



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Presentado por:

Alejandro Pérez Fernández-Mellado

Tutelado por:

Ángel José Sanz Morán

Valladolid, 14 de junio de 2022

Resumen

El presente trabajo abordará la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras una breve introducción, analizaremos las reformas que ha sufrido este modelo, que dan lugar a la responsabilidad penal tal y como la conocemos hoy día. También analizaremos el concepto jurídico-penal de la persona jurídica, las personas jurídicas excluidas, así como los dos hechos de conexión previstos en el Código Penal, que permiten exigir responsabilidad penal a la persona jurídica: delitos cometidos por directivos y empleados. Dada la relevancia que han adquirido, analizaremos los modelos de organización y gestión conocidos como *Compliance*. Tras un repaso a la culpabilidad, circunstancias atenuantes, tentativa y autoría, concluimos el trabajo con las penas previstas en el Código para las personas jurídicas.

Palabras Clave: Derecho Penal, Persona Jurídica, Responsabilidad Penal, Pena, *Compliance*.

Abstract

This thesis will focus on analyzing the criminal liability of legal persons. After a brief introduction, we will analyze how this legal regime has changed over time, to reach the model of criminal liability we have nowadays. Once the foundations have been laid, we will proceed to analyze the concept of legal person, within its exclusions. As well, we will study two ways to demand responsibility reflected in our Legal System: crimes committed by company manager, or employee. Finally, given the relevance Compliance programs have had in recent years, we will study their key aspects and requirements. After checking criminal culpability, extenuating circumstances, attempted commission and authorship, we will conclude this thesis referring to the particular penalties that our Legal System provides.

Key Words: Criminal Law, Legal Entity, Criminal Liability, Penalty, Compliance.

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. APUNTE HISTORICO.....	2
2.1. SISTEMA ANTERIOR A LA LO 5/2010.....	2
2.2. ANTEPROYECTOS Y PROYECTOS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.....	4
2.3. REFORMA DE 2015.....	7
2.4. RÉGIMEN LEGAL DE 2019.....	12
3. REGULACIÓN VIGENTE.....	13
3.1. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EXCLUSIONES.....	13
3.1.1. Personas jurídicas excluidas.....	14
3.2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS Y EMPLEADOS...17	
3.2.1. Responsabilidad del administrador o representante.....	17
3.2.2. Responsabilidad de los trabajadores de la sociedad.....	22
3.3. COMPLIANCE.....	28
3.4. CULPABILIDAD.....	35
3.4.1. Construcciones específicas de la culpabilidad de las personas jurídicas.....	36
3.4.2. La cuestión del dolo y de la imprudencia.....	37
3.5. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	40
3.5.1. Circunstancia de confesión.....	41
3.5.2. Circunstancia de reparación.....	43
3.5.3. Circunstancia de colaboración.....	44
3.6. TENTATIVA.....	45
3.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	47
3.7.1. Autoría.....	47
3.7.2. Participación.....	49
4. PENAS APLICABLES.....	51

4.1. LA PENA DE MULTA.....	51
4.2. LA PENA DE DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.....	55
4.3. LA PENA DE SUSPENSIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE LA PERSONA JURÍDICA.....	56
4.4. LA PENA DE CLAUSURA DE LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS.....	57
4.5. LA PROHIBICIÓN DE REALIZAR LAS ACTIVIDADES EN CUYO EJERCICIO SE COMETIÓ, FAVORECIÓ O ENCUBRIÓ EL DELITO....	58
4.6. LAS DIFERENTES PENAS DE INHABILITACIÓN ADMINISTRATIVA..	58
4.7. LA PENA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	59
4.8. REGLAS PENOLÓGICAS. MEDIDAS CAUTELARES. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ART. 129 DEL CÓDIGO PENAL.....	61
5. CONCLUSIONES.....	66
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

1. INTRODUCCION.

La LO 5/2010, de 22 de junio, que reforma de la LO 10/1995 del Código Penal supuso la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con esta reforma, se optó por configurar un régimen de responsabilidad, a fin de dar, como ya se venía exigiendo por las instituciones europeas, respuesta a la impunidad de que gozaban las personas jurídicas en el ámbito penal. Así, la legislación española deja de lado el *societas delinquere non potest*.

Para analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe tomarse como punto de partida el artículo 31 bis del Código Penal, artículo fundamental en esta cuestión, que no obstante, debe completarse con el contenido de los artículos 31 ter a 31 quinquies de la misma normativa. Este modelo se pone de parte de quienes como MIR PUIG sostuvieron “que en nuestro Derecho penal el delito deba ser obra del ser humano no se debe a razones ontológicas ni a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión del Derecho Positivo”¹

La responsabilidad penal de las personas jurídicas nace con un fin primordialmente preventivo y no hace sino responder a una necesidad de exigir responsabilidad a entes de gran importancia en la realidad económico-social. La fórmula utilizada por el legislador implica a aquellas personas físicas que ostentan cargos de dirección, haciéndoles respetar el marco jurídico-legal.²

Como manifiesta BACIGALUPO SAGESSE, el mero reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas no soluciona nada por sí mismo, por lo que es necesario determinar los presupuestos de su responsabilidad³. Determinar la responsabilidad de las personas físicas es muy complejo, pero cuando hablamos de personas jurídicas esta complejidad se multiplica ya que se requiere combinar dos estructuras de imputación.

El sistema español relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas optó por el *numerus clausus*, de modo que no todo delito susceptible de ser imputado

¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General 10ªed*, Barcelona, Reppertor, 2015, p.27.

² GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2015, p.22.

³ BACIGALUPO SAGESSE, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 1998, p.151.

a personas físicas puede ser imputable a personas jurídicas. Estamos ante un modelo de *crimina societatis*.

En el presente Trabajo de Fin de Grado, se analizará el régimen responsabilidad penal de las personas jurídicas vigente en la actualidad en sus aspectos esenciales. A tal efecto, se comenzará por estudiar las sucesivas reformas legislativas que han afectado a esta materia.

2. APUNTE HISTÓRICO.

La necesidad de un cuerpo normativo para sancionar las conductas más graves llevadas a cabo en el seno de las sociedades ha sido abordada por medio de una serie de reformas del Código Penal.

2.1 SISTEMA ANTERIOR A LA LO 5/2010.

Tradicionalmente, el Derecho Penal Español se regía, en relación con la responsabilidad penal de personas jurídicas, por el aforismo romano ***societas delinquere non potest***, conforme al cual las personas jurídicas no podían delinquir. El fundamento de esta consideración se encontraba en la imposibilidad de aplicar las categorías penales fijadas para personas físicas, a las personas jurídicas⁴.

No obstante, la **realidad económica y social** evidenciaba la necesidad de una nueva regulación que permitiera, de algún modo, exigir responsabilidad penal a los entes con personalidad jurídica. Dicha necesidad fue también **reconocida por las instituciones europeas** que trataron de “*armonizar las diversas regulaciones, sentando las bases fundamentales de todo sistema de reconocimiento de responsabilidad de personas jurídicas, perfilando los elementos principales en los relativo a las infracciones y sanciones*”⁵.

Así, el Código Penal Español contenía en su **antiguo artículo 129**, un conjunto de **consecuencias accesorias** a imponer a las personas jurídicas con

⁴ GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016, p. 7.

⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PÉREZ MACHÍO, A.I., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p.5.

independencia de la posible responsabilidad exigible a la persona física. En opinión de BOLDOVA PSAMAR, M.A., *“si bien estas no recibieron la consideración de penas, ni constituían una forma de responsabilidad, sentaron las bases del sistema actual que lograría acabar con la impunidad de los injustos cometidos por personas jurídicas”*⁶.

Fue en el año 2003, con la **LO 15/2003**, con la que se avanzó en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta ocasión se estableció una **responsabilidad directa y solidaria** de las personas jurídicas respecto de las **penas de multa impuestas a quien actúe como representante legal, administrador de hecho o de derecho de esta**, en el marco de su actividad, todo ello por medio del artículo 31.2 del Código Penal.

El avance en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fue fruto de un proceso evolutivo que **no solo se produjo en la legislación española**. En opinión de GOENA VIVIES *“tal realidad criminológica se dio más allá del nivel nacional, en el marco del proceso de globalización en el que se encuentran las distintas esferas científico-sociales. Así, el proceso evolutivo de la legislación española en esa materia estuvo informado tanto por las directrices político-criminales de Derecho internacional y europeo, como por las regulaciones impuestas en otros Estados”*.⁷

Con el fin de armonizar del Derecho penal Europeo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se adoptaron un serie de Decisiones marco del Consejo de la Unión Europea, entre ellas, La Decisión *2003/80/JAI, de 27 de enero*, que imponía en su art. 6, a los Estados Miembros el deber de hacer responsables penal y administrativamente a las personas jurídicas en cuyo provecho se hubiera cometido uno de los delitos enumerados en los art. 2 y 3.⁸

Los esfuerzos por atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas con anterioridad a LO 5/2010, si bien en opinión de ciertos autores *“se regulaba*

⁶ BOLDOVA PSAMAR, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la legislación española”, Estudios penales y criminológicos, 2013, p.4.

⁷ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, España, Marcial Pons, 2017, p.41.

⁸ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.42.

*exclusivamente en los artículos 31.2 y 129 del Código Penal, artículos confusos y de muy difícil aplicación a la realidad jurisprudencia⁹, sentaron las bases para superar el *societas delinquere non potest*. Nuestro legislador, apoyándose en las decisiones marco del Consejo de la Unión Europea, apostó por una responsabilidad penal de las personas jurídicas, que terminaría culminando en el modelo actual del art. 31 bis.¹⁰*

2.2 ANTEPROYECTOS Y PROYECTOS DE LEY ORGÁNICA PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

La LO 5/2010, de 22 de junio de 2010, fue una ley novedosa al introducir un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta Ley Orgánica de reforma del Código Penal ya había sufrido dos proyectos de reforma, de 2007 y de 2009, y un anteproyecto de 2008.¹¹

En 2007, al poco tiempo de cumplirse el décimo aniversario del Código Penal, se debatió en el Congreso de los Diputados un **Proyecto de Ley Orgánica que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal**. El motivo principal de la reforma fue un intento de armonización europea en materia de justicia penal, así como el cumplimiento de obligaciones y diferentes compromisos que significó esta integración. Con esta reforma “*se dotaba de especiales garantías a la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas*”.¹²

Este proyecto finalmente no fue aprobado, por lo que la regulación penal de la responsabilidad penal las personas jurídicas que se propuso, ha sido la base sobre la que se han ido construyendo los nuevos proyectos de reforma que han surgido, hasta llegar a la Ley vigente.

El siguiente texto que abordó la instauración de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue **el anteproyecto LO de reforma del Código Penal, de 14 noviembre de 2008**. El anteproyecto de 2008 mantenía la

⁹ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p. 37.

¹⁰ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.45.

¹¹ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.45.

¹²GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.46.

redacción adoptaba un año antes propuesta en la reforma de 2007, pero el anteproyecto de 2008 no llegó a convertirse en proyecto de ley, ya que como indica GOENA VIVES B.¹³ *“al coincidir con un cambio de legislatura, el tema de la reforma del Código Penal, y en concreto, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no volvió a abordarse en el Parlamento hasta un año después. En noviembre de 2009 se adoptó el proyecto de LO 121/000052, de reforma del Código Penal.”*

Fue posteriormente con el Proyecto de reforma de 2009, con el que se aprobó la **LO 5/2010 de reforma del Código Penal en junio de 2010**. Con ello, se **implantó un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas** en dos supuestos distintos: en la actuación de los directivos en beneficio de la persona jurídica, o en supuestos de carencia del adecuado control a los subordinados.

Ahondando en las **razones** de la **decisión político-legislativa**, se observa que en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 *“no se insiste tanto en la <necesidad> real de proceder al castigo pena de los entes sociales, sino que lo que fundamentalmente motiva esta intervención son los numerosos <instrumentos jurídicos> internacionales que demandan una respuesta penal clara frente a las personas jurídicas”*¹⁴.

En opinión de FERNÁNDEZ TERUELO, la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la eficacia para combatir la delincuencia económica, ejecutada desde ámbitos empresariales. *“Se trataría de razones de prevención general materializadas en una amenaza que estimularía el cuidado de los titulares de la sociedad respecto a la designación de personas con capacidad suficiente para actuar de modo diligente en las funciones de gestión de la sociedad”*¹⁵. De modo paralelo, los socios y accionistas se implicarían también en el control de quienes ejercen la gestión social, *“dado que sus excesos repercutirían indirectamente en su inversión”*¹⁶.

¹³ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.50.

¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO J., *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters, Oviedo, 2013, p 111.

¹⁵ FERNÁNDEZ TERUELO J., *Instituciones de derecho penal y económico de la empresa*, cit., p 117.

¹⁶ FERNÁNDEZ TERUELO J., *Instituciones de derecho penal y económico de la empresa*, cit., p 117.

En definitiva, **esta reforma supone**: en primer lugar, el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de personas jurídicas, cuya regulación quedó recogida en el art. 31 bis Código Penal; en segundo lugar, el establecimiento de un catálogo de penas recogido en el art. 33.7 Código Penal; y en tercer lugar un régimen especial de aplicación de las mencionadas penas, regulado en el art. 66 bis Código Penal. Debe mencionarse que tal reconocimiento expreso en ningún caso supuso la desaparición las consecuencias accesorias contempladas en el artículo 129 Código Penal, que seguían resultandos aplicables para los supuestos en que la empresa, entidad u organización careciera de personalidad jurídica¹⁷.

En 2012, se llevó a cabo la reforma del Código Penal con la **LO 7/2012 de 27 de diciembre**, centrada principalmente en el delito fiscal. En relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se introdujo la responsabilidad penal de los partidos políticos y sindicatos.

El hecho de que tales entidades hubieran estado exoneradas de responsabilidad hasta la fecha, había sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina por no encontrar una justificación técnica¹⁸, y por parte de la ciudadanía por la sensación de que se pretendía asegurar la impunidad de dichas organizaciones.

Consiguientemente, la reforma suprimió la exclusión de los partidos políticos y sindicatos del régimen de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas contemplada en el artículo 31.bis.5 del Código Penal.

No obstante, se mantuvo la exclusión del Estado, las Administraciones Públicas, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o que presenten servicios de interés económico general.

2.3 REFORMA DE 2015.

¹⁷ BOLDOVA PSAMAR, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la legislación española”, cit., pp. 4-5.

¹⁸ LEÓN ALAPONT., J. *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tesis Doctoral, Valencia, 2019. pp 110-118.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso una modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Este nuevo texto legal, introdujo de nuevo contenido jurídico, y actualizó el texto de la ley anterior. Con ella se **introducen** dos ideas principales respecto a las personas jurídicas y su responsabilidad penal, “**expansión y elusión de responsabilidad penal**”¹⁹.

Como recoge en su preámbulo, se trata de “**una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**”, resolviendo ciertas dudas interpretativas en relación con el alcance del “*debido control*” exigido a aquellas como condición de exención de responsabilidad, transformando el inicial artículo 31 bis en los artículos 31 bis, ter, quater y quinquies.

En relación con la cuestión del “*debido control*”, la reforma de 2015 añade al requisito de que el delito sea cometido “*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas por quienes estuvieran sometidos a la autoridad de los anteriormente mencionados*”²⁰, **un requisito adicional**: “*no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendiendo a las concretas circunstancias del caso*”. El cambio es ciertamente sustancial pues la legislación anterior no determinaba con claridad que se entendía por “*debido control*”, dejando un vacío legal que suponía una gran incertidumbre jurídica.

También se precisa con exactitud “*el contenido de las medidas y requisitos del “debido control” exigibles, a los que reconoce expresamente el carácter de causa **eximente** de la responsabilidad penal de las entidades*”²¹, incluyéndose los supuestos de actos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho y de derecho.

La reforma de la Ley Orgánica 1/2015 permite dejar exenta de responsabilidad penal a la persona jurídica respecto de los delitos que pudiera cometer en su nombre o en su cuenta, en su beneficio directo o indirecto, con la condición indispensable de “**supervisión, vigilancia y control de la actividad de sus**

¹⁹ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.53.

²⁰ GRANADOS SÁNCHEZ J. “La Reforma del Código Penal por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo: medidas de control como eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.”

²¹ GRANADOS SÁNCHEZ J. *Reforma del Código Penal*, cit.,

representantes legales, órganos de administración o personas sometidas a la autoridad de éstos."²²

Además, la reforma de 2015 incorpora nuevos delitos al régimen de responsabilidad penal corporativa. El legislador inicia así, la línea posteriormente seguida por la Ley Orgánica 1/2019 por la que se transponen Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y se abordan cuestiones de índole internacional, que vino ampliar el catálogo de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de personas jurídicas.

Puede apreciarse así cómo el legislador ha logrado atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas de manera directa e independiente. En opinión de ZUÑIGA RODRÍGUEZ, las sucesivas reformas han adaptado el ordenamiento jurídico español a las exigencias de la realidad jurídica actual, marcada por el creciente número de delitos socioeconómicos en que intervienen personas jurídicas²³. Puede apreciarse, por tanto, una progresiva evolución de la regulación en esta materia, desde la introducción de las consecuencias accesorias, hasta la concreción del régimen diferenciado de responsabilidad penal vigente en la actualidad.

2.4 RÉGIMEN LEGAL DE 2019

El 20 de febrero de 2019 se aprueba la LO 1/2019, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Esta reforma de 2019 extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a otros delitos. Dicha reforma, *"además de un sistema cerrado de delitos recogidos en el Código Penal, añade delitos sobre comunicación ilícita de información privilegiada, malversación y terrorismo."*

²² GRANADOS SÁNCHEZ J. *Reforma del Código Penal, cit.*,

²³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Problemas Actuales de Política Criminal: La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada", *Anuario de Derecho Penal*, 2016, p. 201.

Cabe destacar La Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, supone que se incorporen los artículos 285 bis, ter y quater del Código Penal, que tratan “*el delito de la comunicación ilícita de información privilegiada para los supuestos de peligro de integridad del mercado o confianza de los inversores.*” En el caso concreto del delito de alteración de precios, regulado en el 284 del Código Penal, se introduce el uso de tecnología y demás artificios como medios de la comisión de hechos calificados como delito.

También se amplía el objeto de protección a los contratos de contado acerca de materias primas.

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. Esta ampliación supone que las personas tendrán responsabilidad penal “*por colaborar con terroristas, adoctrinamiento, exaltación, enaltecimiento incitación al terrorismo.*”

Además de los delitos enumerados anteriormente se añaden delitos de falsedad documental con fines terroristas y viajes con iguales fines. Se extiende el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que supone que se vean en la obligación de implementar *compliance programs* para evitar o disminuir la responsabilidad penal.

3. REGULACION VIGENTE

3.1 CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y EXCLUSIONES.

El concepto de persona jurídica varía según el modelo que se siga. Podemos distinguir entre diversas variantes; por un lado, aquel que permite sancionar a cualquier clase de organización, por ejemplo, el Código Penal australiano. Por otro, los que diferencian que clase de organización puede ser sancionada y cual no, véase en el sistema estadounidense a nivel federal. Y, por último, el modelo

que estima que solo puede ser sancionadas las organizaciones reconocidas como tal, se trataría del modelo francés.²⁴

En una primera aproximación al concepto, son tres los elementos imprescindibles deben concurrir para que sea posible la imputación de un hecho delictivo a una entidad.²⁵

- Debe ser una organización a la que se le pueda atribuir la condición de persona jurídica.
- Posibilidad real de una infracción que afecte al bien jurídico protegido por la norma.
- Que posea la capacidad abstracta de hacer frente a la pena de multa, se entiende que la persona jurídica tiene capacidad cuando posee un patrimonio autónomo sobre el que hacer efectiva la sanción.²⁶
- La concurrencia de una actuación ilícita previa por parte de una persona física considerada legalmente idónea para desencadenar la responsabilidad de la persona jurídica²⁷.

Por lo que respecta a la consideración de persona jurídica, resulta conveniente acudir al concepto recogido en el **artículo 35 del Código Civil** según el cual: *“Son personas jurídicas; 1. ° Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2. ° Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”*. De su lectura se extrae que quedarán amparadas bajo este concepto las personas jurídico-privadas de Derecho Civil y Mercantil, a las que resultará de aplicación el régimen de responsabilidad contemplado en

²⁴ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.51.

²⁵ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.53.

²⁶ LEONÉS VALVERDE R. *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas declaradas en concurso*, Barcelona, 2014. pp.183.

²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Programas de Cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2020, pp. 95 ss.

el artículo 31 bis, todo ello sin perjuicio de las exclusiones que se analizarán a continuación.

Por último, debe precisarse que las empresas, entidades, organizaciones, grupos o cualquier clase de entidades o agrupaciones de personas **carentes de personalidad jurídica**, a las que por tanto, no resulta de aplicación el artículo 31.bis del Código Penal, se regirán por lo dispuesto en el artículo 129 del Código penal²⁸. Lo anterior debe entenderse en el sentido de que el juez podrá imponer motivadamente una o varias consecuencias accesorias a la pena correspondiente al autor del delito²⁹. Además, el citado artículo 129 del Código Penal, se remite al 33.7 del mismo cuerpo normativo para la determinación de las penas aplicables.

3.1.1 PERSONAS JURÍDICAS EXCLUIDAS.

Como ya se indicó, la reforma de 2010 añadió el 31.5 bis del Código Penal. En él, se establecen las personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal.

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.

²⁸ Artículo 129 del Código Penal: “1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.”

²⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, cit., pp. 106-107.

La doctrina³⁰ justifica la exclusión del Estado, las Administraciones Públicas y organismos públicos en base a razones de política criminal.

2. Los organismos reguladores y las Agencias Estatales.

Los organismos reguladores, descritos la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como 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 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.

3. Organizaciones Internacionales de Derecho Público.

Se trata de aquellas organizaciones excluidas de las Decisiones Marco y Directivas de la Unión Europea. Entre otras, son ejemplos de organizaciones internacionales de Derecho Público: el Fondo Monetario Internacional, la Organización Internacional del Trabajo o los Tribunales Internacionales.

4. Entidades públicas empresariales.

Reguladas 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 esta Ley queda derogada y las Entidades públicas empresariales pasan a regularse por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y regulación específica. Entre otras, un ejemplo de estas entidades es la Fábrica de Moneda y Timbre.

5. Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general.

³⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal*, cit., p.9.

Tal y como indica GONZÁLEZ SIERRA³¹ , *“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. Partidos políticos y sindicatos.

Con la LO 7/2012 de 27 de diciembre, se suprimió la exclusión de los partidos políticos y sindicatos del régimen de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas contempladas en el apartado 5 del artículo 31.bis del Código Penal³². En consecuencia, tanto los partidos políticos como los sindicatos serán considerados responsables penales, cuando se den el resto de los requisitos establecido en el artículo 31. Bis del Código Penal. *“Se trata de entidades que, si bien no desarrollan intereses públicos en sentido escrito, canalizan el ejercicio de determinados derechos fundamentales.”*³³ *“El legislador atendió a las críticas que consideraban injustificada su inclusión en el régimen de irresponsabilidad “ya que el carácter delictivo o criminógeno de una entidad de este tipo precisamente podría menoscabar el ejercicio de tales derechos”*.³⁴

Entre las opiniones favorables a la exigencia de responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos encontramos a QUINTERO OLIVARES³⁵, que 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”*.

No obstante, hay una corriente de opinión entre diversos autores que apoya la idea de no aceptar 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. De manera que si actúan conforme a las funciones constitucionales que les han sido atribuidas son*

³¹ GONZÁLEZ SIERRA, P. *La imputación penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, 2014, p.306.

³² GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.60.

³³ DOPICO GÓMEZ-ALLEER.J., *Derecho Penal Económico*, Dykson, 2018., p 355.

³⁴ FERNÁNDEZ TERUELO.J., *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters 2013, p 138.

³⁵ QUINTERO OLIVARES. *Comentarios al Código Penal Español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp.387-388.

*inmunes al ius puniendi del Estado, de lo contrario serán sujetos de Derecho Penal y, en consecuencia, se les aplicaría el artículo 31 bis del Código Penal.*³⁶

En todo caso, con la regulación vigente, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, orientado a la prevención de delitos, supone que los partidos y los sindicatos no sean una excepción a esa voluntad preventiva.³⁷

3.2 RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS Y EMPLEADOS.

3.2.1. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR O REPRESENTANTE

Para el análisis de este apartado debe tomarse como punto de partida el apartado primero del artículo 31 bis del Código Penal³⁸.

Siguiendo a FERNÁNDEZ TERUELO, el citado artículo establece una doble vía de imputación, esto es, dos categorías personales para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

a) El primer supuesto, se refiere al administrador o representante.

La representación, junto con la gestión, es una de las dos funciones que comenten la administración de la sociedad. i) la actuación interna o gestión de los asuntos sociales relacionada con las obligaciones orientadas al cumplimiento del objeto social. ii) la actuación externa o representación de la sociedad. Puede entenderse que *“la referencia expresa a la representación, contenida en el primer inciso del precepto, tiene por objeto evitar cualquier laguna de punibilidad en*

³⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, JM., “La ampliación del sujeto del Derecho Penal entes colectivos susceptibles de ser penados conforme a los artículos 31 bis y 129 del Código Penal” en Álvarez García F.J. (Coord), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 271-274.

³⁷ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.62.

³⁸ Artículo 31.bis del Código Penal: “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.”

aquellos supuestos puntuales en los que se ejerzan determinadas tareas de representación sin que técnicamente (legalmente) se pueda hablar de un administrador (como por ejemplo los liquidadores de la sociedad); debe en todo caso advertirse que probablemente esos supuestos podrían también subsumirse en el concepto de <administrador de hecho>”³⁹

Tradicionalmente, la atribución de autoría en los de empresa ha recaído sobre la figura del administrador, ya que en este tipo de delitos autor material suele ser el administrador, (en quien también concurre la condición de representante) y a él se refieren expresamente los delitos de empresa más caracterizados, los delitos societarios, *“en los que se identifica como autor al administrador de hecho o de derecho”*.⁴⁰

La figura del administrador también está descrita en diferentes preceptos de la parte especial, el artículo 286 bis, define al autor como *“directivo, administrador o cobrador”* o en el artículo 318 en relación con los delitos contra la libertad de los trabajadores se identifican como posibles autores, entre otros, a *“los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas de prevención correspondientes”*.

En la LO 5/2010, de 22 junio, cuando se introdujo en nuestra ley penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas se identificaba de nuevo al *“administrador de hecho o de derecho y al representante legal”* como la clase de directivo cuyos delitos daban lugar, además, a la responsabilidad penal de la propia persona jurídica y esa paridad entre los dos preceptos 31 y 31 bis. *“En el art.31 CP se sancionaba a los directivos por los delitos de empresa y en el art.31 bis CP a las empresas por los delitos de los directivos.”⁴¹*

Sin embargo, la LO 1/2015, de 30 de marzo, describe diferenciando el círculo de personas diferente al círculo de personas físicas cuyas acciones pueden dar lugar a la sanción penal de la persona jurídica en nombre o por cuenta de la cual hayan actuado, se señala que el ente colectivo responderá por los delitos

³⁹ FERNÁNDEZ TERUELO J., *Instituciones de derecho penal y económico de la empresa*, cit., p.129.

⁴⁰ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. “La responsabilidad penal de los directivos de la empresa” en *elderecho.com*, 2020.

⁴¹ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. “La responsabilidad penal de los directivos de la empresa”, *cit.*,

cometidos por los *“representantes legales o personas que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*.⁴²

La ausencia de toda referencia a la figura del administrador de hecho, que era la figura que se utilizaba para resolver algunos casos especialmente problemáticos⁴³, fue objeto de crítica por diversos autores. Estas críticas, en opinión de PORRES ORTIZ, estaban debidamente fundadas porque *“no se comprende bien por qué razón se ha despreciado la figura del administrador de hecho, que de forma tan flexible y versátil se había venido utilizado para resolver muchos casos dudosos, y se ha sustituido por una nueva descripción de difícil inteligencia.”*⁴⁴

El concepto de **administrador de hecho** tiene un expreso reconocimiento legal en el art.236.1 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, en el que se dispone que tiene la consideración de administrador de hecho *“tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*.

En palabras de FERNÁNDEZ TERUELO, los administradores de hecho son *“quienes realizan actos de administraciones (gestión o representación de la sociedad cualificada) <sin ser administradores>; tratándose de un concepto especial utilizado también en los delitos societarios”*.⁴⁵

Tal y como indicia VICENTE MAGRO SERVET⁴⁶ sobre la figura del administrador de hecho, *“son administradores de hecho todos aquellos que, de facto, ejerzan las funciones propias del cargo o realicen los actos materiales inherentes al desempeño del mismo que están descritos en cada uno de los tipos*

⁴² La STS 221/2016, de 16 marzo, sobre los modelos de gestión, vigilancia y supervisión.

⁴³ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa*, cit.,

⁴⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013*. Tirant lo Blanch, 2014, Valencia, pp.31-33,

⁴⁵ FERNÁNDEZ TERUELO J., *Instituciones de derecho penal económico*, cit., 129.

⁴⁶ MAGRO SERVET, V. *Persecución penal de ilícitos cometidos por administradores de hecho*, editorial La Ley, 2006, p.7.

penales, habiendo sido designado como tales por la Sociedad, pero sin tener debidamente formalizado su nombramiento conforme a lo dispuesto en las correspondientes disposiciones legales, ya sea por estar éste afecto a alguna causa de nulidad, ya por no haber sido inscrito, ya por estar caducado”.

Dentro de esta categoría pueden incluirse otros cargos como el administrador con el cargo caducado, el gestor fáctico, el apoderado, el administrador oculto, el administrador efectivo con cargo anulado o los directivos con poderes de administración.

Así, puede concluirse al respecto del administrador de hecho que el recurso al concepto especial permite hacer frente, desde el punto de vista penal, a situaciones en las que el sujeto que realiza la conducta típica no es como tal administrador (de derecho), pero tampoco es un órgano que opera de forma irregular⁴⁷.

Conviene destacar que, para que surja la responsabilidad penal del administrador **es necesario que la comisión del delito tenga una relación directa** con el ejercicio de la función del administrador. Este vínculo es indiscutible en todos aquellos delitos que atribuyen la condición de autor al administrador, puesto que la jurisprudencia ha precisado que *“a la persona física no se le sanciona por ser directivo sino por haber participado con esa cualidad en la acción delictiva. Se precisa, además, que sea autor material del hecho”*⁴⁸.

En la regulación del artículo 31 bis 1 a); la LO 1/2015, de 30 marzo, ha prescindido de la fórmula tradicional de *“representante legal o voluntario y administrador de hecho o de derecho”*, utilizada con anterioridad y la ha sustituido por la de *“representante legal o personas que, actuando individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica, está autorizada para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenta facultades de organización y control dentro de la misma”*.

Según PORRES ORTIZ, para la interpretación de la norma hay que tener en cuenta *“su explícito contenido, sus precedentes internacionales, la comparación con el texto derogado, la necesaria diferenciación con los otros agentes de la*

⁴⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, *Instituciones de derecho penal económico*, cit., pp 128 a 131.

⁴⁸ STS 598/2012, de 5 de julio, Ponente Sr. Berdugo y Gómez de la Torre.

*empresa (subordinados) cuya actividad origina también responsabilidad penal de la persona jurídica y a los que se refiere el art.31.bis1 b) CP y, la finalidad del distinto tratamiento jurídico que la propia ley establece en función de la persona física haya cometido el delito”.*⁴⁹

Es llamativo que el precepto no mencione, “*ya no la figura del administrador, sino siquiera a la figura del directivo, o que no utilice otras locuciones que hagan referencia al poder de mando como nota característica del grupo*”⁵⁰, debiéndose recordar que la ostentación de un cargo directivo es la expresión la utilizada en el instrumento internacional que sirvió de inspiración al artículo 31 bis, el Segundo Protocolo del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁵¹.

Por último, tomando como referencia la **Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado** que utiliza unos **criterios distintos** de los expuestos hasta ahora, que pueden resultar de utilidad para hacer un análisis más detallado de la cuestión.

1. Representantes legales. Siguiendo la Circular de La Fiscalía General del Estado, en el concepto de “*representante legal*” debe incluirse a los administradores formalmente designados, dado que es consustancial al cargo la función de representación.

El artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que “*es competencia de los administradores la gestión y la representación*”. Más cuestionable es que puedan incluirse en ese concepto a los directivos con poder de representación. Lo relevante no es que la Ley de Sociedades de Capital califique a ese tipo de directivo como administrador, sino el contenido de sus funciones y su capacidad y autonomía de decisión. En cuanto a los “*apoderados singulares*”, no parece que deban ser incluidos en el concepto de directivo ya que, a salvo de las

⁴⁹ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

⁵⁰ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

⁵¹ Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Declaración conjunta relativa al apartado 2 del artículo 13 - Declaración de la Comisión relativa al artículo 7.

circunstancias concretas, no concurrirán en él las notas de ejercicio continuado de funciones de dirección, ni el ejercicio autónomo de las mismas.⁵²

2. Persona autorizada para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Es preciso que esta persona tenga capacidad de decisión autónoma y que forme parte del entramado directivo de la persona jurídica. Las notas que definen al administrador de hecho pueden servir de pauta interpretativa para identificar a este grupo de directivos.⁵³

3. Persona que ostente facultades de organización y control. Lo determinante será su posición jerárquica, su capacidad de autonomía y la relevancia de su función. También aquí los criterios que definen al administrador de hecho pueden servir de guía.⁵⁴

3.2.2. RESPONSABILIDAD DE LOS TRABAJADORES DE LA SOCIEDAD

El art.31.bis.1 del Código Penal distingue (aunque no con estas palabras), entre directivos (en su apartado a) y personal subordinado o dependiente, (apartado b). Lo hace de una forma novedosa, prescindiendo de toda mención al administrador, que había sido el eje central para determinar la autoría en los delitos de empresa.⁵⁵

El artículo 31 bis b) del Código Penal, **permite exigir responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por los trabajadores de la entidad, sometidos al control de los administradores.**

En opinión de FERNÁNDEZ TERUELO, en base a la estructuración jerárquica piramidal propia de las sociedades a partir de determinado tamaño *“habrá de entenderse que el legislador se refiere **únicamente a los empleados sometidos a la autoridad directa de los administradores**, pues solo en ese supuesto podrá afirmarse la ausencia del debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso”*⁵⁶

⁵² PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

⁵³ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

⁵⁴ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

⁵⁵ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

⁵⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J. *Instituciones de derecho penal económico, cit.*, p.129.

Razona que los accionistas de control responsables de la elección de los administradores no responden penalmente por la elección errónea de sus subordinados (los administradores), pero sí tendrán responsabilidad penal cuando *“la elección se haya producido existiendo suficientes datos conocidos relativos a la evidente inidoneidad del sujeto en cuestión (falta de capacidad, antecedentes de una mala gestión, previas sanciones penales o extrapenales, etc.) para llevar a cabo las funciones que se le encomiendan.”*⁵⁷

Así, un mismo hecho puede dar a lugar tres tipos de responsabilidad; la del subordinado que comete el hecho típico, la del administrador que no lo ha controlado, debiendo hacerlo y la de la persona jurídica, que es responsable por no controlar al administrador.⁵⁸

El artículo 31 bis exige que los delitos los cometan los representantes legales o administradores **“en nombre o por cuenta de las sociedades”**, quedando estas obligadas a soportar las consecuencias. Para castigar a la persona jurídica es necesario que el acto del administrador sea en su provecho, evitando el castigo en caso de que la persona jurídica sea la víctima de un comportamiento delictivo de su gestor.⁵⁹

Pueden destacarse los siguientes **requisitos del hecho de conexión** contenido en el artículo 31 bis apartado b):

En primer lugar, es necesario que el delito se haya cometido *“en ejercicio de actividades sociales”*; dicha previsión tiene un carácter limitador, pues determina que el comportamiento delictivo se haya realizado dentro del ámbito de las competencias que, como trabajador de la entidad tiene atribuidas; *“es, por tanto, el equivalente a la exigencia de que el sujeto actúe en nombre de la persona jurídica, contenida en el apartado a) del art. 31 bis. En consecuencia, desde un punto de vista negativo, tiene el efecto de excluir del ámbito que activa la responsabilidad de la entidad de aquellos actos individuales (delictivos) que nada*

⁵⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J. *Instituciones de derecho penal económico, cit., p.130.*

⁵⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J. *Instituciones de derecho penal económico, cit., p.130.*

⁵⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. *Instituciones de derecho penal económico, cit., p.130.*

*tengan que ver con el objeto social ni con las tareas que, como empleado de la entidad, tenga encomendadas*⁶⁰.

En segundo lugar, el legislador exige que el delito haya sido posible por el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control. FERNÁNDEZ TERUELO, resalta que una de las cuestiones más relevantes será determinar dónde se encuentran y cuáles son los deberes de supervisión, vigilancia y control, cuyo incumplimiento permite la comisión del delito por parte de los sometidos a la autoridad de las personas físicas descritas en el apartado a) y, a partir de ahí, la responsabilidad de la propia entidad. *“Sin lugar a duda, el contenido de esos deberes aparece condicionado por la determinación de las personas físicas descritas en el apartado a) que, a su vez, son las que someten a su autoridad (vigilancia, supervisión y control) a las del apartado b)”*⁶¹.

En tercer lugar, el incumplimiento de las obligaciones de supervisión, vigilancia y control ha de ser considerado grave. Calificativo que no deja de plantear ciertos problemas al tratarse de un concepto jurídico indeterminado. En este sentido apunta FERNÁNDEZ TERUELO, que *“el legislador no aporta ninguna referencia específica interpretativa que permita determinar (con cierta garantía jurídica y facilite un tratamiento homogéneo desde un punto de vista judicial) cuáles son los supuestos que el intérprete habrá de considerar graves”*.⁶²

Ahondando en la cuestión, y en relacionando el artículo 31.bis con la regla 2º del artículo 66.bis del Código Penal, que dispone que *“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, señala FERNÁNDEZ TERUELO que este último debería quedar vacío de contenido, al tratarse de un manifiesto error legislativo. “Debe entenderse que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica”*⁶³.

⁶⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. núm 21, 2019, pp. 3.

⁶¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p.3.

⁶²FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p.14.

⁶³ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p.14.

En todo caso, la inclusión del calificativo <grave> tiene por objeto restringir los supuestos que darán lugar a responsabilidad penal de la entidad vinculándolo a aquellas actuaciones que tienen como base conductas desaprobadas desde el punto de vista administrativo.

Por último y en cuarto lugar, el legislador requiere del intérprete una cierta valoración al mencionar “*atendidas las concretas circunstancias del caso*”. De modo que “*este inciso parece tener por objeto evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación, impidiendo que la responsabilidad penal de la persona jurídica se genere de forma automática*”⁶⁴, será necesario acreditar la relación causa-efecto entre el incumplimiento de la norma y la comisión del delito.

También es digno de mención el hecho de que el legislador no exige un resultado sino “*una actitud clara y directamente dirigida a evitar las circunstancias que favorecen la comisión de delitos*”⁶⁵.

En opinión de algunos autores como FERNÁNDEZ TERUELO, el contenido de las obligaciones de control ha de ser normativo. El precepto remite a normas extrapenales, principalmente de carácter mercantil, administrativo y civil, que fijan **obligaciones genéricas y específicas de control**.

El deber genérico de controlar, supervisar o vigilar aparece plasmado en una serie de preceptos del ordenamiento jurídico. Lo recoge el artículo 120.4 del Código Penal⁶⁶, en la regulación de la responsabilidad civil subsidiaria, En materia mercantil, se plasma en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital⁶⁷, artículo 249 bis, 529 ter (relativos a las facultades indelegables), o el

⁶⁴FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p. 4.

⁶⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p. 4.

⁶⁶ Artículo 120.4 del Código Penal: “*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.*”

⁶⁷ Artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: “*1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.*”

540. Este último, hace especial mención a los sistemas de control y riesgo que deben constar en el Informe anual de gobierno corporativo.

En relación el deber específico de control, *“contamos en la actualidad un gigantesco marco de intervención jurídica extrapenal, muchas de cuyas normas prevén específicas obligaciones de control, calificando su incumplimiento como infracción y sancionando la misma. En ocasiones será precisamente el nivel de gravedad del hecho o la concurrencia de determinados elementos objetivos o subjetivos, lo que determinará la aplicación del régimen legislativo extrapenal o de los tipos penales en cuestión”*⁶⁸.

De lo anterior se extrae la existencia de dos niveles de obligaciones de control: genéricas (principalmente establecidas en normas de carácter mercantil) y específicas (generalmente recogidas en normas administrativas). Mientras las segundas establecen obligaciones detalladas y específicas, las primeras se conforman con genéricas obligaciones de control. Se establecen por lo tanto dos niveles de diligencia, lo que tiene evidente trascendencia en la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica por ausencia de debido control que facilita el delito⁶⁹.

En opinión de FERNÁNDEZ TERUELO, *“para afirmar que estamos ante una omisión relevante de una obligación genérica de control, que puede dar lugar al supuesto del apartado b) del art. 31 bis 1 y con ello al delito de la persona jurídica, será necesario acreditar –por quien ejerce la acusación- que el superior (o directivo) conoció la irregularidad y por ello estuvo en condiciones (precisamente por su posición jerárquica) de evitar el delito, incluyendo los supuestos identificables como ignorancia deliberada”*⁷⁰.

De forma contraria, si estamos ante una obligación de control específica, el mero incumplimiento (siempre que se acredite que favoreció el delito), será suficiente para exigir la responsabilidad penal a la persona jurídica, sin que sea necesario acreditar que el sujeto obligado a controlar conoció la irregularidad que dio origen al delito. *“La justificación de este distinto tratamiento viene motivada,*

⁶⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p.7.

⁶⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., pp. 12-13.

⁷⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p.12.

precisamente por el carácter genérico y escasamente concretado de las primeras, frente al carácter específico y –por lo general- bien delimitado de la segunda”⁷¹.

A efectos **comparativos entre los apartados a) y b) del artículo 31 bis** del Código Penal, PORRES ORTIZ señala que el precepto en cuestión denota una distinción entre directivo y personal, en que el subalterno debe estar bajo el mando y supervisión del personal directivo, conociendo la complejidad de la organización jerárquica, habrá organizaciones en las que la distinción administrador-empleado sea clara, y otras organizaciones en las que haya cientos de personas con poder de decisión, por lo que esta diferenciación será de mayor dificultad. Dentro de una gran empresa pueda haber decenas de personas o centenares con facultades de organización y control organizadas con criterios jerárquicos, por lo que la simple relación de subordinación no es un criterio suficientemente preciso.⁷²

El Código Penal establece un tratamiento penal más exigente cuando el delito es cometido por un directivo que cuando es cometido por personal subordinado por lo que es necesario establecer un criterio sólido que diferencie ambos grupos. Así, en el grupo de directivos han de incluirse los administradores de la sociedad, los representantes legales con poderes generales y los demás directivos que ejerzan su función con las notas propias del administrador de hecho que son, como ya se indicó anteriormente, participar activamente en la gestión y dirección de forma permanente y actuar sin estar sometido a esferas superiores de aprobación, esto es, con autonomía e independencia y con amplio poder de discrecionalidad.⁷³

⁷¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p.13.

⁷² PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

⁷³ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *La responsabilidad penal de los directivos de la empresa, cit.*,

3.3 COMPLIANCE

Son los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 31 bis del Código Penal los que establecen la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica para aquellos casos en los que se adoptara un modelo de prevención de delitos.

Para que se dé la eximente, es necesario que la persona jurídica **implante** y mantenga eficazmente un modelo de prevención de delitos que sea preventivo, es decir, que **ayude a evitar 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.*”⁷⁴

La ejecución eficaz de la estructura del modelo de prevención adecuado y la efectiva operatividad de sus instituciones, procedimientos y normas, 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*.

Son diversas las cuestiones que suscitan los modelos *compliance*. En este apartado se ha optado por analizar su concepto, función y objetivo, así como su carácter fundamentalmente voluntario y las condiciones y contenido que ha de tener para que opere la eximente de responsabilidad penal. También se perfilará la figura del *compliance officer*, para concluir con la relación entre el derecho de la persona jurídica a no autoincriminarse y los modelos *compliance*.

Por lo que se refiere al **concepto** para tener una aproximación, es posible acudir a la definición dada por ANTICH SOLER. *Compliance* es “*un conjunto de elementos que configuran un área del saber relacionado con la forma de proceder correctamente las personas físicas y las personas jurídicas en aras de respetar todo el conjunto normativo existente tanto de hard law como de soft law.*”⁷⁵ También puede entenderse como “*aquellos mecanismos*

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M; RAGUÉS I VALLES, R. y ROBLES PLANAS, R. y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. 2018, pp.238-239.

⁷⁵ ANTICH SOLER J. Tesis Doctoral *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Barcelona, 2017.

*autorregulatorios, instaurados por las propias personas jurídicas, para evitar o reducir el riesgo de comisión de delitos en su seno*⁷⁶. Estos modelos, que recogen lo que se denomina “*Compliance penal*”, se configuran como un supuesto de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sujeto a ciertas condiciones.

De lo anterior se extrae que el establecimiento de un *compliance program* está dirigido a las personas físicas, para hacer de contrapeso con relación a los defectos de organización que pueden llegar a existir en las personas jurídicas.

Hay que aclarar que el **objetivo** de la creación de estos programas de cumplimiento no es el de intentar “*evitar repercusiones penales, sino que lo que se quiere es que se busque y se consiga una ética empresarial*”.

Como ya se ha comentado en el apartado referido a la evolución histórica, el concepto fue introducido por el legislador en el Código penal tras la reforma llevada a cabo en el año 2015, inspirado en los modelos de *compliance* estadounidenses como una causa de exención de la responsabilidad penal. No obstante, de acuerdo con el artículo 31 bis del Código Penal, y según BACIGALUPO, los modelos de organización y gestión para poder ser una causa eximente deben cumplir una serie de **requisitos**: (i) deben incluir “*medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”: (ii) deben establecer un “*órgano en la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención*”; además, señala el Código penal que éstos podrán tener el efecto eximente (iii) “*siempre que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano o los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención*”⁷⁷. El legislador reconoce, por tanto, la existencia de un riesgo implícito en la actividad de las

⁷⁶ PALMA HERRERA, J.M. y AGUILERA GORDILLO, R., *Compliances y Responsabilidad Penal Corporativa*, cit., pp. 50-51.

⁷⁷ BACIGALUPO, S. “Compliance” *Revista en Cultura de la Legalidad*, 21. 2021, p.267.

personas jurídicas de que se cometan delitos, y se amplía, en consecuencia, la efectividad de dichos modelos a la reducción del riesgo de comisión⁷⁸.

Destaca que el Código Penal **no impone como tal, la obligación social de implementar un modelo de prevención** de delitos. No obstante, si *“su falta de implementación llegara a producir un perjuicio económico a la sociedad, no habría que excluir que el órgano de administración pudiera haber cometido un delito de administración desleal”*.⁷⁹ Destaca también, que un programa de **compliance no es un programa estándar**, ni siquiera en cuanto a una misma actividad, como indican las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/2010 y 1/2016.

Los citados modelos de prevención solo están contemplados como causa eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que como tal no eximen de responsabilidad a la persona física que actuó. Para poder cumplir con dicho objetivo de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, un programa de cumplimiento consta de **cuatro elementos esenciales** a las que el Código penal hace referencia en su art. 31 bis 5.

1- Prevención de riesgos: en opinión de BACIGALUPO, la fase de prevención consta de mapa de riesgos de la actividad empresarial, protocolos internos, integración de los procesos, y centralización de la función del *compliance officer*. En la misma línea señala la Circular 1/2016, que se trata de *“identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales”* derivados de todas las actividades desarrolladas por la sociedad. Esta labor de identificación exige además una priorización de los riesgos detectados y su constante actualización y revisión periódica⁸⁰.

Esta exigencia, hace necesaria la previa definición de un organigrama y de las funciones y responsabilidades correspondientes a cada área de la

⁷⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, España, 2020, pp. 29 y ss.

⁷⁹ BACIGALUPO, S. “Compliance”, *cit.*, pp. 267.

⁸⁰ ALMODOVAR PUIG, B., *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Madrid, 2021. pp. 91 y 92.

persona jurídica, antes de proceder a la implementación de los concretos procedimientos y controles⁸¹.

- 2- Detección. A tal efecto, la entidad debe contar con canales de denuncia tanto internos como externos. Es relevante señalar que, aunque sean denuncias anónimas, la empresa debe garantizar la inexistencia de represalias a los trabajadores denuncien. En cualquier caso, en la configuración del canal de denuncias habrá de observarse lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales⁸².
- 3- Reacción: Una vez detectado un incumplimiento o infracción del código de conducta, el departamento de *compliance* debe iniciar una investigación interna y *“en caso de poderse afirmar la existencia de una infracción, es necesario que lleve aparejada una consecuencia disciplinaria”*⁸³.
- 4- Seguimiento: por último, el cuarto y último pilar de un programa de *compliance* es el seguimiento, verificación y actualización del programa de prevención. Se trata por tanto de revisiones condicionadas a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 31.bis 5, 6º, con la finalidad de constatar la eficacia del modelo. Dicha labor de monitorización será realizada por los órganos de control designados en cada caso, pudiendo ser revisada por un órgano independiente. Se establece que *“el hecho de que no se hayan puesto de manifiesto casos de infracción no debe llevar a la errónea conclusión de que el programa no funciona”*⁸⁴.

Para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, es necesario que la supervisión, vigilancia y control sean encargados a una persona u órgano que deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Disponer de poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los

⁸¹ PALMA HERRERA, J.M. y AGUILERA GORDILLO, R., *Compliances y Responsabilidad Penal Corporativa*, op. cit., p.56.

⁸² ALMODOVAR PUIG, B., *La Responsabilidad Penal*, cit., pp. 95 y 96.

⁸³ BACIGALUPO, S. “Compliance”, cit., pp.269.

⁸⁴ BACIGALUPO, S. “Compliance”, cit., pp.269.

controles internos: Una de las características de la función debe ser su capacidad para tomar decisiones por cuenta propia y sin depender de la autorización de otros órganos, teniendo autonomía operativa y presupuestaria para llevar a cabo las investigaciones y ejecutar las medidas que considere apropiadas para garantizar el cumplimiento normativo.

2. Que no se produzca una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones: *“La determinación del límite que demarca el cumplimiento y la omisión en el ejercicio de sus funciones es una cuestión no exenta de dificultad, no existiendo todavía en nuestro país jurisprudencia sobre la materia.”*⁸⁵ Por ello se exige al *Compliance Officer* la máxima diligencia (Diligencia debida) en el desarrollo de sus funciones.
3. Cumplir con el deber de informar los posibles riesgos e incumplimientos: *“Esta obligación está en consonancia con la posición de garante del Compliance Officer, tanto frente a la empresa como a terceros.”*⁸⁶

En este apartado, conviene resaltar también la importancia de la figura del **compliance officer**, este es *“un garante del cumplimiento normativo por expresa delegación de funciones contractualmente asumida y además prescrita por la legalidad”* y en el caso de que *“estuviera dotado de autonomía, independencia, iniciativa y asignación presupuestaria suficientes, con recursos económicos, jurídicos y técnicos para hacer frente a la responsabilidad que asume”*, podría surgir su responsabilidad penal a través de la comisión por omisión del artículo 11 Código Penal.

El *Compliance Officer* no está definido en la legislación española. No obstante, las funciones de supervisión y vigilancia sí están contempladas en el artículo 31 bis del Código Penal.

Por otra parte, como advierten las Circulares 1/2011 y 1/2016, **la mera comisión del delito no anula ipso facto el modelo de prevención**, este se ve afectado en función de *“la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la*

⁸⁵ Garberi Penal, *Análisis de la figura del Compliance Officer*, cit.,

⁸⁶ Garberi Penal, *Análisis de la figura del Compliance Officer*, cit.,

corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.” Por eso, CUGAT MAURI señala que “la eficacia de las *compliance* quedará debilitada en extremo si se han cometido los delitos dolosos para los que se había propuesto un modelo idóneo de prevención.”⁸⁷ Por lo que hay quien ha llegado a proponer que solo tenga vigencia el sistema de exención de responsabilidad en el caso de los delitos imprudentes.

Debe mencionarse que es el juez el encargado de valorar de la validez de las *compliance* para eximir la responsabilidad, se evita en todo caso la autorregulación corporativa que puede utilizarse para maquillar la comisión de delitos. Con independencia de la existencia o no previa de modelos de *compliance* “la responsabilidad penal deberá depender de la actitud corporativa en el momento de cometerse el delito desarrollando o no una conducta adecuada de observancia del deber objetivo de cuidado para evitarlo.”

En relación con los programas *compliance*, surge la cuestión de del derecho de la persona jurídica a no autoincriminarse o ***nemo tenetur***. Esta materia es tratada por GOENA VIVES, diferenciando a las diferentes personas físicas que integran la entidad.

Por un lado, se encuentran el derecho de las personas físicas vinculadas a los intereses de la persona jurídica, (tales como administradores, socios, abogados externos, consultores, o trabajadores de la entidad). La diferente posición en que se encuentran cada uno de estos agentes, supone que para determinar el alcance del *nemo tenetur* corporativo, “sea necesario atender al modo en el que los individuos que en mayor o menor medida se encuentran vinculados a la empresa pueden ejercitar su libertad de declarar”⁸⁸.

Por otro lado, la posibilidad de reconocer un *nemo tenetur* a las personas jurídicas en materia penal, es admitida por la legislación procesal penal que ha

⁸⁷ CUGAT MAURI. M., “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” Revista de Derecho y Proceso Penal, 2015.

⁸⁸ GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penales de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis de fundamento material de la sanción corporativa”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021. p.22.

reconocido el “derecho” de las personas jurídicas a guardar silencio, a no confesarse culpables y a no declarar contra sí mismas.

Sobre esta materia concluye GOENA VIVES que *“el nemo tenetur puede entenderse como una garantía constitucional de naturaleza estrictamente procesal, orientada a que el procesado sea contraparte del Estado. Sin embargo, este fin es difícilmente compatible con el rol de co-agentes del Estado que el régimen de autorregulación que el art. 31 bis y ss. Del Código Penal impone a las personas jurídicas”*⁸⁹. Afirma que, aunque la pena corporativa se orienta a la colaboración, *“conviene proteger la información que se deriva de los programas de compliance. De lo contrario, puede generarse el efecto político criminalmente indeseable de desincentivar la autorregulación empresarial”*⁹⁰.

3.4 CULPABILIDAD.

Respecto a la culpabilidad de las personas jurídicas, encontramos al menos tres puntos de partida.⁹¹ *“En primer lugar, estimar que no es preciso mantener la exigencia de culpabilidad cuando el infractor es una persona jurídica. En segundo lugar, acudir a una culpabilidad por representación, es decir, a la persona jurídica se le imputaría la culpabilidad de la persona física realmente actuante. En tercer lugar, cabe elaborar una forma de culpabilidad específica para las empresas o entes colectivos”*.⁹²

*“La responsabilidad penal de la persona jurídica es accesoria y necesita que una persona física haya cometido un delito. Esa accesoriidad es limitada a la tipicidad y antijuricidad, resultando irrelevantes la culpabilidad, punibilidad y perseguibilidad.”*⁹³ En cuanto a la culpabilidad, el artículo 31 ter 2 del CP ya dice que *“las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado no excluirán ni modificarán la responsabilidad de las personas jurídicas”* el propio artículo añade que tampoco modificará la responsabilidad penal de la persona jurídica el hecho

⁸⁹ GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penales de las personas jurídicas”, cit., 2021. p.42.

⁹⁰ GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penales de las personas jurídicas”, cit., p.1.

⁹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ C. *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 2015, p.139.

⁹² GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., pp. 127.

⁹³ CADENA SERRANO F. “El estatuto penal de las personas jurídicas”, en Gómez-Jara Diez (Coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Aranzadi, Navarra, 2018, p.74.

de que la persona física haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia. Sobre el presupuesto de esa accesoriad limitada o media se entiende que, aunque el legislador no se pronuncie sobre la eficacia en la responsabilidad de las personas jurídicas de la concurrencia de causas de justificación en la persona física, el principio de unidad del ordenamiento jurídico⁹⁴ debería conducir a la exclusión de responsabilidad de la persona jurídica.

En lo relativo al presupuesto de la misma accesoriad media no tendrían eficacia en esa responsabilidad de la persona moral las causas de inimputabilidad, inculpabilidad o excusas absolutorias de las personas físicas.

*“Pero la accesoriad solo nos habla de la responsabilidad de la persona jurídica. En cuanto a la culpabilidad de la persona jurídica debe destacarse que no parece compatible con el principio de culpabilidad personal del artículo 5 del Código Penal y que el defecto de organización en que pudiera basarse parece propio de las personas físicas que trabajan para ella. Por eso se ha explicado que ese estado de cosas creado por el defecto de organización podría combatirse simplemente con las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.”*⁹⁵

El Código Penal no distingue entre su responsabilidad dolosa o culposa. Y es que esos defectos de organización podrían ser dolosos o imprudentes, de admitirse, esa distinción entre dolo y culpa de la persona jurídica las combinaciones con el dolo o imprudencia de la persona física y de la persona jurídica podrían alcanzar la curiosidad intelectual más enrevesada.⁹⁶

3.4.1 CONSTRUCCIONES ESPECÍFICAS DE LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Una amplia corriente de la doctrina científica sostiene y afirma la culpabilidad en las personas jurídicas. El problema es la delimitación del concepto de

⁹⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M. El estatuto penal de las personas jurídicas”, en Gómez-Jara Diez (Coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Aranzadi, Navarra, 2018, p.74.

⁹⁵ BOLDOVA PASAMAR, M.A. El estatuto penal de las personas jurídicas”, en Gómez-Jara Diez (Coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Aranzadi, Navarra, 2018, p.74

⁹⁶ Silva Sánchez, J. El estatuto penal de las personas jurídicas”, en Gómez-Jara Diez (Coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Aranzadi, Navarra, 2018, p.73.

culpabilidad, de manera que unos han optado por apoyar los conceptos clásicos de persona jurídica, mientras que otros han desarrollado nuevos conceptos de culpabilidad diferenciándose del concepto clásico del Derecho penal tradicional.⁹⁷ Esta corriente parte de la concepción de la culpabilidad de las personas físicas vinculada a la libertad individual.

Sin embargo, en la Sala 3. del Tribunal Supremo, en alguna resolución parece que se acepta un concepto de culpabilidad análogo al de las personas físicas, entre otras, cabe destacar la STS de 6 de junio de 2007.⁹⁸

El Tribunal Constitucional español ha realizado un ensayo sobre el concepto de culpabilidad aplicable a las personas jurídicas, del que podemos extraer: ⁹⁹

“Esta construcción diferente de la imputabilidad de la autoría a la persona 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”¹⁰⁰

De la afirmación del Tribunal Constitucional se entiende que equipara culpabilidad y capacidad infractora, pero existe la posibilidad de hablar de capacidad de infracción y sostener la ausencia de culpabilidad, tanto en las personas físicas, como en las personas jurídicas.¹⁰¹

3.4.2 LA CUESTIÓN DEL DOLO Y DE LA IMPRUDENCIA.

El dolo y la culpa son dos elementos establecidos para las personas físicas, por lo que encontramos un alto grado de complejidad en la diferenciación entre infracciones dolosas o culposas cometidas por personas jurídicas. Es imprescindible realizar una construcción del dolo y la imprudencia en los entes

⁹⁷ BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal*, cit., pp.156 y ss.

⁹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p. 133.

⁹⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p. 133.

¹⁰⁰ SSTC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 129/2003, de 30 de Junio, FJ 8.

¹⁰¹ BAJO FÉRNADEZ M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*. p.28.

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 *“No hay pena sin dolo o imprudencia.”* y 10 *“Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”* del Código Penal *“no han sido modificados a pesar de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.”*

*Se entiende que estos establecen la concurrencia de dichos elementos subjetivos sin excluir el caso de los delitos cometidos por personas jurídicas.”*¹⁰²

Lo que atañe a las razones del Derecho positivo, que apoya la idea de considerar el hecho doloso o culposo del agente individual en concreto, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha supuesto una modificación de los artículos 5 y 10 del Código Penal, estos, indiscutiblemente aluden la necesidad de concurrencia de dolo o culpa para la existencia del delito.¹⁰³

GÓMEZ TOMILLO sostiene¹⁰⁴, *“que tampoco parece razonable exigir más a las personas jurídicas que a las físicas, por lo que dentro del catálogo de delitos cometidos por personas jurídicas se encuentran algunos tan sólo punibles cuando son cometidos dolosamente, acreditando que en el seno de la persona jurídica se actuó tan sólo de forma imprudente, deberá procederse a la absolución de la persona jurídica”.*¹⁰⁵ Esto es lo que sucede con los delitos relacionados con el urbanismo o los delitos relativos a la hacienda pública.

Los delitos que puedan ser cometidos imprudentemente por personas físicas también los pueden cometer personas jurídicas, como por ejemplo ocurriría con los delitos relacionados contra el medioambiente y los recursos naturales. Para estos delitos el Código Penal exige que concurra imprudencia grave y se acredita

¹⁰² GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.159.

¹⁰³ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.163.

¹⁰⁴ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.165.

¹⁰⁵ ZUGALDÍA ESPINAR. J.M. *La responsabilidad penal de las empresas* p.276 y del mismo autor *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas* p.90.

que la persona física actuó con imprudencia leve, se procederá a la absolución de la persona jurídica.¹⁰⁶

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, o de la infracción administrativa, cometidos por personas jurídicas. Al contrario, entendemos que debe se trata de datos que deben ser concebidos en la culpabilidad como defecto de organización (independientemente de la consideración que tenga en el delito la persona física). 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.¹⁰⁷

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 trata responsabilizar a personas jurídicas. *“Tal construcción es incompatible con la idea de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es autónoma, no vicaria con relación a la de persona física alguna.”*¹⁰⁸

Se presenta un alto grado de complejidad en el intento de compatibilizar la individualización de la persona física para responsabilizar a la persona jurídica con la exigencia de que los hechos se lleven a cabo de forma dolosa o imprudente por una persona física, por lo que se deberá individualizar al sujeto físico para acreditar el dolo o la culpa.

La solución que propone GÓMEZ TOMILLO¹⁰⁹ a esta problemática es que el dolo o la imprudencia de la persona física constituyen elementos del juicio de culpabilidad de las personas jurídicas, si no logra acreditarse que ocurrió uno u otro (dolo y culpa), deberá elegirse la solución menos gravosa para el infractor sobre la base del *principio in dubio pro reo*. Cuando se exija responsabilidad

¹⁰⁶ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.164.

¹⁰⁷ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.168-169.

¹⁰⁸ FEIJOO SÁNCHEZ B. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva* p.134.

¹⁰⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.172.

penal a una persona jurídica deberá individualizarse al sujeto actuante u omitente.

3.5 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

De acuerdo con MENDO ESTRELLA, nuestro código penal recoge en el artículo 31 quater las circunstancias que pueden atenuar la pena de la persona jurídica al señalar que *“Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las 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.”

Dispone FERNÁNDEZ TERUELO, que se trata de un catálogo cerrado de atenuantes cuya exclusividad se refuerza con la expresión <solo> con la que inicia el precepto¹¹⁰.

En relación con el anterior precepto, puede observarse cierta similitud respecto de las atenuantes previstos para las personas físicas. Para algunos autores “la

¹¹⁰ FERNÁNDEZ TERUELO J., *Instituciones de derecho penal y económico de la empresa*, cit., pp 1135-136.

responsabilidad penal de la persona jurídica puede verse atenuada solo cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en las letras a) a d), todas posteriores a su comisión y que, en parte, recuerdan a algunas de las atenuantes previstas para las personas físicas en el artículo 21 del Código penal¹¹¹.

Cada una de las circunstancias atenuantes serán objeto de análisis a continuación.

3.5.1 CIRCUNSTANCIA DE CONFESION

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.

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 responsabilidad¹¹².

La confesión además de concebirse en concepto de atenuante también puede servir como prueba incriminatoria a lo largo del proceso, siempre que se dé 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.

Las cuestiones fondo tratan de definir qué se entiende por hechos propios, discernir 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

¹¹¹ MENDO ESTRELLA, A. *El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Ávila, 2017, p.132.

¹¹² GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.277.

ajenos ostenta la declaración de testigo. Así, los hechos propios son hechos cometidos por las personas físicas pero que derivan en responsabilidad penal de la persona jurídica (empresa), para ello es imprescindible la confesión de la persona jurídica a través de su representante legal.

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 Constitucional¹¹³ en los procedimientos administrativos.

En consecuencia, deberán tener reconocidas las garantías procesales del artículo 24.2 de la Constitución Española: *“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.”*

Por lo que respecta a las cuestiones de forma, existen diversos aspectos 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.

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.

¹¹³ SSTC 18/2005, de 1 de febrero de 2005 y 68/2006, de 13 de marzo de 2006.

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.

3.5.2 CIRCUNSTANCIA DE REPARACIÓN

La atenuante de reparación se regula en el artículo 31 quater c) del Código Penal, planteando también dos problemas, uno respecto a las cuestiones de fondo y otro respecto a las cuestiones de forma.

En relación con las cuestiones de fondo, en lo relativo a la reparación en los delitos por los que se puede hacer responsable a la persona jurídica, la atenuante de reparación alude al daño sin realizar ningún tipo de especificación sobre qué tipos de daños pueden ser reparados, pueden ser los daños contra el patrimonio o bien, los daños morales.

Para GOENA VIVIES, respecto 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. 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.¹¹⁴

En cuanto a las cuestiones de forma, se analizan los modos de reparar el daño y los requisitos de la atenuante de reparación.

En la reparación del daño en el ámbito de las personas jurídicas el legislador no ofrece una distinción entre empresas grandes, medianas o pequeñas, siendo las empresas pequeñas las más perjudicadas en lo que a la reparación del daño respecta. También destaca la mediación como otra vía de reparación de daños.

¹¹⁴GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penales*, cit., pp.322-323.

Lo relativo 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. Es obligatorio que la persona jurídica repare el daño antes del comienzo del juicio oral, de no ser así, no se podrá apreciar la circunstancia atenuante de reparación.

3.5.3. CIRCUNSTANCIA DE COLABORACIÓN

La atenuante de colaboración se regula en el artículo 31 quater b) del Código Penal. En ocasiones, la colaboración implica consecuencias desfavorables para la persona jurídica ya que, aun colaborando con la Justicia, hay casos en que la entidad no queda libre de sanción.

Los problemas que plantea esta atenuante se dividen en dos grupos, cuestiones de técnica legislativa y cuestiones de derechos fundamentales.

Sobre las cuestiones de técnica legislativa puede apuntarse que la colaboración puede ser voluntaria o puede ser obligatoria, por ejemplo, la colaboración a solicitud de las autoridades.

Esto no implica la existencia de una obligación de la persona jurídica de cumplir con la obligación de colaborar. Si de una obligación se tratara no se rebajaría la sanción por colaborar, sino que, por el contrario, se impondría una sanción por no hacerlo.

Sobre las cuestiones de derechos fundamentales, destacan entre otros los problemas de la confidencialidad abogado-cliente, así como el límite de las investigaciones internas.

En relación con la 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 respecta a las investigaciones internas, aparece un cierto antagonismo entre el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 36 de la Constitución Española y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

“En el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores se contemplan un elenco de pautas para el registro, mientras que en los artículos 36 de la Constitución Española y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores otorgan al empresario algunas facultades denominadas de policía privada”.¹¹⁵

3.6. TENTATIVA

De acuerdo con la STS 671/2017, de 11 de octubre¹¹⁶, la tentativa del delito **supone** la puesta efectiva en peligro del bien jurídico protegido. Según el Tribunal Supremo, para poder afirmar que un delito está en fase de ejecución, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Que haya univocidad. Esto se refiere a que los actos exteriores, sean reveladores de la voluntad de delinquir.
- Que exista una proximidad espaciotemporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito.
- Y que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación.

Vistos los requisitos anteriores, en opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, puede razonarse que, si se acepta que las personas jurídicas pueden delinquir, **cabría** simultáneamente, estimarse la **posibilidad** de que tales delitos les fuesen imputados cuando no llegasen a consumarse, al permanecer en el estadio de imperfección del delito intentado.¹¹⁷

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en su STS 742/2018, de 7 de febrero de 2019¹¹⁸, ha admitido en su Fundamento Séptimo que las personas jurídicas

¹¹⁵ GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal*, cit., p.308.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 671/2017 de 11 de octubre, nº de Recurso 713/2014.

¹¹⁷ ZUGALDÍA ESPINAR J.M. *La responsabilidad penal de las empresas*, cit., GONZÁLEZ SIERRA P. *La imputación penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, 2014, p.372.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 165/2019 de 19 de mayo 2020, nº de Recurso 2932/2018.

pueden cometer un hecho delictivo tanto en grado de consumación como en grado de tentativa.

Son varios, los autores que respaldan esta posibilidad. Así, en opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, al optar el legislador por un sistema cerrado de enumeración taxativa de aquellos delitos susceptibles de generar responsabilidad penal para personas jurídicas, para que nazca dicha responsabilidad, *“es necesario que la persona física haya cometido, o intentado cometer, alguno de estos delitos, a los que la ley habilita expresamente para generar esta responsabilidad”*¹¹⁹.

En la misma línea, PALMA HERRERA, y AGUILERA GORDILLO señalan que, en los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica, el Código Penal exige de manera genérica la comisión de un delito. *“A tal efecto, entendemos incluidos los supuestos de comisión tanto a título de autor como de partícipe, del mismo modo que resulta en un principio irrelevante que el delito haya sido consumado o haya quedado en grado de tentativa”*¹²⁰

Para GÓMEZ TOMILLO, las personas jurídicas en sí mismas no actúan ni dolosa ni imprudentemente. Pero ello no impide imputar a la persona jurídica el delito intentado¹²¹.

El autor sostiene que la tentativa de delito imputable a las personas jurídicas se funda en razones preventivo-generales. Por lo tanto, sería posible 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 15¹²² y 16¹²³ del Código Penal, siempre que sea compatible con la punición de estadios de imperfecta realización del tipo”*¹²⁴

¹¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Programas de Cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2020, p. 112.

¹²⁰ PALMA HERRERA, J.M. y AGUILERA GORDILLO, R., *Compliances y Responsabilidad Penal Corporativa*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p.29.

¹²¹ GÓMEZ TOMILLO M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.199.

¹²² Art. 15 CP: *“Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito”*.

¹²³ 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.”*

¹²⁴ GÓMEZ TOMILLO M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.198.

Razona que, el artículo 15 del Código Penal no indica si el sujeto activo es una persona física o jurídica. Por su parte, el artículo 16 del Código Penal establece que hay tentativa cuando hay ejecución del delito por personas físicas, pero ello no impide que esos actos de ejecución sean realizados por los sujetos a los que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal, en relación con los hechos imputables a las personas jurídicas. Así, si la tentativa sería sancionable cuando concurren los requisitos para ello.

No obstante, para GÓMEZ TOMILLO, las reglas de la tentativa “*deben concebirse como causas de ampliación de la punibilidad y, como tales, requieren de una interpretación restrictiva, exactamente igual que las normas reguladoras de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”¹²⁵.

3.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

3.7.1. Autoría

Cabría plantear la posibilidad de si los artículos 27 y siguientes del Código Penal resultan de aplicación a las personas jurídicas.

Sobre esta cuestión se pronuncia GÓMEZ TOMILLO¹²⁶ valorando la posibilidad de admitir un concepto unitario o un concepto restrictivo de autor, apostando por este último en base fundamentalmente en el concepto restrictivo del Derecho Penal tradicional.

Dentro de la autoría es preciso distinguir entre la autoría inmediata individual, la autoría mediata y la coautoría.

- La **autoría inmediata individual** es perfectamente admisible en el caso de las personas jurídicas ya que se da cuando es posible imputar a una sola persona jurídica el hecho descrito en el tipo.

- Por su parte, **la autoría mediata**, recogida en el artículo 28 del Código Penal¹²⁷ alude al uso instrumental de un sujeto, por parte de otro, para

¹²⁵ GÓMEZ TOMILLO M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.200.

¹²⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal*, cit., p. 201.

¹²⁷ Artículo 28 del Código Penal “*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*”

conseguir un objetivo en beneficio de este último. La cuestión de si podría o no admitirse esta autoría en el supuesto de las personas jurídicas se resuelve en sentido afirmativo en los supuestos en los que actúan pluralidad de sociedades, donde la sociedad que aparece como responsable del delito está dominada por la sociedad que impone la actuación penalmente relevante. Según GÓMEZ TOMILLO, el elemento de la tipicidad, sigue un juicio principalmente valorativo, por lo que no habría problema alguno en atribuir responsabilidad penal en el caso de las personas jurídicas, tanto a la entidad dominante como a la dominada. Por su parte, el elemento de la culpabilidad, entendido como defecto de organización, ha de observarse en ambas entidades para que sea exigible la responsabilidad penal. Debe mencionarse que en lo relativo al principio *non bis in idem*, nos encontramos ante sujetos diferentes, susceptibles de imputación de derechos y deberes distintos, por lo que no existe problema alguno.

- Por su parte, la **coautoría** puede entenderse como el supuesto de intervención de una pluralidad de sujetos en la realización de los hechos recogidos en el tipo, en igualdad de condiciones. En teoría, este tipo de autoría se aplica a las personas jurídicas en base al artículo 28 del Código Penal.

Cabe destacar que, en supuestos de coautoría podría resultar de aplicación la acumulación de sanciones personales por los mismos hechos en personas físicas y jurídicas, en virtud del artículo 31 ter¹²⁸ del Código Penal. La razón que sustenta la responsabilidad conjunta es meramente preventiva, *“ya que tiene el objetivo de evitar que el administrador pueda*

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”

¹²⁸ Artículo 31 ter del Código Penal: “1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.”

*protegerse en la responsabilidad colectiva de la persona jurídica, a la hora de cometer una infracción o un hecho sancionable”.*¹²⁹

La cuestión no está libre de debate. Hay quien lo critica apoyándose en la incompatibilidad con el principio de personalidad de las sanciones¹³⁰, mientras que otro sector acepta la construcción legal, indicando que cabe la responsabilidad conjunta en tanto la persona jurídica ha contribuido a la puesta en peligro del bien jurídico.¹³¹

3.7.2. PARTICIPACIÓN.

Son diversas las posibles formas de participación de las personas jurídicas en el hecho delictivo. En este sentido, se admite la “inducción de personas jurídica a persona jurídica; inducción de persona jurídica a persona física, inducción de persona física a jurídica.”¹³²

La inducción, concebida como el hacer surgir en otro la decisión de realizar un comportamiento delictivo, tiene cabida en la esfera de las personas jurídica, ya que, 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 esta línea argumental, sería adecuado acumular las responsabilidades derivadas de las 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 instigación¹³³, siempre que la persona jurídica inductora y la inducida sean autónomas, es decir, tengan la capacidad de adoptar decisiones independientes. En otro caso, si nos encontramos ante la sociedad matriz dominante y filial dominada, la cuestión deberá tratarse mediante la autoría mediata anteriormente comentada.

¹²⁹ GÓMEZ TOMILLO M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.230.

¹³⁰ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO A. *La responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del mercado de valores y protección del inversor*, Madrid, 1999.

¹³¹ NAVARRO CARDOSO F. *Infracción administrativa y delito*, Las Palmas de Gran Canaria, 2001, p.57.

¹³² GÓMEZ TOMILLO M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.233.

¹³³ GÓMEZ TOMILLO M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., pp.231-233.

En materia de participación, es posible considerar a la persona jurídica como **cooperadora necesaria** en la comisión del hecho delictivo siempre y cuando se reúnan las siguientes circunstancias: “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.”¹³⁴

Sin embargo, en palabras de FERNÁNDEZ TERRUELO “*no es fácil que se den casos de cooperación. Las razones fundamentalmente son dos; la primera es la previsión como sujeto activo típico del administrador hecho (...) la segunda, que los delitos societarios son delitos de medios determinados, se persiguen conductas como falsear, votar, negar información a las autoridades administrativas, etc. En las que normalmente solo intervienen los órganos legitimados y en las un <extraneus> difícilmente puede representar papel alguno*”¹³⁵.

4. PENAS APLICABLES.

Antes de analizar las posibles sanciones a las personas jurídicas, es fundamental indagar en la finalidad pretendida por ellas. Este punto de partida es necesario porque de esta cuestión se derivan aspectos tan importantes como “*la legitimidad de la pena; la elección del mejor catálogo de penas orientado a ella; el establecimiento del criterio de elección entre penas alternativas y, en buena parte, los criterios para la determinación de la pena*”.¹³⁶

¹³⁴ GÓMEZ TOMILLO M. *Introducción a la Responsabilidad Penal*, cit., p.227.

¹³⁵ FERNÁNDEZ TERUELO J., *Los delitos societarios*, cit., p.69.

¹³⁶ BAUCCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010*, Barcelona, 2010, p.176.

El debate comienza por el hecho de pretender sancionar a un ente, la persona jurídica, “*que no dispone ni de capacidad de sentir dolor, ni de capacidad de razonar, ni de capacidad de culpabilidad.*”¹³⁷ Por este motivo, diversos autores se han manifestado en contra de la posibilidad teórica de una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para otros el **argumento** principal consiste en que, si los entes colectivos tienen voluntad corporativa y ésta se construye por parte de sus miembros, que son los que actúan en su interés o representación (directivos, trabajadores, socios, etc.). Nada impide considerar que las penas pueden desarrollar efectos preventivos sobre los entes colectivos.¹³⁸

Prevé el legislador un **amplio catálogo** de penas específicas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para lo cual, se añade un apartado 7 en el artículo 33 del Código Penal. Cada una de las penas se analizará más adelante.

4.1 LA PENA DE MULTA.

La pena de multa es la pena más importante prevista en el Código Penal para las personas jurídicas, funciona en régimen de pena única.¹³⁹ Es la pena principal impuesta en la mayoría de los supuestos de responsabilidad penal societaria, supone la privación a las personas jurídicas condenadas de una parte de su patrimonio.¹⁴⁰

Como se indica en la Exposición de motivos de la Reforma Penal de 2010 “*es la **pena común y general** para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas solo para supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis*”.

La multa societaria, tiene efectos disuasorios y preventivos en la comisión del delito, dada la importancia del mantenimiento del patrimonio en la mayoría de las sociedades. A su vez, la pena, tiene **efectos** preventivo-integradores, ya que, al

¹³⁷ BAUCCELLS LLADÓS, J. *Las penas previstas para la persona jurídica*, cit., p.178.

¹³⁸ BAUCCELLS LLADÓS, J. *Las penas previstas para la persona jurídica*, cit., p.178.

¹³⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial*, Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Constitutio Criminalis Carolina, D.L, Oviedo, 2013, p.197.

¹⁴⁰ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.207.

verse directamente perjudicados los socios y accionistas, exigen a sus administradores y empleados una cultura corporativa de respeto a la ley penal.¹⁴¹

En opinión de BAUCELLS LLADÓS, nos encontramos ante una pena de fácil aplicación, de fácil cumplimiento, de gran flexibilidad, ya que su ejecución supone costes muy bajos para el estado en relación a los ingresos que proporciona. Destaca que es una pena **idónea para alcanzar los fines preventivos** que persigue.¹⁴²

La única pena que puede recaer sobre la persona jurídica a la hora de sancionar es la de multa, por lo que la pena de multa es la opción más recurrente para los Fiscales en sus escritos de acusación, *“salvo que la gravedad, difusión de los perjuicios y/o especiales circunstancias de la conducta de la que se responsabilice a la corporación, aconsejen otra cosa”*.

Tal y como se indica en la circular 1/2011, de 1 de junio relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, la pena de multa es la pena de mayor utilidad para combatir el desajuste económico derivado del beneficio y/o ahorros económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva.

En la misma línea la pena de multa es valorada positivamente por DIEZ RIPOLLÉS, al indicar que *“tiene efectos disuasorios preventivos generales y especiales”*¹⁴³, considerando que posee una gran flexibilidad para acomodarse a la gravedad del delito. No obstante, entre sus inconvenientes destaca que puede producir situaciones de desigualdad entre sociedades condenadas por delitos de gravedad semejante debido a la necesidad de realizar valoraciones en cierto modo subjetivas, tales como la capacidad económica, los perjuicios fraudes causados por el hecho delictivo¹⁴⁴.

La pena de multa está **regulada en los arts. 50 y siguientes del Código Penal**, facilitándose tan solo unos pocos parámetros específicos para su

¹⁴¹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit. p. 208.

¹⁴² BAUCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica*, cit., p.190.

¹⁴³ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.208.

¹⁴⁴ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.208.

individualización en el caso de ser impuesta a personas jurídicas; a pesar de no preverse expresamente en la norma, los Fiscales tendrán que realizar una lectura conjunta de la pena de multa a imponer, así como de las atenuantes que concurren en cada caso, de modo que en el supuesto de concurrir varias atenuantes o alguna muy cualificada, ello tenga reflejo en una razonable moderación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

El art. 33.7.a) del Código Penal prevé la posibilidad de imponer la pena de multa bien en la **modalidad de cuotas, bien proporcional**.

“En el primer supuesto, (la multa por cuotas) existen dos índices a tener en cuenta: en primer término, el número de cuotas diarias -nunca inferior a 10 días ni superior a 5 años, según prevé el art. 50.3 del Código Penal-; y en segundo lugar, el importe de cada cuota, para cuya determinación habrá de atenderse a la capacidad económica de la persona jurídica, siendo su importe mínimo de 30 euros y el máximo de 5.000 euros, conforme establece el número 4 del art. 50 del Código Penal.”

Los Fiscales deberán tener en cuenta la información de los resultados económicos de las sociedades mercantiles obtenidos en los ejercicios objeto de investigación y conocidos a través del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, con el objetivo de calcular el importe de la sanción pecuniaria. La multa proporcional, tal y como indica el art. 52 del Código Penal, *“se calcula en atención al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo”*.

En el segundo supuesto, (la multa proporcional), *“se configura como una variable normal de la multa, en el que la cantidad monetaria base del múltiplo se fija en función de cinco criterios, tres de los cuales coinciden sustancialmente con los de la multa proporcional a las personas físicas, a saber, el beneficio obtenido, el perjuicio causado y el valor del objeto”*¹⁴⁵.

A diferencia del silencio que el legislador guarda en esta materia en relación con las personas físicas, se prevé para las personas jurídicas la **posibilidad de efectuar el pago fraccionado** de la multa en el art. 53. 5 del Código Penal,

¹⁴⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.209.

siempre que la cuantía de la sanción penal ponga “*en peligro la supervivencia de aquella, o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general*”, circunstancias que habrán de ser debidamente acreditadas.

En relación con esta posibilidad, indicia DÍEZ RIPOLLES, señala que las dos primeras opciones, relacionan la cuantía de la multa a pagar con los intereses de los acreedores y los trabajadores, mientras que la tercera condición alude a razones más abstractas como el interés general¹⁴⁶.

4.2 LA PENA DE DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.

El art. 33.7 b) del Código Penal establece la pena de disolución de la persona jurídica. En palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, esta pena da lugar a la liquidación y extinción de la persona jurídica, equivale a su muerte a efectos jurídicos.¹⁴⁷

La pena **conlleva** el cese de toda actividad, la clausura de los establecimientos y la liquidación de la sociedad con la consiguiente constancia en los registros mercantiles.¹⁴⁸

La solicitud de la pena de disolución para persona jurídica **se reserva para casos extremos**¹⁴⁹, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los caracteres del denominado delito masa (delitos en los que hay un gran número de perjudicados), “*siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el art. 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación*”.

Tal y como se indicia en el Decreto legislativo italiano 231 de 2000¹⁵⁰, la **aplicación de esta pena es compleja**, ya que pueden verse afectadas por ella

¹⁴⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.211.

¹⁴⁷ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.198.

¹⁴⁸ BAUCCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica*, cit., p.211.

¹⁴⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.198.

¹⁵⁰ FIORELLA A. *Le sanzioni amministrative pecuniarie e sanzioni interdittive*, en Suplemento al núm 6/2003 de Cassazione penale, Varese, 2003, pp.75. Cita obtenida del Libro BAUCCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica*, cit., p.212.

otras empresas que tengan cualquier tipo de relación con la persona jurídica sobre la que recae la sanción (además de los perjuicios que causa en los puestos de trabajo). Esto supone una afectación indirecta a la realidad económica más general.

En opinión de BAUCELLS LLADÓS, la necesidad de una valoración de las *“consecuencias económico y sociales, y especialmente los efectos para trabajadores”* para la aplicación de la pena, hace compleja su aplicación. Razona que la introducción de tal valoración *“es tanto como querer asegurarse de que no se aplique nunca”*.¹⁵¹

En línea de lo previsto en el ordenamiento americano, para superar los inconvenientes valorativos nombrados en los párrafos anteriores, *“la pena de muerte empresarial se prevé exclusivamente para aquellas empresas que tengan una finalidad delictiva o que operen principalmente a través de medios delictivos”*.¹⁵² En esta línea *“parece razonable destinar esta pena especialmente a casos de sociedades instrumentales”*¹⁵³.

No obstante, la pena de disolución social, al ser una pena máxima, puede tener gran efecto preventivo. Para BAUCELLS LLADÓS J.¹⁵⁴ *“Esta pena puede llegar a ser muy útil en la estrategia de prevención de este tipo de delincuencia si se interpreta su aplicación con relación al principio de proporcionalidad”*.

4.3 LA PENA DE SUSPENSIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE LA PERSONA JURÍDICA.

En el art. 33.7 c) del Código Penal se prevé la pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica. *“correspondan o no con su objeto social”*¹⁵⁵. Esta interrupción de actividades no afecta a la persistencia de la persona jurídica ni a la accesibilidad a sus locales o establecimientos.

“Una interpretación literal del precepto parece obligar a la suspensión de todas las actividades de esta. Sin embargo, en la mayoría de las empresas con una

¹⁵¹ BAUCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica*, cit., p.213.

¹⁵² GÓMEZ JARA, C. Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas, Cizur menor, 2006, p.134.

¹⁵³ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.198.

¹⁵⁴ BAUCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica*, cit., p.214.

¹⁵⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.199.

cierta entidad y actividad económica real, la suspensión completa de su actividad puede equivaler de facto a su disolución". En consonancia con lo anterior apunta DÍEZ RIPOLLÉS, que una suspensión total por tiempo significativo puede equivaler en la práctica a la completa disolución social, algo previsible en sociedades mercantiles debido a la pérdida de clientes, plantilla laboral, o presencia en el mercado¹⁵⁶.

Parece razonable entonces, que los Fiscales solo presenten solicitud de esta pena en supuestos **graves**. Debe señalarse que, en todo caso, el plazo de suspensión de las actividades **no puede exceder de 5 años**.

4.4 LA PENA DE CLAUSURA DE LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS.

El art. 33.7 d) del Código Penal establece la pena de clausura de los locales y establecimientos, que al igual que en el caso anterior, **no puede exceder de 5 años**.

Esta pena impide el acceso a las instalaciones de la sociedad y su utilización, con independencia de que las sociedades sea propietaria de ellas o las utilice en virtud de algún otro título jurídico, por lo que impuesta esta pena *"nada impide que dada la persistencia de la persona jurídica, esta continúe con sus actividades en instalaciones sobre las que carezca de título jurídico alguno"*¹⁵⁷ como instalaciones de otras sociedades puestas a su disposición de forma compartida, gratuita y provisional o en domicilios particulares.

Al igual que ocurre con la suspensión de actividades, DÍEZ RIPOLLÉS pone de manifiesto el debate doctrinal existente acerca de si esta pena supone la clausura total o parcial de las instalaciones.

Este debate es tratado también en la Circular 1/2011 de 1 de junio. En ella se indica que *"también aquí parece excesivamente rígido entender como única sanción posible la clausura de todos sus locales y establecimientos. El mismo argumento empleado para la suspensión permite también en este caso una intelección del precepto que permita optar por la **clausura de algunos o todos***

¹⁵⁶DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.199.

¹⁵⁷DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.200.

los locales y establecimientos de la persona jurídica, según su vinculación con los hechos penalmente relevantes". De modo que parece razonable que la clausura afecte a los establecimientos e instalaciones que estén directamente relacionadas con la comisión del hecho delictivo.

4.5 LA PROHIBICIÓN DE REALIZAR LAS ACTIVIDADES EN CUYO EJERCICIO SE COMETIÓ, FAVORECIÓ O ENCUBRIÓ EL DELITO.

El art. 33.7 e) del Código Penal alude a la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. A la persona jurídica se le podrá prohibir realizar cualquier tipo de actividad **relativa a un determinado sector o especificar una concreta y específica actividad**. *“Por ejemplo, a una empresa financiera que haya cometido un delito de estafa en relación con su actividad en la correduría de seguros, podrá prohibírsele definitivamente todo tipo de intervención en mercados financieros o, más concretamente, sólo la correduría de seguros”*.

En este caso, no estamos ante una prohibición general de las actividades societarias. Sin embargo, tal efecto, si es temporal puede derivar de la pena del art. 33.7 c) y si es definitivo, prácticamente de la pena del artículo 33.7 b) *“Ello no obsta a que si la actividad prohibida incide sobre el núcleo del objeto social los efectos serán semejantes”*¹⁵⁸.

Tal y como indica el art. 33.7 del Código penal, la prohibición puede acordarse con carácter temporal o definitivo. Si fuese temporal, el plazo **no puede exceder de 15 años**.

4.6 LAS DIFERENTES PENAS DE INHABILITACIÓN ADMINISTRATIVA.

La figura de la inhabilitación, recogida en el art. 33.7.f) no contiene una sola pena, sino un conjunto de ellas: la privación del derecho a obtener subvenciones y ayudas públicas, del derecho contratar con el sector público, y del derecho a

¹⁵⁸DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.200.

gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Es el juez quien decide imponer una pena o varias. Su contenido y efectos se corresponden con las correlativas inhabilitaciones referidas a las personas físicas¹⁵⁹.

Las penas de inhabilitación administrativa no tienen como **objetivo procurar una aflicción a la persona jurídica** mediante *“la sanción económica de impedir que obtenga ayudas o beneficios o la restricción de parte de su actividad - prohibición de contratar con la Administración, ya que esos fines se cumplen más específicamente con las multas y la suspensión o prohibición de realizar determinadas actividades.”*

La inhabilitación para contratar con el sector público, asumiendo el enorme daño que puede causar a empresas que operan en sectores con gran presencia pública, tiene como finalidad principal impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas. *“La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas es a su vez concreción de ese mismo pensamiento: las Administraciones no colaborarán en la consecución de objetivos de interés común con las personas jurídicas condenadas como responsables de delitos.”*

El art. 33.7.f) también incluye la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, en la que sí adquiere más peso el puro factor aflictivo de no poder acceder a la obtención de beneficios estatales.

4.7 LA PENA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL.

El último apartado del art. 33.7 g) prevé la sanción de intervención judicial por un **plazo de hasta cinco años**. *“El nomen iuris intervención judicial había desaparecido de la normativa procesal con la Ley Orgánica 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que dejaba subsistente la expresión administración judicial. El presupuesto específico de esta pena es la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Así pues, si **lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva** estando estos intereses sociales en riesgo,*

¹⁵⁹DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas*, cit., p.201.

se deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades.”

En opinión de DIÉZ RIPOLLÉS, la intervención judicial ha de entenderse igualmente como una pena de privación temporal de derechos societarios *“en la medida en que limita las facultades de gestión de la persona jurídica por sus administradores mediante el nombramiento de un interventor judicial”*¹⁶⁰.

El carácter de esta pena es **meramente preventivo**, su imposición se justifica exclusivamente *“para evitar perjuicios a terceros no responsables del delito”*¹⁶¹

La pena de intervención judicial debe ser precisada y **necesariamente motivada por el juez** o tribunal atendiendo a diferentes criterios meramente preventivos, en función de las necesidades concretas. El juez o tribunal es el encargado de determinar a qué órgano le corresponde la intervención judicial y los plazos en los que deberá hacer dicha intervención, así como los plazos en los que deberá presentar los informes de seguimiento. Esta atribución de responsabilidad, que como ya se ha indicado anteriormente corresponde al Juez o Tribunal competente, se otorga en la propia sentencia condenatoria o en un auto posterior¹⁶².

Finalmente, el precepto se remite a un futuro reglamento para la concreta regulación de la función del interventor y su retribución. *“En este sentido, debe recordarse que en determinadas infracciones penales imputadas a personas jurídicas, habrán de tenerse en consideración las previsiones legales en relación con la Oficina de Recuperación de Activos española, creada en virtud de lo dispuesto en el apartado tres de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce el nuevo art. 367 septies en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que se hace cumplida referencia en la Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.”*

¹⁶⁰ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.201.

¹⁶¹ BAUCCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica, cit.*, p.215.

¹⁶²DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.201.

4.8 REGLAS PENOLÓGICAS. MEDIDAS CAUTELARES. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ART. 129 DEL CÓDIGO PENAL.

Las **sanciones** recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 del Código Penal, exigen la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de peligrosidad criminal de la persona jurídica. *“La disolución de la persona jurídica por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado **juicio de proporcionalidad**, según establece el Tribunal Constitucional en las Sentencias números 85/2003, 111/2007 y 129/2009”.*

Estas **penas mayormente se imponen por tiempo limitado**, por lo que no es posible superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el art. 33.7.e) del Código Penal, y la de disolución.

Nuestro legislador ha incluido en el **artículo 66 bis párrafo 1. 1º del Código Penal**¹⁶³, un conjunto de reglas para orientar al juzgador en su decisión, discrecional de imposición de estas penas. En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, *“es una decisión acertada introducir criterios legales específicos de la terapia de la pena, una vez se ha constatado la necesidad del juicio de responsabilidad criminal de la persona jurídica”*¹⁶⁴.

De modo que los factores a los que hace referencia el art. 66 bis del Código Penal están relacionados con necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales de la pena y el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control. Destaca que su mención expresa *“no impide que se tiendan a otros criterios pertinentes para la imposición de la pena, pues no se trata de una enumeración exhaustiva, si no*

¹⁶³ Artículo 66 bis 1. Código Penal: “n la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.”

¹⁶⁴DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.204.

que el uso de unos y otros podrá llevar a la decisión de imponer una o varias de estas penas, o ninguna de ellas”¹⁶⁵.

En relación con la primera circunstancia, la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, tiene la finalidad última e neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, ya sea de forma temporal o indefinida.. Atiende a la necesidad de que la sociedad deje de estar en condiciones de cometer delitos de la misma o semejante naturaleza, sin excluir conductas delictivas societarias en general¹⁶⁶.

La segunda circunstancia, las consecuencias económicas y sociales de la pena, trasluce la preocupación del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre multitud de personas físicas dependientes de las mismas. La referencia expresa del precepto a los efectos labores les, supone considerar la posible pérdida directa e indirecta de personal laboral o la calidad del empleo. En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, “*ello no impide que se tengan también en cuenta efectos ligados a descensos significativos de la actividad económica, abandono de sectores de actividad estratégicos, repercusiones medioambientales, etc.*”¹⁶⁷.

Mientras la tercera, se refiere al puesto que ocupa la persona física que omitió el deber de control. Su formulación ha sido en algún punto criticada ya que “*parece dar a entender que cabe imputar responsabilidad penal a una persona jurídica cuando quien ha infringido el cuidado debido es un mero empleado de la compañía, independientemente de su posición en ella*”. Tal problemática es resulta mediante una interpretación sistemática de este precepto junto con el párrafo segundo del art. 31.1 bis del Código Penal, “*donde para responsabilizar a la persona jurídica, el artículo se refiere en último término a los gestores, quienes deben haber omitido el debido control sobre sus subordinados ya sea de forma directa o a través de delegación.*”

En relación con lo anterior DIEZ RIPOLLÉS indica que esta regla tercera, aunque seguirá estando limitada a la segunda variante comisiva del art. 31 bis 1., es posible interpretarla en el sentido en que “*las personas físicas y órganos aludidos*

¹⁶⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.204.

¹⁶⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.205.

¹⁶⁷ DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.205.

son los que materialmente debieron controlar y no lo hicieron, sin perjuicio de que su ejercicio lo desempeñaran de manera originaria o delegada”.¹⁶⁸ Así, en consonancia con lo expuesto por BACIGALUPO SAGESSE¹⁶⁹, puede entenderse que la necesidad preventiva será mayor cuando mayor sea el rango jerárquico de las personas o unidad orgánica que materialmente incumplió el deber de control.

El art. 66 bis 2ª del Código Penal establece unos requisitos especiales para la imposición de penas interdictivas de larga duración, para imponer una pena interdictiva superior a dos años, es necesario que concurra adicionalmente una de estas dos circunstancias:

- “Que la persona jurídica sea reincidente, en el sentido del art. 22. 8ª del Código Penal.”
- “Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales.” Se entiende que estamos ante este supuesto cuando la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que para su actividad ilegal.

Para imponer una de estas penas por tiempo superior a los 5 años o para la imposición definitiva de la pena del art. 33. 7. e) o de la disolución, en vez de reincidencia debe concurrir o el supuesto en el que la actividad lícita de la persona jurídica es menos relevante que la actividad ilícita o la circunstancia de multirreincidencia tal y como indica el art. 66. 1. 5ª del Código Penal.

Centrándonos ahora en el análisis de las medidas cautelares, el art. 33.7 establece que “el juez instructor podrá acordar **como medidas cautelares** la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. En ausencia de otras previsiones específicas, resultará necesario para su adopción que concurra *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.”

Vemos que no se establece un tiempo de duración de estas medidas, pero no debería imponerse una duración superior a la duración de la pena en caso de ser declarada responsable la persona jurídica.

¹⁶⁸DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.207.

¹⁶⁹DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas, cit.*, p.206.

De la Circular 1/2011 de 1 de junio se extrae que **no** se ha previsto que se pueda acordar como **medida cautelar** la prohibición de **realizar específicas y determinadas actividades sociales** directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado, lo que constituye un grave inconveniente por cuanto constituiría una posibilidad mucho más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que también rigen en la fase instructora.

En el caso particular de las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por **carecer de personalidad jurídica**, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal “*podrá imponer motivadamente una o varias consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del art. 33.7 y acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*”

Las consecuencias accesorias **sólo** podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones a que se refiere el precepto cuando el Código Penal **lo prevea expresamente**, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Solo serán de aplicación las consecuencias accesorias para los entes sin personalidad que cometan alguno de los **delitos** del catálogo de los que **pueden ser responsables las personas jurídicas**.

5. CONCLUSIONES

1. La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal introduce la derogación de *societas non delinquere non potest*, un principio tradicional, heredado del derecho romano que excluía a la persona jurídica de incurrir en responsabilidad penal. Este principio se sustituye por el *societas delinquere et puniri potest*. El principal objetivo de este cambio es la lucha contra la corrupción y la criminalidad económica organizada.
2. Pero no todos los entes colectivos son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal, el artículo 129 del Código Penal señala la existencia de “empresas, asociaciones, sociedades y organizaciones” que no responden conforme al artículo 31 bis del código penal, se trata de colectivos sin personalidad jurídica, pero con capacidad de delinquir.
3. El legislador sigue el modelo de responsabilidad por atribución o transferencia, se hace responsables penalmente a las empresas, por los actos cometidos por sus representantes legales o sus administradores de hecho o de derecho, así como de los subordinados de estos.
4. Compliance supone un ámbito de estudio jurídico relativo a la prevención de riesgos de la actividad empresarial, que van desde los propios del Derecho mercantil y del Derecho privado hasta los del Derecho penal, pasando por los del Derecho administrativo.
5. En la práctica ha adquirido una mayor importancia el compliance penal, como mecanismo para la prevención de riesgos de delitos previstos para las personas jurídicas. Se podría decir que al igual que el Derecho penal representa el máxima grado de responsabilidad que le puede ser atribuido a un sujeto, el compliance penal representa la prevención y reducción los riesgos más graves de la actividad empresarial regulados en el ordenamiento jurídico.

6. La aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los partidos políticos es plenamente constitucional y la elección de la vía penal para sancionar a éstos queda más que justificada. Así, el desarrollo de actuaciones delictivas en el seno de los partidos políticos supone un incumplimiento manifiesto de sus funciones constitucionales, de ahí que para garantizar las mismas pueda atribuirse responsabilidad penal a una formación política. Por eso, no debiera excluirse de dicho régimen a ninguna clase de formación política por pequeña que fuese.
7. Un mismo hecho puede dar a lugar tres tipos de responsabilidad; la del subordinado que comete el hecho típico, la del administrador que no lo ha controlado, debiendo hacerlo y la de la persona jurídica, que es responsable por no controlar al administrador.
8. 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, o de la infracción administrativa, cometidos por personas jurídicas. Al contrario, entendemos que debe se trata de datos que deben ser concebidos en la culpabilidad como defecto de organización.
9. De todas las penas previstas en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la pena de multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas solo para supuestos cualificados.

BIBLIOGRAFÍA.

ALMODOVAR PUIG, B., *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Madrid, 2021.

ANTICH SOLER J. Tesis Doctoral *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Barcelona, 2017.

BACIGALUPO, S. "Compliance" Revista en cultura de la Legalidad, 21, Madrid, 2021.

BACIGALUPO SAGGESE, S. *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019.

BACIGALUPO SAGESSE, S. Tesis doctoral *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, dirigida por Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 1998.

BAJO FÉRNADEZ M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*, coordinador Santiago Mir Puig, España, 1996, pp.17-34.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, BERNARDO JOSÉ FEIJOO SÁNCHEZ, y CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

BAUCELLS LLADÓS. J. *Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010*, Barcelona, 2010.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. "La introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la legislación española", *Estudios penales y criminológicos*, 2013.

CADENA SERRANO F. "El estatuto penal de las personas jurídicas", en Gómez-Jara Diez (Coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Aranzadi, Navarra, 2018.

CUGAT MAURI. M., "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas" *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2015.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PÉREZ MACHÍO, A.I., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial*, pp.197. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, D.L, Oviedo, 2013.

DOPICO GÓMEZ-ALLEER.J., *Derecho Penal Económico*, Dykson, Madrid, 2018.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

El estatuto penal de la persona jurídica, de la obra colectiva Libro Homenaje al Excmo. Sr.D. José Manuel Maza Martín.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO A. *La responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del mercado de valores y protección del inversor*, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ TERUELO.J., *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters, Oviedo, 2013.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. núm 21, 2019.

FIORELLA A. *Le sanzioni amministrative pecuniarie e sanzioni interdittive*, en Suplemento al núm 6/2003 de Cassazione penale, Varese, 2003.

GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penales de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis de fundamento material de la sanción corporativa”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021.

GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, España, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C. *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Propuestas globales contemporáneas*, Cizur menor, Madrid, 2006.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

GÓNZALEZ CUSSAC, J.L, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, ed Tirant lo Blanch, España, 2020.

GONZÁLEZ SIERRA, P. *La imputación penal de las personas jurídicas : análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Zaragoza, 2016.

GRANADOS SÁNCHEZ, J. Artículo sobre *La Reforma del Código Penal por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo: medidas de control como eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

LEÓN ALAPONT, J. *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tesis Doctoral, Valencia, 2019.

LEONÉS VALVERDE R. *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas declaradas en concurso*, Barcelona, 2014.

MAGRO SERVET, V. *Persecución penal de ilícitos cometidos por administradores de hecho*, editorial La Ley, 2006.

MENDO ESTRELLA, A. *El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Ávila, 2017.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General 10ªed*, Barcelona, Reppertor, 2015.

NAVARRO CARDOSO F. *Infracción administrativa y delito*, Las Palmas de Gran Canaria, 2001.

PALMA HERRERA, J.M. y AGUILERA GORDILLO, R., *Compliances y Responsabilidad Penal Corporativa*, Ed. Thomson Reuters Arazandi, Navarra, 2017.

PORRES ORTIZ DE URBINA, E. "La responsabilidad penal de los directivos de la empresa", 2020.

QUINTERO OLIVARES. *Comentarios al Código Penal Español*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

Silva Sánchez, J. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*, 2013, pp. 25 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.M; RAGUÉS I VALLES, R. y ROBLES PLANAS, R. y otros. *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, 2018.

TAMARIT SUMALLA, J.M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Salamanca, 2012.

VICENT CHULIÁ F., *Introducción al Derecho Mercantil, 9ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ZUGALDÍA ESPINAR, JM., "La ampliación del sujeto del Derecho Penal entes colectivos susceptibles de ser penados conforme a los artículos 31 bis y 129 del Código Penal" en Álvarez García F.J. (Coord), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*. Tirant lo Blanch, 2013,

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Problemas Actuales de Política Criminal: La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada*, Anuario de Derecho Penal, 2016.

JURISPRUDENCIA.

Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 2; 129/2003, de 30 de Junio, FJ 8.

Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2005, de 1 de febrero de 2005 y 68/2006, de 13 de marzo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo 598/2012, de 5 de julio, Ponente Sr. Berdugo y Gómez de la Torre.

Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 marzo, sobre los modelos de gestión, vigilancia y supervisión. Ponente Manuel Marchena Gómez.

Sentencia del Tribunal Supremo 121/2017 de 23 de febrero, número de Recurso 1422/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 455/2017, de 21 de junio, número de Recurso 10564/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 671/2017, de 11 de octubre, número de Recurso 10297/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo 165/2019 de 19 de mayo 2020, número de Recurso 2932/2018.