se afirma el concepto de culpabilidad como defecto de organización. Por consiguiente, cuando la persona jurídica acredite una adecuada organización que evite la comisión de delitos o infracciones administrativas se podrá excluir la responsabilidad sancionadora.

Volviendo a la teoría de TIEDEMANN, GÓMEZ TOMILLO<sup>172</sup> no comparte el criterio de culpabilidad que sigue este autor, conforme al cual es inviable que, si la empresa demuestra una organización eficiente, esta quede libre de sanción.

Así, la imposición de sanciones a las personas jurídicas tiene como objetivo primordial la necesidad impulsar modos de gestión de las sociedades que eviten la comisión de hechos delictivos. En este sentido, se admite la prueba de una organización social no defectuosa que comprenda diversos asuntos como la adopción de medidas de vigilancia, control y supervisión adecuadas, una selección del personal ordenada, etc.

---

<sup>172</sup> Op. cit., página 179.

Este planteamiento resulta compatible con el artículo 31 bis 2<sup>173</sup>, que establece un efecto eximente si concurren las condiciones previstas en tal precepto legal, y con el artículo 31 bis 4 del Código Penal<sup>174</sup>. De este modo, se excluye la responsabilidad de la entidad con un sistema de control adecuado u organización no defectuosa si en su seno se ha cometido un delito. Esta exclusión es posible por imposibilidad de imputar el delito, ya sea por estar ante una causa de justificación o por vacío de culpabilidad.

De esta manera, aceptando la posible acreditación de una organización no defectuosa, la carga de la prueba le corresponde a la propia persona jurídica infractora, esta tendrá demostrar la concurrencia de circunstancias excluyentes de responsabilidad.

Las razones de por qué es la persona jurídica infractora la que ha de probar son las siguientes. En primer lugar, por la complejidad del juicio de culpabilidad. No parece lógico que sea la acusación en un proceso penal la que tenga que acreditar los diversos elementos que constituyen la culpabilidad. En segundo lugar, no es factible que la acusación pruebe mediante un elemento negativo, alegando la ausencia de una organización defectuosa. Lo contrario implicaría que la acusación cargara con una imposible *probatio diabolica*. Sin embargo, la *probatio diabolica* se admitiría si la defensa acredita la inexistencia de un defecto de organización. Esto va a variar en función de cómo se plantee el problema. En tercer lugar, comprobada la tipicidad y antijuricidad de una acción u omisión imputable a una persona jurídica se buscará su procedencia en un defecto de organización. En cuarto lugar, es coherente que recaiga la carga de la prueba sobre la persona jurídica para contrarrestar el poder otorgado, es decir, por el reconocimiento de su responsabilidad penal.

---

<sup>173</sup> Art. 31 bis 2 CP: “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.”

<sup>174</sup> Art. 31 bis 4 CP: “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

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

Por estas cuatro razones, el principio de presunción de inocencia no se vulnera. De hecho, opera de la misma forma para personas físicas que para personas jurídicas.

En cuanto al ámbito del Derecho administrativo sancionador, el Tribunal Constitucional señala que a quien le corresponde acreditar la culpabilidad del infractor es a la Administración. En cambio, el Tribunal Constitucional no utiliza el término culpabilidad en el sentido técnico penal, sino que identifica esta con el dolo o la imprudencia como elementos del delito. De esta manera, en la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril de 1990, FJ 8.º B), se expone lo siguiente: “... *toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el artículo 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción...*” Más adelante indica el alcance de la presunción de inocencia: “... *alcanza no sólo a la culpabilidad, entendida como un nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también y muy especialmente a la realidad de los hechos imputados...el artículo 24.2 CE rechaza tanto la responsabilidad objetiva o presunta como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción.*”

Como dice GÓMEZ TOMILLO<sup>175</sup>, el concepto de culpabilidad se debe a VON LISZT en el siglo XIX, concebida como “*el género y dolo y culpa especies de la misma*”. Sin embargo, esta concepción ya no se sostiene por nadie. Así, en esta resolución se reconoce la culpabilidad como el nexo psicológico entre el hecho y su autor, refiriéndose al dolo y a la culpa como elementos del tipo, los cuales han de ser demostrados por la acusación o por la Administración.

En cuanto a la prueba necesaria para eximir de responsabilidad a la persona jurídica se toma como referencia el criterio anglosajón, conforme al cual la prueba no va más allá de toda duda razonable, sino que la prueba sea más probable para la validez de la defensa. De este modo, se evita acudir al principio *in dubio pro reo*.

Respecto al contenido del artículo 31 bis 2 del Código Penal, por un lado, como ya se ha indicado, recoge las circunstancias eximentes de responsabilidad, por lo que si se acredita alguna de ellas no sería necesario pedir a la acusación que lo haga, entendiendo que sea la persona jurídica infractora quien alegue la ausencia de defecto organizativo. Por otro lado, pese a que la solución al problema va a depender de los puntos de vista dogmáticos de partida, los hechos de descargo habrá de ser probados por la defensa.

---

<sup>175</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, página 188.

## 6.12. La tentativa de delito imputable

Si se admite que las personas jurídicas pueden cometer delitos, cabría contemplar la posibilidad de que les fuesen imputados aquellos que no llegaron a consumarse, es decir, delitos intentados.

La tentativa de delito imputable a las personas jurídicas se funda en razones preventivo-generales. Por lo tanto, se debe sancionar a las personas jurídicas por delitos intentados. Así, estimar una tentativa de delito cometida por una persona jurídica supone relacionar el artículo 31 bis y siguientes con los artículos 15<sup>176</sup> y 16 del Código Penal<sup>177</sup> y el delito, siempre que sea compatible con la punición de estadios de imperfecta realización del tipo<sup>178</sup>. De la redacción de estos preceptos legales se deduce que no hay ningún impedimento jurídico-positivo para sancionar el delito intentado.

Por un lado, el artículo 15 del Código Penal no especifica si el sujeto activo es una persona física o jurídica. Por otro lado, el artículo 16 del Código Penal establece que hay tentativa cuando hay ejecución del delito por personas físicas, pero ello no obstaculiza que esos actos ejecutivos sean verificados por los sujetos a los que hace referencia el artículo 31 bis del Código Penal, por los hechos imputables a las personas jurídicas. De este modo, si la tentativa es entendida como un delito se tiene que sancionar cuando concurren los requisitos para ello.

Así, si el resultado como condición objetiva de punibilidad en las personas jurídicas no se verifica deberá excluirse su responsabilidad. De tal modo, la tentativa debe entenderse como causa de ampliación de la punibilidad, y al igual que las normas que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se requiere una interpretación estricta.

## 6.13. Cuestiones de autoría

El Código Penal, al igual que en la cuestión del dolo y la imprudencia, no ha sufrido ninguna modificación en sus artículos 27 y siguientes<sup>179</sup> tras la introducción de la

---

<sup>176</sup> Art. 15 CP: “*Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.*”

<sup>177</sup> Art. 16 CP: “*1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*”

<sup>178</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, página 198.

<sup>179</sup> TÍTULO II: “*De las personas criminalmente responsables de los delitos*”

responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ello, suscita la duda de si el régimen de la autoría es susceptible de ser aplicado a estas.

Al respecto, se cuestiona si debe admitirse un concepto unitario o un concepto restrictivo de autor<sup>180</sup>. Desde el punto de vista de GÓMEZ TOMILLO<sup>181</sup> se debe optar por un concepto restrictivo de autor. Este concepto supone que los tipos comprenden al autor y no la actividad del inductor ni la del cómplice, ya que se configuran como causas de extensión de la punibilidad. Se fundamenta en los artículos 27<sup>182</sup> y siguientes del Código Penal y en el concepto restrictivo en el Derecho Penal tradicional. En consecuencia, si se rechaza el concepto unitario de autor, surgen distintas formas de participación en el delito cuando alguno de los sujetos que intervengan en los hechos sea una persona jurídica.

Tradicionalmente se admiten tres formas de autoría: autoría inmediata individual, autoría mediata y coautoría. Ahora bien, hay que examinar si están tienen cabida en los delitos cometidos por las personas jurídicas.

#### *6.13.1. La autoría inmediata individual*

Esta forma de autoría es la que menos problemas presenta. Además, es el supuesto más frecuente en la práctica. Va a estar presente en aquellos casos en los que se pueda imputar a una sola persona jurídica el hecho descrito en el tipo.

#### *6.13.2. La autoría mediata*

El autor mediato se encuentra contemplado en el artículo 28 del Código Penal<sup>183</sup> como sujeto que se vale de otro como instrumento para cometer el delito. En el Derecho Penal de las personas físicas, la autoría mediata se conoce como un sujeto de atrás instrumentaliza a otro, un sujeto de delante, para conseguir su objetivo. Además, se deduce que el sujeto de atrás actúe con dolo, no hay dominio sin dolo, por lo que se excluye esta forma de autoría en los delitos imprudentes.

---

<sup>180</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, página 201.

<sup>181</sup> Op. cit., página 202.

<sup>182</sup> Art. 27 CP: “Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.”

<sup>183</sup> Art. 28 CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, se plantea si cabe admitirse la autoría mediata en los supuestos en los que actúan en los hechos una pluralidad de sociedades, donde la sociedad que aparece como responsable del delito está dominada por la sociedad que impone la actuación penalmente relevante. En principio, si trasladamos los criterios que sigue el Derecho Penal tradicional al contexto de las personas jurídicas, parece difícil sostener la autoría mediata cuando estamos ante la presencia de personas jurídicas. Ello, se entiende así porque se fundamenta en el dominio de la voluntad del instrumento, lo que es una característica exclusiva de las personas físicas.

En este sentido, para tratar de resolver el problema señalado, es necesario considerar dos elementos, la tipicidad y la culpabilidad.

En cuanto a la tipicidad, en el caso de las personas jurídicas, la responsabilidad se atribuye a estos sujetos siguiendo un juicio fundamentalmente valorativo. Así, la autoría mediata de las personas jurídicas no supone ningún impedimento para atribuir la responsabilidad penal en el caso de las personas jurídicas, tanto al sujeto de atrás, como al sujeto de delante.

Respecto a la culpabilidad, definida esta como defecto de organización en los términos ya expuestos, cuando una sociedad es dominada por otra que le impone una actuación penalmente relevante imputable a título de delito, perdura el defecto de organización. Por lo que, nada debería impedir que se sancionase al sujeto de delante, la sociedad dominada. No obstante, el defecto organizativo debe observarse también en el sujeto de atrás, la sociedad dominante.

Así, la sanción impuesta a ambas sociedades, la dominada y la dominante, satisface los fines del Derecho Penal de las personas jurídicas, evitando que la creación o disolución de empresas sea una traba para la verificación dichos fines. Además, se evita la impunidad en los supuestos en los que la sociedad matriz sea una empresa con sede en el extranjero o una empresa extranjera.

En lo relativo al principio *non bis in idem*, se trata de sujetos diferentes, de centros de imputación de derechos y deberes distintos, por lo que no existe problema alguno.

Se debe acudir a la categoría de la autoría mediata para permitir la sanción tanto de la sociedad matriz, como de la filial, en las hipótesis de dominio social de una persona jurídica sobre otra. De este modo, se puede diferenciar la autoría mediata de la inducción. El límite



entre estas dos cuestiones se sitúa en la capacidad de las personas jurídicas intervinientes de autoorganización autónoma.

Por lo expuesto, la autoría mediata está presente en los casos en los que dos o más personas jurídicas intervienen en los hechos, de forma que la sociedad de delante es dominada por la de atrás.

### 6.13.3. La coautoría

En los casos en los que intervienen una pluralidad de personas jurídicas en la realización de los hechos descritos en el tipo a título de autor en igualdad de condiciones estamos ante una forma de autoría denominada coautoría.

En el Derecho Penal tradicional, la coautoría se compone de elementos objetivos y subjetivos. En cuanto a los primeros, es necesario que se realicen actos de carácter ejecutivo o que sean subsumibles en las descripciones típicas de la Parte Especial del Código Penal. Sin embargo, en la teoría del dominio del hecho es preciso que el sujeto domine la situación. Respecto a los segundos, se requiere el *pactus scalaris*<sup>184</sup>, es decir, que exista un dolo común en todos los coautores.

En el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece adecuada la teoría del dominio del hecho. Pues bien, partiendo de esta teoría se exige que concurren tres elementos: la actuación en la fase ejecutiva del hecho, la contribución y la coincidencia de voluntades sobre el hecho.

En cualquier caso, en los supuestos de agrupación de empresas, a cada uno de los intervinientes se le van a sancionar de forma independiente, por lo que no se va a recurrir a la coautoría y se hablará de pluriautoría. Por consiguiente, esta forma de autoría en el Derecho penal de las personas jurídicas queda reducida. No obstante, desde un punto de vista positivo, se entiende aplicable al caso el artículo 28 del Código Penal.

Por otra parte, en el caso de la coautoría en supuestos de acumulación de sanciones personales por los mismos hechos en personas físicas y jurídicas, el artículo 31 ter 1 del Código Penal<sup>185</sup> admite esta posibilidad, acumular dos penas, la que le corresponde a la persona física y la de la persona jurídica.

---

<sup>184</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, página 213.

<sup>185</sup> Art. 31 ter 1 CP: “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

Ahora bien, se cuestiona a quién se debe sancionar primero, si a la persona física o a la persona jurídica. Pues bien, parece que es la conjunción de la actuación de la persona física con las especiales formas de comisión de la acción de la persona jurídica la que determina el resultado final. No obstante, los fines de las penas impuestas a personas físicas y a personas jurídicas no van a coincidir. Por este motivo, no se habla de modulación de la responsabilidad por encima del principio de proporcionalidad. En efecto, se evidencia que el legislador no asume que las personas físicas y las personas jurídicas responden por su propio injusto y culpabilidad. Así, el último inciso del artículo 31 ter 1 del Código Penal peca tanto por exceso como por defecto.

#### **6.14. Participación en los hechos por una pluralidad de personas jurídicas: inducción, cooperación necesaria y complicidad**

Se admite la posibilidad de diversas formas de participación en el delito cuando alguno de los intervinientes en los hechos sea una persona jurídica.

La inducción se puede combinar de distintas maneras: *“inducción de personas jurídica a persona jurídica; inducción de persona jurídica a persona física, inducción de persona física a jurídica.”*<sup>186</sup> Estas combinaciones se contemplan en la cooperación necesaria y la complicidad de forma semejante.

##### *6.14.1. La inducción*

En primer lugar, si se concibe la instigación como el hacer surgir en otro la decisión de realizar un comportamiento delictivo, se plantea si cabe admitir este fenómeno de persona jurídica, bien a otra persona jurídica, o bien a persona física. Estas dudas aparecen si se toma dicha definición de instigación característica de personas físicas y no de organizaciones sociales. Sin embargo, si los actos de instigación de la persona física que actúa tienen un sentido empresarial, asociativo o social tal cuestión es discutible.

Pues bien, si la ley permite imputar a una persona jurídica una conducta delictiva a título de autor, también debería imputar a esta una inducción punible, de naturaleza jurídica accesoria. En este sentido, sería adecuado acumular las responsabilidades derivadas de las

---

*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.”*

<sup>186</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015, página 223.

personas que hicieron surgir en otro la decisión de realizar un comportamiento delictivo, y de la persona jurídica para que se realizaron los actos de instigación, siempre que la persona jurídica inductora y la inducida sean autónomas, es decir, tengan la capacidad de adoptar decisiones independientes. Por el contrario, si estamos ante la sociedad matriz dominante y filial dominada, se debería resolver mediante la autoría mediata conforme a lo expuesto.

Desde la perspectiva subjetiva del dolo, en la inducción no se requiere este elemento, ya que el dolo y la imprudencia no son elementos cofundamentadores de lo injusto en el Derecho Penal de las personas jurídicas.

#### *6.14.2. La cooperación necesaria y la complicidad en el delito*

Una persona jurídica, junto con la persona física que actúe para ella, es posible que sea responsable a título de cooperador necesario o cómplice en el delito cometido por otra persona jurídica. Para no entrar en contradicción con el fundamento de la punición de la complicidad, es preciso que concurren una serie de requisitos: *“1. Que se impute a una persona jurídica un hecho descrito como delito. 2. Que otra persona física haya llevado a cabo previa o simultáneamente hechos que hayan incrementado ex ante el riesgo de que el autor-organización lleve a cabo la acción descrita en el tipo, facilitando, acelerando o asegurando la realización del delito por el autor o intensificando el resultado principal causado por este. 3. Que estos últimos hechos solo adquieran sentido social o, en palabras de Código Penal, que se hagan en nombre o por cuenta ajena y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.”*<sup>187</sup>

De esta manera, en la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual se puede observar la complicidad o cooperación necesaria de una persona jurídica en el delito imputable a otra. Por ejemplo, en el caso de una empresa que introduzca publicidad en la página web con enlaces mediante los cuales se obtengan copias piratas de contenidos que vulneren los derechos de propiedad intelectual, como música, videojuegos o películas.

Por otra parte, para evitar una excesiva expansión del ámbito de lo punible, se desarrollan criterios de imputación objetiva de la conducta, por ejemplo, sobre la base del principio de confianza.

---

<sup>187</sup> Op. cit., página 227.

Además, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el artículo 116.3 del Código Penal parece contemplar a la persona jurídica como autora del delito, pero no como partícipe. Así, serían de aplicación los artículos 116.1<sup>188</sup> y 116.2 del Código Penal<sup>189</sup>.

De este modo, no parece que los artículos 28 y 29 del Código Penal<sup>190</sup> impidan mantener la consideración efectuada acerca de la cooperación necesaria y la complicidad de personas jurídicas en el delito.

### **6.15. Inimputabilidad de las personas jurídicas**

La personalidad jurídica es un requisito necesario para que la agrupación de personas con fines comunes pueda ser recriminada por la actuación de alguno de sus miembros según el artículo 31 bis del Código Penal. En el caso de que carezcan de responsabilidad jurídica, los hechos delictivos de idénticas agrupaciones se resolverán por la vía del artículo 129 del Código Penal. En cambio, la personalidad jurídica es requisito necesario, pero no suficiente para que una persona jurídica se constituya de manera lícita. Por eso, se plantea la posibilidad de exigir algo más para considerar a determinados entes delictivos sujetos de Derecho Penal de personas jurídicas.

Del defecto de organización de la empresa, entendido como organización defectuosa se extrae en un sentido estricto, que organización y personas que la integran no son lo mismo, lo que constituye un entramado normativo interno en la propia persona jurídica. Por ello, es necesario separar conceptualmente la acción de la persona física de la organización para que la persona jurídica sea responsable.

Para afirmar la inimputabilidad de la persona jurídica se toma como referencia el defecto de organización en base al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis y 130.2 del Código Penal.

---

<sup>188</sup> Art. 116.1 CP: “*Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.*”

<sup>189</sup> Art. 116.2 CP: “*Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.*”

<sup>190</sup> Art. 29 CP: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.*”

La doctrina mayoritaria<sup>191</sup> ha intentado resolver la relación directamente proporcional entre la cuantificación de la pena de multa con el tamaño de la persona jurídica para casos en los que el capital de la persona física del administrador y de la persona jurídica coincidan, evitando situaciones de *bis in idem*.

Así, la inimputabilidad corporativa se dirige a solventar dos problemas diferentes. Uno, el problema de *non bis in idem*, en los casos de sociedades pequeñas en los que exista un doble sujeto inmantenible<sup>192</sup>. Dos, en los casos de las sociedades pantalla, creadas para facilitar la comisión de hechos delictivos.

Por consiguiente, tres serían los supuestos de inimputabilidad empresarial. El primero el de las sociedades pantalla, con una actividad económica ficticia, cuyo fin es servir de escondite al sujeto individual autor del hecho delictivo. El segundo, el de las sociedades pequeñas. Y se suma el tercero, el de las empresas criminales, con un tráfico económico legal, pero que pertenecen al crimen organizado.

Las consecuencias jurídicas previstas para cada uno de estos supuestos no tienen por qué ser idénticas. En las sociedades pantalla lo más conveniente sería la disolución de estas. En el caso de las sociedades pequeñas lo más apropiado es la no imposición de sanción alguna. En el caso de las empresas criminales lo aconsejable sería la disolución, si el juez las asimila a sociedades pantalla, o la supervisión judicial, con el objetivo de depurar la organización y proteger los puestos de trabajo.

Ahora bien, la no imposición de penas de multa o la no modulación de estas obedece a los límites establecidos siguiendo criterios normativos. Así, la persona jurídica sería semi imputable o imputabilidad disminuida cuando se sitúe en una zona intermedia entre el límite mínimo, imposibilidad de pena, y el límite máximo, imposibilidad de modulación.

La inimputabilidad también puede observarse en la aplicación del artículo 130.2 del Código Penal. Si una persona jurídica es procesada y sancionada mantiene su responsabilidad penal desde el inicio de la investigación hasta la ejecución de la sentencia en los casos de transformación, fusión, absorción o escisión, incluso disolución encubierta o meramente permanente.

---

<sup>191</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Reppetor, Madrid, 1999, página 208; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, Valencia, 2010, página 592.

<sup>192</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1ª edición, Monografías iustel, Madrid, 2008, página 166.

De este modo, el criterio formal de personalidad jurídica no es lo único que debe importar en la formación de la responsabilidad penal, si el límite final de la misma no es la extinción de esta, sino el criterio material de identidad de la persona jurídica, la identidad sustancial de clientes, trabajadores y proveedores, etc. Por ello, será necesario que la persona jurídica no continúe su actividad económica ni mantenga la identidad sustancial de clientes, trabajadores y proveedores, etc. para que quede exonerada de responsabilidad penal.

Así, alejándonos del Derecho Penal tradicional, el nuevo sistema penal de personas jurídicas debe atender las necesidades político-criminales que ignora el Derecho penal de las personas físicas.

## **6.16. Personas jurídicas excluidas**

Tras la reforma de 2010 se añade el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal<sup>193</sup>, el cual establece las personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal. A continuación, se hará referencia de las razones o justificaciones de exclusión de cada una de ellas:

### *6.16.1. Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales y organismos reguladores*

La Ley Orgánica 6/1997, de 14 de abril, de Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), regulaba el Estado español y las Administraciones Públicas territoriales e institucionales. Ahora, derogada por la *Disposición derogatoria única. Derogación normativa* c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La doctrina mayoritaria<sup>194</sup> justifica la exclusión del Estado, las Administraciones Públicas y organismos públicos en base a razones de política criminal. Pues bien, si se impusiera una multa a alguna de estas instituciones públicas afectaría de forma negativa al correcto desempeño de las funciones que tienen atribuidas, las cuales son de relevancia

---

<sup>193</sup> Art. 31 bis 5 CP: “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

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

<sup>194</sup> BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, página 9; GIL GIL, Alicia y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, páginas 1073 y 1074; LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho Penal español. Parte General*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, página 265; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, página 402; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, tomo I, Comares, Granada 2010, página 399.

constitucional, o porque al estar sujetas a la ley no tendría sentido que se les pudiera culpabilizar por un defecto organizativo. Aunque, estas justificaciones no impiden que los Ayuntamientos, Consejos y Cabildos Insulares y Diputaciones Provinciales puedan disolverse si su gestión daña los intereses generales<sup>195</sup>. Así, se encuentran excluidas del sistema penal, pero no del *ius puniendi* administrativo.

#### *6.16.2. Los organismos reguladores y las Agencias Estatales*

Los organismos reguladores se encuentran descritos la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en las leyes específicas reguladoras de los mercados intervenidos donde existen estos organismos, entre ellos, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión Nacional del Sector Postal.

Las Agencias Estatales se encontraban expuestas en la Ley 28/2006 de 18 de junio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se establece un nuevo ordenamiento del sector público que supone la extinción de las Agencias Estatales. Así, la Ley 28/2006 queda derogada.

#### *6.16.3. Organizaciones Internacionales de Derecho Público*

Son aquellos que fueron excluidos expresamente de las Decisiones Marco y Directivas de la Unión Europea. Son ejemplos de organizaciones internacionales de Derecho Público: el Fondo Monetario Internacional, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Internacional de la Salud, los Tribunales Internacionales.

#### *6.16.4. Entidades públicas empresariales*

Se regulaban en el Capítulo III del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, pero tras quedar derogada pasan a regularse por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y regulación específica. Un ejemplo de ellas es la Fábrica de Moneda y Timbre.

#### *6.16.5. Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general*

La razón para excluir estas empresas del sistema penal se debe a la ejecución o embargo de bienes afectados al servicio público o sobre valores o títulos representativos,

---

<sup>195</sup> Art. 2 de la Directiva Marco 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

término similar al establecido en el artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>196</sup>.

ZUGALDÍA, por GONZÁLEZ SIERRA<sup>197</sup>, manifiesta que el motivo de exclusión de estos sujetos no es por razón de la persona “*no es por `ser` Correos o RTVE-*”, sino por razón de su objeto.

#### 6.16.6. Partidos políticos y sindicatos

Los partidos políticos son excluidos del sistema de responsabilidad penal, pero responden electoralmente ante sus electores y de sus infracciones en virtud de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, a través de la cual se imponen penas e incluso la suspensión judicial o la disolución de estos. Sin embargo, QUINTERO OLIVARES<sup>198</sup> no parece estar conforme con dicha exclusión porque entiende que “*no hay razonamiento objetivo que permita sostener que, siempre que se acoja la posibilidad de responsabilidad penal de persona jurídica, sea imposible la comisión de delitos por partidos políticos*”, y también hace una alusión a los sindicatos diciendo que “*nadie recuerda que se haya ni siquiera intentado exigir esa responsabilidad*”.

Ahora bien, la doctrina<sup>199</sup> expone que tal exclusión se debe por ser entidades del sistema político español que se encargan del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que deben tener una especial protección.

En cambio, hay quienes dicen que no debe aceptarse una inmunidad total y absoluta de partidos políticos y sindicatos, sino que hay que atender a un criterio material para distinguir cuando actúan cumpliendo funciones constitucionales y cuando no. Así, si actúan conforme a las funciones constitucionales que les han sido atribuidas son inmunes al *ius*

---

<sup>196</sup> Art. 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas: “*Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de la Administración General del Estado o sus organismos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 de la Ley General Presupuestaria, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y 106 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*”

<sup>197</sup> GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 306.

<sup>198</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2011, páginas 387-388.

<sup>199</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo en ORTIZ URBINA GIMENO, Iñigo (Coordinador). *Memento Experto Reforma Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, 2010, página 15.



*puniendi* del Estado<sup>200</sup>, de lo contrario serán sujetos de Derecho Penal y, en consecuencia, se les aplicaría el artículo 31 bis del Código Penal.

No obstante, es posible afirmar que no estamos ante una exclusión absoluta, pues se plantea una conexión entre el segundo párrafo del artículo 31 bis 5 del Código Penal con el primero. Así, los partidos políticos y sindicatos que hayan sido creados o modificados con la intención de eludir una responsabilidad penal se puede efectuar contra ellos una declaración judicial de responsabilidad penal. En este sentido, parece que se puede imponer a los partidos políticos y sindicatos algunas de las consecuencias penales recogidas en el artículo 33.7 del Código Penal, en los supuestos que sean organizaciones criminales o terroristas en relación con el artículo 570 quater 1 del Código Penal<sup>201</sup>.

### 6.17. Modelo de determinación de la pena

La reforma realizada sobre el sistema de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica por la LO 1/2015 centra su atención en mejorar un sistema de imputación de responsabilidad, pero parece olvidarse de resolver los problemas ocasionados a raíz del sistema de penas establecido por la LO 5/2010. Por lo tanto, se va a tratar de conocer el modo de determinar, aplicar y clasificar las penas, incluso de concretar su naturaleza.

El Código Penal recoge el elenco de penas aplicables a las personas jurídicas separadas de las propias de las personas físicas, artículo 33.7<sup>202</sup>. Esta separación se debe a los

---

<sup>200</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Coordinador), COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel (Coordinador), GÓMEZ PAVÓN, Pilar (Coordinadora), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (Coordinadora) y MARTÍNEZ GUERRA, Amparo (Coordinadora). *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, 2013, páginas 271-274.

<sup>201</sup> Art. 570 quater 1 CP: “*Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código.*”

<sup>202</sup> Art. 33.7 CP: “*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.*

modos de determinación e individualización de la pena. Los atenuantes y los agravantes relacionados con el injusto culpable, artículos 21<sup>203</sup> y 22 del Código Penal<sup>204</sup>, no les son aplicables a las personas jurídicas, excepto algunas atenuantes referidas a la fase postdelictiva, artículo 31 bis 4 del Código Penal. Además, en el artículo 66 del Código Penal<sup>205</sup> y en el

---

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

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

<sup>203</sup> Art. 21 CP: “Son circunstancias atenuantes:

- 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.
- 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.
- 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
- 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.
- 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.
- 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculcado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
- 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

<sup>204</sup> Art. 22 CP: “Son circunstancias agravantes:

- 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía.
- Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*
- 2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraces, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.
  - 3.ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.
  - 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.
  - 5.ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
  - 6.ª Obrar con abuso de confianza.
  - 7.ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.
  - 8.ª Ser reincidente.

*Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.*

*Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.”*

<sup>205</sup> Art. 66 CP: “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

artículo 66 bis del Código Penal<sup>206</sup> se observa dicha diferencia. El primero de ellos alude a la individualización judicial de la pena de la persona física, por el contrario, el segundo hace

---

1.<sup>a</sup> Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.<sup>a</sup> Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.<sup>a</sup> Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.<sup>a</sup> Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.<sup>a</sup> Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.<sup>a</sup> Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.<sup>a</sup> Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.<sup>a</sup> Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.”

<sup>206</sup> Art. 66 Bis CP: “En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> a 8.<sup>a</sup> del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

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

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

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

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

2.<sup>a</sup> Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

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

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

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

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

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

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

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

referencia a la individualización judicial de la persona jurídica. Esto es decisivo para la pena de multa mencionada en el artículo 33.7 a) del Código Penal.

SILVA SÁNCHEZ expone que *“el si de la imposición y el quantum de la extensión de las restantes penas aplicables a las personas jurídicas dependen más bien de circunstancias que nada tienen que ver con el hecho cometido: en concreto, de su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos (artículo 66 bis 1ª a) del Código Penal); así como de sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores (artículo 66 bis 1ª b) del Código Penal).”*<sup>207</sup> De esta manera, se muestra el carácter preventivo-especial de las penas. Algunos ejemplos son: suspensión de actividades, disolución, cierre de establecimientos, etc. Así, en relación con la necesidad preventivo-social, que se desprende del artículo 66 bis 1ª del Código Penal, y la imposición de la sanción, se deduce que las penas contenidas en los apartados b) a g) del artículo 33.7 del Código Penal, aplicables a las personas jurídicas, son medidas de seguridad y no penas.

Pues bien, las penas no pueden imponerse en ausencia de la necesidad preventivo, especial. No obstante, el artículo 66 bis 1ª del Código Penal admite que no pueden dejar de imponerse dichas penas aun cuando haya falta de peligrosidad. De este modo, lo dicho se encuentra justificado en el atenuante del artículo 31 bis 4 d) del Código Penal. Por lo demás, esta línea sirve de modo cualificado para la imposición de las penas aplicables a las personas jurídicas, mejor llamadas medidas de seguridad, que se establecen en el artículo 66 bis 2ª del Código Penal.

En cuanto a la pena aplicable a las personas jurídicas más habitual en la práctica es la contenida en el artículo 33.7 a) del Código Penal, la multa. Para su determinación debe tenerse en cuenta la gravedad del hecho y los antecedentes penales del delincuente (si los hubiera), conforme al artículo 66.1 6ª del Código Penal. Sin embargo, esto puede resultar contradictorio con el modelo de transferencia, ya que se acerca más al modelo de responsabilidad por hecho propio<sup>208</sup>.

La multa y el resto de las consecuencias tienen en común el mismo fin de prevención reactiva. Por ello, el legislador emplea igual denominación, pena. Sin embargo, este término puede dar lugar a confusión, siendo para algunos autores, como GOENA VIVES<sup>209</sup>,

---

<sup>207</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coordinadora) y otros, *Criminalidad de empresa y Compliance, Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, página 32.

<sup>208</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada. EDISOFER S.L. 2016, página 355.

<sup>209</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 133.

incorrecto. En efecto, las consecuencias jurídicas reguladas en el artículo 33.7 del Código Penal pueden ser concebidas como penas en el seno de un Derecho Penal de segunda velocidad o correctivos penales. La denominación correctivos revela la especial importancia de reestructuración que concede la multa.

Respecto a las consecuencias jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas, se habla de la existencia de dos modelos teóricos: el modelo de control externo económico (su base es la sanción pecuniaria), y el modelo de control interno o estructural (su base es la intervención directa en la estructura organizativa de la empresa). Así, a través de la pena de multa se sigue el primer modelo.

Por otra parte, se rechaza la función intimidadora de las penas aplicables a las personas jurídicas como consecuencia de que estas no experimentan sensaciones de placer o displacer, lo que no quiere decir que no se hable de una función de conducción. Pues bien, se pretende reforzar la tendencia hacia una auto-organización o autorregulación mediante una medida coactiva.

#### **6.18. ¿Sancionar es lo mismo que penar?**

El Código Penal distingue entre la multa, de imposición obligatoria en los supuestos del artículo 31 bis, y el resto de las sanciones, de imposición potestativa. En cualquier caso, las penas aplicables a las personas jurídicas que recoge el citado artículo 33.7 del Código Penal, tienen la consideración de graves.

Por un lado, el instrumento político-criminal principal es la multa, se encuentra regulada en el apartado a) del artículo 33.7 del Código Penal. La determinación legal de la pena de multa se prevé mediante dos sistemas: el sistema de días-multa y el sistema de multa proporcional. Ambos sistemas se contemplan en los artículos 50 y siguientes del Código Penal<sup>210</sup>, y son de común aplicabilidad tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas.

Por otro lado, las sanciones establecidas en los apartados b) a g) del artículo 33.7 del Código Penal tienen carácter potestativo y no se hace referencia a los mínimos de cumplimiento, a diferencia de lo que ocurre con la multa.

Establecidas tales diferencias, es preciso destacar lo más relevante de cada una de las penas aplicables a las personas jurídicas.

---

<sup>210</sup> Título III “*De las penas*”, Capítulo I “*De las penas, sus clases y efectos*”, Sección 4ª “*De la pena de multa*”

En primer lugar, la multa. A pesar de ser considerada como pena principal del derecho penal colectivo plantea problemas en relación con su cuantía, los posibles daños colaterales a trabajadores y acreedores, y la culpabilidad de la empresa. Respecto al primero de los problemas se sigue el *Economic model* para determinar la cuantía de la multa, para ello, se multiplica el daño social o ganancias derivadas del delito por un coeficiente que exprese la posibilidad de que el autor sea descubierto. NIETO MARTÍN<sup>211</sup> lo clarifica con un ejemplo: “*si la empresa A realiza un fraude fiscal y evade 500.000€, y el autor estima que la posibilidad de ser descubierto es de un 10%. Solo una multa superior a 5.000.000€ es preventivo generalmente eficaz.*” El segundo problema es el relativo a los daños colaterales, se parte de que la multa para que sea efectiva deberá ser sentida por los accionistas. Siguiendo la *equity fine* la multa pasaría de pagarse en dinero a descontarse una reducción del valor nominativo de una acción. Así, la emisión de nuevas acciones serían propiedad de un fondo estatal con el fin de resarcir a las víctimas del delito. El tercero, y último de los problemas, afronta cómo afecta la culpabilidad de la empresa en la multa. De este modo, de lo que se trata es de graduar la multa atendiendo a la culpabilidad como elemento modular de la responsabilidad colectiva.

En segundo lugar, las sanciones interdictivas. En el derecho penal económico individual una sanción interdictiva es la inhabilitación del autor individual que infringe una norma, tiene carácter preventivo general intimidatorio y un efecto inocuidador. Sin embargo, la inhabilitación en el derecho penal económico colectivo tiene otro sentido. Aquí, los efectos preventivos generales se desprenden de unos daños colaterales sufridos por trabajadores, acreedores, proveedores o la sociedad. Se entiende que la libertad de movimientos en el mercado queda restringida, para que así las empresas peligrosas dejen de participar en este. Además, hay que centrar la atención en dos grupos de sanciones interdictivas: donde se restringe a un sector de su actividad, pero el resto de esta continúa desarrollándose, y donde se veta que la entidad continúe desarrollando su actividad. En el Código Penal la sanción interdictiva se prevé en el artículo 262.1<sup>212</sup>, el juez impondrá la medida prohibitiva de contratar con las administraciones públicas.

---

<sup>211</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1ª edición, Monografías iustel, Madrid, 2008, página 281.

<sup>212</sup> Art. 262.1 CP: “*Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública ; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio ; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.*”

En tercer lugar, la publicidad. La doctrina norteamericana<sup>213</sup> descubre durante los años 70 la publicidad negativa como sanción alternativa a la pena de multa o prisión. Esta sanción era temida por los efectos negativos que podía tener en las ventas de la empresa, incluso atraer a nuevos socios o celebrar contratos.

En cuarto lugar, la reparación. Se enmarca en la responsabilidad civil derivada del delito impuesta a las personas jurídicas. De esta manera, se responde con todos los bienes presentes y futuros en los términos establecidos en el Código Civil. Es una forma de resarcir a la víctima del delito.

En quinto lugar, los trabajos en beneficio de la comunidad. Se establece como sanción independiente contra las personas jurídicas sin estar vinculada al régimen de prueba. Sin embargo, al ser costosa de ejecutar y supervisar, ningún ordenamiento contempla esta posible sanción. Asimismo, esta sanción trata de evitar los defectos de la multa e incrementa los efectos preventivos y retributivos de este modelo.

Finalmente, en sexto lugar, la disolución, cierre definitivo de la empresa y sus locales. La disolución es la sanción más radical de todas las vistas contra una persona jurídica. Por ello, se reserva organizaciones criminales o terroristas, siendo cuestionable su constitucionalidad en otros casos, ya que afecta a la libertad de empresas y al patrimonio. A diferencia de lo que ocurre con el cierre o clausura de los locales, pues obedece a fines preventivos especiales o innocuizadores. Además, esta puede ser temporal o definitiva, en función de la peligrosidad de la actividad.

## **6.19. Atenuantes**

### *6.19.1. Confesión*

La atenuante de confesión de las personas jurídicas es una institución inspirada en el Derecho continental y en el angloamericano. Se orienta a la autorregulación regulada, lo que significa que si aparece simultáneamente con el resto de las circunstancias del artículo 31 quater del Código Penal no sería necesario sancionar.

---

<sup>213</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1ª edición, Monografías iustel, Madrid, 2008, páginas 304-307.

La confesión se regula en el artículo 31 quater a) del Código Penal<sup>214</sup>. Su precedente se encuentra en el contenido del artículo 21. 4ª del Código Penal<sup>215</sup> y en la atenuación por *self-reporting* del Derecho angloamericano.

Por un lado, esta atenuante, se concibe como vía de colaboración con la Administración de Justicia, lo que supone facilitar la instrucción del delito, el esclarecimiento del hecho y el castigo de los culpables. En cambio, hay quienes entienden que la confesión intenta restablecer la paz social, ya que el sujeto infractor asume su responsabilidad<sup>216</sup>. A pesar de todo, la confesión como vía de colaboración puede ser adecuada en los casos de autoinculpación.

Por otro lado, se concibe como prueba en el proceso penal, en el derecho fundamental a no declararse culpable, sin perjuicio de que sea considerada como única prueba decisiva (artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>217</sup>). De este modo, además de como atenuante, la confesión puede servir como prueba incriminatoria a lo largo del proceso, siempre que se de antes de que la persona jurídica conozca que el procedimiento se dirige contra ella.

En cuanto a los problemas que la confesión presenta en la práctica son dos. Uno relativo a las cuestiones fondo y otro a las cuestiones de forma.

En primer lugar, las cuestiones fondo. Se trata de definir que se entiende por hechos propios, distinguir la atenuante de confesión de la atenuante de colaboración, determinar el momento en el que se dirige el procedimiento contra la persona jurídica y examinar si el derecho a no declararse culpable se puede aplicar a las empresas.

Los hechos propios excluyen los hechos ajenos, ya que la confesión de hechos ajenos ostenta la declaración de testigo. Así, los hechos propios son aquellos cometidos por personas físicas que hacen responsable a la empresa, para ello es necesario que la persona jurídica confiese mediante su representante legal.

---

<sup>214</sup> Art. 31 quater a) CP: “Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.”

<sup>215</sup> Art. 21. 4ª CP: “La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.”

<sup>216</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 277.

<sup>217</sup> Art. 406 LECRim: “La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.”



Los atenuantes de confesión y colaboración están relacionados, pero hay que distinguir ante qué clase de atenuante nos encontramos. GÓMEZ-JARA<sup>218</sup> admite que es posible que exista confesión sin colaboración cuando las pruebas aportadas no son lo suficientemente relevantes para el esclarecimiento de los hechos. En cambio, si se confiesa y se aportan pruebas nuevas se apreciarán las dos atenuantes. Y, si no se confiesa, pero se aportan pruebas nuevas, habrá colaboración.

Una persona jurídica conocerá que el procedimiento se dirige contra ella en el momento en que el recibe la notificación. Por lo tanto, deberá confesar antes de la notificación si quiere beneficiarse del artículo 31 quater a) del Código Penal, es decir, en cuanto tenga conocimiento del delito.

El derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, es aplicable a las personas jurídicas, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional<sup>219</sup> en los procedimientos administrativos. En consecuencia, deberán tener reconocidas las garantías procesales del artículo 24.2 de la Constitución Española<sup>220</sup>. Dichos derechos se atribuyen a las personas jurídicas imputadas.

En segundo lugar, las cuestiones de forma. Existen diversas cuestiones importantes en la práctica que no se han determinado en una disposición legislativa de manera clara. Por ello, es preciso analizar que autoridades son receptoras de la declaración, quién o quiénes deben confesar, los requisitos de la confesión y la aplicación analógica de la atenuante de la confesión.

Se entiende por autoridad competente o gubernativa aquella competente para perseguir un delito. Así, la confesión podrá presentarse ante el Ministerio Fiscal, la Policía Nacional, la autonómica, la local, la Guardia Civil o los funcionarios de aduanas. Además, pueden considerarse autoridades órganos administrativos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Los actos o actividades que atenúan la sanción de la persona jurídica han de realizarse después de la comisión del delito a través de sus representantes legales, conforme al artículo

---

<sup>218</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson-Reuteurs-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2012, página 196.

<sup>219</sup> SSTC 18/2005, de 1 de febrero de 2005 y 68/2006, de 13 de marzo de 2006.

<sup>220</sup> Art. 24.2 CE: “*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*”

31 quater del Código Penal. Por consiguiente, la confesión la ha de realizar la persona jurídica y no su representante legal. De esta manera, es importante que el representante legal no este imputado en el mismo procedimiento de la persona jurídica, para evitar conflicto de intereses.

Para otorgar de validez la confesión, se requiere que esta ha de hacerse en el momento temporal más próxima al delito, lo que dará mayor credibilidad. Por el contrario, cabría apreciar la confesión analógica en aquellos casos en los que el requisito temporal no se cumpla, siempre que el autor reconozca los hechos y colabore con la justicia.

#### 6.19.2. Colaboración

La atenuante de colaboración se regula en el artículo 31 quater b) del Código Penal<sup>221</sup>.

En ocasiones, la colaboración implica consecuencias desfavorables para la empresa. En este sentido, se admite la posibilidad de que la persona jurídica que colabore con la Justicia no quede sin sanción.

A raíz de su introducción en el Código Penal, como algo positivo, la colaboración se concibe como fundamento de la exención del artículo 31 bis 2 del Código Penal. Así, los *compliance programs* van más allá de la vigilancia para eximir de responsabilidad.

En cuanto a los problemas que plantea esta atenuante se dividen en dos grupos. Por un lado, cuestiones de técnica legislativa, y, por otro lado, cuestiones de derechos fundamentales.

En primer lugar, cuestiones de técnica legislativa. Se admite que la colaboración puede ser obligatoria (a solicitud de las autoridades) o voluntaria (a iniciativa propia). Ahora bien, esto no quiere decir que exista un deber por parte de la persona jurídica de cumplir con la obligación de colaborar. Si de un deber se tratara no se rebajaría la sanción por colaborar, sino que se le sancionaría por no hacerlo.

De acuerdo con la redacción del artículo 31 quater del Código Penal<sup>222</sup>, la atenuación tiene carácter facultativo. Esto significa que pese a haber colaborado mediante pruebas nuevas y relevantes, los jueces o tribunales pueden no atenuar. De este modo, si dichos magistrados optaran por no atenuar deberán motivarlo en la sentencia.

---

<sup>221</sup> Art. 31 quater b) CP: “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.”

<sup>222</sup> Art. 31 quater CP: “solo podrán considerarse circunstancias atenuantes...”

Por otra parte, hay que hacer referencia a otras figuras precedentes del artículo 31 quater b). Se trata de los artículos 305 (delitos de defraudación tributaria) y 376 (delitos de tráfico de drogas) del Código Penal, en los que se prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, surge la duda de cuál ha de ser el precepto aplicable a la persona jurídica. Pues bien, esta cuestión se resuelve interpretando que estaremos ante un concurso de normas cuando concurren los artículos 31 quater b) y 305 o 376 del Código Penal.

En segundo lugar, cuestiones de derechos fundamentales. Presenta problemas la garantía de algunos derechos como la salvaguarda de la confidencialidad abogado-cliente, el límite de las investigaciones internas, el abono de los gastos de defensa de los empleados y el derecho de la persona jurídica a no declarar contra sí misma.

En materia de confidencialidad abogado-cliente, se dispone que el deber de confidencialidad está ausente en los casos en los que el abogado pertenezca a la empresa. Así, se presume que el abogado de la empresa no tiene la independencia que sí tendría un abogado de un bufete externo, quedando sometidos a las estrategias y políticas propias de la empresa. Por lo que, se distingue entre el abogado interno y el abogado externo, dos modalidades diferentes, pero que no justifican que en el primero de los casos se niegue el secreto profesional. De este modo, al ser una cuestión de fondo, el foco de atención está en la relación abogado-cliente, y no tanto en el tipo de relación contractual. En este sentido, hay que atender a la naturaleza de su actuación, siendo todas las comunicaciones y documentos confidenciales como defensa de la persona jurídica en el asunto concreto.

En relación con las investigaciones internas, aparece un cierto antagonismo entre el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores<sup>223</sup> y los artículos 36 de la Constitución Española<sup>224</sup> y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>225</sup>. En el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores se contemplan un elenco de pautas para el registro, mientras que en los artículos

---

<sup>223</sup> Art. 18 ET: “Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.”

<sup>224</sup> Art. 36 CE: “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.”

<sup>225</sup> Art. 20.3 ET: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”

36 de la Constitución Española y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores otorgan al empresario algunas facultades denominadas de policía privada<sup>226</sup>.

Finalmente, lo relativo al abono de los gastos de defensa a los empleados y el derecho de la persona jurídica a no declarar contra sí misma. El artículo 786 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>227</sup> admite a las personas jurídicas el derecho a no declarar contra sí mismas. Así, si la empresa renuncia a este derecho será necesario que aporte pruebas que la autoinculpen.

### 6.19.3. Reparación

La atenuante de reparación estaba prevista en el artículo 21. 5ª del Código Penal<sup>228</sup>. Ahora se regula en el artículo 31 quater c) del Código Penal<sup>229</sup>.

La reparación se concibe más allá del resarcimiento pecuniario, como medida de Justicia restaurativa, por lo que no se agota con la compensación de las víctimas del delito. La Justicia restaurativa justifica la regulación de la reparación en el Código Penal. Además, esta atenuante se configura como un medio para alcanzar los fines penales preventivos.

En relación con los problemas que la atenuante de reparación genera son dos. Uno relativo a las cuestiones de fondo, y otro a las cuestiones de forma.

En primer lugar, cuestiones de fondo. El estudio se centra sobre una serie de aspectos que veremos a continuación, entre ellos, el concepto de reparación en los delitos por los que se hace responsable a la persona jurídica, la distinción entre reparación penal y el resarcimiento de la responsabilidad civil, la función de la víctima en relación con la reparación y la posibilidad de apreciar la atenuante como muy cualificada.

En cuanto al primer aspecto, la reparación en los delitos por los que se puede hacer responsable a la persona jurídica, la atenuante de reparación alude al daño sin matizar qué tipos de daños pueden ser reparados, ya sean los daños contra el patrimonio o los daños

---

<sup>226</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, página 308.

<sup>227</sup> Art. 786 bis 1 LECRim: “Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.”

<sup>228</sup> Art. 21. 5ª CP: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”

<sup>229</sup> Art. 31 quater c) CP: “Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.”

morales. Pues bien, en el catálogo de delitos los delitos por los que una persona jurídica puede ser responsable se recogen infracciones patrimoniales y no patrimoniales, por lo que sería necesario determinar la cuestión planteada. En consecuencia, las resoluciones judiciales deben de ser muy cautelosas con el caso concreto analizado.

Respecto a la reparación penal y el resarcimiento de la responsabilidad civil, el Derecho Penal y el Derecho Civil no comparten el mismo concepto de daño. En el ámbito penal, el daño tiene trascendencia social, además, a parte de la satisfacción de la responsabilidad civil, atiende a las necesidades preventivas originadas de la gravedad del delito y del alcance del bien jurídico lesionado. En el ámbito civil, cuando existe un sujeto individual perjudicado nace la responsabilidad de reparar, ya sea por daños materiales o morales. Así, lo determinante de esta reparación será el perjuicio causado y no la gravedad del hecho o las necesidades preventivas, pues su finalidad es compensar el daño.

Relativo al papel que juega la víctima en los delitos por los que se castiga a las personas jurídicas, surge una cuestión a raíz de la redacción legal de los siguientes preceptos. El artículo 21. 5ª del Código Penal atenúa la pena cuando el culpable repare el daño ocasionado a la víctima, mientras que el artículo 31 quater c) del Código Penal hace referencia al daño causado por el delito. Entonces, se plantea si el artículo 31 quater c) del Código Penal se aleja de la perspectiva victimológica a la que se encuentra orientada el Derecho Penal contemporáneo, pero si atendemos a la reparación efectuada por las empresas no parece que la respuesta sea positiva<sup>230</sup>.

Finalmente, en cuando a la aplicación de la atenuante como muy cualificada es posible si se entiende que las atenuantes del artículo 31 quater del Código Penal operan de la misma forma que las atenuantes del artículo 21 del Código Penal. Cuando concurra la circunstancia de reparación del daño, el artículo 66 bis del Código Penal establece la forma en la que se ha realizar. Además, más allá del resarcimiento económico, el Tribunal Supremo manifiesta la atenuante de reparación como muy cualificada en la STS 50/2008, de 29 de enero de 2008: *“el acusado no se limitó a entregar una cantidad de dinero por el total de la indemnización, sino que llegó antes a un acuerdo con el lesionado al que incorporó una expresa petición de perdón, lo que, no pudiendo tacharse de una actitud meramente formal o insincera, que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustrato real alguno, sin duda refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico, que supera la mera reparación económica y que debe ser tenida en cuenta.”*

---

<sup>230</sup> GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017, páginas 322-323.

En segundo lugar, cuestiones de forma. Aquí se analizan los modos de reparar el daño y los requisitos de la atenuante de reparación.

Los modos de reparar el daño han de estar al alcance de todos, es decir, el principio de igualdad tiene que estar presente. De este modo, la reparación no debe tener en cuenta el pago de una determinada suma de dinero, ya que se estaría favoreciendo a las personas que más recursos económicos tienen. Sin embargo, en el ámbito de las personas jurídicas el legislador no ha distinguido entre grandes, medianas o pequeñas empresas, siendo estas últimas las que presentan más desventajas con respecto a las primeras para hacer frente a la reparación del daño. Por otro lado, la mediación destaca como forma para reparar el daño.

En cuanto a los requisitos de la atenuante de reparación se exige una serie de conductas externas que muestren que la persona jurídica está dispuesta a disminuir el daño ocasionado a la víctima o a la sociedad. Además, es necesario que la persona jurídica repare el daño antes de que se inicie el juicio oral, por el contrario, no podrá apreciarse la circunstancia atenuante de reparación.

## **6.20. Eximentes**

Los números 2, 3, 4 y 5 del artículo 31 bis del Código Penal establecen la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos en los que hubiera adoptado un modelo de prevención de delitos. En efecto, lo determinante para la eximente va a ser que la persona jurídica implante y mantenga eficazmente un modelo de prevención de delitos adecuado que evite la comisión del delito. Así, *“el modelo compensaría el juicio de desvalor relativo al estado de cosas de favorecimiento de la eventual comisión de delitos por parte de personas físicas integradas en la persona jurídica; o, al menos, el juicio de desvalor relativo a un estado de cosas que hace improbable tanto impedir como reducir razonablemente dicha comisión de delitos por personas físicas.”*<sup>231</sup>

El riesgo jurídicamente desaprobado constituiría *prima facie* un estado de cosas antijurídico de favorecimiento objetivo. Por consiguiente, el inicio de la ejecución del hecho delictivo por la persona jurídica constituiría el resultado punible. La adopción y el mantenimiento de medidas adecuadas compensarían razonablemente el estado de cosas de favorecimiento. En otras palabras, el modelo de prevención adecuado sustituiría el estado de

---

<sup>231</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María en RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018, páginas 238-239.

organización defectuosa por una organización más correcta. De este modo, el estado de riesgo de la empresa constituiría un estado de riesgo no desaprobado jurídicamente.

El modelo de prevención adoptado, ejecutado, mantenido y revisado adecuadamente hará que la persona jurídica esgrima la eximente del modelo de prevención de delitos, a pesar de la realización típica y antijurídica por parte de la persona física obrante en el seno de la empresa. Todo esto conduce a que sea necesario conocer las razones materiales para que sea posible eximir de responsabilidad a la persona jurídica.

La condición de la permisón del riesgo de la empresa es la efectiva introducción del modelo de prevención adecuada en la dinámica de grupo del colectivo incorporado en la persona jurídica. En este sentido, habría que hablar de una *“eximente relacionada con la exclusión del desvalor objetivo del estado de cosas favorecedor de delitos por parte de la persona jurídica.”*<sup>232</sup>

Por otro lado, hay que determinar el fundamento material de la eximente. La ejecución eficaz de la estructura del modelo de prevención adecuado y la efectiva operatividad de sus instituciones, procedimientos y normas, que son cosas distintas. La primera se entiende en términos formales, y la segunda se refiere a una interacción efectiva en la empresa característica del sistema de *compliance*.

Así, la eximente podría asociarse a tres situaciones diferentes, pero todas ellas relacionadas entre sí. En primer lugar, que el modelo de prevención *ex ante* adoptado sea adecuado, pero la ejecución eficaz no haya finalizado. En segundo lugar, que la ejecución del modelo de prevención adecuado haya finalizado, pero no haya disminuido la organización defectuosa del negocio empresarial. Situación conocida como *compliance* en lucha. En último lugar, que la adopción y ejecución eficaz del modelo de prevención adecuado haya finalizado y conseguido disminuir la organización defectuosa del negocio empresarial de forma relevante.

## **7. ASPECTOS PROCESALES MÁS RELEVANTES FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Hasta la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, no era posible imputar procesalmente a una persona jurídica sin vulnerar sus derechos fundamentales y procesales. Las modificaciones llevadas a cabo por esta reforma legislativa supusieron adaptar el procedimiento penal a la persona jurídica:

---

<sup>232</sup> Op. cit., página 245.

## 7.1. Competencias de los Tribunales y tipo de procedimiento

Se introduce el artículo 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>233</sup>, el cual establece la distribución de asuntos en la planta judicial atendiendo a criterios legales. En primer lugar, se determina el partido judicial, y, en segundo lugar, la competencia objetiva basada en la gravedad del delito.

En relación con el procedimiento a seguir, se rigen las reglas generales del procedimiento ordinario (enjuiciamiento de delitos castigados con una pena privativa de libertad superior a 9 años) y del procedimiento abreviado (enjuiciamiento de delitos castigados con una pena privativa de libertad inferior a 9 años).

## 7.2. Intervención de las personas jurídicas en el proceso

La intervención en el procedimiento de la persona jurídica y la designación de la persona física que debe representarla, son dos de los problemas que aparecen como consecuencia de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Si una persona jurídica está implicada en un procedimiento penal, con ella lo estará directa o indirectamente la persona física que la represente. En consecuencia, el legislador ha arbitrado un estatuto de representación de la persona jurídica distinto al que ha elaborado para su representante legal, ya que este último puede ser llamado como imputado en el mismo proceso. El legislador lo ha considerado conveniente para garantizar el derecho de defensa de ambos.

El artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>234</sup> establece que una vez se haya citado a la persona jurídica imputada en su domicilio social, esta deberá designar abogado, procurador y representante.

En cuanto al representante procesal, el estatuto procesal de la persona jurídica no recoge las cualidades que debe reunir. Si vamos al artículo 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>235</sup>, expone que la declaración del representante especialmente designado conduce al

---

<sup>233</sup> Art. 14 bis LECRim: “Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica.”

<sup>234</sup> Art. 119 LECRim: “a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.”

<sup>235</sup> Art. 409 LECRim: “Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación



esclarecimiento de los hechos y a la participación en ellos de la persona jurídica imputada y demás personas que hubieran podido intervenir. Por ello, la vinculación del representante en el proceso con la entidad imputada sería un presupuesto legal de designación.

Por otra parte, no cabe duda de que la elección del representante designado es un acto del derecho de defensa de las personas físicas que componen la persona jurídica y no de esta última. Ahora bien, la ley procesal establece como limitación a este derecho de defensa que no se podrá designar como representante a la persona que tenga la condición de testigo en el mismo proceso. Para evitar tal posible circunstancia lo adecuado sería designar a alguien que se encontrase fuera del seno de la entidad.

Respecto al representante legal, no supone ningún problema, ya que lo más probable es que este sea imputado, y no testigo, al responder la corporación criminalmente por un delito cometido por este o por otro representante dependiente.

### **7.3. Derecho de defensa de las personas jurídicas. Conformidad no litisconsorcial**

La persona jurídica tiene, junto a su derecho de defensa, derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

Además, de la defensa de la persona jurídica existe la posibilidad de prestar su conformidad con la pena como forma de finalizar el proceso penal. PÉREZ ARIAS, adopta la definición dada de conformidad por GIMENO SENDRA como: *“un acto unilateral de postulación de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.”*<sup>236</sup>

La conformidad aparece regulada en el artículo 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>237</sup>, deberá prestarla su representante con poder especial.

---

*de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.*

*No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.”*

<sup>236</sup> PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal, Dykinson, S.L, página 210.

<sup>237</sup> Art. 787.8 LECRim: *“Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los*

Se denomina conformidad no litisconsorcial a aquellos casos en los que uno de los acusados presente su conformidad en contra del resto de acusados. La declaración de conformidad es una declaración de voluntad. Así, el procedimiento continuara para el resto de los acusados si están acusados por delitos distintos de los que se ha conformado el primer acusado. En cambio, si todos ellos son acusados por los mismos hechos y unos se conforman y otros no la situación se complica<sup>238</sup>.

#### 7.4. Rebeldía de la persona jurídica

Tal y como señala el artículo 839 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>239</sup>, primero se ha de intentar la citación para que la persona jurídica comparezca. Si la citación no se ha podido realizar por desconocimiento del domicilio social, se llamará a la persona jurídica mediante una requisitoria. Fracasados todos estos intentos para la comparecencia de la persona jurídica, esta será declarada en situación de rebeldía y se continuarán los trámites procesales hasta su conclusión.

### 8. CONCLUSIONES

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introduce un novedoso cambio legislativo, la implantación legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que supone que se derogue uno de los principios sustanciales del Derecho penal tradicional, el principio romano *societas non delinquere non potest*, el cual excluía la posibilidad de que las personas jurídicas pudiesen ser objeto de sanción penal. Así, dicho principio queda sustituido por el nuevo *societas delinquere et puniri potest*. En cambio, el proceso de superación del principio *societas delinquere non potest* será lento, siendo necesarias varias reformas legales.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas surge para luchar contra la corrupción y la criminalidad económica organizada, tal y como se deduce de la exposición

---

*requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.”*

<sup>238</sup> PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal, Dykinson, S.L, páginas 212-214.

<sup>239</sup> Art. 839 bis LECRim: “1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.

2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa.

3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.”

de motivos de la LO 5/2010. No obstante, esta responsabilidad ya fue indicada en la LO 8/1983 del Código Penal de 1944.

Según ha manifestado el legislador de 2010, se entiende que una persona jurídica es un sujeto activo con personalidad jurídica. Ahora bien, si vamos al artículo 31 bis del Código Penal se alude a que las personas jurídicas serán aquellas privadas de Derecho Civil, de Derecho Mercantil y algunas personas jurídico-públicas con personalidad jurídica.

De esta manera, una vez identificada la persona jurídica para que se le pueda imputar un delito será preciso que concurren una serie de requisitos. En primer lugar, debe encontrarse reconocida por el Derecho positivo, es decir, que tenga atribuidos derechos y deberes. En segundo lugar, que la conducta adoptada afecte al bien jurídico amparado por un precepto legal. Y, por último, que cuenten con la capacidad necesaria para hacer frente a la pena de multa.

Por otra parte, el artículo 129 del Código Penal dispone que existen entes colectivos carentes de personalidad jurídica, refiriéndose a aquellas empresas, sociedades, asociaciones u organizaciones que no van a responder penalmente conforme al artículo 31 bis del Código Penal, sino que van a ser criminalizadas por su peligrosidad y no por su culpabilidad. En otras palabras, se trata de entes sin personalidad jurídica que tienen capacidad para delinquir.

En cuanto al sistema de la teoría del delito, se puede observar como ha ido evolucionando debido al impacto cultural de la sociedad y por el surgimiento de nuevos sistemas generales de pensamiento de penalistas académicos. Es a partir de finales del siglo XX cuando la teoría clásica del delito deja de ser naturalista para pasar a ser normativista, las nociones empíricas, como la causalidad, el dominio y la intención, propias de esta teoría comienzan a progresar. De este modo, el Derecho penal va a intervenir en la actividad económica, dando lugar al Derecho penal económico-empresarial, un sector que se irá consolidando para abordar los nuevos fenómenos sociales delictivos, originados la gran mayoría por la crisis financiera internacional. Así, simultáneamente surge la necesidad político-criminal de imponer consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas.

Respecto a los modelos teóricos de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, desde un punto de vista político-criminal, anteriormente se distinguía entre modelos de responsabilidad directa y modelos de responsabilidad subsidiaria. Ahora, se procede a distinguir en función de que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se origine por una simple transferencia como causa de la responsabilidad ocasionada por la conducta

delictiva de una persona física en el marco de su organización empresarial, o por la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica en aquellos casos en los que a la persona física no se la identifica como autora del delito.

Ahora bien, el artículo 31 bis 1 del Código Penal nos informa que el legislador ha optado por seguir el modelo de responsabilidad por atribución o por transferencia. Así, se va a hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos cometidos por las personas físicas en el ejercicio de representantes legales, administradores de hecho o administradores de derecho y los sujetos subordinados de estos. No obstante, este modelo coincide parcialmente con el modelo de responsabilidad de hecho propio, ya que existe la posibilidad de imponer una sanción penal a la persona jurídica aunque no se haya individualizado a la persona física que realizó el delito, no se haya logrado dirigir un procedimiento contra ella, haya fallecido o carezca de culpabilidad, tal y como se desprende del artículo 31 bis 3 del Código Penal. En cambio, la presencia de atenuantes en los términos expuestos en el artículo 31 bis 4 del Código Penal parece que no existe ninguna relación con el modelo de transferencia, al ser actos de auto-organización de la persona jurídica.

Un caso distinto sería aquel supuesto de fusión, escisión, transformación o absorción que pueda sufrir una persona jurídica tras la comisión de un hecho delictivo por las personas físicas en virtud del artículo 130. 2 del Código Penal. En estos supuestos la responsabilidad se trasladaría de una primera persona jurídica (a la que se transfiere la responsabilidad de la persona física) a una segunda persona jurídica (la resultante de los procesos de fusión, escisión, transformación o absorción).

Por otra parte, para observar la criminalidad de la empresa es necesario poner la atención en los principios de imputación de esta: principio de competencia, la delegación y la especialización, y los principios de desconfianza (vigilancia y control) y confianza.

El principio de competencia es el punto de partida en el ámbito empresarial, de el se derivan una serie de deberes que han de ser cumplidos por los sujetos que actúan en el marco empresarial. Desde el plano vertical, según se vaya subiendo en la escala jerárquica de la empresa va a ir aumentando la responsabilidad de los sujetos que asuman tales competencias. Desde el plano horizontal, lo que compete al sujeto garante no le compete a otro sujeto que no esté ocupando esta situación, por lo que aun teniendo conocimiento del delito que ha cometido otro no se le va a atribuir responsabilidad, sin perjuicio de adoptar las medidas oportunas para que la organización quede exenta de riesgos.

La delegación de competencias y la especialización son propios de organizaciones complejas. La delegación en relación con el principio de desconfianza significa que el delegante tiene el deber de controlar y vigilar al delegado. En cambio, en la especialización el garante primario confía en que se siga un correcto desarrollo de la actividad asignada por el garante especializado, por lo que se podría abstener de los deberes de control y vigilancia, salvo si el primer sujeto avisa que el segundo está actuando de forma delictiva y no se erradica dicha situación, podría ser responsable penalmente.

En la teoría de la imputación objetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa, la tipicidad de aquellos delitos descritos en el Código Penal cometidos por personas jurídicas se determina por el comportamiento de las personas físicas, ya que las personas jurídicas son entes artificiales que no existen físicamente. El hecho objetivamente típico por personas físicas se concibe como un hecho de empresa externo con independencia de que provenga de un defecto organizativo o no, el cual se va a atribuir a la organización.

En la teoría de la imputación subjetiva se establecen aquellos delitos que constituyen el Derecho penal económico y los requisitos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aquí prevalece el principio de culpabilidad y, sobre todo, el principio de dolo o imprudencia, que recoge el artículo 5 del Código Penal. No obstante, la tipicidad subjetiva parece suscitar alguna duda en virtud del artículo 31 bis del Código Penal, ya que la mayoría de los delitos económicos son tipos que se castigan en su categoría dolosa, como el delito de blanqueo o el delito contra el medio ambiente, ya sea dolo directo o dolo eventual, como el delito de estafa o el delito contra la propiedad industrial. Además, en estos casos va a ser necesario que exista ánimo de lucro o incluso ánimo defraudatorio propio del delito contra la Hacienda Pública.

Ahora bien, antes de la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas se desarrollaba de forma confusa en los artículos 31 y 129. Así es que, la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un segundo apartado en el artículo 31 del Código Penal, el cual quedaría suprimido en el año 2010. Pues bien, el artículo 31.2 del Código Penal no se refería a las personas jurídicas como responsables penalmente. Este precepto se entendía como una mera atribución de responsabilidad patrimonial a una persona jurídica por el hecho cometido por otro, por lo que no regulaba una pena *stricto sensu*. La redacción del artículo 129 del Código Penal recogía una serie de consecuencias accesorias, consideradas como una tercera consecuencia jurídica,

como la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, la disolución de la sociedad, asociación o fundación, etc.

Es a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando se introduce verdaderamente un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, antes hubo dos proyectos de reforma, de 2007 y de 2009, y un anteproyecto de 2008.

El proyecto de reforma de 2009 es aprobado como LO 5/2010 de reforma del Código Penal, en el se instaura por primera vez un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actuación de los directivos en beneficio de la persona jurídica y en la carencia del adecuado control a los subordinados. Por otra parte, conserva las penas reguladas en el artículo 33.7 del anteproyecto de 2008. Así, las diferencias y novedades con el proyecto de 2007 y anteproyecto de 2008 van a ser las modificaciones introducidas a las circunstancias atenuantes del artículo 31 bis 4 del Código Penal y la modulación de la sanción recogida en el artículo 66 bis del Código Penal.

La siguiente reforma legal operada fue la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. Esta reforma va a suponer la expansión y la evitación de la responsabilidad penal como aspectos novedosos. El artículo 31 bis se extiende hasta introducir el artículo 31 quinquis del Código Penal, lo que supone añadir nuevos sujetos a los que puede afectar el régimen, entre ellos, dirigentes y subordinados. Será preciso distinguir entre ambos sujetos para no quebrantar el principio de legalidad *non bis in idem*, ya que podría concebirse que la entidad responde de la infracción que surge del delito y del incumplimiento de deber preventivo que marca su responsabilidad. En cualquier caso, debemos tener presente el modelo por atribución de la responsabilidad por los hechos realizados a los que alude el artículo 31 bis 1 del Código Penal. Además, va a ser posible aplicar las sanciones contempladas en el artículo 33.7 del Código Penal a sociedades mercantiles estatales que realicen políticas públicas u ofrezcan servicios de interés económico general. Por otro lado, para disminuir la responsabilidad será necesario la implantación de los *compliance programs* o mecanismos de prevención.

Otro aspecto novedoso de la LO 1/2015 se encuentra en el artículo 31 ter 1 del Código Penal, el cual permite exigir responsabilidad a la persona jurídica incluso en aquellos casos en los que no se pueda mostrar la culpabilidad de las personas físicas. De modo que, la carencia de culpabilidad de los individuos puede tener un efecto en la culpabilidad de la entidad. Así, se entiende la culpabilidad de la persona jurídica como defecto de organización.

además, el artículo 31 quater del Código Penal contiene un *numerus clausus* de circunstancias atenuantes.

Recientemente, la última reforma operada en esta materia ha sido la LO 1/2019, de 20 de febrero de 2019, de reforma del Código Penal. Con ella se amplía el *numerus clausus* de delitos atribuibles a las personas jurídicas y simultáneamente se agravan las penas aplicables. De lo que se traduce en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue aumentando.

En relación con lo expuesto, se han tratado de abordar diversos problemas que afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El deber de vigilancia es aquel deber que deriva de la relación de dependencia entre el órgano de administración y los subordinados de este, donde el empresario es el garante dentro de la empresa. Esta afirmación se deduce de la omisión del “debido control” de los superiores jerárquicos sobre sus subordinados según el artículo 31 bis del Código Penal. En cuanto a la posición de garantía en la que se hallan los administradores está orientada a la protección y control de la empresa. Asimismo, el superior jerárquico tiene un deber de selección del subordinado, el primero debe obtener información sobre las personas candidatas *ex ante* adecuadas a desempeñar el cargo específico. Sin embargo, el incumplimiento del deber de vigilancia no es punible en sí mismo, sino que se requiere la ejecución o consumación de un delito por el sujeto vigilado. Además, es posible la delegación de la vigilancia, el delegado de vigilancia tiene el deber de obtener conocimiento y de transmitir la información necesaria sobre una conducta defectuosa al superior jerárquico.

En relación con el deber de vigilancia está el *compliance*. Significa autovigilancia, el *compliance* tiene como objetivo la protección de los bienes jurídicos. Así, mediante la adopción de programas de cumplimiento y medidas positivas de formación se intenta prevenir conductas delictivas. De esta manera, el órgano de administración puede sufrir una sanción por la comisión del hecho delictivo si previamente ha pasado por alto la implantación de un *compliance program*. Por ello, resulta difícil negar el cumplimiento del debido control si existe un *compliance program*. Ahora bien, puede darse el caso de que una persona jurídica ejerza el debido control sin que exista un *compliance program*. Lo cierto es que la implantación de un *compliance program* va a excluir la responsabilidad para los miembros del órgano de administración de la persona jurídica, salvo que estos incumplan con la obligación de gestionar adecuadamente el *compliance program*. Desde una perspectiva preventiva *ex ante*, el legislador es consciente de la creación de *compliance programs* perfectos, por lo que si no son

controlados ni aplicados efectivamente en la entidad de una forma *ex post* carecerán del efecto preventivo. Además, aquí, al igual que en el deber de vigilancia cabe hablar de delegación de vigilancia. En este caso un *compliance officer* es un delegado de vigilancia, quien se va a encargar de la gestión de un *compliance program* acertado.

Por otra parte, existen unos instrumentos que recogen normas de comportamiento con la finalidad de que instituciones públicas y privadas logren funcionar de forma idónea. Estos instrumentos se denominan códigos de conducta, reúnen derechos humanos, laborales y medioambientales relacionados con el negocio empresarial. Inicialmente, fueron creados como compromisos de comportamiento de orientación al futuro de la empresa. Ahora, se configuran como instrumentos cuasi-legislativos. Sin embargo, las empresas no están obligadas a la adopción de códigos de conducta o códigos éticos. En términos generales, son las empresas privadas las que adoptan dichos instrumentos voluntariamente. En consecuencia, su exigencia o incumplimiento queda exenta de sanción, ya que el “castigo” va a suponer un reproche social, el cual provocaría una pérdida económica importante.

En cuanto a los modelos de prevención de delitos, además del *compliance program*, existen otras figuras similares, como los *business ethics*, los *integrity codes*, la *corporate social responsibility*, los *value management* o el *corporate governance*. En cualquier caso, todos persiguen el mismo objetivo, la prevención o detención de conductas delictivas en el ámbito empresarial. Además, atendiendo al momento de implantación de estos modelos de prevención de delitos, pueden tener un efecto eximente o atenuante. Si es antes de la comisión del delito el efecto será la exención de la sanción, pero si es después el efecto será atenuante.

Respecto a los derechos de los trabajadores y deberes del empresario, el empresario en el seno jurídico-laboral de la empresa tiene que evitar que se produzcan conductas ilícitas penalmente e identificar ante qué tipos de delitos se enfrenta. De este modo, de lo que se trata es de esquivar la responsabilidad penal individual de los empresarios, de la persona jurídica y la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito. Para ello, será necesario que el empresario adopte una serie de medidas de control y vigilancia sobre los trabajadores, lo cual supone el problema de la posible vulneración de algunos de los derechos fundamentales que estos poseen como ciudadanos, como el derecho a la intimidad, por lo que estaríamos ante una colisión de deberes del empresario. De esta manera, hay que atender al caso específico para analizar los deberes y bienes que entren en colisión y solventar el conflicto originado conforme al juicio de proporcionalidad. Por lo tanto, se establecen una serie de límites al control de los medios de producción por parte del empresario, al uso de



investigadores privados para descubrir o prevenir delitos siempre que exista una sospecha fundada y a la intromisión en la esfera íntima de los trabajadores mediante la realización de preguntas sobre cuestiones de carácter personal sobre su ideología y su vida sexual.

El pilar fundamental del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra en el artículo 31 bis del Código Penal, sin perjuicio de resaltar el contenido de otros preceptos legales que precisan los límites de este sistema, como son los artículos 33.7, 66 bis y 50, 51, 52 y 130.2 del Código Penal. Hay que recordar que la responsabilidad penal en relación con los delitos atribuibles a las personas jurídicas es *numerus clausus*. El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en el artículo 31 bis atribuye responsabilidad cuando se compruebe la materialización de un riesgo delictivo no controlado ni disminuido en el delito realizado por las personas físicas integrantes o colaboradoras de la entidad.

El momento de la consumación material es el perjuicio, cuyo resultado material es el propio de los delitos patrimoniales. El perjuicio se define como menoscabo del patrimonio de la víctima como poder jurídicamente reconocido. Lo particular de los delitos contra el patrimonio es la reversibilidad del perjuicio, es decir, la posibilidad que tiene el autor de reparar el perjuicio sufrido por la víctima. No obstante, hay que distinguir entre reparación y desistimiento. La reparación es la disminución o eliminación del daño ocasionado por el delito, mientras que el desistimiento es la revocación del injusto o la mera eliminación del resultado.

La legítima defensa en el Derecho penal económico parece que es algo inconcebible. En cambio, va a ser posible que una persona física actúe en legítima defensa a favor de una persona jurídica frente a agresiones internas o externas. Además, en el planteamiento de si es posible ejercer la legítima defensa contra la persona jurídica cuando la agresión proceda de un órgano propio o un representante de la persona jurídica, se deduce que a la persona jurídica se le va a atribuir cierta responsabilidad si consiente que sus miembros realicen delitos constitutivos de agresiones ilegítimas, pero habría que remitirse al estado de necesidad para que el agredido actuase en legítima defensa contra ella. En consecuencia, el patrimonio es un bien jurídico defendible, por lo que es susceptible de ser protegido en legítima defensa en virtud del artículo 20.4 del Código Penal.

En cuanto al consentimiento, si un sujeto con capacidad consiente el menoscabo de un bien jurídico protegido habrá que trasladarse a la Parte Especial del Derecho penal de los delitos económicos por considerarse característico de los bienes colectivos, incluso los bienes

colectivos divisibles en intereses individuales. Por lo tanto, será necesario analizar la voluntad de los afectados en cada uno de los tipos de la Parte Especial del Derecho penal.

Por otra parte, la culpabilidad empresarial es el fundamento y el límite de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, las categorías jurídico-penales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que se emplean para las personas físicas son igualmente válidas para el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, salvo algunas particularidades. Pues bien, las personas jurídicas son libres de organizarse y controlar los riesgos propios de sus actividades con el fin de prevenir o detener la comisión delictiva por parte de sus miembros. De modo que, cualquier empresa deberá organizarse correctamente para evitar la culpabilidad empresarial. En este sentido, la culpabilidad se refiere al defecto organizativo de la persona jurídica, entrando en juego los programas de cumplimiento o *compliance programs*. Además, la carga de la prueba le corresponde a la propia persona jurídica infractora, quien tendrá que demostrar que concurren las circunstancias excluyentes de responsabilidad. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho administrativo sancionador, ya que será la Administración la que tenga que acreditar la culpabilidad del infractor. Respecto a los hechos de descargo tendrán que ser probados por la defensa.

Lo relativo al dolo y a la imprudencia, se parte del carácter doloso o imprudente de las personas físicas que han actuado para la persona jurídica infractora, apreciando que la responsabilidad penal va a ser objetiva. A pesar de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los artículos 5 y 10 del Código Penal no han sido modificados. El dolo y la imprudencia constituyen elementos del juicio de culpabilidad de las personas jurídicas y son moduladores de la responsabilidad.

Confirmado que las personas jurídicas pueden cometer delitos, es posible que también le sean imputables aquellos delitos que no han llegado a consumarse, es decir, los delitos intentados. La tentativa del delito imputable a las personas jurídicas se apoya en razones preventivo-generales, lo que supone conectar el artículo 31 bis y siguientes con los artículos 15 y 16 del Código Penal y el delito.

Al igual que en la cuestión del dolo y la imprudencia, el Código Penal no ha sufrido ninguna modificación en sus artículos 27 y siguientes. Tradicionalmente se admiten tres formas de autoría: autoría inmediata individual, autoría mediata y coautoría. La primera es el supuesto más común en los delitos cometidos por las personas jurídicas; la segunda tendrá cabida cuando dos o más personas jurídicas intervengan en los hechos, es decir, cuando la sociedad de delante sea dominada por la sociedad de detrás; y la tercera aparecerá en los

supuestos de agrupación de empresas, donde a cada uno de los intervinientes se les va a sancionar de manera independiente.

Además, se admite la posibilidad de diferentes formas de participación en el delito cuando alguno de los intervinientes sea una persona jurídica. Son la inducción, cuando la persona jurídica inductora y la inducida sean autónomas y sean capaces de adoptar decisiones independientes; la cooperación necesaria y la complicidad en el delito.

Anteriormente, ya se señaló que una persona jurídica es un sujeto activo con personalidad jurídica. Ahora bien, la personalidad jurídica es requisito necesario, pero no suficiente para que una persona jurídica se constituya de forma lícita. Por ello, hay que separar conceptualmente la acción de la persona física de la organización para hacer responsable a la persona jurídica. Por consiguiente, para afirmar la inimputabilidad de la persona jurídica se parte del defecto de organización conforme al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis y 130.2 del Código Penal.

Tras la reforma de 2010, se añade al artículo 31 bis del Código Penal un quinto apartado, el cual recoge las personas jurídicas que se encuentran excluidas de responsabilidad penal: el Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales y organismos reguladores; los organismos reguladores y las Agencias Estatales; las Organizaciones Internacionales de Derecho Público; las entidades públicas empresariales; las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general; y los partidos políticos y sindicatos.

La LO 1/2015 se encarga de mejorar el sistema de imputación de responsabilidad, pero no resuelve los problemas derivados del sistema de penas establecido por la LO 5/2010. Las penas aplicables a las personas físicas se encuentran separadas de las penas aplicables a las personas jurídicas contenidas en el artículo 33.7 del Código Penal, la razón se debe a los modelos de determinación e individualización de la pena. Se deduce, en atención a la necesidad preventivo-especial desprendida del artículo 66 bis 1ª del Código Penal, y la imposición de la sanción, que las penas aplicables a las personas jurídicas son más medidas de seguridad que penas, ya que aun cuando *ex ante* haya falta de peligrosidad no pueden dejar de imponerse tales penas. La pena más habitual es la multa, esta y el resto de las consecuencias tienen la misma finalidad de prevención reactiva. Por lo que, el legislador acaba empleando la misma denominación, pena. Existen dos modelos teóricos de determinación de la pena: el modelo de control externo económico y el modelo de control interno o estructural, siguiendo el primero para la determinación de la pena de multa. Así, no se contempla la función

intimidadora de las penas aplicables a las personas jurídicas debido a que no experimentan sensaciones de placer o displacer, lo que no significa que se exista una función de conducción.

Acerca de los atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos distinguir tres: la confesión, la colaboración y la reparación, ambos se regulan en el artículo 31 quater del Código Penal. La confesión se entiende como aquella colaboración con la Administración de Justicia, y, también, se puede utilizar como prueba incriminatoria durante el desarrollo del proceso cuando previamente la persona jurídica conozca que el procedimiento se dirige contra ella. La colaboración se entiende como fundamento de la exención del artículo 31 bis 2 del Código Penal. Y, la reparación se entiende más allá del resarcimiento pecuniario, como medida de Justicia restaurativa.

En cuanto a las eximentes reguladas en el artículo 31 bis 2, 3, 4 y 5 del Código Penal establecen la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos en los que hubiera adoptado un modelo de prevención de delitos adecuado que evite la comisión del delito.

Finalmente, a partir de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, es posible imputar procesalmente a una persona jurídica sin vulnerar sus derechos fundamentales y procesales, lo que ha supuesto adaptar el procedimiento penal a la persona jurídica. Por ello, es preciso resaltar el artículo 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual fija la distribución de asuntos en la planta judicial en virtud de criterios legales; el estatuto de representación de la persona jurídica y el artículo 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual establece el valor de la declaración del representante legal designado en relación con el esclarecimiento de los hechos y la participación de la persona jurídica y demás sujetos; los derechos procesales de las personas jurídicas y el artículo 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual regula la conformidad no litisconsorcial; y el artículo 839 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual alude a la rebeldía de la persona jurídica.

Así, por las conclusiones extraídas a lo largo del desarrollo del presente trabajo me posiciono a favor del sistema vigente.

Considero que la reforma de 2010 del Código Penal ha marcado un antes y un después en la legislación penal española. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha supuesto un cambio importante y necesario adaptado a la realidad social. Pues bien, al concebirse la persona jurídica como un sujeto activo con personalidad

jurídica y con derechos y deberes, es razonable que esta se responsabilice de los hechos delictivos que se cometan en el seno de su actividad empresarial. Lo cierto es que es una ficción del derecho, es decir, no tiene manos ni brazos, por lo que se condenará a la persona jurídica cuando los delitos se cometan a través de las personas físicas que actúen en nombre de, por cuenta de, o en beneficio de la persona jurídica. Por ello, se habla de una transmisión de la responsabilidad penal de una persona física a una persona jurídica. En este sentido, antes de la reforma de 2010 del Código Penal la empresa no podía ser imputada en el procedimiento penal, mientras que ahora puede ser imputada y sancionada.

De esta manera, con la aparición del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha surgido lo que se denomina Derecho penal económico o de la empresa. Ahora bien, la persona jurídica responderá penalmente solo por aquellos delitos que expresamente establezcan la posibilidad de ser cometidos por personas jurídicas, y no por todos los dispuestos en el Código Penal. El listado de delitos es *numerus clausus*, y recientemente se ha ampliado con la última reforma operada por la LO 1/2019 del Código Penal.

Hay que tener en cuenta que la responsabilidad penal de la persona jurídica va a existir siempre a pesar de que la conducta de la persona física no haya sido individualizada o resulte complicado encontrar al autor del delito.

No obstante, para que la persona jurídica evite la responsabilidad penal, inspirado en el mundo anglosajón, es necesario que adopte medidas de prevención y control, lo que se conoce como programas de cumplimiento normativo o *compliance program*. De este modo, con la creación e implantación de estas medidas se intenta prevenir o detener conductas delictivas que pongan en riesgo la actividad empresarial. Se podría definir como una herramienta jurídica aliada de la empresa con la finalidad de conseguir de esta una empresa más transparente y competitiva. Para ello, lo correcto sería que la persona jurídica siguiese una serie de pasos. En primer lugar, la elaboración de un mapa de riesgos donde se establezca un listado de delitos que pueda cometer dentro de su esfera. En segundo lugar, la implantación de códigos de conducta al alcance de ser conocidos por todos los miembros integrantes de la persona jurídica. En tercer lugar, un control sobre los recursos financieros para descubrir el destino del dinero. En cuarto lugar, el nombramiento de un organismo de prevención y control que contemple un sistema de información y denuncias, el cual facilite comunicar la comisión de un delito. En quinto lugar, la incorporación de un sistema disciplinario y de sanciones en relación con la conducta delictiva que permita conocer si se ha tratado de evitar. Por último, y en sexto lugar, un sistema de verificación periódica para controlar y prevenir

cualquier hecho delictivo, es decir, un sistema que compruebe o revise que los pasos anteriores se han cumplido adecuadamente.

Por otra parte, puede llamar la atención que tras la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se hayan producido modificaciones en cuestiones específicas como la determinación del dolo y la imprudencia, la autoría o los atenuantes. Entiendo que no sería lógico hacer una diferenciación entre la persona física y la jurídica, exigiendo más a una que a la otra, a pesar de las matizaciones que podemos observar en la práctica. Por ello, será preciso atender minuciosamente al caso concreto para saber si la conducta delictiva es susceptible de ser realizada por una persona jurídica y para tratar de identificar ante que modalidad de delito nos encontramos. Así, absolver a la persona jurídica o imponerle una determinada sanción.

Además, parece obvio que una persona jurídica no pueda ingresar en un centro penitenciario. Así, conforme a la naturaleza del delito se le va a imponer diferentes penas. La más frecuente es la multa. Otras serían la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de locales, la prohibición de recibir subvenciones o la intervención judicial.

Asimismo, quiero hacer referencia a las personas jurídicas que el Código Penal excluye de responsabilidad penal. En general, el foco de atención hay que ponerle en su ámbito de actuación y en la finalidad de su constitución. Ahora bien, más concretamente, entre las personas jurídicas mencionadas en el presente trabajo que se encuentran excluidas de responsabilidad penal, centrarme en la exclusión de los partidos políticos y sindicatos. Dicha exclusión se encuentra justificada por ser entidades del sistema político español encargadas del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, pero no es posible aceptar que estemos ante una exclusión absoluta, sino que se podrá efectuar una declaración judicial de responsabilidad penal contra aquellos partidos políticos y sindicatos creados con la intención de eludir una responsabilidad penal.

Finalmente, según lo expuesto, se puede observar que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha ido consolidando mediante las recientes reformas legales y la jurisprudencia. En cambio, no deja de ser una materia de constante modernización, ya que vivimos en una época transformadora a través de las TICs, donde las empresas se benefician de sus ventajas, pero que, en ocasiones, su uso incorrecto puede derivar o facilitar la comisión de nuevos fenómenos sociales delictivos que provoquen un nuevo riesgo empresarial.

## 9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y WEBGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Coordinador), COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel (Coordinador), GÓMEZ PAVÓN, Pilar (Coordinadora), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (Coordinadora) y MARTÍNEZ GUERRA, Amparo (Coordinadora). *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, 2013.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La problemática del sujeto en el Derecho Penal*, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997.

BACIGALIPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Bosch, Casa Editorial, SA., 1998.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010 de reforma del Código Penal*, Enfoque XXI, Barcelona, 2011.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo en ORTIZ URBINA GIMENO, Iñigo (Coordinador). *Memento Experto Reforma Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, 2010.

El País (2019): Estos son los nuevos delitos por los que pueden ser condenadas las empresas. Disponible en:

[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/02/21/legal/1550760459\\_258667.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/02/21/legal/1550760459_258667.html) [consulta: 01/03/2019]

Expansión (2019): Modificación del Código Penal: nuevas responsabilidades para las personas jurídicas. Disponible en:

<http://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/03/12/5c87a48622601dd14e8b461c.html> [consulta: 01/03/2019]

FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Edición Reus, Madrid, 1929.

FERROW, Charles. *Una sociedad de organizaciones*, Editorial Reis, 1991.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999.

GIL GIL, Alicia y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Crítica a las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*, en RECPC 18-05 (2016). Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf> [consulta: 13/04/2019]

GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters ARANZADI, 2ª edición, 2015.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GRACIA MARTIN, Luis. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho Penal español. Parte General*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

MALDONADO MARTÍN, Víctor. Disponible en: <http://maldonadopascual.es/reforma-codigo-penal-ampliacion-delitos-que-pueden-ser-responsables/> [consulta: 01/03/2019]

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, tomo I, Comares, Granada 2010.



MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Reppetor, Madrid, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Editorial Reppetor, Barcelona. 2011.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anales de Derecho (Universidad de Murcia), Número 29, 2011.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 1ª edición, 1993.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. 1ª edición, Monografías iustel, Madrid, 2008.

PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colección monografías de Derecho Penal, Dykinson, S.L.

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

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coordinador). *Comentarios al Código Penal Español*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2011.

RAGUÉS I VALLES, Ramón (Director) Y ROBLES PLANAS, Ricardo (Director) y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, Especiales formas de aparición del delito (traducción de la 1ª edición alemana), Civitas, Madrid, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, Edición BOE, Madrid 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Derecho penal económico*, Manuales de formación continuada, Madrid, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª edición ampliada y actualizada. EDISOFER S.L. 2016.

SILVA SÁNCHEZ, José-María. *La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto*, en Diario La Ley nº 7465, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial*, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?” InDret Penal, 2/2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director) y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coordinadora) y otros, *Criminalidad de empresa y Compliance, Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013.

TIEDEMANN, Klaus. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, En anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996.

VON LIZST, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (traducción de la 18ª edición alemana), Reus, Madrid, 1999.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. DURÁN Y BAS, Manuel (prólogo). *Sistema del Derecho Romano Actual Reimp*, De la edición de Madrid, Centro editorial de Góngora, Analecta Editorial ANALECTA, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, 1994.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la formula tradicional “societas delinquere non potest”*, 1980.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.