

5ª Sesión.

**¿Nueva forma de imputación de la
responsabilidad penal:
responsabilidad penal de las
personas jurídicas?**

COMPLIANCE Y CORRUPCIÓN

DINO CARLOS CARO CORIA *

Resumen.- Hace ya varias décadas que la corrupción se viene percibiendo como una especie de estrategia comercial o mal necesario; habiéndose convertido los pagos a funcionarios públicos o políticos “por servicios prestados” en una situación común o aceptada; existiendo incluso desde las filas del análisis económico del derecho cuestionamientos en torno a si la corrupción es eficiente o no en el mercado¹. En ese entendido, frente a los escándalos financieros relacionados con empresas multinacionales y ante el crecimiento exponencial de la corrupción en las relaciones comerciales, desde el mundo del derecho y de las políticas públicas, se viene observando un cambio de estrategia, adoptando modelos de la política criminal gestada en los Estados Unidos². En la actualidad se exige a las empresas: i) adoptar medidas internas de prevención de la corrupción, ii) coadyuvar al Estado en el esclarecimiento de los casos de corrupción y iii) la prohibición de sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas. En cuanto a la corrupción internacional, hoy en día se busca sancionar a las empresas y a sus agentes, generándose paralelamente un menor interés por la sanción del funcionario público. En consecuencia, la corrupción está pasando a ser, de un asunto de funcionarios públicos o políticos improbables, a un asunto que incumbe, sobre todo a los privados.³

I. ORÍGENES DEL COMPLIANCE Y LA PRIVATIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. La privatización de la lucha contra la corrupción, viene de la mano con la figura del *compliance*; noción que la realidad ha introducido en el discurso jurídico penal y empresarial en general. Y es que en estos tiempos, no organizarse bajo un modelo de *compliance* conlleva el peligro de que directivos, trabajadores y la empresa misma se vean expuestos de forma constante a todo tipo de responsabilidades, incluso vulnerables a los efectos negativos para la reputación empresarial. Una primera aproximación a dicho concepto pasaría por afirmar que la “Ciencia del *Compliance*”⁴ se ocupa i) en general: de la responsabilidad penal en el marco de la empresa, y ii) en concreto: de la determinación de las medidas que la dirección empresarial -en el marco de su deber de supervisión y prevención de riesgos general- debe adoptar para evitar la infracción de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados y de la propia corporación, siendo la debida diligencia un principio fundamental que debe desplegarse

* Socio fundador de Caro & Asociados y del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ SOTO/ GHERSI/GHIBELLINI MARIO. El otro Sendero, Lima, Editorial El Barranco, 1986, pp. 198–199. Vid. MAROTO CALATAYUD, Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal. Tesis doctoral, Ciudad Real, 2012

² NIETO MARTIN, Adán. La corrupción en el comercio internacional (o cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). En: Revista Penal, Número 12, 2003, La Ley, p. 3.

³ NIETO MARTIN, Adán, La privatización de la lucha anticorrupción. En: El derecho penal económico en la era del *compliance*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. pp. 191-192.

⁴ COCA VILA, Ivó, ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. En: Criminalidad de empresa y *compliance*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 54.

sobre todos y cada uno de los componentes necesarios para prevenir y detectar comportamientos ilícitos de manera óptima: desde el diseño del programa de cumplimiento hasta la adopción de medidas correctivas posteriores a la infracción.⁵ El alcance y la intensidad de la debida diligencia se determinará con base al nivel de riesgo específico al que se enfrenta cada empresa.

2. Expresiones como *Compliance Programs*, *Risk Management*, *Value Management* y *Corporate Governance*, *Business ethics*, *Integrity Codes*, *Codes of Conduct* y *Corporate Social Responsibility*, describen nuevos conceptos de dirección empresarial que definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos de *management*⁶. La tendencia se orienta cada vez más a que las empresas asuman privadamente, con sus propios recursos humanos y financieros, una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento, en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados⁷. No obstante, el *compliance* no debe limitarse a la organización interna de la empresa, sino que cada organización en particular deberá emprender un examen exhaustivo de selección y evaluación permanente de terceros: proveedores, contratistas, representantes, consultores, abogados, contadores, entre otros; considerando su historial, cualificación, socios, reputación, relación con funcionarios extranjeros, entre otros criterios⁸.

3. Ahora bien, el germen del *compliance* y la lucha contra la corrupción se remonta a EE.UU. en la década de los setentas; siendo el escándalo político *Watergate*, que ocurrió en 1972 durante el mandato de Richard Nixon, y la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas pagaban sobornos de considerables sumas de dólares, el detonante del proceso de cambio⁹. En este contexto nace la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) promulgada por el Congreso de Estados Unidos y refrendada por el presidente Jimmy Carter el 19 de diciembre de 1977, constituyéndose

⁵ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. De la ley de EE.UU de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento, Lima, Thomson Reuters, 2014, p. 108.

⁶ ULRICH SIEBER, Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, En: El derecho penal económico en la era *compliance*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 65.

⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «*Compliance*» y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 138.

⁸ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. pp. 81-83.

⁹ NIETO MARTIN, Adán, La privatización de la lucha anticorrupción. pp. 194.

en el primer cuerpo legislativo que implicaba una incursión global contra la corrupción y que contiene los rasgos más importantes de la política actual en esta materia, siendo una norma con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente.

La FCPA parte de que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican solo en el daño que generan a la administración pública, sino que altera la competencia y daña a los inversores y afecta los intereses de los accionistas.¹⁰ En ese entendido, y restándose importancia al delito de corrupción cometido por el funcionario público, la FCPA trajo consigo una nueva política que afianzaba la importancia de los programas de cumplimiento como instrumento preventivo, exigiendo al sector privado que tome partido y se responsabilice, también, de la lucha contra la corrupción.

A partir de la FCPA se busca corresponsabilizar a las empresas en la lucha contra la corrupción en base a la idea de que las empresas deben implicarse activamente en la prevención y detección de aquellos hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incrementa como consecuencia de la actividad que realiza la empresa. Precisamente, en los países que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, se viene extendiendo como fundamento de la responsabilidad el no haber adoptado medidas de prevención y detección, con el fin de impedir la comisión de delitos al interior de la organización. En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se muestra como un ejemplo de privatización de funciones públicas: La idea que se esconde tras la responsabilidad penal es que la imposición de una pena sirve para motivar a los dirigentes de la persona jurídica a poner en marcha un sistema “policial” interno que impida la comisión de delitos como la corrupción, y que en caso de que se hayan cometido, los descubra.¹¹

Asimismo, la FCPA introduce la extraterritorialidad del derecho penal nacional en un contexto en el que los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en términos de perjuicio a la administración pública de un Estado, y se consideraba que la competencia de cada Estado se limitaba a la protección de la probidad y los principios básicos de su propia administración¹². La FCPA cambia de paradigma y busca sancionar

¹⁰ Loc. cit. p. 195.

¹¹ Vid. GÓMEZ JARA, La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, Autorregulación y Sanciones, Valladolid, Lex Nova, 2008; NIETO MARTÍN. La responsabilidad penal de personas jurídicas. Madrid, Iustel, 2008.

¹² NIETO MARTÍN, Adán, La privatización de la lucha anticorrupción. p. 196.

precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizadas por empresas norteamericanas o realizadas en el territorio, o simplemente “a través”, de los Estados Unidos.

4. Siguiendo los orígenes del *compliance* y la privatización de la lucha contra la corrupción, se tiene que una década después, a raíz del develamiento de los escándalos de *insider trading* en la bolsa norteamericana, el Congreso estadounidense comprobó la inexistencia de incentivos eficaces para la instauración de programas preventivos en las empresas, situación que trató de revertir con el *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988.¹³ Sin embargo, no es sino a raíz del destape de casos de soborno y estafa en la industria de armamento que se da un impulso decisivo a la consolidación del *compliance*. En efecto, las empresas de defensa más grandes firmaron la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* a instancias del Departamento de Defensa norteamericano, comprometiéndose a adoptar y a poner en práctica un conjunto de principios y valores éticos que rijan sus negocios.¹⁴

5. Ahora bien, la *Federal Sentencing Guidelines* es la primera y más completa directriz normativa en superar el déficit regulatorio de los programas preventivos que se materializó en el año 1991, elaborada por la *United States Sentencing Commission* a petición expresa del Congreso norteamericano. La versión primigenia de esta directriz consideró como un programa de cumplimiento efectivo a aquel que haya sido razonablemente diseñado, implementado y aplicado de tal manera que sea capaz de prevenir y detectar oportunamente una violación jurídica. Frente a las críticas de que un programa de cumplimiento pueda ser calificado como una mero *cosmetic compliance*, las directrices fueron sometidas a revisión por un *ad hoc advisory group*, cuyas conclusiones se plasmaron en la reforma del 2004, demandando explícitamente, además de la disposición de un programa de cumplimiento, la orientación ética en la dirección empresarial a través del establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*. Otro de los aportes fundamentales se concentró en la clarificación de las competencias y responsabilidades de los directivos, a quienes se vinculó de forma amplia y directa en el seguimiento del programa preventivo. Siguiendo su política de reformas, en el año 2010 la *United States Sentencing Commission* sometió a otra significativa revisión las directrices del programa de cumplimiento de la FSG,

¹³ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 81-83.

¹⁴ Loc. cit. p. 81-83.

abarcando temas como el comportamiento empresarial una vez descubierto el delito, el involucramiento de los directivos en el ilícito y la implementación de un sistema preventivo como sanción¹⁵.

6. Como reacción directa a los escándalos financieros que incluyeron a empresas como Enron y WorldCom, el 30 de julio de 2002 George Bush promulgó la *Sarbanes-Oxley Act* (SOA)¹⁶. Esta ley, pensada para otorgar mayor protección a los inversores, se constituyó en uno de los más ambiciosos cuerpos normativos de lucha contra la criminalidad económica. Además de penalizar nuevos comportamientos e incrementar las sanciones de algunos de los delitos ya existentes, la SOA fortaleció y amplió los principios del gobierno corporativo de las empresas endureciendo y creando obligaciones vinculadas al *financial reporting, corporate compliance, internal control* y *enterprise risk management*¹⁷.

7. *La Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Dodd-Frank Act) es una norma federal de los Estados Unidos de América que fue promulgada definitivamente el 21 de julio de 2010 y pone en práctica la reforma de la regulación financiera patrocinada por el gobierno del presidente Barack Obama. Introducida como una respuesta presuntamente drástica a la grave recesión económica y a las crisis financieras de los últimos años, la Dodd-Frank Act incorpora los cambios más significativos en la regulación financiera de los Estados Unidos desde la reforma que siguió a la Gran Depresión del año 1929. Ello representa un cambio significativo en el contexto económico, empresarial y regulatorio estadounidense, cosa que afecta a todos los organismos federales de regulación financiera y a casi todos los aspectos de la industria de los servicios financieros del país.¹⁸

La Dodd-Frank Act tiene como principal objetivo promover la estabilidad económica y financiera de los Estados Unidos de América mediante la mejora de los mecanismos de rendición de cuentas y la garantía de una mayor transparencia en el funcionamiento de las entidades del sistema financiero; todo ello para proteger al contribuyente americano y a los consumidores de prácticas abusivas de los servicios financieros, así como para poner fin a las llamadas entidades *too big to fail* y a los

¹⁵ Loc. cit. p. 84.

¹⁶ Loc. cit. p. 90.

¹⁷ Loc. cit. p. 90.

¹⁸ GONZALES DE LEÓN BERININI, ARTURO. En: *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona, Atelier, 2013, p.131.

rescates financieros¹⁹. Implementa toda una serie de cambios que afectan principalmente a la nueva regulación sobre las labores gubernamentales de vigilancia y supervisión de las instituciones que operan con recursos financieros. Además, crea una nueva agencia responsable de garantizar la aplicación íntegra y el cumplimiento efectivo de las leyes de protección de los consumidores de servicios financieros, así como también establece la introducción de requisitos reglamentarios más estrictos de garantía de capital para las entidades bancarias.

Por otra parte, acomete la reforma de la regulación de las *Credit Rating Agencies* e introduce importantes y sustanciales cambios en el ámbito del gobierno corporativo y en las prácticas de compensación económica a los altos ejecutivos de entidades financieras²⁰. También es interesante resaltar que la Dodd-Frank Act incrementa los estándares impuestos a los profesionales del sector, promoviendo que los trabajadores del sistema financiero informen convenientemente a las agencias gubernamentales de las posibles infracciones de la normativa. Así pues, se confiere a los *whistleblowers* un papel central en la articulación del sistema de cumplimiento efectivo de la normativa económica y financiera con el objetivo previsto de fortalecer así la protección general de los inversores mediante una mayor disuasión a las entidades financieras para evitar que lleven a cabo infracciones a la legislación vigente²¹.

8. Finalmente, las directrices internas y de procedimientos de la actividad persecutora del Departamento de Justicia de Estados Unidos, recogidas en el *United States Attorney's Manual* señala los criterios fiscales para evaluar la efectividad del programa de cumplimiento. Como punto de partida se señala que la mera instauración y funcionamiento adecuado de un programa preventivo interno no es suficiente para excluir de responsabilidad a los directores, empleados o agentes de la empresa. Asimismo, se admite explícitamente que ningún programa de cumplimiento, por más efectivo que sea, se encuentra en la capacidad de evitar cualquier comportamiento delictivo de los empleados. Contrariamente a las directivas analizadas precedentemente, el *United States Attorney's Manual* no enumera los requisitos necesarios de constitución del sistema preventivo, sino que los agrupa en criterios generales formulados a modo de

¹⁹ Loc. cit. p.132.

²⁰ Loc. cit. p.133.

²¹ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 91.

preguntas: “*Is the corporation's compliance program well designed? Is the program being applied earnestly and in good faith? Does the corporation's compliance program work?*”. Para dar respuesta a estas interrogantes los fiscales valorarán una serie de factores como la amplitud del programa preventivo; la extensión y la permisividad empresarial en la comisión del delito; el número y nivel de empleados comprometidos; la gravedad, frecuencia y duración de la infracción; y todas las acciones de remedio adoptadas por la empresa, como la instauración de investigaciones internas, las sanciones impuestas, la adaptación del programa de cumplimiento a las nuevas exigencias, entre otras²².

II. DEBIDA DILIGENCIA Y COMPROMISO TO COMPLIANCE WITH LAW

9. El programa de cumplimiento es el componente más importante del sistema de control interno. De acuerdo a la *Federal Sentencing* para que un programa de cumplimiento posea tal cualidad, la organización debe basarse en dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; y, ii) la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. Es decir, el sistema de cumplimiento deberá concebirse de tal manera que determine y promueva una cultura de comportamiento ético, el mismo que debe estar en la capacidad de prevenir, detectar y corregir infracciones legales.²³

10. En relación al responsable del cumplimiento o *compliance officer*, se tiene que su perfil se desprende del entendimiento del concepto mismo de *compliance* de la empresa. Así pues, pese a no existir los parámetros delimitados de sus funciones, se puede decir -en líneas generales- que su actividad consiste en procurar que los miembros de la empresa observen y sigan las reglas jurídicas; lo que incluye el conglomerado de deberes para el control de peligros que se generan en los procesos empresariales y la sujeción a todos los preceptos y medidas encaminadas a asegurar el respeto de tales deberes.

11. Se pueden identificar tres grandes etapas en la implementación de los programas de cumplimiento. En primer lugar se tiene **EL DISEÑO DEL PROGRAMA** que debe ser aprobado por la dirección de la empresa y debe satisfacer

²² CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 93.

²³ Loc. cit. pp. 16-17.

los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa. Un factor determinante para el diseño, implementación y desarrollo del programa de cumplimiento es la identificación y valoración de los riesgos potenciales de infracción jurídica que supone la actividad empresarial. La efectividad del programa dependerá precisamente del adecuado emprendimiento de dicha tarea, la misma que deberá abordarse de forma permanente y en atención al grado de probabilidad de configuración de ciertas conductas corruptas. Más allá de esta particularidad, otros factores a considerar en la identificación de los riesgos son: el sector del negocio, los socios de la empresa, el nivel de involucramiento con un determinado gobierno, agentes o terceros, antecedentes delictivos de la organización, donaciones gubernamentales, financiación de viajes y entretenimiento de funcionarios extranjeros, pagos de facilitación, lobby, entre otros.

En cuanto a los destinatarios del código de conducta, el alcance internacional de los negocios y las complejas formas de manifestación de la corrupción obligan a que estos no sean únicamente los trabajadores directos de la empresa, sino que se extienda, en la medida de lo posible, a los así llamados *agents and business partners*, esto es, a los apoderados, asesores, representantes, intermediarios, socios de la *joint venture*, entre otros agentes similares. De lo que se trata es de vincular el carácter preventivo del código con la realidad criminógena²⁴.

En el ámbito procedimental, el código de ética debe señalar las medidas de debida diligencia a adoptar frente a circunstancias de alerta (*compliance red flags*) o de especial relevancia riesgosa, como por ejemplo, la negativa a suscribir declaraciones o garantías del cumplimiento de normas anticorrupción; comisiones o desembolsos inusualmente elevados; pagos fuera del país en el que el representante o tercero reside o se prestan los servicios; desembolsos en efectivo; evasión de controles de cambio o de impuestos; nombres de directores, representantes o intermediarios no revelados; pagos no abarcados por las normas del país que se trate; depósitos en paraísos fiscales; incorporación a la empresa o mantenimiento de una relación laboral o de negocios con familiares de funcionarios, por mencionar algunos ejemplos²⁵.

Solo cuando se formulan los procedimientos y las conductas prohibidas de manera clara y, por tanto, accesible a los trabajadores, se pueden tener expectativas de su

²⁴ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 103

²⁵ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 104.

correcta aplicación y adecuado seguimiento. Por esta razón se recomienda un código de ética de lenguaje sencillo, orientado a la práctica diaria antes que a formulaciones abstractas únicamente comprensibles a ojos de expertos²⁶.

12. En segundo lugar se tiene **LA COMUNICACIÓN, APLICACIÓN Y CAPACITACIÓN SOBRE EL PROGRAMA** para lograr su efectiva materialización y fines preventivos en todo los niveles de la empresa. En efecto, sin el conocimiento y la adecuada interiorización por parte de los miembros de la empresa de las conductas prohibidas consignadas en el código de conducta no se pueden albergar expectativas de su fidelidad. Para lograr tal fin se exige de la organización empresarial la adopción de medidas razonables para comunicar efectiva y periódicamente sus directrices de cumplimiento normativo, ya sea ofreciéndose programas de capacitación o, de lo contrario, difundiendo la información pertinente sobre las funciones y responsabilidades individuales. De lo que se trata es de hacer accesible las líneas de comportamiento tomando en cuenta las competencias particulares que se adscribe a cada empleado, por un lado, y ofreciendo herramientas prácticas para la identificación de las conductas prohibidas, por otro²⁷.

13. En tercer lugar se tiene **EL CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LAS NORMAS DERIVADAS DEL PROGRAMA**, esto es la identificación de las posibles infracciones y el envío de información a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas²⁸. Para todo ello, resulta de vital importancia que en la empresa se haya realizado un análisis de los riesgos jurídicos, y que exista una declaración de la alta administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades. Es importante, de igual manera la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa mediante circulares o memorándums, así como la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas.

14. Ahora bien, la adopción de un código de conducta sin la participación de los responsables de la empresa en su aplicación y seguimiento, ha demostrado ser insuficiente para el establecimiento de una cultura ética. *La Federal Sentencing Guidelines* se hizo cargo de esa deficiencia imponiendo al consejo directivo los deberes, por un lado, de conocer el contenido y la ejecución del programa de ética y

²⁶ Loc. cit. p. 103

²⁷ Loc. cit. p. 107

²⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, El responsable de cumplimiento («*compliance officer*») ante el derecho penal. En: Criminalidad de empresa y *compliance*. Barcelona, Atelier, 2013, pp. 320 y ss.

cumplimiento; y, por otro, de vigilar razonablemente su implementación y eficacia. Las mismas obligaciones son trasladadas a los ejecutivos encargados del manejo y administración del ente colectivo. Así, en caso de configurarse un comportamiento corrupto de algún empleado, el directivo no se hará responsable por dicho acto en tanto haya satisfecho sus obligaciones de *compliance*, es decir, haya cumplido con procurarse el conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del sistema preventivo, además de vigilar su adecuada instauración y efectividad²⁹.

Sentado que también los deberes de control y vigilancia propios de la dirección de la empresa son susceptibles de delegación, es precisamente en este marco donde entra en escena la figura del responsable de cumplimiento. Entre otras cosas, asume la vigilancia sobre el correcto cumplimiento del Derecho en las diversas capas de la empresa y la transmisión de las informaciones relevantes al respecto a los órganos de dirección. Ciertamente, el responsable de cumplimiento no tiene facultades ejecutivas ni asume, con carácter general, la obligación de impedir delitos en los ámbitos sometidos a su competencia. Su asunción es más limitada: debe obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, en caso de detectar que algo va mal, debe transmitirlo para que lo corrija el competente.

Por consiguiente, el responsable de cumplimiento no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior. Por consiguiente, es erróneo entender que al responsabilizar al responsable de cumplimiento se está institucionalizando una “cabeza de turco” en la empresa.³⁰

15. Finalmente, la *Federal Sentencing Guidelines* dispone el otorgamiento de incentivos y la imposición de sanciones al interior de la empresa como medidas orientadas a promover y aplicar de manera consistente el programa de cumplimiento en toda la organización. La forma de implementación del dispositivo y la determinación del tipo de incentivos y sanciones está delegada a cada una de las empresas. Se estará lejos de cumplir con ese objetivo si dado el caso no se adopta ninguna medida sancionatoria contra la persona transgresora de las políticas empresariales anticorrupción, pues de esta manera se pondrá en duda la credibilidad del programa de

²⁹ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 104

³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, El responsable de cumplimiento. pp. 320 y ss.

cumplimiento, por una parte, y se daría a entender la implícita tolerancia de la corrupción, por otra³¹.

16. Ahora bien, el solo hecho de tener un sistema de *compliance* no implica evidentemente una solución automática. Existen tres grandes problemas en la implementación del sistema de *compliance* en las empresas. El primero de ellos es el que puede denominarse **el problema de la cosmética**³². Los fiscales o autoridades administrativas señalan que la existencia de un programa de cumplimiento en el seno de una organización, no indica necesariamente una voluntad de implantar una cultura de respeto a la legalidad e implementar los controles que para ello sean necesarios. Los programas de cumplimiento podrían tratarse de una simple fachada fabricada por el *compliance bussines*, que los administradores adoptan como si fuera una suerte de seguro antimultas. De producirse un delito, la defensa de la empresa lo mostraría ante los fiscales o autoridades administrativas con el fin de convencerles de que ha hecho todo cuanto estaba en su mano, y que por tanto la empresa y sus funcionarios carecen de responsabilidad o esta debe ser atenuada. Así, el primer gran problema de los programas de cumplimiento es, por tanto, que carecen de credibilidad.

Esta deficiencia fue advertida en casos concretos, en el año 2001, por ejemplo, se hizo público el estado de insolvencia de Enron: La empresa contaba con un programa de cumplimiento según los siete puntos requeridos por la FSG para la prevención y detección de infracciones. Su código de conducta las agrupaba bajo la fórmula “*Respect, Integrity, Communication and Excellence*” (R.I.C.E), enfatizando su seguimiento empresarial en todos los niveles. Precisamente, el fracaso de este y otros sistemas preventivos, aunado a la suma de críticas vertidas contra la viabilidad de la FSG, afianzaron la idea que la simple adopción de un programa de cumplimiento no determina el comportamiento de acuerdo a “derecho” de la empresa y sus empleados, en tanto no se instale una verdadera “cultura” organizativa de seguimiento normativo³³.

17. En segundo lugar, se tiene **el problema de la determinación penal o certeza**, que viene de la mano con el lamento de las empresas por la falta de seguridad jurídica. Y es que la realidad nos muestra que el legislador exige ejercer el debido

³¹ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 107

³² NIETO MARTIN, Adán, *Regulatory capitalism* y cumplimiento normativo. En: *El Derecho penal en la era compliance*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 22.

³³ CARRIÓN, ZENTENO, Andy. *Criminal compliance*. p. 86

control, sin dar pista a las empresas acerca de cuál debe ser el contenido preciso de los programas de cumplimiento ni cuál será el concreto nivel de exigencia judicial.

18. El tercer problema radica en que el sistema de *compliance* en la empresa supone, al menos en parte, **la privatización de una función pública** tan importante como es la del control de la criminalidad. El día a día nos muestra que se exige a las empresas que investiguen las infracciones que han tenido lugar en su interior, e incluso se las exhorta a aportar los resultados de esta investigación a una investigación oficial, más aún en el proceso penal. De esta manera, se obliga a las empresas a financiar los costes que supone para el Estado la criminalidad de empresa. Ahora bien, lo preocupante no es solo que la investigación interna se venga convirtiendo en una especie de privatización de la fase de investigación, sino que existe el peligro de que la investigación interna eluda las garantías procesales mínimas³⁴. No menos cuestionado, puede ser el comportamiento empresarial frente al ilícito, pues la información brindada a las autoridades persecutoras generalmente compromete solo a ejecutivos del más bajo nivel y no a quienes se ubican en las más altas esferas decisionales de la empresa. De esta manera, los programas de cumplimiento no necesariamente se instauran con la finalidad de prevenir y detectar el delito, sino muchas veces con la intención de salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos.

Por estas razones, conviene que las empresas establezcan responsablemente un departamento de cumplimiento que cuente con procedimientos realmente estructurados para prevenir riesgos y responsabilidades de todos y cada uno de los miembros de la corporación. Debe contar también con una política de sanciones disciplinarias, fijando con claridad los derechos y obligaciones de los empleados en las investigaciones internas y los elementos esenciales del proceso de investigación. Y es que si se va a llevar a cabo una investigación interna, al menos deben aplicarse garantías similares o comunes al núcleo del derecho sancionador. Determinar previamente estas cuestiones

³⁴ Como señala CASTILLO CÓRDOVA, “La garantía del debido proceso también ha sido extendida al ámbito particular a fin de determinar la procedencia de las demandas constitucionales contra decisiones producidas dentro de un procedimiento irregular” (Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima, Ara Editores, 2004, p. 167). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido de modo vinculante que el debido proceso rige incluso en el ámbito de las instituciones de derecho privado y en todo tipo de procedimiento que pueda traer consigo consecuencias para los derechos personales: “el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado; que si bien, en consecuencia, no se privó al demandante de todo derecho de defensa, tampoco se le brindaron las garantías constitucionales del caso. (...)”, STC de 12.12.96, Exp. 0067-1993-AA/TC, caso del Club de Regatas Lima, repetida en la STC de 17.12.04, Exp. 3312-2004-AA/TC y otras posteriores.

otorga legitimidad al sistema de *compliance*, tanto a las investigaciones como a las sanciones disciplinarias que del mismo emanen.

III. PROPUESTAS DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MODELOS DE PREVENCIÓN EN PERÚ

19. Aterrizando a lo que ocurre en la realidad peruana, se tiene que actualmente somos testigos de la creación de proyectos de ley que promueven modificaciones relacionadas al sistema interno de prevención y responsabilidad de la persona jurídica, que se dan en un afán por no perder paso frente a la dinámica internacional en la materia; proyectos que muchas veces solo implican la copia de instrumentos jurídicos internacionales sin la adecuación del texto a las exigencias constitucionales o a las instituciones jurídicas internas. El riesgo que se corre es que estos proyectos pasen a ser derecho interno tras un escaso o nulo debate, denotando la falta de una estrategia a largo plazo.

20. La propuesta recogida en el Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ de fecha 22 de octubre de 2012 presentado por el Juez Supremo César San Martín Castro, tiene sustento en la reforma penal española, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, que reconoce la responsabilidad de la persona jurídica. En ese sentido se promueve la reforma del artículo 105 del Código penal³⁵, instaurando la responsabilidad de la persona jurídica: i) por los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho; así como ii) por los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a autoridad de sus gestores y órganos han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso. De este modo, el artículo 105 propuesto incorpora el texto de los dos primeros párrafos del artículo 31 bis de la Ley Orgánica 5/2010³⁶ sin incluir por tanto, la circunstancia atenuante de la

³⁵ Artículo 105°.- Responsabilidad penal de la persona jurídica.

“Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho.

Las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso. (...)”

³⁶ Artículo 31 bis.-

responsabilidad de las personas jurídicas por haber establecido con posterioridad a la comisión del delito y 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 recogida, en el literal d del numeral 5 del artículo en referencia. De este modo, en el proyecto en mención no se establece ningún tipo de previsión sobre los programas de prevención del delito a través del *compliance* como elemento para excluir responsabilidad o atenuante de la pena.

21. El Proyecto de Ley N° 2225/2012-CG: “Ley que modifica los artículos 27, 104 y 105 del Código penal” presentado por el Congresista José Antonio Urquiza

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

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

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

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

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

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

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

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

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

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

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

Maggia, elimina la figura del “actuar en nombre de otro” recogida en el artículo 27° del Código penal y se centra en proponer una fórmula legal de responsabilidad penal de la persona jurídica:

“Artículo 27.- Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables conforme a las reglas de este capítulo, de los delitos cometidos por su cuenta, por sus órganos, representantes o por cualquier integrante o persona por delegación de éstos.

No están excluidas de dicha responsabilidad aquellas personas jurídicas, que, con relación al Estado, intervienen en calidad de delegación, tercerización, asociación, u otra forma similar.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas de los mismos hechos”.

En cuanto a las sanciones aplicables a las personas jurídicas, mantiene las medidas recogidas en el artículo 105° del Código penal vigente. Al igual que el proyecto anterior, no introduce alguna previsión sobre los sistemas de *compliance* para excluir responsabilidad o como atenuación de pena.

22. El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propone un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal, que, siguiendo en gran medida el texto de la Ley 20.393 de Chile publicada el 2 de diciembre de 2009, incluye artículos sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y modelos de prevención aplicable a las mismas.

Precisamente, la Ley N.° 20.393 chilena, adoptando el modelo de regulación propuesto por el Profesor Nieto Martín y siguiendo la regulación italiana (aunque designándola directamente como responsabilidad penal y no como responsabilidad legal o administrativa, según se prevé en la legislación italiana y se preveía en el proyecto original), introdujo una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la comisión de determinados delitos, como el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y corrupción de funcionarios públicos³⁷, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica. Estos deberes generales de dirección y supervisión se

³⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. En: El Derecho penal en la era del *compliance*. Valladolid, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 145.

especifican en la ley, y se entiende que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como el cometido.

La ley chilena indica que las personas jurídicas podrán adoptar o no programas de prevención, y establece los lineamientos para el caso que los adopten, recogiendo los principales elementos de la FCPA: la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la misma. No obstante, no se exige el establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención.

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad de que decida someterlo a un proceso de "certificación" de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento "contempla todos los requisitos" establecidos por la ley, en relación "a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica". Dichas certificaciones podrán ser expedidas por las empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros - el equivalente funcional en Chile de la SEC norteamericana- delegando en dicha entidad la regulación específica de este proceso.

23. Pues bien, el texto de la propuesta peruana contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable a toda clase de organizaciones por el delito de cohecho activo internacional, por los actos de: i) sus administradores de hecho de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de sus funciones propias de su cargo; ii) las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados, actúan por orden o autorización de estos últimos; iii) las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia en atención a la situación concreta del caso.

Siguiendo la legislación comparada, de países como Italia, Austria, Estados Unidos o la Bribery Act en el Reino Unido³⁸, que prevén la posibilidad de no sancionar o imponer una sanción atenuada si la empresa ha establecido un sistema de cumplimiento adecuado; en la propuesta legislativa se incorpora: i) un supuesto de exclusión de responsabilidad de la persona jurídica cuando con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica voluntariamente hubiere adoptado e implementado en su organización modelos de prevención con anterioridad a la comisión del delito, en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, ii) de atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica cuando se hubiere adoptado e implementado por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito, un modelo de prevención o iii) de circunstancia atenuante privilegiada si se acreditasen parcialmente los elementos previstos en el modelo de prevención, pudiéndose reducir la medida hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido.

El modelo de prevención aplicable a las personas jurídicas es facultativo, pero se especifica en el proyecto de ley, entregándose lineamientos mínimos para el caso que los adopten. Si bien estos lineamientos mínimos recogen el modelo chileno, y en consecuencia, algunos elementos de la FCPA, no reflejan el estado de la cuestión en el derecho comparado, al haberse trasladado en el proyecto de manera bastante disminuida y cuya adopción no implica el establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*, haciendo viable que las empresas adopten el modelo como una fachada para beneficiarse con la exclusión de responsabilidad o atenuación de la sanción, o para salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos.

Se señala que el modelo de prevención debe contener como mínimo los siguientes elementos:

- a) Una persona u órgano designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función de auditor interno de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarias para cumplirla adecuadamente. Esta función deberá ejercerse con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios.

³⁸ La *Bribery Act* ha creado un delito autónomo para la persona jurídica denominado "*failure of commercial organisation to prevent bribery*". infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada y que se aplica extraterritorialmente.

- b) Como medidas preventivas debe establecerse: i) La identificación de las actividades o procesos de la entidad que generen o incrementen riesgos de comisión de los delitos, ii) El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos, iii) La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en la comisión de conductas delictivas, iv) La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención. Al igual que en Estados Unidos o Chile, se prevé la posibilidad de que el modelo de prevención pueda ser certificado por tercero dentro del marco de los sistemas nacionales de acreditación y certificación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el modelo de prevención.

24. Pues bien, es evidente que el vertiginoso desarrollo de la economía, la tecnología y los cambios políticos constituyen un reto permanente de adaptación de las normas de control a las nuevas realidades, pero es de esperarse que éstas ocurran en el contexto de una estrategia coherente de prevención. Sin embargo, se vienen dando propuestas que, lejos de corresponderse con una estrategia coherente de prevención, parecen obedecer más a una reacción improvisada frente a los avances de la legislación comparada.

Nuevamente, un sistema de *compliance* adecuadamente implementado es la mejor garantía para que la empresa no se vea involucrada en situaciones de riesgo penal. Cada miembro de la empresa deberá interiorizar que el cumplimiento del Derecho vigente no debe obedecer a la casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de *compliance* vinculada globalmente con las actividades empresariales tanto internas como externas. Pero ello implica la instauración de una cultura de cumplimiento, que en países como el nuestro se enfrenta a altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública que, desde ya, conspiran contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal corporativo a través del *compliance*.

**BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO AGRAVADO DE
TRÁFICO DE DROGAS EN EL SENO DE ORGANIZACIÓN DELICTIVA
DEL ART. 369 BIS DEL CP**

**-Francisco Javier Bretones Alcaraz-
Abogado del Itre. Colegio de Abogados de Almería**

RESUMEN: En este trabajo vamos a exponer las distintas posiciones doctrinales existentes en relación al bien jurídico protegido en el tipo básico del art. 368 del CP al que se remite el art. 369 bis, haciendo especial mención a la salud pública como posición mayoritaria en la doctrina. Asimismo, se expondrán las líneas doctrinales existentes en relación al concepto salud pública como bien jurídico protegido. Finalmente, se expondrá si existen efectivamente otros intereses que son objeto de protección en el subtipo agravado del art. 369 bis CP y cual es la postura mayoritaria en relación a esta cuestión y sobre el fundamento de la agravante, haciendo mención a la Jurisprudencia del nuestro Tribunal Supremo. Y finalmente expondré mi posición personal en las conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El delito del art. 369 bis del CP, constituye un subtipo agravado del delito de tráfico de drogas del art. 368.1 CP, estando comprendido dentro del Título XVII del libro II del CP donde se recogen los delitos contra la seguridad colectiva y comprendido en el capítulo III relativo a los “delitos contra la salud pública” (arts. 359 a 378). A su vez, pertenece a los llamados, por la doctrina y la jurisprudencia, delitos de tráfico de drogas.

La doctrina afirma en relación a los subtipos agravados contenidos tanto en los artículos 369 y 370 del CP, así como en el art. 369 bis CP, que la agravación se fundamenta, en un plus de antijuridicidad, consistente en unas ocasiones en un mayor grado de peligro para el bien jurídico salud pública, y en otras en que junto a ese bien jurídico de la salud pública se protegen otros bienes jurídicos (delitos pluriofensivos).¹

En este trabajo, analizaremos cual es el bien jurídico protegido del tipo básico (art. 368 del CP), al que se remite el subtipo agravado objeto de nuestro estudio, y posteriormente analizaremos el fundamento del mismo, es decir, si concurren otros intereses que el legislador quiera proteger con el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva, o si por el contrario concurre

¹ Vid. GALLEGO SOLER, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP. y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, edit. Bosch,1999, p. 11.

únicamente un mayor grado de peligro para el bien jurídico protegido de la salud pública y en que se basa el mismo.

De entrada, DIEZ RIPOLLÉS pone de manifiesto como la determinación de cual es o cual debiera ser el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es “algo menos pacífico de lo que se cree”.² Vamos a exponer las posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno al bien jurídico-penal tutelado en los delitos de tráfico de drogas.

II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO DEL ART. 368 CP: POSICIONES DOCTRINALES

1. SALUD PÚBLICA

La mayoría de la doctrina ha entendido tradicionalmente,³ y entiende, que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la salud pública.

REY HUIDOBRO explica como los autores que mantienen esta postura refieren como argumento la colocación sistemática de los delitos de tráfico de drogas en el CP de 1973, entre los delitos contra la salud pública, lo cual se puede mantener igualmente en relación al actual CP de 1995⁴. Asimismo, los convenios internacionales ratificados por España también hacen referencia a la salud.⁵

² Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: La política sobre drogas en España, a la luz de la tendencias internacionales. Evolución reciente. ADPCP, T. XXXVIII, 1987, p. 378.

³ En este sentido, GARGÍA-PABLOS, A.: Bases para una política criminal de la droga, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales), Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986, pp. 371 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político- criminales), Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986, p. 132; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte Especial, 9ª ed., Madrid, 1983, p. 1000; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo IV, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1967, p. 360; CARBONELL MATEU, J. C.: “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, en VV: AA., La problemática de las drogas en España (Análisis y propuestas político-criminales), Madrid, 1986, p. 338.

⁴ REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 127.

⁵ Preámbulos tanto de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes como del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena, 21 de febrero de 1971 comienzan diciendo “*Las partes , preocupadas por la salud física y moral de la humanidad,...*” Asimismo, el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 dice «...*la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias... grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos* “

El texto constitucional (art. 43, 1 y 2)⁶, dice MOLINA MANSILLA, nos remite a la expresión “salud pública”, que puede ser interpretado con arreglo a tres acepciones:

Como acción gubernamental, que integra una conjunto de medidas preventivas, como prestación de un servicio público de carácter asistencial y como reconocimiento de un derecho de la protección de la salud de todos los ciudadanos, situándose el Estado en posición de garante, siendo la “salud comunitaria” la verdadera esencia del bien jurídico protegido.⁷

Ahora bien, siguiendo a DOVAL PAÍS, existen básicamente dos líneas doctrinales a la hora de caracterizar a los delitos contra la salud pública:

a) Por un lado, según este autor, está la línea doctrinal que parte de la relación entre salud pública y salud individual, destacando las diferencias de estos delitos en relación con los delitos contra las personas.

Estos autores refieren que lo que se protege en estos delitos contra la salud pública es la salud de la generalidad de los ciudadanos.⁸ Dentro de este línea doctrinal estarían también los autores que asimilan la salud pública con la suma de “saludes individuales.”

Así, dentro de este grupo de autores podemos mencionar a ACALE SÁNCHEZ, que afirma que todos los delitos contenidos en el Capítulo III afectan de manera distinta al bien jurídico salud pública, lo que tiene su respaldo constitucional en el art. 43 de la Constitución, en el que se reconoce “el derecho a la protección de la salud”. Asimismo, afirma que es un bien jurídico colectivo que se levanta sobre el bien jurídico salud individual. En concreto, sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma, no pudiendo confundirse la salud pública con la individual.⁹

⁶ El art. 43, 1 y 2 de la Constitución dice: “1.- *Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*”

⁷ MOLINA MANSILLA, M^a. C., El delito de narcotráfico, ed. Bosch, 2008, pp. 29 y 30.

⁸ DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, pp. 188 y 190. Así esta postura es mantenida por RODRIGUEZ RAMOS que consideraba en relación al CP de 1973 que la salud pública es la suma de las saludes individuales de una colectividad de ciudadanos, que se ponía en peligro cuando más o menos aproximadamente se agudizara la posibilidad de que algún o algunos individuos de tal colectividad resultaran atacados en su salud personal. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública, Temas de Derecho penal, Universidad Complutense, Madrid, 1977, pág. 97.

⁹ ACALE SANCHEZ, M.: Salud publica y drogas tóxicas. 2002, Tirant lo Blanch, pp. 19 y 20. En este mismo sentido SÁNCHEZ MARTÍNEZ, afirma que la salud colectiva se diferenciaría de la salud individual en que se trataría de un bien jurídico colectivo y que no sería la simple suma atomizada de

En esta línea REY HUIDOBRO afirma que si bien es verdad que el término salud pública es un vocablo que indica la salud de los individuos que componen la sociedad, no es menos cierto que no da la idea de una salud genérica y sin portadores, sino que ha de considerarse la suma de cada una de los pertenecientes a una colectividad de ciudadanos, sosteniendo por ello que la defensa de la salud colectiva lleva consigo la individual de cada persona en particular. No se puede pretender que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual.¹⁰

MANJÓN-CABEZA, refiere como el bien jurídico salud pública ha sido entendido como salud colectiva, o sea , como la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para salud pública es grave , aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave. Además afirma que para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no sea necesaria la determinación concreta de esas personas destinatarias de la droga para ser consumida.¹¹

Antes de seguir adelante conviene destacar el cambio producido en relación al concepto de salud del que parte la doctrina moderna. Así ya no se tiene la concepción de salud como ausencia de enfermedad o perturbación del organismo humano, ya sea física o psíquica. Se acoge, por el contrario, la que figura en la Carta Constitucional de la OMS de 1946. Se define salud como “*estado completo de bienestar físico, mental y social, conceptuándose como pública si afecta a un número indeterminado de sujetos.*”¹²

saludes individuales, sino de un bien jurídico con naturaleza propia y diferenciada, en el que el individuo sería absorbido y difuminado en la colectividad, siendo sólo la ofensa a tal colectividad lo relevante. Si se aceptara a la salud pública como una suma de saludes individuales, en este sentido la salud pública vendría a significar tan sólo una dimensión del bien jurídico, salud individual, su aspecto social, negando una naturaleza propia y diferenciada a la salud personal. No obstante, existiría una estrecha conexión y lógica dependencia de ambos conceptos, salud pública y salud individual, puesto que se partiría del concepto salud sin adjetivos.

¹⁰ REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 130.

¹¹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2003, p. 95. En el mismo sentido ACALE SÁNCHEZ, M.: salud publica y drogas tóxicas. 2002, Tirant lo Blanch, p. 20, quien añade que la protección de la salud pública propende a la salvaguarda de la salud individual pero no puede confundirse con ésta.

¹² Vid. REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 128. Asimismo, hace referencia a este nuevo concepto DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, p. 192.

b) La otra postura o línea doctrinal, siguiendo igualmente la exposición de DOVAL PAIS, es la que tiene una concepción de la salud pública como un conjunto de condiciones que posibilitan la salud (individual). Esencialmente tratan de hallar un objeto de protección jurídico-penal de naturaleza colectiva que tenga entidad propia o, al menos, no tan dependiente de la salud individual.¹³

Así, MUÑOZ CONDE define salud pública como “conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos”. Los delitos contra la salud pública serían delitos contra tales condiciones.¹⁴

MAGALDI PATERNOSTRO mantiene que no hay obstáculo a la protección penal de bienes jurídicos colectivos, y ésta protección se puede articular a través de delitos de peligro, sino que nuestra sociedad cada vez más compleja reclama esta protección y que la legitimidad o no del recurso a la vía penal deberá fundamentarse en dos extremos: el primero, que se trate materialmente (y no sólo formalmente) de un bien jurídico que sea objetivamente calificable como importante para la estabilidad y desarrollo de la colectividad; y el segundo, que el ataque contra dicho bien sea sentido como intolerable por el colectivo social de que se trate (principio de lesividad).¹⁵

c) Finalmente DOVAL PAÍS considera que la salud pública debe entenderse conforme a su estructura como un bien jurídico colectivo de referente individual, es decir, este autor mantiene que se construye en torno a la garantía de unas condiciones de seguridad de los bienes individuales y que son susceptibles de ser disgregados en una

¹³ DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, pp. 201.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F./ HASSEMER, W.: La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia, 1995, p. 64. También GARCÍA-PABLOS se refiere a la salud pública como “presupuestos objetivos que garantizan la salud de todos”. GARCÍA-PABLOS, A.: Bases para una política criminal de la droga, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político- criminales), Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986, p. 371. También RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública, en Derecho penal, Parte Especial, Madrid, 1989, p. 96. SÁNCHEZ MARTÍNEZ define la salud pública como “un conjunto de condiciones que garantizan la salud personal de todos y cada uno de los miembros de la colectividad” en SANCHEZ MARTÍNEZ, F.: El delito farmacológico, Edersa, Madrid, 1995, p. 68.

¹⁵ MAGALDI PATERNOSTRO, M^a. J.: “Libro II Tít. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III, de los delitos contra la salud pública” en VV. AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo II, Madrid, edit. Marcial Pons, 2004, p. 1555 y 1556. Así este autor define el bien colectivo salud pública como: «el conjunto de condiciones generales de salubridad y sanidad en las que deben desarrollarse todos los ámbitos de la vida social de una colectividad políticamente organizada y que deben estar garantizadas por el Estado tanto mediante una actuación positiva de fomento y reglamentación como prohibiendo (y no sólo bajo pena), en último extremo, a los integrantes de la colectividad la realización de conductas susceptibles de incidir negativamente sobre aquéllas».

multiplicidad de intereses jurídicos individuales. Y es por ello que los bienes jurídicos colectivos tienen un carácter meramente instrumental o medial en el sistema diseñado por el legislador para la protección de bienes jurídicos individuales. Sigue diciendo este autor que, debido a ese carácter, se sostiene a menudo que son complementarios¹⁶ de los individuales. DOVAL PAIS afirma que esa complementariedad no se ha de entender como una relación de complementariedad entre un bien jurídico y otro, sino en el sentido de que el bien jurídico colectivo ofrece un complemento para la integración del sistema de protección de bien jurídicos individuales que el CP contiene, siendo la particularidad de la aportación en la tutela del bien jurídico individual, consistente en el adelantamiento de la reacción penal, mediante las “normas barrera” o “normas obstáculo”¹⁷

ACALE SÁNCHEZ hace referencia a esa función de barrera que cumple el bien jurídico colectivo salud pública, de modo que la mera puesta en circulación de medicamentos o alimentos deteriorados, supone ya lesión del mismo, con independencia de que los mismos lleguen o no a ser consumidos por una persona. Ahora bien, la autora matiza que los delitos de tráfico de drogas presentan una particularidad, en relación a los demás delitos contra la salud pública del Capítulo III, consistente en que el objeto material del delito de tráfico de drogas no es de curso legal al estar prohibidas y además hay que referirse a la protección de la salud pública a través de la salud individual de las personas que “quieren consumirlas”. El resto de delitos incluidos en el Capítulo III tienden a castigar la distribución de una serie de productos deteriorados, cuya mera puesta en circulación produce un peligro inmediato para la salud pública y mucho más lejano para la salud individual de las personas que no quieren que su salud se vea afectada por el consumo de una serie de alimentos o medicamentos que pueden consumir porque son de curso legal.¹⁸

MANJON-CABEZA OLMEDA afirma que “si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque

¹⁶ PEREZ ÁLVAREZ, F.: Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación, Praxis, Barcelona 1991, p. 75. Dice también que la probabilidad de lesión se tiene que proyectar sobre el bien complementado –salud individual- y no sobre el bien complementario –salud pública-.

¹⁷ DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, pp. 251 a 253.

¹⁸ ACALE SANCHEZ, M.: Salud publica y drogas tóxicas. 2002, Tirant lo Blanch, p. 22. Además añade que la salud pública se pone en peligro no solo por la nocividad de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas sino por la propia prohibición que impide que sean sometidas a control sanitario previo.

efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia”¹⁹

2. OTRAS POSICIONES DOCTRINALES SOBRE EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

PEDREIRA GONZÁLEZ afirma que las posiciones doctrinales minoritarias que fueron manejadas hace tiempo están prácticamente abandonadas, como la relativa a la libertad del consumidor, al interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes y también las pluriofensivas²⁰. Estas posiciones son las siguientes:

a) INTERÉS DEL ESTADO EN LA PRODUCCIÓN Y EL COMERCIO DE LOS ESTUPEFACIENTES.

COBO DEL ROSAL opina que en los delitos de tráfico de drogas se defienden en todo momento, los intereses propios y exclusivos del Estado al control de la producción y comercio de estos productos “ciclo de la droga”, considerándolo como un auténtico y propio bien jurídico, de suerte que puede ser afirmada la siguiente proposición: Fuera del control estatal, toda conducta de tráfico en sentido amplio es ilegal y en su mayoría penamente antijurídica, tal y como está redactado el artículo 344 del Código penal²¹. Fundamenta esta teoría en el artículo 1 de la Ley 17 /1967 de 8 de abril, de estupefacientes , en su art. 1 se dice: *”Corresponde al Estado español el derecho de intervenir, dentro de su territorio, el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo.”*

REY HUIDOBRO sostiene que el interés del Estado no posee aquí la suficiente relevancia como para poder integrar el objeto jurídico específico de este delito de un

18 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2003, p. 101.

²⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: AAVV, El delito de tráfico de drogas, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), coords. ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords), A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 22 (nota 2).

²¹ COBO DEL ROSAL, M.: Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, en Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, Universidad de Valencia, 1977, pp. 160 y ss.

modo general y permanente, y únicamente, cuando el sujeto activo sea un funcionario público o un facultativo, dicho interés toma consistencia.²²

b) LA LIBERTAD DEL CONSUMIDOR.

Consideran que el delito de tráfico de drogas comporta un ataque directo a la libertad del consumidor al crear estados de dependencia en todos los sujetos que las consumen, de forma abusiva, lo que genera un menoscabo en su voluntad.

BUSTOS RAMIREZ es uno de sus defensores. Con arreglo a esta postura no podría prohibirse el consumo de droga entre adultos, por lo que no se podría proscribir su venta. Considera que debería establecerse un control sobre productores y vendedores, así como de la cantidad de droga. Solo procede penar, en principio, aquellas conductas destinadas a violentar de algún modo la voluntad de los consumidores, es especial de los menores.²³

REY HUIDOBRO estima que la postura no es correcta pues hay que partir del hecho de que todos los delitos contra la libertad, son delitos contra la voluntad del sujeto pasivo y en el que aquí es objeto de nuestro estudio, el traficante opera la mayoría de las veces con toxicómanos que prácticamente carecen de voluntad, o la poseen en muy escasa medida. En consecuencia, la libertad solo es perjudicada de manera indirecta o mediata. Sigue diciendo este autor, que la libertad moral se anula con la droga y posterior adicción, porque el sujeto inicial y libremente ha querido y ha tomado esta decisión, adquiriendo y consumiendo el producto estupefaciente.²⁴

Desde otro punto de vista, MARTÍNEZ BURGOS afirma que las drogas llamadas “blandas” no crean dependencia física y, por tanto, no suponen una limitación de la libertad del consumidor. Añade, además, que tampoco se puede castigar al traficante mientras no se pruebe que el sujeto pasivo es un adicto, pues en caso de no serlo habría libertad del mismo para poder oponerse a recibir la droga.²⁵

²² REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 123 , y sigue diciendo: “ello es debido a que el artículo 344 no integra una infracción que afecte especialmente a sus funciones, a su seguridad o integridad, ni tampoco parece que vaya dirigido a tutelar un monopolio económico del Estado sobre el tráfico del producto”.

²³ BUSTOS RAMIREZ, J.: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Barcelona, 1986, pp.277 y 278.

²⁴ REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 121. En el mismo sentido JOSHI JUBERT, U.: «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del Código Penal», José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 38. NÚÑEZ PAZ, M. A. / GUILLÉN LÓPEZ, G.: «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal», en Revista Penal, n.º 22, julio de 2008, p. 83.

²⁵ MARTÍNEZ BURGOS, C.: Las drogas ante la ley, 1973, pp. 46 y 47

MANJÓN-CABEZA afirma que “la libertad del consumidor, que se merma o desaparece con la dependencia, es relevante en tráfico de drogas, no como bien jurídico , sino como preocupación de salud pública que se fija en un bien personalísimo como es la libertad de autodeterminación frente a las drogas.”²⁶

c) DELITO PLURIOFENSIVO (BERISTAIN IPIÑA)

BERISTAIN IPIÑA afirma que en el texto del artículo 344 del CP de 1973 se defiende la salud pública y, además, o sobre todo, los bienes económicos y la seguridad general. Dice, asimismo, que se pretende evitar el ataque real (daños o lesiones) contra la propiedad o la incolumidad corporal de individuos concretos (bienes jurídicos a los que éstos , en cierto sentido, pueden renunciar). Además se pretende evitar la situación de riesgo general de peligro para la comunidad , por la probabilidad de que se cometa cualquier delito. Presupone, por tanto, que quien facilita el uso (y abuso) de las drogas, abre la puerta a probables conductas delictivas, y con ello (aunque esas conductas no lleguen a realizarse) pone en peligro la seguridad de la colectividad.²⁷

REY HUIDOBRO rechaza la teoría de BERISTAIN, en su referencia a la seguridad en general, porque si bien es cierto que muchas veces el uso de estupefacientes puede conducir al delito a los consumidores, “esto no puede llevarnos a presumir «iuris et de iure» que una persona, por el mero hecho de utilizar droga, vaya a convertirse en delincuente”. Además afirma el hecho de que un drogadicto cometa un delito no es consecuencia del delito de tráfico de drogas sino consecuencia del estado de dependencia o adicción que le causa compulsión para conseguir los medios económicos para conseguir la sustancia prohibida.²⁸

Por otra parte, NUÑEZ PAZ Y GUILLÉN LÓPEZ afirman que no aceptan que los intereses económicos, políticos o, incluso la seguridad en general, sean los protegidos por el art. 368 del CP pues entienden que se está confundiendo el verdadero bien jurídico protegido con lo que no son sino motivos político-criminales.²⁹

²⁶ Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2003, p. 103.

²⁷ BERISTAIN IPIÑA, A.: “Las drogas y su legislación en España”, en ADPCP, fascículo 1, 1973, p. 55 y 56.

²⁸ REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 123 y 124.

²⁹ NUÑEZ PAZ, M. A. / GUILLÉN LÓPEZ, G.: «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal», en Revista Penal, n.º 22, julio de 2008, p. 82.

d) MORAL Y PERSPECTIVA SOCIOCULTURAL

PRIETO RODRÍGUEZ expone como en esta labor de búsqueda de un bien jurídico protegido en el art. 344 del CP de 1973, no debemos de olvidar cómo la legislación prohibitiva sobre el tráfico de drogas obedeció, en un primer momento, no a la protección de la salud colectiva o individual, o de la libertad, sino al rechazo de ciertas formas religiosas y moral de diversos grupos, tomando en cuenta la vinculación de las drogas con ceremonias heréticas, actos de brujería etc. Sigue exponiendo este autor como en nuestra sociedad actual de consumo, la droga ha estado frecuentemente vinculada a algunos movimientos, englobados bajo la expresión -contracultura-, -subcultura- , es decir, a un sistema de vida, a una moral, a una cultura propia y diferente de la imperante en la sociedad, o al menos, en la parte social dominante. Se pregunta finalmente si lo que realmente se protege con el tráfico de drogas es la moral social o impuesta de la clase dominante.³⁰

Incluso el Preámbulo de la Convención Única de 1961 hace referencia a la moral como objeto de protección cuando dice: “*Las Partes... preocupadas por la salud física y moral de la Humanidad*” y “*La toxicomanía ... entraña un peligro social...*”

Con el favorecimiento del consumo de drogas se favorecen una serie de conductas moral y socialmente rechazables , amén de que muchas constituyen también delito como la trata de blancas y tráfico de armas, el blanqueo de capitales, el poder económico de las mafias y la corrupción.³¹

III. OTROS POSIBLES INTERESES PROTEGIDOS EN EL TIPO PENAL DEL ART. 369 BIS CP. FUNDAMENTO DE LA AGRAVACIÓN.

DÍEZ RIPOLLÉS en su exposición sobre el bien jurídico protegido en el tráfico de drogas destaca como interesantes las escasas referencias a los daños a la estructura

³⁰ PRIETO RODRIGUEZ, J. I.: El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, Aranzadi, 1993, Pamplona, p. 221. En la misma línea ABARCA JUNCO quien también se pregunta si se prohíben las sustancias por ser dañosas o realmente porque repugnan a la sociedad. ABARCA JUNCO, A. P.: Un problema político criminal: la penalización internacional de los estupefacientes, Revista de Derecho UNED 8, Madrid 1982, pp. 226 y ss.

³¹ GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, J. F./ FRIGOLA VALLINA, J.: «Delitos contra la salud pública (II):Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», Bosch, Barcelona, 1997, p.78.

económica y aún institucional de nuestra sociedad a los que el surgimiento de poderosas organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico está causando.³²

Otros autores se refieren a los intereses económicos como otro bien jurídico subyacente tomando como base el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 que establece lo siguiente: *“Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”*. Asimismo se dice en el mismo Preámbulo lo siguiente: *“Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir , contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles,”*

Hacen referencia a los grandes beneficios económicos que obtienen las organizaciones del narcotráfico, al blanqueo de los mismos y a la influencia a través de la corrupción en los centros de poder económico y político a todos los niveles. Afirman que el beneficio económico es consecuencia de la existencia de la misma ley prohibitiva y represiva que determina un incremento del precio de la droga y de los beneficios de las organizaciones criminales.³³

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia mantienen en relación del subtipo agravado del actual art. 369 bis CP, que realmente el único bien jurídico protegido es la salud pública, constituyendo su fundamento la superior capacidad de agresión al bien jurídico “salud pública” por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización criminal supone además de la neutralización de

³² DIEZ RIPOLLÉS hace referencia a dos obras: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “Bases para un política criminal de la droga”, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales), Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986 p. 378 y BERISTAIN IPIÑA “Dimensión histórica, económica y política de las drogas en la Criminología crítica”. En delitos contra la salud pública . Universidad de Valencia. 1977, p. 59. Vid. DIEZ RIPOLLÉS J. L.: La política sobre drogas en España, a la luz de la tendencias internacionales. Evolución reciente. ADPCP, T. XXXVIII, 1987, p.380.

³³ GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, J. F./ FRIGOLA VALLINA, J.: «Delitos contra la salud pública (II):Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», Bosch, Barcelona, 1997, p. 79-81.

la acción estatal que se ve favorecida por la existencia de la estructuración y planificación.³⁴

Asimismo, la Jurisprudencia mantiene en la STS 486/2009 de 8 de mayo lo siguiente:

*“Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión.”*³⁵

En otras Sentencias se hace referencia a la dificultad del Estado para luchar contra estas organizaciones dedicadas a la difusión de drogas. Así la STS núm. 492/2010 de 18 de mayo, dice literalmente:

*“Este complejo de personas con organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Esa y no otra es la "ratio" de la cualificación de la conducta.”*³⁶

En este mismo sentido, la STS 544/2012 de 2 de julio hace referencia a que las organizaciones delictivas:

«...generan procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley»,

³⁴ Vid. GALLEGO SOLER, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP. y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, edit. Bosch, 1999, p. 183. En el mismo sentido, JOSHI JUBERT, U.: «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1995, II, sección de Jurisprudencia p. 662.

³⁵ STS 356/2009 de 7 de abril.

³⁶ En el mismo sentido la STS núm. 808/2005 de 23 de junio.

IV.- CONCLUSIONES

Hemos expuesto como la posición mayoritaria entiende que en este subtipo agravado de ejecución del delito de tráfico de drogas por persona que pertenece a una organización criminal, el bien jurídico protegido único es la salud pública, basando el incremento de la pena o su fundamento en la mayor capacidad de las organizaciones criminales para causar un atentado de mayor intensidad a la salud pública por su planificación, coordinación y reparto de funciones. Así es, normalmente las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico realizarán operaciones de gran importancia en cuanto a la cantidad de droga objeto de la operación y cuanto al ámbito territorial de actuación, pudiendo estar implicados varios Estados. Además, también se valora la mayor facilidad de la organización para conseguir la impunidad o dificultar la acción del Estado en la lucha contra el narcotráfico.

Ahora bien, a mi entender, el legislador no solo ha tenido en cuenta esta circunstancia de la mayor capacidad de las organizaciones criminales para atacar a la salud pública. Así la LO 5/2010 de 22 de junio de reforma del CP, no solo ha supuesto el tratamiento autónomo de este subtipo agravado sacándolo del art. 369 del CP y regulándolo en el nuevo art. 369 bis del CP, sino que además ha introducido en el Título XXII un capítulo, el VI, que regula las organizaciones y grupos criminales, cuyo bien jurídico protegido es el orden público.

No hay que olvidar que tanto la doctrina como la Jurisprudencia remiten para la determinación del concepto de organización delictiva del art. 369 bis del CP a la definición auténtica del art. 570 bis del CP³⁷. Es cierto que el bien jurídico principalmente protegido por el art. 369 bis CP es la salud pública pues se exige que se ejecute la conducta típica del art. 368 del CP, pero entendemos que también está tutelado en este subtipo agravado otro bien jurídico, el orden público entendido por SANCHEZ GARCÍA DE PAZ como estabilidad del sistema político y económico de los Estados democráticos, lo que coincide, dice la autora, con el Preámbulo de la LO 5/2010 de 22 de junio en el que se dice que “la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la

³⁷ Art. 570 bis, 1, párrafo 2º :” A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones”.³⁸

Por tanto, consideramos que el subtipo agravado se constituye en un delito pluriofensivo que atenta a la salud pública al exigir que se ejecuten los hechos del art. 368 del CP y al orden público al requerirse para su aplicación que los sujetos activos pertenezcan a una organización delictiva cuya definición auténtica se ubica en el art. 570 bis del CP.

Incluso nuestra argumentación va mas allá pues entendemos que es aplicable a todos lo subtipos agravados contenidos a lo largo de nuestro Código Penal en donde se recogen distintos subtipos agravados por ejecutarse en delito en cuestión en el seno de una organización criminal (art. 177 bis, 6, art. 183, 4, f), art. 187, 4, art. 188,4,b), art. 302,1, art. 318 bis, 4 CP y otros), que a nuestro entender constituyen subtipo agravados pluriofensivos siendo su denominador común a todos ellos el bien jurídico protegido del orden público.

³⁸ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “De las organizaciones y grupos criminales, art. 570 bis,” en AAVV, GOMEZ TOMILLO, M. (dir.) : Comentarios al Código Penal, Lex Nova, 2010, p. 1923.

LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA TRAS A REFORMA DEL CÓDIGO PENAL SEGÚN LEY 1/2015

ANA MARÍA GIL ANTÓN

Doctora en Derecho

I. SITUACION DE PARTIDA TRAS LA REFORMA DE LA LO1/2015.

Con la expansión de la responsabilidad penal que está sufriendo el Derecho Penal español, ya iniciada por la Ley 5/2010 de reforma del Código Penal, desde su entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, la persona jurídica es penalmente responsable de los delitos cometidos por sus directivos o empleados en el ejercicio de su cargo, junto con las personas físicas.

De este modo, los riesgos penales a los que se enfrenta la persona jurídica se han visto ampliados, pues responderá penalmente tanto por los delitos cometidos, en nombre y por cuenta de la persona jurídica, y- en beneficio directo o indirecto de la misma-, como por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, así como cuando lo sea en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas con poder de dirección, hubieren podido realizar los hechos constitutivos de delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Todo ello implica que cuando se cometa un delito por los representantes legales, administradores o apoderados en nombre y beneficio de su empresa, o por un empleado en el ejercicio de las actividades sociales, igualmente en beneficio de la misma, si no se ha ejercido sobre éste el debido control, junto a la persona física, también se “*sentará en el banquillo*” la persona jurídica acusada como responsable penal, en los términos que iremos explicitando a continuación, tras la nueva reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, con entrada en vigor el próximo 1 de julio.

Por otro lado, el Código Penal ha ido sufriendo otras importantes modificaciones a lo largo de estos años, ampliándose el elenco de entidades penalmente responsables. El 17 de enero de 2013 entró en vigor la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal en materia de Transparencia, lucha contra el Fraude Fiscal y la Seguridad Social, entre cuyas principales novedades se destacaba la posibilidad de declarar penalmente responsables a las entidades públicas: a) cuando no ejercieren políticas

públicas o servicios de interés económico general, y b) cuando eran creadas con el propósito de eludir la norma penal¹. La Ley Orgánica 1/2015, de reforma del CP, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal, por la que se incorporan y cambian determinados aspectos de la responsabilidad de la persona jurídica, de forma relevante, pues de una parte queda ampliado de nuevo el marco de extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alcanzando incluso a aquellas sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general: se las podrá imponer penas de multa por cuotas proporcional o medidas de intervención judicial. En efecto, el artículo 31 *quinquies* determina, cuáles son las Administraciones y demás entes que quedan excluidos de dicha responsabilidad, y cuáles otros, como las sociedades públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, quedan incorporadas al sistema de responsabilidad penal, no obstante estar sujetas a la limitación de la pena fijada, limitación respecto de la pena que puede ser no obstante removida por el Juez o Tribunal, cuando el mismo apreciara la existencia de formas jurídicas creadas *al hoc* para la elusión de la eventual responsabilidad penal.

También resulta relevante indicar que en la citada reforma se ahonda sobre delimitación que requiere “el debido control”(a este respecto, se pormenoriza qué se ha de entender como tal, señalándose en particular, el impacto que tiene a estos efectos, el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso) y, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, junto con la exigencia del fin del beneficio tanto directo como indirecto a favor de la empresa, que se ha de perseguir con el delito efectuado.

Por otra parte, es de reseñar que si el delito fuere cometido por las personas indicadas en el apartado a) del artículo 31.bis CP en su nueva redacción, es decir representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, y que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control en la misma, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad, siempre que se cumplan las condiciones fijadas en el apartado número 2 del precepto, relativo éste al

¹ El Proyecto de Reforma del Código Penal ya convertido en LO 1/2015, de 30 de marzo que entrará en vigor el 1 de julio.

Plan de Prevención penal que exista en la misma y a su cumplimiento efectivo, siempre que no sea un simple elemento formal o decorativo de la empresa, puesto que todo ello deberá quedar acreditado.

En consecuencia, si nada cambia, en palabras del catedrático Rodríguez Ramos² “este parcheo de la legislación penal...” entrará en vigor el 1 de julio.

II. DELITO COMETIDO POR ADMINISTRADOR, REPRESENTANTE O EMPLEADO DE LA PERSONA JURÍDICA DE ACUERDO CON LA NUEVA REGULACION: ALGUNAS NOTAS

Se recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, es decir los casos de delito cometidos por el administrador o representante en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio, directo o indirecto; y los supuestos de delito cometido por un empleado sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando haya podido cometerlo debido a la ausencia de vigilancia sobre él y en el ámbito de la actividad social de la empresa.

Como conceptos básicos a considerar, hemos de señalar que el precepto, ni en la anterior redacción, ni en la nueva aporta una definición positiva del término persona jurídica (no resulta de aplicación la definición de sociedad prevista en el artículo 297 del CP, que se refiere solo a sociedades mercantiles), por lo que es necesario estar a un concepto extrapenal de persona jurídica, sin que sea posible interpretaciones extensivas o analógicas a entidades o realidades que no reúnan dicha característica de la personalidad jurídica.

Cuando el artículo 31 del CP reformado, se refiere a administrador de hecho o de derecho, que es empleado también en otros preceptos del mismo como en los delitos societarios del artículo 290 y ss. del CP, siendo así que mientras que sobre el administrador de derecho no existe mayor problema, -dado que su término ha de ser integrado por la normativa mercantil correspondiente-, no ocurrirá lo mismo con el de administrador de hecho, debiendo entender por tales aquellos que hayan ejercido funciones en nombre de la sociedad como si hubieren ostentado el título válido de administrador, cuando no se tenía, siempre que ello sea acreditable, o bien en aquellas

² RODRIGUEZ RAMOS L, “Estos parcheos de la legislación penal solo pueden interpretarse como una falta de diligencia y de responsabilidad de los partidos políticos”. DOSSIER Reforma del Código Penal, entrevista. Thomson Reuters, pp.24.

personas que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, bien se trate de nombramientos no válidos, defectuosos no aceptados, no inscritos o caducados o prescindiendo de conceptos extra-penales.

En definitiva podríamos considerar como administrador de hecho todo aquel que, de facto ejerza el mismo poder de decisión que un administrador de derecho, con lo que en verdad se trata de que la realidad social y societaria, así como del poder material detentado, se corresponda con la realidad penal. Pero lo que sí ha de quedar claro, es que este poder no se podría extender a mandos intermedios, o sujetos con cierta capacidad de decisión autónoma, pero supeditada a una dirección, control o supervisión de un administrador de derecho, pues cualquier subordinado de un administrador de derecho, no tiene la consideración de administrador de hecho.

Lo cierto, es que se ha visto la problemática que dicha cuestión conllevaba, por cuanto para que sea considerado un sujeto como administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeto a esferas superiores de aprobación o decisión. Según tiene declarado el T.S. en Sentencia de 26 de enero de 2007 ha de desempeñar una función de dirección real, con independencia de las formalidades de su nombramiento. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, que ha mantenido que son rechazables los intentos de considerar administrador de hecho a figuras que tanto, de facto como *de iure* están subordinadas al administrador de derecho, como jefes de obra, encargados de servicio, directores de subdivisiones, directores de zona o locales, etc.. Se ha de tratar de conductas que sean controlables por sus órganos de gobierno para que opere la responsabilidad a efectos penales.

Por su parte, el término representante debe interpretarse de modo estricto, en el sentido de lo establecido en el Real Decreto legislativo 1/2010, en sus artículos 233 y 234. No se trata de un sujeto con poderes limitados, sino sólo quien ejerce la representación de la sociedad extendida a la generalidad de los actos comprendidos en el objeto social.

Además se requiere que exista una actuación en nombre propio o de la persona jurídica que se ejecuten en su beneficio bien directa o indirectamente y, con una actuación en nombre y por cuenta de la entidad.

La actuación antes en provecho, y con la actual redacción en beneficio constituye el elemento subjetivo específico que debe concurrir en la conducta típica de la persona física, lo que implica que la persona física deba de ser consciente de que comete el delito y que es un modo idóneo de lograr un beneficio para la entidad, en el mismo sentido se pronunciaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011. Y esa actuación del beneficio ha de ser entendida tanto en un sentido directo, como modo de obtener un beneficio empresarial, o indirecto, en el sentido de ahorro de un coste a sabiendas de que se incrementa el riesgo de un resultado delictivo-o debiendo haber sido consciente de ello, entendemos que puede ser habitual este tipo de comportamientos por ejemplo en el ámbito fiscal o de la seguridad social, relacionados con las obligaciones empresariales. Pues bien éste último, ha sido uno de los aspectos nuevos introducido por la reforma.

El requisito de actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica exige que la conducta del administrador o representante tenga lugar en el marco de sus funciones empresariales, que lógicamente no es cometer acciones ilícitas, pero que este tipo se enmarca en el ámbito de sus funciones, y así se ha configurado y especificado con mayor rigor en la nueva redacción del artículo 31 bis a), cuando precisamente se refiere a *“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”*.

Como ya hemos indicado, una segunda vía de la que se puede derivar responsabilidad es la cometida por un empleado, de la que la persona jurídica sea el empleador, y que deriva de una ausencia del *debido control* sobre la conducta del trabajador, que precisamente por ello ha procedido a cometer un delito en beneficio directo o indirecto de la entidad, actuando por cuenta de la persona jurídica y en el ejercicio de actividades sociales. El delito debe haber sido cometido por el trabajador o actuando por la empresa, es decir en ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la entidad. Normalmente, el beneficio de la persona jurídica en estos casos, suele venir producido de modo indirecto, por ejemplo un trabajador que pretenda mejorar sus cifras, para aumentar su prestigio ante la organización o mejorar su *bonus*, actúa en provecho de la entidad, y así se consideró igualmente en la citada Circular 1/2011 del FGE, y se ha recogido en la nueva redacción.

Y es que el delito se puede cometer porque no exista el debido control de la entidad, sobre estos empleados, y éste es una de las piezas claves del sistema vigente, que ha quedado complementado con el requerimiento de las medidas de vigilancia y control que además han de ser idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, deban de ser efectivas. De ahí que se exija la existencia, supervisión y cumplimiento de un modelo de prevención implantado, además de que ese modelo haya sido confiado a un órgano de la persona jurídica, (el denominado en los ámbitos empresariales como *Officer Compliance*), con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos existentes, entre otras cuestiones y al que nos referiremos más adelante.

Por otra parte, se requiere igualmente, que los autores individuales del delito lo hayan cometido precisamente eludiendo fraudulentamente los sistemas de organización y prevención fijados, y que por supuesto, no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de esas funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que tuviera a su cargo el velar por ese debido control. Indicar igualmente, que la referencia al control debido, ha de aplicarse al caso concreto, lo que exige analizar la diligencia prestada en relación con las circunstancias y el concreto delito, por lo que en los casos en los que las circunstancias antedichas solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será tomada en cuenta a efectos de la eventual atenuación de la pena.

Por consiguiente, la acreditación de que la persona jurídica tiene una política general de prevención de delitos no es suficiente para demostrar si se ha prestado el debido control en la evitación de cohechos, estafas, delitos tributarios, por ejemplo. Frente a considerar que bastaría la existencia de un Plan de Prevención de delitos, ha de tenerse en cuenta que ello no puede ser suficiente, sino que debe analizarse si la persona jurídica tenía no sólo el modelo de vigilancia y control idóneos, sino también si había adoptado medidas para prevenir, detectar o reprimir la comisión de delitos como el que efectivamente se cometió, así como si el modelo implantado en efecto era supervisado en lo relativo a su funcionamiento y si realmente se cumplía, y ello debiendo ser acreditado por quien tenía su responsabilidad.

En este sentido, hemos de considerar que en todo caso, será necesario, pero no suficiente implementar el denominado *Corporate Compliance*, sino exigir la

supervisión de funcionamiento y cumplimiento. Muchas sociedades, han podido considerar que con dicha “formalidad” se podría cubrir cualquier riesgo, cuando ello no resulta ser así, y a ello se refiere precisamente la nueva redacción otorgada al citado precepto 31 bis CP. Se requiere algo más, es decir si estamos investigando un delito tributario, no basta solo la existencia de documentos a disposición de los empleados en la web para conocimiento de ellos, si no que será necesario analizar si la entidad había adoptado cautelas específicas para prevenir esa concreta clase de infracciones, sin que además resulte excusa la costumbre en la forma de operar, ante supuestos que pudieren reiterarse en el tiempo. Por su parte, si en el caso concreto, se constatará la existencia de medidas específicas para la evitación del delito, y la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento, no podremos entender que ante cualquier fallo organizativo, opere la responsabilidad de la persona jurídica, sino si efectivamente existían en ese supuesto medidas idóneas de prevención del delito en cuestión, establecidas dentro de un plan de prevención además adoptado al más alto nivel empresarial, aunque la ejecución hubiere resultado descuidada o defectuosa, por parte de cualquier cuadro medio u otro empleado.

En definitiva, siguiendo al Tribunal Constitucional, la Circular FGE 1/2011 y la nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 bis CP, el principio de culpabilidad, de rango constitucional excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a que la conducta del sancionado fue infractora o, por el contrario, plenamente diligente en su sentido más amplio.

Como venimos diciendo, no cualquier ejecución defectuosa de un empleado o fallo organizativo, determina la responsabilidad penal de la persona jurídica, si bien siempre que haya medidas idóneas de prevención, se controle su funcionamiento y cumplimiento; y ello exige que los órganos societarios y de gobierno hubieren adoptado todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, que fuera real y efectiva, atendiendo al caso concreto. En este sentido el apartado 4 del referido precepto, indica que si el delito es cometido en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la misma, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas(las de más alto nivel en el ámbito societario) por haberse incumplidos los indicados deberes de supervisión y vigilancia, igualmente, podría quedar exenta la persona jurídica de la responsabilidad, pero siempre que antes de la comisión del delito, hubiere adoptado y

ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que sea el adecuado para la prevención de los delitos de la tipología del cometido.

Igualmente, resulta relevante comentar que en el apartado 3 del precepto referido, se dispone que para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, esto es las que están autorizadas a la presentación de cuentas Anuales abreviadas, y teniendo en cuenta los costes y dificultades que puede suponer en una compañía de pequeñas dimensiones, un órgano ex profeso para el plan de prevención de riesgos penales, dichas funciones de supervisión pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Con respecto a los modelos de organización y gestión a que se refiere la normativa, ha de señalarse que han de cumplir una serie de requisitos que se determinan en el apartado 5 del referido precepto, como la identificación de las actividades en cuyo ámbito se puedan cometer delitos, puesto que han de ser prevenidos, en otras palabras un mapa de riesgos penales; se habrán de fijar los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación con aquellos; así como han de contar con modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir los delitos que hayan de ser prevenidos; además se habrá de informar de aquellos posibles riesgos e incumplimientos al órgano que sea el encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; y con respecto a las personas físicas y para que sean conocedoras de este sistema, se ha de imponer un sistema disciplinario para los eventuales incumplimientos.

Por último, se exige la existencia de una revisión y verificación periódica del modelo, con objeto de proceder a las modificaciones y adaptaciones que se consideren necesarias, y fundamentalmente cuando existieran cambios en la organización, en la estructura del control o en la actividad societaria desarrollada que lo hiciera necesario. Por otro lado, importante la constatación de un sistema de seguimiento de las medidas implantadas y la corrección de los posibles incumplimientos, que ha de ser acreditado.

Es relevante destacar que en la reforma operada se han añadido dos nuevos preceptos, el artículo 31 *ter* CP y el artículo 31 *quarter* CP. El primero precisamente viene a ahondar en el ámbito de la asunción de la responsabilidad por la persona jurídica, para entender que existirá dicha responsabilidad penal y será exigible siempre que se constate la comisión del delito que haya tenido que cometerse por quien ostentara los cargos o funciones directivas, aunque no fuera identificada la concreta persona física

responsable o cuando no hubiere sido posible dirigir el procedimiento contra la misma. Tampoco quedará excluida dicha responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando la concurrencia en las personas que materialmente hubieran realizado los hechos o en las que los hubieren hecho posible, al no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física acusada o que agravaran su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hubieran fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia. El segundo precepto indicado, reseña cuales habrán de ser las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que sólo lo podrán ser con posterioridad a la comisión del delito, a través del hecho de la confesión de la infracción a las autoridades, con carácter previo a que conociese que se hubiere iniciado un procedimiento judicial contra la misma; cuando hubiere colaborado en la investigación del hecho, mediante la aportación de las pruebas, en cualquier momento del proceso si fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales que se deriven de esos hechos; si se hubiere procedido a la reparación del daño o su disminución con anterioridad a la celebración del juicio oral; o por último, haber establecido, igualmente antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran llegar a cometerse con los mismos medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

A mayor abundamiento, mencionar que si bien la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente y autónoma respecto de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito, se disponen los supuestos en los que cabría su exención. Y es que no es necesario que haya condena a la persona física, para que se pueda condenar a la persona jurídica, pues basta para la condena la prueba suficiente del hecho, aunque la persona física no se hubiere identificado. Se admite tanto la responsabilidad penal por imprudencia grave, como por culpa in vigilando, encontrándose abarcados expresamente no sólo los actos de tolerancia, sino también aquellas conductas imprudentes a que se refiere el artículo 12 del CP. Tampoco es necesario que el delito de la persona física (administrador, directivo o empleado) llegue a consumarse para poder imputar responsabilidad penal a la persona jurídica.

III. SOBRE EL CATÁLOGO DE DELITOS

La reforma penal se caracteriza por suponer una ampliación generalizada de la tipicidad de diversas direcciones. Se anticipa y así proliferan los delitos de peligro para castigar el abuso de condiciones de funcionamiento de la economía, el

trafico...aunque sea bajo el ropaje de bienes jurídicos colectivos pero etéreos y se incrementa por otra parte del número de delitos consistentes en la preparación de otros como el de tenencia o posesión. Importante, es que la responsabilidad penal se extiende a la fase post-delictiva; y ahí están los delitos subsiguientes, creados para blindar la eficacia de la sanción penal.; sobre todo con delitos como el blanqueo, junto a los clásicos de encubrimiento y la receptación, y con la ayuda del decomiso.

Se amplía en relación con las personas jurídicas el ámbito de las conductas prohibidas, caracterizándose la reforma, en éste área por la intensificación de la intervención penal. Podemos afirmar que sólo hay responsabilidad penal de las personas jurídicas para un catálogo cerrado de delitos, si bien ampliado con la reforma operada por la Ley 1/2015. Se trata de un sistema de “*numerus clausus*”, y en este sentido, los tipos delictivos que según la actual redacción del Código Penal puede provocar la responsabilidad penal de la persona jurídica del modo establecido en el artículo 31.bis C.P y siguientes. No obstante, en este aspecto habrá de considerarse igualmente la modificación incorporada por el CP con respecto a algunos de ellos, pues es relevante entender que se produce una revisión técnica de la regulación de varias figuras delictivas, como el decomiso, delitos contra la propiedad, el catálogo de las agravantes de la estafa, la administración desleal, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, insolvencias punibles, corrupción en los negocios, malversación, corrupción de agentes públicos en el extranjero, delitos de atentado y desobediencia, alteraciones de orden público, incendios, detención ilegal o secuestro con desaparición, intrusismo; por su parte se tipifican nuevos delitos como la financiación ilegal de partidos políticos, el hostigamiento y acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la ausencia de la persona afectada, manipulación de dispositivos de control, delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, delitos contra la libertad intelectual, de corrupción en los negocios, como el pago de soborno o cohecho internacional, la incitación al odio y la violencia, el nuevo delito especial de acoso.

Si bien no todos los indicados, entran en el ámbito de la persona jurídica, sí se produce una ampliación del catálogo anteriormente existente. Dicho catálogo de delitos de los que es posible su comisión por la persona jurídica son los que se indican a continuación, habiendo no obstante, quedado suprimido el delito de la omisión del

deber de control del empresario, que inicialmente en el proyecto de la reforma estaba previsto en el artículo 286.6.CP.

A continuación se señalan los tipos penales incluidos en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- ***Tráfico de órganos. Art.156 bis C.P.***
- ***Trata de seres humanos. Art. 177 bis .7°C.P.***
- ***Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores y pornografía infantil. Art. 189 y ss. C.P.***
- ***Delitos informáticos Art.197 , 197 bis y 197 ter (197 quinquies) y 264 quarter CP***
- ***Delitos contra la intimidad personal y familiar. Art. 197 C.P.***
- ***Estafas. Art. 251 bis C.P.***
- ***Frustración de la ejecución (diversos delitos). Art. 258 ter. C.P.***
- ***Insolvencias punibles. Art. 259 CP***
- ***Daños informáticos. Art. 264 quarter C.P.***
- ***Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Arts. 270 y 274 C.P.***
- ***Corrupción en los negocios. Art. 286 bis, 286 ter, 286 quáter C.P.(sustituyen al delito de la corrupción entre particulares)***
- ***Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Art. 288 C.P.***
 - *Secreto de empresa. Arts. 278, 279, 280 C.P.*
 - *Alteración de precios. Art. 281 C.P.*
 - *Publicidad engañosa. Art. 282 C.P.*
 - *Facturación fraudulenta. Art. 283 C.P.*
 - *Delitos Bursátiles. Arts. 284 y 285 C.P.*
 - *Suministro fraudulento. Art. 286 C.P.*
- ***Blanqueo de capitales. Art. 302 C.P.***
- ***Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos. Art. 304 bis.***
- ***Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Art. 310 C.P.***
 - *Fraude a la Hacienda Pública. Art. 305 C.P.*
 - *Fraude por incumplimiento de obligaciones contables. Art. 310 C.P.*

- *Fraude a los Presupuestos Generales de la Unión Europea/obtención fraudulenta de fondos de la Unión Europea. Art. 306 C.P.*
 - *Fraude a la Seguridad Social. Art. 307 C.P.*
 - *Fraude de subvenciones. Art. 308 C.P.*
- *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Art. 318 bis C.P.*
 - *Delitos urbanísticos. Art. 319 C.P.*
 - *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Art. 326, 326 bis, 327, 328 y 332, 337 bis C.P.*
 - *Delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes. Art. 343 y 345 C.P.*
 - *Delitos contra la salud pública. Art. 369 bis C.P.*
 - *Delito de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje. Art. 399 bis. C.P.*
 - *Delito de cohecho. Art. 427 C.P.*
 - *Delito de tráfico de influencias. Art. 430 C.P.*
 - *Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Art. 445 C.P.*
 - *Delito de financiación del terrorismo. Art. 576 bis C.P.*

IV. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Con carácter previo, es necesario señalar que según el actual Código Penal vigente, las personas jurídicas, no podían ser sujetos más que de delitos, pero no de faltas. Con la reforma de la Ley 1/2015, se suprimen del Código Penal las faltas, para regularse los delitos leves. Como veremos, con independencia de lo limitadas sentencias que existen sobre responsabilidad penal de la persona jurídica, habida cuenta fundamentalmente, lo reciente de la Ley 5/2010, de 22 de junio, por la que por primera vez se incorpora al ordenamiento jurídico penal, por lo que en la actualidad se carece de Jurisprudencia que pudiera ofrecer la opinión que a los Jueces y Tribunales les merecen la interpretación y aplicación de los delitos a las personas jurídicas. A ello se añadía que no era posible la condena a la persona jurídica por un hecho susceptible de ser tipificado como falta, y no como delito. Cuestión ésta, que se constata en las sentencias a las que a continuación nos vamos

a referir únicamente a 4 sentencias dictadas en este ámbito, tres de las cuales absolutorias y una tan sólo condenatoria a la persona jurídica.

La primera previsión a que nos lleva la sentencia n. 26/2012, rec. 232/2011, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, secc.29, que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los condenados en la instancia como autores de una falta de estafa, es que no cabe la condena a la persona jurídica por faltas.

“En efecto, señala el Tribunal, entro otros pronunciamientos, que la reforma operada en el C.P. por LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que faculta que estas en determinadas condiciones puedan ser condenadas como penalmente responsables de un ilícito en las condiciones que establece el art. 31 bis CP95. El primer presupuesto de esta responsabilidad es que sólo es posible en los casos expresamente previstos en el código. Así se deduce del citado artículo que en su párrafo primero establece “en los supuestos previstos en este código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de...”. De la redacción del mencionado precepto se deduce que sólo cabe esa condena en los supuestos expresamente previstos en el Código. Y entre estos supuestos no se encuentra la falta de estafa. Ninguna previsión específica existe respecto a la misma, ni siquiera una genérica que pudiera sustentar la posibilidad de mantener la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto a estas infracciones de tipo leve. Partiendo de esa falta de determinación legal, puesta en conexión con la propia redacción del art. 31 bis CP 95 que exige expresa previsión del código, y además reconduce en todo caso esta responsabilidad al supuesto de delitos, ha de concluirse que no cabe una condena a persona jurídica en relación a una falta, ni en general, ni en concreto a la de estafa.” En el caso que nos ocupa, dicha inicial condena por una falta de estafas del art. 623.4 del CP, lo fue junto a la condena a los de los operarios cualificados de la citada sociedad mercantil, que fueron igualmente condenados cada uno de ellos por una falta de estafa, si bien ha de indicarse que se condena a la persona jurídica como responsable civil subsidiario respecto a la indemnización a la que fueron condenados solidariamente los empleados de la misma.

La Audiencia Provincial de Sevilla sec.4 5 de noviembre 2013, num. 562/2013, rec. 4760/2013, en relación con una falta estafa de la que una persona jurídica es condenada en la instancia, pero que en recurso de apelación es estimada,

precisamente en base a que una persona jurídica no puede en ninguna caso ser condenada como autora de una falta de estafa, ni de cualquier otra infracción venial, al no haber en el C.P. 95, términos hábiles para dicha condena, en los términos que determina el libro III. Y dice expresamente la sentencia que *“huelga decir que no cabe una aplicación extensiva o analógica de la incriminación de las personas jurídicas a casos no previstos expresamente, por impedirlo la exigencia de “ley estricta” comprendida en el principio de legalidad y plasmada en el art. 4.1 del C.P., amén de la propia diferencia en el sistema de penas específico de las personas jurídicas. Respecto de estas el legislador penal ha optado por el criterio *mínimis non curat praetor* y el aplicador de la ley no debe sino respetar esa opción.”*

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete sec.1, de 7 de enero de 2014, rec.8/2013, se condena al acusado de un delito de falsedad en documento mercantil cometida entre particulares de los artículos 392 y 390.2 del CP en concurso medial con un delito de estafa, de los artículos 248.1º y 250.1º del C P., ya que se considera por el Tribunal que existe una relación medial entre los delitos, ya que el engaño constitutivo del delito de estafa se logró mediante la entrega de documento mercantil falso. En este supuesto, se condena en efecto a la persona jurídica mercantil privada por el delito de estafa, rigiéndose la pena que se le impone por el artículo 251 bis. A del C.P., que prevé una *“multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años”*, en consecuencia se le impone la pena mínima de multa de triple de lo defraudado, siendo además tanto el administrador de la persona jurídica como la misma entidad responsables civilmente de las consecuencias dañosas para las víctimas.

Por último, la Audiencia Provincial de la Coruña, sec.2ª en sentencia de 14 de julio de 2014, n. 418/2014, rec.9/2014, resuelve absolver a los acusados de los delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual de los artículos 177 bis 1b y art. 177.7 CP en concurso medial con dos delitos de coacción a la prostitución del art. 188.1 del CP imputados, por cuanto considera no existe en el presente caso ninguna corroboración periférica del relato de lo sucedido ofrecido por las denunciadas en las declaraciones que prestaron en la fase de instrucción. Es relevante el presente supuesto, por cuanto la absolución de la autora persona

jurídica, imputada inicialmente por los delitos previstos en el art. 177.7 y 31 bis del CP de trata de seres humanos y responsable en concepto de autora de dos delitos de prostitución, de acuerdo con lo previsto en el art. 189 bis y 31 bis del CP, se produce por falta de pruebas, y en virtud del principio in dubio pro reo, pero debiéndose destacar que en este caso, entre las penas que le eran solicitadas precisamente se encontraba además de las pecuniarias, la disolución de la misma como persona jurídica, en virtud de lo previsto en el art. 33.7 y 66 bis 2º del CP.

V. SISTEMA PREVENTIVO DE RIESGOS PENALES

Al no estar establecido en la Ley los rasgos básicos del modelo de organización preventivo, se ha hecho necesario indagar cuales deben ser las características mínimas de un sistema de control interno de cumplimiento. Lo cierto es que en el actual marco regulatorio global las organizaciones cada vez están más sujetas a normativas internacionales relacionadas con la comisión de delitos, sobre todo en el ámbito de la corrupción y soborno. En este campo, muchos gobiernos siguen las recomendaciones de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), en particular los de Reino Unido, Francia, Turquía y España, entre otros, han reformado sus legislaciones alieándolas a la lucha contra el fraude y la corrupción. De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, los programas de cumplimiento normativo definen los principios, valores, reglas de actuación y comportamientos de la actividad de las organizaciones, cuestiones que deben aceptarse, comunicarse, supervisarse, reevaluarse y adaptarse con regularidad, para asegurar la eficacia continua de los controles internos, medidas y políticas de las compañías.

Dada la relevancia de estas modificaciones legislativas, y el impacto sobre las personas jurídicas, podemos afirmar que en el ámbito empresarial, se ha ponderado necesaria la adopción de medidas preventivas bajo lo que se ha denominado, como *Corporate Complainece*, para designar aquel conjunto de medidas y mecanismos que se crean, previo el correspondiente análisis preventivo de los riesgos penales que potencialmente pueden afectar a una persona jurídica en particular, cuyos fines se han venido centrando en la realización de las oportunas recomendaciones para que la empresa adopte medidas tendentes a minimizarlos , así como la demostración, si llegare el momento, sobre la implantación del correspondiente sistema de control interno tendente a prevenir estas situaciones.

En cualquiera de sus categorías: apropiación de activos, corrupción en los negocios, cohecho, corrupción en las transferencias internacionales, manipulación contable, uso de información privilegiada, financiación de partidos políticos, etc., los delitos económicos han derivado en nuevas amenazas para las organizaciones de todo el mundo. La irrupción de las nuevas tecnologías y las dificultades de las organizaciones para adaptarse por sí solas a un entorno económico en cambio continuo, complican estas situaciones de riesgo, dando lugar al aumento de los delitos informáticos, a los daños informáticos, a los delitos relativos a la propiedad intelectual en el ámbito de Internet, etc... El aumento de los fraudes detectados y su impacto han obligado a invertir en nuevas medidas de prevención para minimizar daños, por lo que se hace necesario contar con un programa eficaz de prevención, detección e investigación de delitos; junto con el que deben constar otros elementos, como puedan ser un órgano colegiado o unipersonal independiente, que vele por la aplicación del Código de Conducta y sirva para procurar un comportamiento profesional, ético y responsable en las organizaciones; un código de Conducta o de Buenas Prácticas que defina los principios y valores que rigen las relaciones de la organización y su grupo de interés; el compromiso de la Alta comunicación; un plan de comunicación y de formación para toda la organización; un programa eficaz de prevención, detección e investigación de Fraude, así como un canal de denuncias.

El objeto de estas medidas podemos decir que es doble: por un lado, facilitar al mercado información sobre los mecanismos específicos que la entidad mantiene un ambiente de control interno que propicia la generación de información financiera completa, fiable y oportuna; y por otro, prevenir y atenuar las posibles conductas irregulares así como propiciar las vías para detectarlas. La función de vigilancia tiene una especial importancia respecto de la prevención y supervisión de conductas que pueden dar lugar a un número considerable de delitos. La función de asesoramiento se ha de dirigir a los directivos y sus colaboradores a quienes debe proporcionar los conocimientos necesarios para el cumplimiento de las normas y reglamentos vigentes, así como a las directivas de carácter ético establecidas por la empresa, cuya importancia preventiva no se debe infravalorar. Actualmente parece que se está imponiendo el hecho de que la observación de una serie de principios éticos que son la definición y transposición de una cultura

empresarial que se ha impuesto determinadas ideas comunes de valor, tiene ventajas para todos los partícipes. El asesoramiento tiene especial importancia tanto en el ámbito de la responsabilidad penal individual de los directivos, como en el de la responsabilidad de la empresa. Y es que este asesoramiento puede ser eficaz e ir más allá del estricto derecho penal y se debe extender hasta a cuestiones relacionadas con infracción de otro tipo de normas como el de las administrativas.

No obstante, ante un hipotético proceso por la comisión de un delito por administrador de derecho o de hecho o por un empleado en el ámbito de sus funciones y de la actividad social, el *Corporate Compliance* servirá para acreditar que la persona jurídica ha ejercido el debido control que le es exigible y, por lo tanto, se ampliarían las posibilidades de alcanzar una sentencia absolutoria.³, si bien habrá de estarse a cada supuesto en concreto, sin que sean suficientes las generalidades. En todo caso, estas medidas de control penal, como ha quedado indicado han venido a cobrar especial importancia al contemplar el CP, como atenuante específica aplicable a las personas jurídicas que hubieran establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, por lo que sus efectos serán siempre beneficiosos para la empresa. Asimismo, se le podrá aplicar la atenuante de colaboración con la justicia, así como la de reparación del daño causado. De ahí que puede ser relevante la implantación en las empresas de Planes de Prevención de Riesgos Penales, orientados a conseguir reflejar un sistema estructurado y orgánico de la prevención y control dirigido a la reducción del riesgo de comisión de delitos relacionados con su ámbito empresarial, que podría enmarcarse en el seno de las distintas Políticas y Controles empresariales, a los efectos de la constatación, si llegara el supuesto concreto de su implicación en las normas de buen gobierno corporativo, y la

³ El nuevo CP de Reforma del Código Penal introduce importantes cambios entre los que destacan el nuevo artículo 31 bis del Código penal que exime literalmente de responsabilidad criminal a la persona jurídica en los casos de delitos cometidos por representantes y administradores cuando éstos hayan (i) adoptado modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, (ii) cuando hayan confiado su supervisión a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, (iii) cuando los autores materiales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y, (iv) siempre que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control del órgano encargado, y para los supuestos de delitos cometidos por los empleados o personas dependientes cuando, antes de la comisión del delito, cuenten con modelos de organización y gestión que resulten adecuados para prevenir el delito cometido, resultando igualmente aplicables los requisitos antes vistos.

sensibilidad con la responsabilidad social de la empresa, y ello con independencia de la necesidad de fijar cada día mayores medidas de lucha contra el fraude en el ámbito empresarial, habida cuenta de la realidad penal con la que nos encontramos en sede de los Tribunales.. Lógicamente, alcanzar dichos fines determina la realización de una serie de actividades y trabajos, en los que cobran suma relevancia, en primer lugar la Identificación de riesgos penales con objeto de proceder a un análisis preliminar de las distintas actividades de las empresas de las que pueden derivarse potencialmente riesgos penales. De forma sintética, únicamente mencionar que podemos hablar de cinco elementos que se hace necesarios para la citada detección del fraude en sentido amplio, el establecimiento de un programa de gestión del riesgo de fraude, como parte de la estructura de gobierno de las organizaciones; realización de evaluaciones periódicas de la exposición de riesgo al fraude, con el fin de identificar potenciales actuaciones y fraudes específicos; implantación de técnicas de prevención, que eviten, en la medida de lo posible la comisión de delitos, y mitiguen sus impactos; Implantación de técnicas de detección para descubrir fraudes, cuando las técnicas preventivas hubieren fallado; y fijación de procedimientos de *reporting*, para solicitar input sobre potenciales fraudes. Por último, indicar que las funciones de verificación ex ante, no se pueden nunca confundir con las ex poste, que por ejemplo deba llevar a cabo un sistema de auditoría interna, si bien éste será un órgano que lógicamente haya de colaborar en las verificaciones.

VI. SOBRE EL COMPLIANCE OFFICER

En primer término, podemos indicar que esta figura es habitual en otros Estados de nuestro entorno, pero de muy reciente introducción en España. Su función principal radica en el control del cumplimiento de la normativa aplicable al sector de que se trate y fundamentalmente, se ha venido instaurando en el ámbito del blanqueo de capitales. En efecto, como consecuencia de los numerosos escándalos financieros y contables producidos en algunas empresas, se han venido poniendo en marcha una batería de nuevas regulaciones, nacionales e internacionales, enfocadas a asegurar la transparencia y el cumplimiento estricto de las Leyes. En este escenario, cada vez con más asiduidad se habla de la figura o el rol del *Compliance Officer*, es decir aquel profesional encargado de inspeccionar, hacer un seguimiento y gestionar todos los asuntos vinculados directamente con la organización, para la prevención del delito. La

preservación del secreto profesional y de la doctrina del producto del trabajo son consideraciones entendidas como claves.

Podemos referirnos someramente al rol que asume en una organización el *Compliance Officer* en cuanto responsable frente al Comité de Dirección de cumplir con las responsabilidades fiduciarias que le fueron delgadas, que además tiene la responsabilidad de promover y mantener los estándares de la organización de que se trate, así como el cumplimiento del Programa de *Compliance*. Ejerce una función de guía y consejero para ejecutivos y Comité de Dirección de la organización en ética y cumplimiento, además de ser un apoyo al CEO y al propio Comité de Dirección para la creación y promoción de valores y estándares de la entidad. Ha de tomar parte en las decisiones relevantes que afecten a las personas, debe tener una conexión con las operaciones de la compañía para construir una cultura ética, estableciendo los objetivos organizacionales para *Compliance*, supervisando la evaluación del riesgo organizacional de actos eventualmente ilegales. Por otra parte, una de las características principales que se le atribuye es su independencia, que ha de quedar acreditada por la función de levantar temas sin miedos a conflictos de interés o castigo, supervisando esas evaluaciones del programa que se hubiere aprobado. Pero para la efectividad de su función, y la supervisión de la misma, habrá de implementar sistemas de medida para monitorizar la performance del programa, informando al Comité de Dirección y al Senior Management sobre riesgos detectados, incidentes y avance del programa de *Compliance*.

Ahora bien esta actividad no tendrá la efectividad pretendida, si no se logra una labor de sensibilización sobre los empleados para los temas éticos y legales, para lo que resulta de suma relevancia dentro de ese Programa, la debida formación a los empleados sobre el Código ético de la organización, y el conjunto de valores que han de imperar. En el supuesto de que una entidad tenga dificultades en relación con sanciones que se puedan imponer, consecuencia de las regulaciones aplicables, habrá de asistir a los ejecutivos respecto a la prevención de esos actos ilegales y tratarlos efectivamente cuando se produzcan. Por último, no es posible un buen sistema de *Compliance*, si no existe un compromiso al más alto nivel con esos valores y la cultura ética de la empresa.

Este nuevo órgano a instaurar como sistema preventivo de riesgos penales de la persona jurídica, requiere además un sistema que conlleve un impacto económico, ya que exigirá un propio equipo de *Compliance*, con recursos específicos atribuidos, con

propio presupuesto y con sistemas de control- monitorización, que podrán llevarse a cabo mediante sistemas IT. Por su parte, se exigirá la existencia de un impacto funcional, que determinará la interacción del OC con las distintas áreas de negocio, tratándose esta figura no de “una especie de policía” sino de un Departamento de apoyo en las empresas.

La cuestión principal que en este área de la prevención de la responsabilidad penal de las empresas se plantea, es como deben actuar las empresas si existiera una investigación interna que confirmara la credibilidad de una denuncia de un hecho ilícito. El artículo 31 bis 4 del CP reformado, y que se introduce ex novo diferencia entre las medidas de descubrimiento y medidas de prevención del delito a los efectos de apreciar la correspondiente atenuación para la empresa que cuente con ellos. Aunque, de entrada los procedimientos internos de denuncia en una organización parece que puedan ser fundamentalmente el medio para la averiguación de hechos ya acontecidos, si se diseñan adecuadamente pueden incorporar también una dimensión preventiva que aumenten su eficacia.

El descubrimiento de los hechos a través de estos sistemas pueden permitir detectar las deficiencias en los mecanismos de control e introducir las correspondientes medidas correctoras que eviten delitos futuros. Otra de las cuestiones, que se pueden plantear en esta materia, es si la empresa debiera o no proceder a denunciar a sus propios directivos o trabajadores ante la Jurisdicción penal, materia en la que se requeriría una distinción básica entre aquellos supuestos en los que la empresa haya sido víctima de las irregularidades descubiertas y, aquellos otros supuestos en los que la organización se habría beneficiado de una conducta de sus directivos o empleados que haya perjudicado bienes jurídicos de terceros o de la colectividad. En el primer caso, la empresa, en tanto que víctima, no debería temer consecuencias en caso de no denunciar, lo que no ocurre en el segundo, por cuanto sí podría dar lugar a responsabilidad de la empresa si se cumplen los restantes requisitos del artículo 31bis CP reformado. El hecho de denunciar no sólo puede suponer que se abriera un procedimiento contra el empleado responsable, sino el riesgo de que se impute a la propia persona jurídica o, cuando menos se le exija responsabilidad civil de acuerdo con el artículo 120 CP.

Para terminar, indicaremos que es exigible un compromiso de auto denuncia para que la empresa se pudiera beneficiar de las circunstancias atenuantes en caso de incurrir en responsabilidad penal. El hecho de que el legislador incentive a las empresas con la

correspondiente atenuación-incluso exención- en caso de contar con las medidas eficaces de descubrimiento y prevención de delitos sólo se justifica por la voluntad de que desde las propias empresas se contribuya a esclarecer los hechos respecto de cuya persecución existe un interés público, tanto por la necesidad de proceder a su punición, como por la pretensión de compensar o reparar el daño causado. Y el hecho de que una empresa pudiera investigar y descubrir un hecho delictivo pero decidiera finalmente procesarlo únicamente de manera interna, es decir, únicamente con medidas disciplinarias, en nada contribuiría a la satisfacción de las citadas pretensiones, como tampoco al fin perseguido por la norma. De ahí, que a falta de Jurisprudencia sobre estas materias en la actualidad, hemos de indicar que el hecho de un Plan de Prevención de Delitos o incluso de un *OC*, con un sistema de denuncia interno, en tanto no conllevara el compromiso de poner eventuales hechos delictivos en conocimiento de la Autoridad, entendemos no podría ser considerado como una medida eficaz de descubrimiento del delito que pudiera dar lugar a beneficios jurídico-penales. No se trata de la existencia de la adopción de medidas únicamente de tipo disciplinario en la organización, sino que se requiere que en efecto quede garantizada la satisfacción del interés público en la sanción del posible delito, así como la reparación del daño .En definitiva, si además de la implantación de un *Corpore Defense*, la empresa ante un supuesto concreto de hecho delictivo, procede a la confesión, y reparación del daño y aportación de elementos probatorios suficientes, podría llegar a beneficiarse de atenuaciones relevantes, que de acuerdo con los artículos 66 y 66 bis CP, podrán suponer la imposición de una pena inferior en dos grados a la prevista. Por otra parte, si la empresa no contaba con ningún programa de prevención será necesario que el plan que se diseñe antes de la apertura del juicio oral estableciendo medidas de control relacionadas con el foco del riesgo que haya motivado la imputación a la empresa. Si por el contrario, dicho plan ya existía deberá acreditarse que se han llevado a cabo las actuaciones oportunas para modificar o reforzar los controles ya previstos, al haberse mostrado ineficaces para lograr la prevención eficaz de las conductas delictivas. Y para poder acreditar todas las citadas iniciativas ante el Juez será necesario que todo ello se encontrare debidamente documentado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Obra colectiva, coordinadora **LAMARCA PEREZ,C**; *Delitos y Faltas. La parte especial del Derecho Penal*. Colex. Madrid.2012.

Circular de la Fiscalía General Del Estado 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal Efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.

RODRIGUEZ MOURULLO, G;” La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del Sistema”. Abogados .Septiembre 2010.

INSTITUTO DE AUDITORES INTERNOS DE ESPAÑA, Gestión del Riesgo de Fraude: prevención, detección e Investigación. Colección la Fabrica del Pensamiento. Enero 2015.

Obra colectiva **MEMENTO PENAL 2015.** Francisca Lefebvre

Reforma. Un nuevo Código Penal. Dossier de ACTUALIDAD LEGISLATIVA. Revista Aranzadi. Marzo 2015.

PONENCIAS ICAM. Jornada sobre COMPLIANCE. Abril 2015.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEPORTIVO.

ILDEFONSO MANUEL GÓMEZ PADILLA¹

Universidad: Universidad de Jaén

Correo electrónico: imgpadilla@gmail.com

I. RESUMEN.

Con el paso del tiempo, nuestro derecho ha evolucionado "a la fuerza" sobre todo por el compromiso adquirido por nuestro país con el resto de países de su entorno europeo y dentro del marco del derecho deportivo, mucho más si cabe, debido al marco normativo internacional y privado en el que se mueve su regulación.

En lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nivel interno, no esta tan lejana la aseveración latina que promulgaba nuestra regulación "societas delinquere non potest", y es que no deja de llamar la atención, como mínimo, que un ente abstracto pueda incurrir en un ilícito penal y que ello le depare una consecuencia jurídica, esto es una pena, que realmente le pueda intimar a cumplir la norma, sobre todo si tenemos en cuenta que el máximo exponente de la sanción penal en nuestro derecho penal es la pena de prisión, algo inviable de cumplir, estricto sensum, para una persona jurídica.

Con el presente trabajo, se pretende dar un breve repaso a la evolución que ha sufrido en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de una persona jurídica, de un extremo al otro, con inclusión de la futura reforma que afecta en la materia. Al tiempo, para finalizar con una extrapolación de dicho concepto al derecho deportivo, en los entes, por antonomasia, que operan bajo el auspicio de este régimen jurídico especial.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS. DEL "SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST" AL "SOCIETAS DELINQUERE POTEST".

De esta manera, el brocado "societas delinquere non potest" se ha extinguido en España como ya sucedió anteriormente en países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Finlandia, Holanda, Portugal, Suecia, etc. El texto penal establece ahora una responsabilidad penal para las personas jurídicas que trae como consecuencia la imposición a éstas de unas

¹Abogado en ejercicio. Ex-magistrado suplente. Máster en Derecho Deportivo. Doctorando Univ. Jaén.

sanciones penales. Esta responsabilidad, según lo previsto en la LO 5/2010, no sustituye a la de la correspondiente persona física, sino que, por el contrario, se acumula a ésta. El texto deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física.

Quedan incluidas dentro del concepto de personas jurídicas y pueden ser, por ello mismo, penalmente responsables, las asociaciones, entendidas como agrupación de personas para un determinado fin (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, cooperativas, mutuas, clubes deportivos, organizaciones no gubernamentales, etc.), así como también las fundaciones, entendidas como organizaciones de bienes establecidas por una persona para la consecución de fines concretos.

Conforme dispone el apartado 1.º del artículo 31 bis del texto punitivo el presupuesto para que pueda decretarse la responsabilidad penal de las personas jurídica es necesario el cumplimiento de dos hipótesis:

1) la previa comisión del delito, perpetrado en nombre o por cuenta y en provecho de la sociedad por parte de persona física en quien concurra la condición de representante legal o administrador de hecho o de derecho, esto es, que ostente un poder de dirección, cimentado en la atribución de su representación o en su autoridad, conectada ésta última a la idea de poder al adoptar decisiones en su nombre o para controlar el funcionamiento de la sociedad.

2) las personas jurídicas también serán responsables de los delitos protagonizados por personas físicas en el ejercicio de actividades sociales que se verifiquen por cuenta y en provecho de aquellas.

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

El apartado 2.º del artículo 31 bis del Código penal precisa que no es necesario identificar a la persona natural que ha cometido el delito bastando tan solo con que se

constate que alguien que reúne la cualidad de representante, administrador o empleado de la sociedad ha realizado el delito.

Es cierto que el artículo 31 bis, hasta la fecha, no ha dado lugar a ninguna sentencia condenatoria, ni son demasiados los procesos que se han abierto. Pero también es cierto que desde 2010, la legislación permite acusar no solo a personas físicas sino también a personas jurídicas.

Se opta, por tanto, por un sistema de *numerus clausus* conforme al cual la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo podrá ser declarada con respecto a un catálogo cerrado de delitos previsto legalmente: insolvencias punibles –art. 261 bis-, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores –art. 288-, delito de blanqueo de capitales –art. 302-, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social –art. 310 bis-, delitos urbanísticos –art. 319-, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros –art. 318 bis-, delitos contra el medio ambiente –art. 327 y 328-, etc.

Sin perjuicio de lo señalado a la fecha de hoy como derecho vigente, no se puede obviar la publicación en BOE de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la actual Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal con entrada en vigor para el próximo Julio de 2015. Con la presente reforma, se lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que fuera introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, definiendo los presupuestos que deben cumplir los modelos de prevención y estableciendo las funciones de supervisión que pueden asumir los órganos que las tengan encomendadas. Se suprime el delito de omisión del deber de control que estaba inicialmente contemplado en el Proyecto, y que castigaba a los empresarios que no implementaran en su organización los planes de prevención del art. 286.6 del Código Penal. Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito haya sido cometido por sus dependientes, y se extiende a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, que podrán ser castigadas con multa o intervención judicial.

De este modo, se procede a dejar esbozado, mediante cuadro sinóptico y comparado, la actual y posterior normativa que será derecho vigente con las novedades que la misma introduce al respecto, destacando como novedades fundamentales en lo que respecta a la finalidad de la reforma que trata de delimitar adecuadamente el contenido del debido control cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal y la extensión a las

sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general y se les podrá imponer penas de multa por cuotas o proporcional o medida de intervención judicial.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (SP/LEG/17255)		
ARTÍCULO ÚNICO Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal		
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo SP/LEG/17255	CÓDIGO PENAL Texto anterior SP/LEG/2486	CÓDIGO PENAL Texto posterior SP/LEG/2486
<p>Diecinueve. Se modifica el art. 31, que queda redactado como sigue:</p>	<p>Artículo 31</p> <p>El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito <u>o falta</u> requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.</p>	<p>Artículo 31</p> <p>El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.</p>
<p>Veinte. Se modifica el art. 31 bis, que queda redactado como sigue:</p>	<p>Artículo 31 bis</p> <p>1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, <u>y en su provecho</u>, por sus representantes legales <u>y administradores de hecho o de derecho</u>.</p> <p>En los mismos supuestos, <u>las personas jurídicas serán también penalmente responsables</u> de los delitos cometidos, en el</p>	<p>Artículo 31 bis</p> <p>1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:</p> <p>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.</p> <p>b) De los delitos cometidos, en el ejercicio</p>

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

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

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

² 4. 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.

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 aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

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

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del

	<p><u>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.</u></p> <p>³<u>5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.</u></p> <p><u>En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.</u></p>	<p>apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.</p> <p>En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.</p> <p>5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>1.ª Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>2.ª Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.</p> <p>3.ª Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>4.ª Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.</p> <p>5.ª Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.</p> <p>6.ª Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.</p>
<p>Veintiuno. Se introduce un nuevo art. 31 ter, con el siguiente contenido:</p>		<p>Artículo 31 ter⁴</p> <p>1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se cometiere el delito de un delito que haya</p>

		<p>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 aquellos.</p> <p>2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.</p>
<p>Veintidós. Se introduce un nuevo art. 31 quáter, con el siguiente contenido:</p>		<p>Artículo 31 quáter⁵</p> <p>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:</p> <p>a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.</p> <p>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.</p> <p>c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.</p> <p>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.</p>

<p style="text-align: center;">Veintitrés. Se introduce un nuevo art. 31 quinquies, con el siguiente contenido:</p>	<p style="text-align: center;">Artículo 31 quinquies⁶</p> <p>1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.</p> <p>2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.</p>
<p>OCTAVA Entrada en vigor</p>	
<p>La presente Ley Orgánica entrará en vigor el 1 de julio de 2015.</p>	

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL AMBITO DEL DERECHO DEPORTIVO.

Si una asociación deportiva, un club deportivo o una sociedad anónima deportiva (en lo sucesivo SAD) comete acciones tipificadas en el Código penal se verá sometida a responsabilidad penal como cualquier otra persona jurídica. Esta posibilidad es obra de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que ha introducido en el Ordenamiento Jurídico Español la responsabilidad penal directa e independiente de las personas jurídicas, responsabilidad que únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Esta misma línea se continua con la Ley Orgánica 1/2015.

Dentro del Derecho Deportivo, es necesario hacer una diferenciación fundamental entre asociación deportiva, club deportivo y SAD, todo sobre la base de su carácter profesional o no profesional (amateur) en su funcionamiento.

La asociación deportiva como ente no profesional se estructuran sobre la base asociativa de los clubes deportivos elementales y los básico del artículo 18 de la Ley 10/1990 del Deporte, siendo la responsabilidad de sus directivos común para ambos; mientras que para los entes profesionales (club deportivo y SAD) su directivos tienen responsabilidad diferenciadas.

1. Régimen de responsabilidad penal de los directivos de las asociaciones deportivas

El derecho de asociación constitucionalmente reconocido viene regulado por Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), sin perjuicio de la Ley del Deporte a nivel nacional y autonómico. En su art. 15 se contempla el régimen general de responsabilidades para sus directivos, entendiendo por estos, los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación y personas que obren en nombre de la asociación, si bien en lo que a este trabajo nos atañe, es el apartado 6 el que explicita: “La responsabilidad penal se regirá por lo establecido en las leyes penales.” No obstante, de manera genérica, responderán ante la sociedad, socios y terceros por los daños causados y deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes realizados en el ejercicio de sus funciones y por los acuerdos que hubiesen votado, por tanto no responsabilidad objetiva y no asumiendo responsabilidades en caso fortuito o de fuerza mayor, siendo la regla general la de la solidaridad cuando el acuerdo se adopte colegiadamente sin que pueda determinarse individualmente la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad penal de los administradores de las SAD.

La normativa marco en este caso viene delimitada fundamentalmente por la Ley del Deporte (LD) 10/1990, Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio de Sociedades Anónimas Deportivas y específicamente en lo que nos atañe nuestro Código Penal vigente.

Para los administradores de estas sociedades hay dos tipos de responsabilidades: las propias de las S.A. y la responsabilidad por infracciones y sanciones por cuestión de disciplina deportiva administrativa regulada en la LD.

El art. 133 LSA prevé que para que haya responsabilidad de los administradores, no es suficiente que sus actos sean lesivos para los intereses sociales, respondiendo los administradores por los daños causados por actos u omisiones contrarios a la ley, estatutos o incumplimiento inherentes al cargo, siendo en iguales términos en cuanto a la solidaridad expuesta con anterioridad.

En las SAD, tanto estas como los administradores de las mismas pueden incurrir en los mismos delitos que se determinan conforme a la aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis, el cual se refiere exclusivamente a “los supuestos previstos en este Código”, limitándose al siguiente catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis 7)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3 segundo párrafo)
- Estafas y fraudes (art. 251 bis)
- Insolvencias punibles (art. 261 bis)
- Daños informáticos (art. 264.4)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis)
- Blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6)
- Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3)
- Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis)
- Falsificación de medios de pago (art. 399 bis)
- Cohecho (art. 427.2)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2)
- Organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater)
- Financiación del terrorismo (art. 576 bis 2)

No obstante se deben destacar como mas frecuentes de cometer varios de los delitos societarios, sin poder entrar en el análisis de la totalidad por su excesiva extensión y la limitación recomendada en el presente trabajo. Cuando se falsean las cuentas u otros

documentos para causar un perjuicio económico a los accionistas o a terceros se está lesionando el bien jurídico patrimonio ya sea de los socios, lo cual es difícil debido a que las sociedades anónimas deportivas no generan dividendos a sus accionistas, o a terceros, que pueden ser otras sociedades. Pero es que en los casos en que no se lesione el patrimonio la doctrina considera que además se protege el adecuado funcionamiento de la sociedad, desde el punto de vista del patrimonio y, además, el sistema económico en su conjunto, como un bien jurídico colectivo. Esta misma situación se dará en el resto de acciones de los artículos 291 y 292 – imponer acuerdos abusivos e imponer un acuerdo abusivo mediante la utilización de la firma en blanco para dar el derecho a voto a quien no lo tiene o negárselo a quien lo posee legítimamente.

Especial interés es el caso regulado en el artículo 293 en donde se castiga el negar o impedir ejercer los ejercicios de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social. Este supuesto, que ya se ha dado en algún club de fútbol de primera división, lesionaría los bienes jurídicos señalados con anterioridad pertenecientes a los socios de la sociedad. Los perjuicios patrimoniales que puedan tener los socios de una SAD por la utilización fraudulenta de los bienes de la sociedad o por los acuerdos suscritos en nombre de ésta.

En el caso en que las sociedades anónimas deportivas incumplan sus obligaciones de informar al Consejo Superior de Deportes (artículo 20 del Real decreto 1251/1999) nos encontraríamos dentro de la regulación del artículo 294 del Código penal. En este caso el bien jurídico protegido es colectivo ya que lo protegido no es el patrimonio privado sino el carácter público de la sociedad.

En cualquier caso no tendría un trato diferenciado, por los bienes jurídicos que se protegen, de cualquier otra sociedad dentro del sistema económico.

3. Régimen de responsabilidad penal de los directivos de los clubes deportivos

Son dos las diferencias fundamentales con los anteriores mandatarios. En primer lugar, la responsabilidad es mancomunada, según el artículo 1137 del Código Civil, no se pueden exigir las deudas íntegramente de manera individual a todos y cada uno de los directivos. La responsabilidad es limitada, ya que no se extiende a cualquier deuda, sino a los resultados económicos negativos que se generen durante el periodo de su gestión.

En segundo lugar, la responsabilidad es objetiva, es decir, los directivos responden de este resultado, con independencia de la diligencia con la que han actuado. Se observa el

mayor rigor con el que la Ley trata a estos directivos frente a los de las SAD

Especial relevancia a nivel penal, además de por su actualidad y porque seguramente pueda derivar en la primera Sentencia que se pronuncie sobre la responsabilidad penal de una persona jurídica, en el caso que nos ocupa de un club deportivo no reconvertido en SAD, es la imputación del F.C. Barcelona por el fichaje de su jugador “Neymar”. De esta forma, recoge expresamente el AUTO En Madrid, a veinte de febrero de dos mil catorce, ante el JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION N° 5 AUDIENCIA NACIONAL MADRID en DILIGENCIAS PREVIAS 122/2013-PA² la petición del Ministerio Fiscal: *“que ante la apariencia –como se refería en el auto de 22.01.14- “de una simulación contractual presuntamente llevada a cabo entre las partes firmantes de los acuerdos, que pudiera evidenciar una falta de correspondencia entre la causa y finalidad real de los compromisos y obligaciones económicas en aquéllos documentados con el título nominal y apariencia formal de los contratos suscritos”, y ante la evidencia de que, para el caso de haber incumplido su obligación de retención impuesta por la normativa tributaria, pudiere haberse superado en exceso el límite de 120.000€ de cuota defraudada que fija el art. 305 del Código Penal, concurren al presente estadio indicios suficientes para la investigación acerca de la posible comisión del delito contra la Hacienda Pública por parte de la entidad FC Barcelona, ex. artículos 31 bis, 310 bis y concordantes del Código Penal; determinando los artículos 88, 65.1º in fine de la LOPJ y 17 LECrim. la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los hechos, y de este Juzgado Central de Instrucción para su investigación.”* Consecuencia de lo expuesto el “Juez Ruz” DISPONE: *1. Tener por dirigido el procedimiento contra el Fútbol Club Barcelona, por su presunta participación en los hechos puestos de manifiesto en la presente resolución, y por si los mismos fueren constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública...”*

La imputación de un club deportivo (Persona Jurídica), no es óbice para que en el mismo procedimiento de manera personal estén imputados, depurándose las responsabilidades conforme se a señalado en este epígrafe de los directivos miembros del consejo de administración y como máximas figuras de los mismos el presidente, vicepresidente Sandro Rosell y Josep María Bartomeu, respectivamente; el jugador (Neymar Da Silva Santos Jr.), el padre como agente (Neymar Da Silva Santos) y sus sociedades “N&N Consultoria Esportiva e Empresarial Ltda.”, “N&N Administração de Bens, Participações e Investimentos Ltda.”, “Neymar Sport e Marketing S/S LTDA. – NR Sports” e “Instituto

² http://www.sport.es/es/ext_resources/pdf/auto-juez-ruz.pdf

Proyecto Neymar Jr”, interviniendo en representación de todas ellas el padre del jugador, Neymar Da Silva Santos.

IV. CONCLUSIONES.

No deja de ser llamativa la evolución que a sufrido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin duda influenciada por el entorno normativo supranacional en el que nos movemos y la cada vez más compleja o pormenorizada regulación con las modificaciones penales próximamente en vigor,

Las sociedades deportivas tienen cada vez más importancia dentro del deporte profesional y los equipos profesionales se conforman con estructuras empresariales cada vez más complejas para organizarse y financiarse. Un claro ejemplo, los clubes deportivos y las sociedades anónimas deportivas, estas últimas que se constituyen con un capital social que tienen los accionistas conectando por este medio con el derecho penal en las distintas formas de lesión de los más variados bienes jurídicos determinando la comisión de diferentes delitos: delitos societarios, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc.

Los entes deportivos no se encuentran libres de las actividades criminales pero no les hace sujetos de especial trato por la actividad que desempeñan.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

ARTICULO 31 BIS CP

MARÍA PAZ MALPICA

RESUMEN: La LO 5/2010, de 23 de junio, de reforma a la LO 10/1995 de Código Penal supuso la admisión y regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La regulación legal actual es un sistema de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno y de culpabilidad propia de la persona jurídica. Es una norma que prevé un tipo penal dentro de la parte general del CP que solo pueden infringir las personas jurídicas. Las teorías que interpretan el art. 31 bis CP tienden a alejarse de sistemas vicariales o de hetero-responsabilidad y se sitúan en modelos más modernos. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de modificación del CP, en resumen establece que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la existencia de un defecto de organización en el seno de la empresa, por no haberse adoptado y ejecutado con eficacia, con anterioridad a la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o infracciones de la misma naturaleza de los que se han realizado.

I.INTRODUCCIÓN

La LO 5/2010, de 23 de junio, de reforma a la LO 10/1995 de Código Penal supuso la admisión y regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre del Parlamento Europeo, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, que fijaba como término el 26 de diciembre de 2010 influyó indudablemente en la reforma. Ello se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley que expone que fue el ordenamiento internacional de la Unión Europea el que motivó la reforma de la legislación penal interna referida a las personas jurídicas en el ámbito económico y social, aunque ya en nuestro país la doctrina se había pronunciado sobre el tema exponiendo que las personas jurídicas eran sujetos con un gran poder de creación de riesgos que el derecho penal ni controlaba ni respondía cuando se actuaba bajo un tejido organizativo o empresarial(1).

La LO 5/2010, de 23 de junio contempla el principio de culpabilidad y de personalidad de la pena aplicadas a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas justa y apropiada y con absoluto respeto a los límites del ius puniendi (2)el principio de responsabilidad subjetiva, el de culpabilidad y de personalidad de las penas.

La regulación legal actual es un sistema de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno y de culpabilidad propia de la persona jurídica. Es una norma que prevé un tipo penal dentro de la parte general del CP que solo pueden infringir las personas jurídicas.

Es un tipo penal cuyo injusto objetivo es el defecto de organización empresarial y el subjetivo, es imprudente. La norma penal descrita en el tipo del artículo 31 bis ordena a la

persona jurídica que se organice de una debida forma para que desde esa debida organización tenga control y responsabilidad.

Es un tipo penal de mera actividad, de peligro abstracto, y puede cometerse por acción u omisión, es necesario separar la identidad de la persona jurídica de las personas físicas que la componen, aunque la regulación interna de la persona jurídica la hacen personas físicas, lo cierto es que la normativa de la persona jurídica, una vez aprobada por los órganos competentes, rige para ellos, que están obligados por esa forma de organización concreta que funciona como algo diferente a las personas físicas que la componen surge despersonalizándose así el delito del artículo 31 bis CP que castiga a la persona jurídica.

II. CARACTERÍSTICAS

La implantación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por parte de la reforma de 2010 en España, no sigue un modelo único, de una parte en el artículo 31 bis CP se sigue un sistema vicarial de responsabilidad, pues demanda hechos de personas físicas para hacer responsable a la persona jurídica de esos delitos, pero de otra parte el artículo 31 bis. 2 CP independiza ambas responsabilidades, y el artículo 31 bis. 3 CP prohíbe la comunicación de ciertas circunstancias, y el artículo 31 bis. 4 CP establece circunstancias de atenuación propias y exclusivas de las personas jurídicas y distintas de las de las personas físicas.

La doctrina dominante en España se postula por un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo que supere y derogue el principio *societas delinquere non potest* y que respete los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

Las teorías que interpretan el artículo 31 bis CP tienden a alejarse de sistemas vicariales o de hetero-responsabilidad y se sitúan en modelos más modernos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha de entenderse bajo los conceptos de injusto personal, objetivo y subjetivo propios y culpabilidad propios, homólogos a los del sistema de responsabilidad penal de las personas individuales, y diferenciarse de la responsabilidad por el hecho ajeno y por la responsabilidad objetiva

Es correcta y adecuada la construcción del injusto propio de la persona jurídica el defecto de organización de la misma, y exigen como presupuesto de la responsabilidad colectiva al hecho delictivo de la persona física, entendiendo que el injusto de la persona física es distinto del injusto de la persona jurídica porque en ese caso se violarían los principios de personalidad de la responsabilidad penal, de no responder por hechos ajenos,

principio de responsabilidad por el hecho, derecho de autor, principio de dolo o culpa, del artículo 5 y 10 del Código Penal, principio de imputación personal, etc.

Ya no estamos, como anteriormente, ante consecuencias accesorias, ahora consideramos a la persona jurídica como sujeto de imputación por lo que es exigible un injusto y una culpabilidad propios de la persona jurídica"(3)

El injusto de la persona jurídica es el defecto de organización, también debe exigirse una culpabilidad propia el de incumplimiento del derecho, y el hecho de conexión de la persona física que se describe en el apartado 1 del artículo 31 bis CP es un presupuesto de la conducta, una condición objetiva de punibilidad. El artículo 31 bis CP no es una norma penal que atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica a partir de la responsabilidad penal de la física, es una norma penal que constituye un delito en sí mismo, un tipo penal específico, un injusto de organización empresarial defectuosa que se atribuye a determinadas personas jurídicas cuando también concurre el presupuesto de la responsabilidad, condición objetiva de punibilidad, que es la conducta delictiva de la persona física cometida por imprudencia en la propia organización empresarial defectuosa de la persona jurídica, organización empresarial defectuosa que puede ser evitada con una organización adecuada y la culpabilidad de la persona jurídica se entiende como una cultura corporativa de incumplimiento del Derecho, en este contexto solo las personas jurídicas con un nivel relevante de complejidad pueden ser sujetos activos del delito de organización empresarial defectuosa. En las pequeñas o en aquellas sin complejidad bastará el Derecho Penal individual para resolver el conflicto de manera adecuada como expone Feijóo Sánchez, las posibilidades interpretativas que otorga el art. 31 bis CP son muy amplias, "lo único que excluye la redacción del precepto son modelos puros de autorresponsabilidad, que acaben convirtiendo a los seres humanos en innecesarios, o de hetero-responsabilidad o de responsabilidad vicarial conforme al cual el delito del administrador o representante legal o su falta de control generen automáticamente la responsabilidad penal de la persona jurídica"(4)

Si se toma por injusto penal propio de la persona jurídica el defecto organizativo esa norma y la culpabilidad propia de la persona jurídica, es necesario señalar que la persona jurídica participa con la persona física en una relación de coautoría o autoría mediata, pues la persona jurídica es responsable por cooperar o participar en el delito de otra persona, Gómez Tomillo señala que "lo injusto característico de las personas jurídicas resulta ser de naturaleza compleja. Deriva de la conjunción, de la sinergia de la actuación de la persona física con las

especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos. Como veremos infra, se trata de una situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría" (5), enseguida estima que el artículo 31 bis CP es "una causa de ampliación de la tipicidad"(6)

Feijóo, estima que solo las personas físicas, con sus conductas humanas, son las que realizan los hechos típicos que exige el artículo 31 bis, "por muchas vueltas que se le quiera dar sin actuaciones delictivas de parte de personas físicas no hay responsabilidad de personas jurídicas"(7), y exige una conducta típica y antijurídica de la persona física "lo que se puede denominar una accesoriadad media"(8) así mismo afirma que el artículo 31 bis tiene la función de "determinar cuándo el hecho individual es también un hecho de la persona jurídica, dando lugar a una especie de 'autoría accesoria'... la persona física y la persona jurídica no son coautoras, es decir, cada una no realiza una parte de la organización del hecho ni se puede decir que organicen conjuntamente el hecho, sino que son co-responsables"(9).

Otra opción interpretativa que propone Pablo González Sierra (10) es la de considerar que el artículo 31 bis CP no es una norma que expresa una responsabilidad subsidiaria o solidaria de la persona física, ni establece una forma específica de participación de personas en el delito, sino un delito específico, un tipo penal especial dentro de la Parte General del Código Penal.

La doctrina mayoritaria en España afirma una responsabilidad penal verdadera de las personas jurídicas, la persona jurídica responde de su propio hecho, de su propio injusto, y no del injusto del otro. Se trata de una norma que crea un delito específico, un injusto específico, un delito de organización empresarial defectuosa, es un tipo penal específico. El sujeto activo es una persona jurídica con una complejidad suficiente. La conducta ínsita en la norma penal es "organizarse de forma defectuosa", lo que prohíbe la norma penal prohíbe a las personas jurídicas organizarse defectuosamente, ya sea por acción u omisión. Es un tipo penal de mera conducta, y de peligro abstracto. A ello hay que añadir que el delito de la persona física es una condición objetiva de punibilidad, que solo puede cometerse de forma imprudente, nivel subjetivo que la doctrina mayoritaria admite en la persona jurídica.

El Tribunal Constitucional ha admitido que las personas jurídicas tienen derechos fundamentales, pero que dicha protección constituye un efecto reflejo del derecho fundamental del que son titulares las personas físicas que la integran. El Tribunal

Constitucional ha ido reconociendo a las personas jurídicas la titularidad directa de derechos fundamentales, y no una mera titularidad en sustitución de la titularidad directa de los derechos fundamentales de las personas físicas que las componen o integran, ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha matizado que dicha titularidad directa de la persona jurídica de un derecho fundamental dependerá de que el mismo, por su naturaleza y contenido, no sea incompatible con la naturaleza o especialidad de fines del ente colectivo, de forma que se pueda identificar una relación funcional entre el derecho fundamental y el favorecimiento de los intereses de las personas físicas que han justificado la creación del ente colectivo y que la integran o que de algún modo pueden verse afectadas por su existencia, así ha reconocido el principio de igualdad, el derecho a la inviolabilidad de domicilio y del derecho a la no autoincriminación.

III. LA PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El art. 31 bis 1, primer párrafo CP establece que la persona jurídica será responsable *de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*, en el segundo párrafo establece que serán penalmente responsables *de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas*, aquellos que estando sometidos a la autoridad de los primeros, hayan realizado los hechos por no haberse ejercido el debido control.

El primer punto a señalar es el alcance de la imputación a la persona jurídica por los hechos de las personas físicas. Así imputable será el comportamiento del representante legal y del administrador de hecho o de derecho. En cambio, el comportamiento de miembros subordinados de la persona jurídica no será imputado directamente, sino sólo cuando las personas directivas hayan omitido el control que debían ejercer de acuerdo a las circunstancias concretas sobre sus subordinados. De cualquier forma es necesario que se haya actuado en nombre o por cuenta y en beneficio de la persona jurídica.

La regulación legal se fija primero en el modelo de una imputación de la actuación del órgano, así, la acción del empleado subordinado sólo será imputada cuando se realizó por un control defectuoso. Sin embargo la penalización de la persona jurídica es declarada expresamente admitida, cuando la persona física que de forma concreta es responsable, no puede ser individualizada. En ello se ha seguido la dirección del modelo angloamericano,

trabajado dogmáticamente por Gómez-Jara, (11) de hacer responsable a la persona jurídica por todo lo que ocurre en su marco de organización. Es cierto que tiene que acreditarse un fallo en el control, una responsabilidad en la organización y es a través de ello como la regulación legal utiliza, la sanción contra la persona jurídica como un medio para conseguir un completo sistema de control en la empresa. Por eso, la sanción es, una pena en el sentido de una sanción amenazada negativamente de modo previo para el caso de infracción culpable a la norma, pero de hecho es una reacción a un estado defectuoso. Ese estado consiste, en opinión del legislador, en que un empleado subordinado de la empresa no ha sido controlado de un modo efectivo por un miembro de la dirección de la empresa.

Como los bienes jurídicos sólo pueden ser lesionados por acciones humanas, la concepción de protección penal clásica se basa siempre en el actuar culpable de una persona física concreta. Esa actuación puede consistir también en la instrucción o supervisión defectuosa de un empleado no suficientemente preparado o de poca confianza. Por el contrario, la concepción de imponer la pena a la persona jurídica por un defecto de organización podría llevar a la idea de que cada miembro de la organización debería ser debidamente supervisado. Una ideología de estas características se ha extendido a la organización moderna empresarial ya mediante la adopción de las especiales departamentos de «compliance» (cumplimiento de las leyes) de los Estados Unidos de Norteamérica. De acuerdo con ellas, deben constituirse órganos especiales de control para los empleados subordinados que actúan directamente para el fin empresarial. Ellos deben controlar que los empleados operativos observen las leyes.

Sin embargo la punibilidad de las personas jurídicas así regulada genera un peligro, que es que, la sustitución del sistema liberal que confía en principio en la fidelidad del individuo al Derecho por un sistema de control total que recuerda a las dictaduras (como es el de la instalación de secciones de compliance recogida de los Estados Unidos de Norteamérica), se puede extender al Derecho penal e imponerse con las severas sanciones del Derecho penal.

Este peligro aumenta debido a la discrecionalidad ilimitada que existe para elegir la sanción a imponer a la persona jurídica, según el artículo 33, ap. 7 del Código penal, porque junto a la multa, el Tribunal puede ordenar también la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades por un plazo de hasta 5 años, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones

y ayudas públicas, u otras intervenciones estatales en la actividad empresarial. Si, por un lado, se considera el alcance ilimitado de la responsabilidad penal conforme al artículo 31 bis del Código Penal y, por otro lado, la discrecionalidad completamente ilimitada que poseen los Jueces para elegir las sanciones, es ineludible expresar la objeción de que la totalidad de esta regulación amenaza con convertir el Estado liberal en un Estado policía regido por jueces. En tanto que no sea declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional por poseer una insoportable falta de certeza, la ciencia penal sólo puede intentar limitar en lo posible el ámbito de aplicabilidad de estas prescripciones a través de una interpretación restrictiva. La solución consistiría en hacer una interpretación del presupuesto que funda la responsabilidad de la persona jurídica en el artículo 31 bis del Código penal, de que el actuar delictivo de empleados subordinados ha sido posible por no ejercer el control debido de acuerdo a las circunstancias concretas. Se debería interpretar en el sentido de que se ha tratado de un empleado no preparado o de poca confianza y que su acción habría sido impedida seguramente si él hubiera sido correctamente instruido o controlado. Por el contrario, no es suficiente con un defecto abstracto de organización, por ejemplo, con alguna clase de falla en la organización de compliance de la empresa. Sólo con esta restricción se puede mantener en cierto modo dentro de los límites de Estado de Derecho a la punibilidad de las personas jurídicas.

IV.LA PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL QUE HA INTRODUCIDO LA LO 1/2015

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de modificación del CP, en resumen establece que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la existencia de un defecto de organización en el seno de la empresa, por no haberse adoptado y ejecutado con eficacia, con anterioridad a la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o infracciones de la misma naturaleza de los que se han realizado. El nuevo texto del artículo 31 bis determina las características y requisitos mínimos que deberán tener los Programas de Cumplimiento o Compliance para que pueda ser aplicada la exención de responsabilidad y que deberán ajustarse a las particularidades del tipo de empresa y de actividad que desarrolla. Para las empresas, se convierten en pieza clave, pues les permite exonerarse de responsabilidad penal si se han mostrado diligentes en la organización interna. Las condiciones que han de concurrir en el programa adoptado por la organización para poder operar como eximente se enumeran en el

artículo 31 bis. y se concretan en adoptar, ejecutar y supervisar con eficacia y antes de la comisión del delito las medidas de vigilancia y control idóneas.

Igualmente, se amplía el ámbito de responsabilidad penal de la persona jurídica a los actos, no sólo de sus representantes legales, sino también de cualquier persona con capacidad decisoria o facultades organizativas o de control, suprimiéndose la referencia de la regulación actual a los administradores de hecho o de derecho. Con ello, la finalidad de la responsabilidad de personas jurídicas debe ser aumentar la eficacia del Derecho penal y la responsabilidad individual de los órganos de administración de las organizaciones.

Una de las innovaciones es la creación de un nuevo tipo penal, el nuevo art. 286 bis del Código Penal, que castiga al directivo, administrador o empleado o colaborador que por si o por persona interpuesta reciba o solicite o acepte beneficio o ventaja no justificados considerando en varios supuestos. Introduce un tipo delictivo que castiga con hasta cuatro años de prisión a los sujetos activos que menciona que participen en la ejecución de las conductas ilícitas que señala.

BIBLIOGRAFIA

(1) DEL ROSAL, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, página 51 y siguientes.

(2) PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, páginas 941 y siguientes.

(3) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Op. Cit.*, página 84.

(4) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Op. Cit.*, página 80.

(5) GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción...*, *Op. Cit.*, página 53. (6) *Ib Ídem*, página 53, nota 83.

(7) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "La responsabilidad penal...", *Op. Cit.*, página 89.

(8) *Ib Ídem*, página 90

(9) *Ib Ídem*, página 92..

(10) GONZALEZ SIERRA, Pablo Monografía El modelo de responsabilidad penal del art. 31 bis CP abril de 2014

(11) Gomez-Jara Diez Culpabilidad penal de la Empresa ;Madrid 2005, pag330

LAS PERSONAS JURÍDICAS: SU RESPONSABILIDAD PENAL

EVA MOTOS BUENDÍA

RESUMEN: La reforma del Código Penal en el 2010 con Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, hizo que las personas jurídicas que hasta ese momento no tuviesen responsabilidad penal en el desarrollo de sus actividades, echasen por la borda la expresión latina “societas delinquere et puniri potest”, y produciéndose así una revolución entre los penalistas, pues la citada ley carecía de bastantes lagunas que han llevado en la práctica a la aparición de problemas de interpretación y aplicación.

I.- INTRODUCCIÓN.

Existía desde antaño una locución latina que “societas delinquere et puniri potest”, cuyo significado es "las sociedades no pueden delinquir", la cual se utilizaba en nuestro Derecho para referir a un principio básico referido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos pues carecen del elemento objetivo (voluntad) que abarque el dolo en su actuaciones. De esta forma, a las personas jurídicas no pueden imponérsele penas, entendidas como las consecuencias jurídico-penales clásicas, más graves que otras sanciones.

Pero esta situación ha ido cambiando a lo largo del tiempo hasta culminar en nuestro derecho penal con la reforma de Código Penal con la LO 1/2015 que introduce es la responsabilidad penal de las personas jurídicas y establece un catálogo de penas para imponerlas a las mismas.

II. PROBLEMAS PROCESALES DE LA REFORMA.

Uno de los primeros problemas que se plantea es la intervención procesal de la persona jurídica, como imputada o acusada de un delito, sin que la ley que ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas haya modificado o retocado los preceptos sustantivos y adjetivos que se hubieran tenido por oportunos para regular la materia. Así se plantea ante una serie de incertidumbres y lagunas sobre la actuación procesal de la persona jurídica en el proceso penal que deberán ser colmadas por la interpretación de los juzgados y tribunales y operadores jurídicos ante el vacío legal existente sobre esta cuestión, y ante la falta de un verdadero Estatuto Jurídico de la Persona Jurídica.

Es de lamentar que esta Ley, que aborda una modificación considerable del Código Penal, no contemple modificaciones sustanciales del régimen jurídico de las consecuencias accesorias en la Parte General del Código tal cual viene sugiriendo la doctrina científica.

Así la reforma operada limita con un listado numerus clausus los delitos que pueden cometer las personas jurídicas siendo los siguientes:

- Tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis CP)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis CP)
- Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (arts. 187 a 189 CP)
- Descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP)
- Estafa (arts. 248 a 251 CP)
- Insolvencias punibles (arts. 257 a 261 CP)
- Daños informáticos (art. 264 CP)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270 a 288 CP)
- Blanqueo de capitales (art. 302 CP)
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305 a 310 CP)
- Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318 bis CP)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 CP)
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325, 327 CP)
- Establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos (art. 328 CP)
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP)
- Delitos de riesgo provocados por explosivos (art. 348 CP)
- Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas (arts. 368 y 369 bis CP)
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP)
- Cohecho (arts. 419 a 427 CP)
- Tráfico de influencias (arts. 428 a 430 CP)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 CP)
- Captación de fondos para el terrorismo (art. 576 bis CP).

Aunque los delitos más frecuentes en las actividades de las personas jurídicas en general, son los delitos económicos: Estafa, Insolvencia Punible, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y de Blanqueo de Capitales. Indudablemente la evolución de este tipo de delitos se ha visto afectada por la grave crisis económica, la presión de la carga fiscal y los altos costes sociales a los que tienen que hacer frente la mediana y pequeña empresa.

Por otro lado, el legislador no ha establecido una definición de "persona jurídica" penalmente sancionable, por lo que se ha de acudir a la legislación civil y mercantil debiendo concluir que se refiere a cualesquiera empresas, entidades o agrupaciones de personas que ostenten personalidad jurídica. Por lo que respecta a las entidades extranjeras, dado que se rigen por su ley nacional, habrá que estar a dicha ley para determinar si ostentan personalidad jurídica y pueden, por tanto, ser susceptibles de sanción penal.

El apartado 5 del art. 31 bis CP ha sido modificado por la LO 1/2015, la cual entrara en vigor el día julio de 2015, introduciéndose el artículo 31 *quinquies* que establece: “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

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

III. ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN DE LA PENA.

El particular régimen de responsabilidad al que se someten a las personas jurídicas, diferente al de las personas físicas, también se puede observar con la mera lectura de las atenuantes previstas y comprobar como los presupuestos aplicativos sólo se pueden dar con posterioridad a la comisión del delito y a través de la actuación de sus representantes; es decir, que el legislador *premia* con la atenuación a la persona jurídica que de manera *inmediata* colabore en la investigación de los hechos y en la reparación de la víctima, y de

manera *mediata* prevenga de manera efectiva que en el futuro puedan producirse hechos similares.

En concreto son cuatro las atenuantes previstas expresamente, cada una de ellas además siendo eficaz únicamente si no se han flanqueado los límites temporales —*inconcretos*— que en cada caso se indican (art. 31 *bis*.4 CP):

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

2.- Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas⁵³ para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

3.- Haber procedido, en cualquier momento del procedimiento pero siempre con anterioridad al juicio oral, a reparar⁵ o disminuir el daño causado por el delito.

4.- También antes del comienzo del juicio oral, haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, en cuya determinación será fundamental la práctica de una prueba pericial puesto que la valoración que hay que hacer del *programa de compliance para el futuro*, y de su eficacia, no puede limitarse a su previsión jurídico-formal.

Tal sistema tasado no parece permitir la aplicación de atenuantes que, previstas para las personas físicas, no habría ningún inconveniente en principio que pudieran aplicarse también a las personas jurídicas, como es la actual circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 22.6° CP. La práctica nos dirá si los jueces o tribunales admiten su aplicación por la vía de la atenuante analógica del art. 22.7° CP.

A diferencia de las circunstancias atenuantes, no ha establecido el legislador un sistema específico de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni pueden ser de aplicación a las personas jurídicas las circunstancias agravantes del art. 22 CP relativo a las personas físicas. A pesar de ello, varias son las reglas de aplicación de las penas, establecidas en el nuevo art. 66 bis CP, que hacen referencia a la agravación de las sanciones en el caso de concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que la persona jurídica sea reincidente, b) que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales.

IV. TIPOS DE PENAS PARA APLICAR A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El código penal en su artículo 33.7, recoge una relación de las posibles penas a imponer a las personas jurídicas:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

De las siete penas previstas, la que mayor valoración ha dado el legislador es la pena de multa, ya que ha sido establecida como pena principal para todos los delitos que se contemplan para la responsabilidad de las personas jurídicas.

La multa imponible a las personas jurídicas admite las dos variantes de multa por cuotas proporcional, lo que conecta con los artículos 50 y 52 del Código Penal, así como con sus correspondientes criterios de individualización. El número de cuotas en el primer caso se determinará dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II del Título III del Libro I. Luego el importe de cada cuota se fijará teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y demás circunstancias del mismo. Naturalmente, las cargas y obligaciones familiares mal pueden ser valoradas respecto a las personas jurídicas.

El sistema de multa adoptado para las personas jurídicas es mixto: combina los días-multa con la multa proporcional. La multa proporcional para las personas jurídicas carece de precedentes en el Derecho comparado. Hasta tal punto se han mezclado ambos sistemas que en algunos delitos la multa cuantificada conforme al sistema de días-multa se puede sustituir por una multa proporcional (arts. 319 y 445); y a la inversa, se ha previsto con carácter general la sustitución de la multa proporcional, en el caso de que no se pueda determinar su importe, por una multa cuantificada conforme al sistema de los días-multa (art. 52.4). Sin embargo, a pesar del propósito del legislador, estos preceptos no van a resolver todos los problemas. En efecto, sólo cabe acudir al sistema de días-multa cuando no estén concretadas las bases para poder determinar el importe de la multa proporcional y si entre ellas se encuentra el desvalor de resultado (perjuicio causado, cantidad defraudada...), el juez va a encontrarse a la hora de fijar el número de días-multa con las mismas dificultades que tenía con la multa proporcional, pues el número de días-multa se determina en función de la gravedad del hecho (arts. 50.5 y 66 bis). Estas dificultades se ven reflejadas también en el marco penal previsto para los días-multa subsidiarios, que es muy amplio (de 2 a 5; de 1 a 3; de 6 meses a 2 años). Por cierto, se puede observar también un gran arbitrio judicial en otros aspectos de la regulación de la pena de multa a las personas jurídicas, como por ejemplo, a la hora de relacionar la capacidad económica de la persona jurídica con el importe final de la cuota diaria (art. 50.5, igual que para las personas físicas), a la hora de fraccionar el pago de la multa porque lo aconseje el interés general (art. 53.5), o a la hora de reducir el importe de la multa prevista en el delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis apart. 3).

En cuanto a la extensión de la multa, no ha quedado expresamente reflejado en la regulación general cuál es el mínimo. El legislador sólo se ha preocupado de indicar cuál es su máximo (art. 50.3), dejando para la parte especial el establecimiento del mínimo. Por lo que se refiere al importe de la multa, este oscila entre 30 y 5.000 € (art. 50.4). Por un lado, parece correcto prever para las personas jurídicas unos importes mayores que para las personas físicas, pero por otro lado, resulta criticable que la *ratio* empleada para poder individualizar la carga punitiva sea menor que la prevista para las personas físicas.

V. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIA DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL.

La naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas es cuestión controvertida entre los estudiosos del derecho penal, pues para algunos son penas, para otros medidas de seguridad y para otros, partiendo de la propia incapacidad de acción o de omisión, en el sentido del

Derecho Penal, de las personas jurídicas, defiende la naturaleza de medidas de carácter administrativo.

Por último, frente a las concepciones anteriores, que podrían ser calificadas como puras, en el sentido de decantarse por naturalezas jurídicas preexistentes en nuestro Ordenamiento jurídico, se sitúa la mayoría de la doctrina, quienes, sin desconocer lo discutible que puede resultar su naturaleza jurídica, da por válida la nomenclatura de consecuencias jurídicas accesorias empleada por el legislador en la rúbrica del Título VI del CP de 1995, afirmándose, incluso, que estamos en presencia de una "tercera categoría de consecuencias derivadas del delito", situada junto a las penas y las medidas de seguridad. En favor de esta concepción aboga el convencimiento, de una parte, de que tales medidas no son penas, por cuanto no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, y, de otra, de que tampoco constituyen medidas de seguridad, ya que no se fundamentan en un juicio de la peligrosidad personal del responsable, argumentos que se unen al más genérico de la propia incapacidad de acción, en sentido jurídico-penal, de las personas jurídicas, aspecto que cercena, *ab initio*, no sólo la posibilidad de imponerles penas por la realización de un hecho típico y antijurídico, sino también de aplicarles medidas de seguridad, desde el momento en que éstas tienen que basarse necesariamente en una peligrosidad criminal, o, si se prefiere, en la previa comisión de un delito por parte del sujeto peligroso, lo que precisamente en el actual sistema normativo no puede ser predicado de las personas jurídicas.

Con carácter general, el artículo 129, resulta de aplicación a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica.

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

Las consecuencias accesorias a las que acabamos de referirnos 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. Dado que las únicas previsiones expresas que efectúa el Código Penal en relación con el artículo 129 se refieren a entidades con personalidad jurídica, 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.

BIBLIOGRAFÍA.

Roig Altozano, Marina. Artículo Doctrinales, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*. Febrero 2012, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/533-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-et-puniri-potest.html>.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013).

Muñoz Yangüela, Beatriz. Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 5 de Zaragoza. Ponencia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Otras cuestiones procesales. Pág. 10-11.

DESCRIPCIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LA OBRA?

Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis. *Comentarios A La Reforma Penal De 2010*. Tirano Blanch 2010. Pág. PÁG???. SI ES UN LIBRO NO HACE FALTA.

Martínez Ruiz, Jesús. Profesor Derecho Penal Contratado Doctor Universidad de Granada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recpc 01-11 (1999). NO HACE FALTA QUE PONGAS EL CARGO DEL AUTOR. PERO SÍ TIENES QUE PONER SU NOMBRE.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 Relativa A La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Conforme A La Reforma Del Código Penal Efectuada Por Ley Orgánica Número 5/2010.

LA FRUSTACIÓN DE LA EJECUCION DINERARIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO Y EN OTROS PROCESOS DE EJECUCIÓN: NUEVA TUTELA PENAL.

PEDRO ROS ALCARAZ

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo aborda de manera seria y decidida la frustración de las ejecuciones dinerarias que tan de cabeza llevan a los acreedores y por ende a los despachos de abogados que durante años hemos visto con gran desconsuelo el no poder contar con un tipo penal que permitiera poner remedio a las conductas de los deudores que por sistema se niegan a facilitar ante el Secretario/a Judicial la relación de bienes o derechos para cubrir el importe de la responsabilidad civil derivada del delito, o bien la cuantía de la ejecución que conforme al artículo 553 de la L.E.C. se le notifica simultáneamente junto con el Auto que contiene la orden general de ejecución y el despacho de la misma con expresión de las cantidades por principal, intereses y costas.

Por fin se aborda una reforma que profundiza en las insolvencias punibles en el nuevo Capítulo VII bis, artículos 259 y siguientes, pero que previamente regula en el Capítulo VII bajo la rúbrica de “La Frustración de la Ejecución”, artículos 257, 258, 258 bis y 258 ter todo este tipo de conductas tan habituales y que supone un importante giro a la situación actual, reforzando la posición del acreedor en la fase más importante del procedimiento judicial o administrativo: la ejecución dineraria.

Tal y como se indica en la exposición de motivos de la L.O. 1/2015, el legislador lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible, partiendo de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota, de tal forma que estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados.

Y en lo que aquí abordamos, dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el Derecho comparado: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en

un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad.

II. REGULACION ANTERIOR A LA LEY ORGANICA 1/2015: DELITO DE DESOBEDENCIA GRAVE, O SIMPLE FALTA.

Hasta ahora, conforme al artículo 551.3 de la L.E.C., una vez que se ha dictado el Auto que contiene la orden general de ejecución, el Secretario/a judicial responsable de la misma, dicta el Decreto en el que se contienen las medidas ejecutivas concretas que resulten procedentes, incluyendo el embargo de bienes, y las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de la L.E.C.

Así las cosas, el contenido del Decreto se ha limitado a requerir al ejecutado bajo apercibimiento de que podrá ser sancionado por “desobediencia grave” y con la posibilidad de imponerle “multas coercitivas periódicas” si en el plazo de 10 días no manifiesta ante el Juzgado bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de las cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Apercebimientos que se le notifican al acreedor tanto para el caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, o bien excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren.

Queda claro que el acreedor tiene la obligación de comparecer y hacer la manifestación por la que ha sido requerido por el órgano judicial, simplemente porque es él, en su calidad de deudor-ejecutado, quien conoce con exactitud la realidad de su situación económica con la que debe afrontar el pago al ejecutante.¹

Pero vemos como en la práctica habitual se trata de una “notificación más” a la que el ejecutado, en la mayoría de los casos no le da la mayor relevancia, ni por supuesto ante el incumplimiento del requerimiento, tampoco el Juzgado suele actuar de oficio, pues lo que ocurre finalmente es que el Secretario da traslado al ejecutante del resultado de la averiguación patrimonial, siendo éste quien finalmente, en virtud del principio de “justicia

¹ ANGEL BONET NAVARRO. Título: El juicio sobre la suficiencia en la ejecución en las sentencias de ejecución dineraria. Editorial Aranzadi, 2009, p 112.

rogada”, ha de señalar los bienes susceptibles de embargo, al margen de los embargos telemáticos que se acuerdan con la orden general de ejecución.²

Ahora bien, en frecuentísimas ocasiones dicha averiguación resulta ser reveladora de una situación de insolvencia total, con cuentas bancarias a cero o en negativo, sin bienes inmuebles, sin vehículos, sin prestaciones, en definitiva sin patrimonio alguno, lo que conlleva a la desesperada necesidad de que el acreedor, o bien se espere a que transcurra un cierto periodo de tiempo para solicita una nueva averiguación patrimonial, o bien recabar información adicional sobre las actividades del ejecutado a ver si consigue trabar algún bien o derecho, tarea francamente difícil.

Evidentemente, el requerimiento judicial habla de “desobediencia grave”, si bien, los Decretos dictados por el Secretario no suelen indicar de forma expresa la mención al tipo delictivo en que se puede incurrir, el cual no es otro que un delito actualmente previsto en el art. 556 del Código Penal, castigado con pena de prisión de seis meses a un año.

Por tanto, pese a que suele pasar desapercibido, la regulación actual ya castiga como “delito” el incumplimiento del ejecutado al requerimiento realizado por el Secretario/a judicial para que manifieste cuáles son sus bienes o derechos, de tal forma que el tipo penal vendría integrado cuando tras la advertencia reiterada de incurrir en “desobediencia grave”, la persona que debe cumplir un mandato dictado por una autoridad en el ámbito de sus competencias simplemente no la cumple, sin ningún otro aditamento, y desde un punto subjetivo cuando se conoce la orden y se tiene una voluntad de no cumplirla, teniendo conciencia de la antijuricidad del comportamiento, deduciéndose tal voluntad precisamente del comportamiento externo de no aportar al Juzgado la relación de bienes, o cuanto menos, manifestar su inexistencia.

Así se recoge en escasas sentencias, por lo poco habitual en la persecución de estas conductas, si bien resulta interesante examinar las sentencias condenatorias de estos delitos como las dictadas por Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, número 182/05, de 16 de diciembre de 2005 y la número 56/2006, de 12 de abril de 2006, que confirman las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal al no prosperar la defensa del ejecutado basada en la falta de advertencia en el Decreto sobre el concreto delito y penas posibles, o que a, efectos exculpatórios, basar su defensa en que el ejecutado no tenía ningún bien susceptible de ser embargado, pues como acertadamente se fundamenta en dichas sentencias,

² JOSE GUADALUPE BUITRON RAMIREZ, Título: El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Civitas, quinta edición, 01/09/2013.P. 471

si ese comportamiento totalmente omisivo fuera amparado, se impediría que el órgano judicial civil pudiera comprobar la certeza o verosimilitud de tal aserto, y, por ende, se podría burlar fácilmente la finalidad de la norma rituarial civil que impone al deudor-ejecutado la obligación de manifestar sus bienes en orden al pago del acreedor- ejecutante. En definitiva se comete un delito de desobediencia grave de comisión por omisión.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto, la práctica demuestra que es una regulación laxa por cuanto ningún texto legal señala exactamente las diferencias entre el carácter grave o leve de la desobediencia que conduce a su diferente tipificación como delito o falta, por lo que hay que acudir inexorablemente a la jurisprudencia para saber qué calificación habría que emplear ante la negativa del deudor a manifestar sus bienes, y a saber, cuantos requerimientos y advertencias previas han de ser realizadas por el Juzgado para considerar su gravedad a efectos penales.

El Tribunal Supremo³ ha señalado con carácter general cuales son los requisitos necesarios para la comisión del delito de atentado y desobediencia, si bien, centrándonos concretamente en la figura de la desobediencia, su consideración como delito exige: 1. Que previamente exista una orden directa y terminante de la autoridad o sus agentes, dictada con las formalidades legales y por la que se imponga al particular una conducta activa o pasiva, 2. La orden ha de llegar a conocimiento del particular. No se incurrirá así en una infracción penal por desobediencia si no se conoce la orden que ha de cumplirse, 3. Negativa a cumplir la orden. La oposición voluntaria al mandato de la autoridad también es considerada como negativa, y 4. Se exige gravedad en cuanto a la desobediencia.

Si no existiera la gravedad, aunque se hubiese desobedecido, estaríamos frente a una falta. Ahí radica, precisamente, la diferencia entre el delito del art. 556 y la falta del art. 634 del Código Penal, en la gravedad de la desobediencia, falta ésta que como se ha dicho, desaparece con la nueva regulación.

Y debemos acudir otra vez, irremediablemente, a la jurisprudencia para dilucidar en qué consiste la gravedad o levedad de la desobediencia. Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 5-7-89 y 29-6-92, consideran que lo que diferencia la desobediencia grave y la leve es la reiterada y manifiesta oposición, la grave actitud de rebeldía, la persistencia en la negativa, en el incumplimiento firme y voluntario de la orden y en lo contumaz y recalcitrante de la negativa a cumplir la orden o mandato, lo cual vendría a integrar el tipo y por tanto el

³ (STS 684/2008 y 1010/2009)

resultado condenatorio como anteriormente se ha señalado en las Sentencias dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava.

Llegado a este punto, nos encontramos actualmente que la dificultad radica en dilucidar cuando la conducta del deudor ejecutado va a ser grave o leve, y por ende, que numero de apercibimientos judiciales serán necesarios para integrar el delito previsto en el art. 556 del Código Penal, pues en sentido opuesto a las sentencias anteriormente mencionados, podemos señalar la dictada por la Audiencia Provincial de Albacete número 56/2004, de fecha 04 de junio de 2004, que absuelve al acusado del delito del art. 556 y condena a un falta del 634 del Código Penal.

III. NUEVO CAPÍTULO VII: “FRUSTACIÓN DE LA EJECUCIÓN”

Es en el Capítulo VII bajo la rúbrica de “La Frustración de la Ejecución”, artículos 257, 258, 258 bis y 258 ter donde, ahora sí, queda mejor regulada las conductas omisivas del deudor, reforzando la posición del acreedor en caso de la frustración y estableciendo penas de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses para éste caso concreto que pasamos a analizar.

El art. 257 contempla de forma concreta el delito de “alzamiento de bienes” y los artículos 258, bis y ter “la frustración de la ejecución”.

De un lado se incluye un nuevo tipo penal que castiga a “quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor”. El delito quedaría consumado por la presentación “incompleta o mendaz”, donde el dolo omisivo sería la base legal para calificar el delito, tras haberse podido comprobar por la autoridad judicial ese carácter incompleto o mendaz, extremo éste último que plantea serias dificultades pues en la práctica entiendo que se va a limitar a una comparación del resultado de la averiguación patrimonial realizada por el Juzgado a través de las terminales a que tiene acceso, con la lista o manifestación aportada por el deudor.

Es por ello, que a tenor de la nueva regulación, el Decreto que se notifique junto con el Auto que contiene la orden general de ejecución, debería ser mucho más concreto en cuanto al tipo de delito en que se puede incurrir, la pena a imponer y lo fundamental en aras de satisfacer el derecho de cobro del ejecutante: que dicho Decreto sea exhaustivo y se extienda mucho más en el elenco de bienes o derechos que puede tener una persona física o jurídica

que figure como deudora en un procedimiento de ejecución, que sin duda puede ser el pago de las responsabilidades civiles derivadas de un delito, las cantidades dinerarias a que tenga derecho en virtud de un procedimiento puramente civil, contencioso administrativo, social o administrativo de apremio.

Quiero decir con ello, que el Decreto a notificar deberá sustituir esa advertencia genérica que se hace actualmente al ejecutado “de poder incurrir en desobediencia grave” a “podrá ser castigado con penas de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses de conformidad con el art. 258 del Código Penal”, y para poder descubrir la existencia de una declaración mendaz o incompleta (pues sin dicho resultado probatorio no habría delito) es sumamente importante que el Decreto, a partir de la entrada en vigor deje de hacer las referencias genéricas que actualmente se notifican al deudor (que señale bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de las cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título) por otra mucho más concreta y elaborada,⁴ lo ideal, a modo de listado o cuestionario a cumplimentar por el propio ejecutado, del cual es Sr./a Secretario Judicial de fe, y donde no quedara fuera del mismo ni un solo bien o derecho de los que puede ostentar una persona física o jurídica y que en aras de exhaustividad podría ser:

Listado de cuentas bancarias, en las que figure como titular, co-titular o autorizado.

Acciones o participaciones sociales con expresión de la numeración, cuantía y sociedades, ya figuren en escritura pública o documento privado.

Planes de ahorro, Seguros de Vida, de Accidentes, Fondos de Pensiones, de Inversión, con expresión de detalla de primas únicas o periódicas, fechas de rescate, vencimiento y beneficiarios.

Depósitos bancarios, fondos de inversión, cartera de inversiones en acciones y/o cualquier producto financiero, con expresión de los importes, plazos y titulares.

Derechos de cobro, retribuciones, comisiones, dinerarias o en especie, derivadas de su actividad laboral, profesional o empresarial, con expresión de su cuantía y datos del pagador. En el caso de actividades empresariales o profesionales manifestación detallada de los contratos y relaciones contractuales con expresión de clientes pagadores.

⁴ JOSE GARBERI LLOBREGAT, Título: La reclamación de créditos impagados: vías procesales. Editorial Bosch, primera edición, 15/11/2011.P 377

Procedimientos judiciales o extrajudiciales que el deudor tenga frente a sus propios deudores, con expresión del tipo de procedimiento (monitorio, verbal, ordinario, cambiario, o de cualquier ámbito judicial) del que eventualmente puedan resultar cantidades a su favor, incluidas tasaciones de costas o cualquier otro derecho de cobro.

Rentas, pensiones, contributivas o no, de cualquier especie que sean, tanto privadas como de organismos públicos.

Derechos cobro por arrendamientos o subarrendamiento de cualquier clase, tanto si el contrato es escrito o verbal.

Derechos de usufructo, goce o disfrute de bienes ajenos.

Derechos sucesorios, a título de heredero o legatario, con expresión de si existe alguna herencia yacente o pendiente de aceptar, manifestando los datos del causante y fecha fallecimiento.

Derechos de cobro por indemnizaciones laborales o de cualquier otro tipo a las que se tenga derecho, incluidas las derivadas de accidentes personales, de tráfico o cualquier otro tipo, con expresión concreta de los datos del deudor y/o entidad aseguradora.

Devoluciones tributarias de la AEAT, Comunidades Autónomas, Diputaciones, Entidades Locales o de cualquier organismo público.

Expropiaciones y derechos de cobro de cualquier organismo público, en expresión del mismo, cuantía a que se tenga derecho y datos del expediente.

Expresión detallada de bienes inmuebles, de cualquier clase, sean rústicos o urbanos, tanto si se encuentran inscritos o no en el Registro de la Propiedad, aportando los títulos de pertenencia, tanto en documento público como privado, incluso sobre aquellos bienes que aún sin título, pueda haberse ganado el dominio por prescripción adquisitiva.

Contratos sobre servicios públicos o concesiones administrativas de las que sea titular.

Expresión detallada de bienes muebles, incluidos vehículos, embarcaciones, joyas, bienes artísticos o de extraordinario valor, al margen de que figuren inscritos o no en cualquier tipo de registro público.

Contratos de permuta, mobiliaria, inmobiliaria, financiera o de cualquier tipo, con independencia de que se encuentre documentada en escritura pública o contrato privado, esté inscrita o no en algún registro público.

Contratos de prenda, hipoteca, o de garantía sobre cualquier tipo de bienes del deudor, al margen de que se encuentre inscrita o no en algún registro público.

Cualquier otro bien, patrimonio o derecho no incluido anteriormente y que el deudor tenga conocimiento.

Dicho lo anterior, el legislador ha reforzado la protección del acreedor en la ejecución dineraria, con un propósito totalizador que abarca tanto la responsabilidad civil derivada del delito como la ejecución dineraria en cualquier proceso civil, social o administrativo, de tal forma que a la vista de la nueva regulación legal el delito vendría integrado cuando concurren alguna de estas tres conductas:

1. Presentar relación de bienes incompleta o mendaz.

Presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleto o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. Para integrar el tipo penal, será necesario que además de presentar esa relación incompleta o mendaz (ocultando bienes o derechos), que con ello se dilate, dificulte o impida la satisfacción al acreedor, circunstancia que para el operador jurídico será fácil de observar pues parece lógico que si el ejecutado excluye de bienes susceptibles de embargo, créditos o cualquier otro derecho, no cabrá la menor duda que tal conducta va a perjudicar la satisfacción al acreedor, bien por dilatarla, dificultarla o impedir la.

Y el propio artículo 258 el C.P. aclara, entendemos que con carácter de *presunción iuris tantum*, que la relación de bienes o patrimonio “se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto”. Concepto que ha quedado suficiente claro y no necesita más aclaraciones, pero que si puede plantear dificultades de prueba, pues será el acreedor quien tendrá que estar vigilante durante el proceso de ejecución para comprobar si el deudor está disfrutando bienes de terceros, en la práctica muy frecuente y que en el seno de la investigación a los efectos de acreditar el título o justificación que le ampare en dicho derecho, podrían resultar de bienes que fueron titularidad del ejecutado y que “*ya no lo son*” (pasan a familiares, amigos, a sociedades, testaferros, etc.), por lo que puede dar lugar a una nueva “noticia criminis” por posible delito de alzamiento de bienes del art. 259 Código Penal.

2. No presentar la relación de bienes o patrimonio.

Es una conducta puramente omisiva, pues el tipo quedaría integrado una vez que el deudor ejecutado ha sido requerido judicialmente y éste no manifiesta cuáles son sus bienes o patrimonio, por lo que desaparecen los problemas de que presentaba la anterior regulación en cuanto la necesidad de discernir si la desobediencia era grave o leve en función de número de requerimientos no atendidos, de tal forma que ahora se define desde un punto de vista totalmente objetivo: Existiendo requerimiento judicial y estando debidamente notificado al deudor, si no aporta la relación de bienes, el delito quedaría consumado, al igual que si lo hace con la lista incompleta o mendaz, y con ello se dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

3. Uso de bienes embargados por autoridad pública.

En este último caso se tipifica y castiga con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello, lo que cierra el círculo en un espíritu totalizador de la norma penal para cerrar paso a todas las posibles conductas en que puede ocurrir el deudor para frustrar el procedimiento de ejecución, lo que es de alabar en *pro* de los derechos de cobro de los acreedores ejecutantes que por fin van a contar con una tutela penal que ampara las frecuentes conductas de numerosos deudores a quienes de ser parte únicamente en un proceso civil, por ejemplo, pueden ser imputados por delito en un proceso penal a tenor de la nueva regulación y con posibilidad de incurrir en penas de prisión de uno y hasta tres años.

4. Excusa absolutoria.

Razones de política criminal⁵ y a modo de incentivo para no incurrir en delito por los motivos anteriormente expuestos, el legislador ha optado por no castigar aquellas conductas que faciliten el procedimiento de ejecución cuando el obligado al pago, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa, en cuyo caso el delito ya no será perseguible.

Aunque se trata de una excusa absolutoria que incentiva no incurrir en el delito, técnicamente no es acertada puesto que los problemas se van a plantear en poder fijar cual es

⁵ Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español: Parte General I. Tecnos. 1992. 3ª edición. Página 71 nota a pie de página 96.

el momento concreto en que la autoridad o funcionario descubre ese carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, lo cual analizaremos en las cuestiones procesales que serán tratadas en el siguiente epígrafe.

4. Penas a imponer.

Concurriendo las circunstancias y demás requisitos aludidos anteriormente, nos encontramos que el Juez podrá imponer:

Pena de prisión de tres meses a año, o bien, multa de seis a dieciocho meses cuando se trate de personas físicas.

Para las personas jurídicas serán las penas previstas en el art. 258 ter con multas que pueden llegar hasta los cinco años, y la posibilidad de que atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del C.P.

Evidentemente estamos hablando que el legislador se ha situado en un delito mucho menos grave que el alzamiento de bienes (prisión de uno a cuatro años en el caso de personas físicas), pues nos situamos todavía en una fase del procedimiento de ejecución en que el deudor está dificultando la satisfacción al acreedor (frustrando la ejecución), aunque el tramo impositivo de la multa se sitúa en un mínimo de seis meses, que desde luego deberá abonar en la cuantía finalmente impuesta por el Juez de lo Penal, y que para el caso de impago el condenado quedará sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa no satisfechas, dándose la paradoja de que probablemente el condenado por este delito sea solvente para abonar la multa pero no lo sea para abonar las cantidades de la ejecución dineraria que resulten a favor del acreedor, de tal forma que la sustitución de la pena de prisión por la de multa se convertirá en una recaudación más para el Estado, que extinguirá el delito una vez cumplida, y sin que el acreedor haya visto satisfecha su deuda.

5. La sustitución de la pena.

No obstante, conviene destacar las novedades introducidas por la L.O. 1/2015 a la hora de llevar a cabo la sustitución de la pena por cuanto **se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil**. El sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia. Por ello, se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil (y también, que se haya hecho

efectivo el decomiso acordado por los jueces o tribunales) continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los bienes disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

Así, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a jueces o tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible. El sistema también resulta más ágil en el supuesto de impago de la multa sustitutiva impuesta y, al igual que en el supuesto anterior, será la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz por el penado lo que determinará la revocación de la suspensión, tal y como se recoge en la nueva redacción del art. 85.1 d) del Código Penal donde ahora se establece que “El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”, por tanto nuevas medidas que refuerzan la posición del acreedor.

IV. CUESTIONES PROCESALES.

En primer no cabe duda que estamos ante un delito público, de tal forma que si durante un procedimiento judicial de ejecución, tras el la notificación de Auto que contiene la orden general de ejecución firmado por el Juez y la notificación del Decreto firmado por el Secretario Judicial con las medidas concretas y requerimientos pertinentes, resulta que pueden darse cualquier de estas circunstancias:

1. Que el Secretario, verificado el incumplimiento por parte del ejecutado de “no atender el requerimiento”, por no facilitar la relación de bienes o patrimonio del deudor, o bien por presentar una relación incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. Por tal motivo, en su calidad de fedatario y dación de cuenta tanto

formal como material, así como impulsor y ordenador del proceso (art. 7 ROSJ.⁶ arts. 452.2, 454.3, 455, 456.1, 2 y 4 LOPJ) podrá de oficio levantar testimonio de las actuaciones y remitirlas directamente al Ministerio Fiscal, o bien, dar cuenta al Juez que dictó el despacho de ejecución, para que deduzca testimonio por posible delito de frustración de la ejecución previsto en el art. 258 del Código Penal, para su posterior remisión al Juzgado de Guardia, pues al tratarse de un delito público no será necesario denuncia o querrela previa del perjudicado, en este caso del acreedor ejecutante, en cumplimiento del mandato del art. 117.3 de la Constitución Española (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado).

2. Ahora bien, pese a que lo comentado anteriormente sería lo deseable, entiendo que en la práctica será la parte ejecutante quien tras la comprobación de los hechos, presente la correspondiente denuncia o querrela, no para satisfacer su crédito, sino para que se cumpla condena impuesta por la Ley en caso de que finalmente quede probada la frustración de la ejecución.

3. De importancia capital, a los efectos posteriores de prueba, sería deseable que las normas procesales y en concreto la LECrim hubieran previsto la obligatoriedad de la comparecencia “personal”, con citación de las partes a fin de dar trámite e intervención activa de la parte ejecutante para que pueda cuestionar al deudor acerca de todos y cada uno de sus bienes, quedando reflejadas sus manifestaciones en el acta de la comparecencia a tal efecto, o en su caso de la incomparecencia para el caso de que el deudor no asista a dicha audiencia. Pero aun así, sin estar previsto expresamente, de conformidad con el art.12 ROSJ. art. 456.3 LOPJ los Secretarios Judiciales tienen competencias procesales en materia de ejecución, por lo que nada impide que si lo solicita la parte ejecutante, pueda tener lugar la comparecencia en los términos que se acaban de exponer.⁷

V. DIFICULTADES DE PRUEBA.

Evidente la mayor dificultad de prueba que se plantea es la comprobación del carácter mendaz o incompleto de la relación de bienes aportada por el deudor, ya que hemos visto anteriormente cuando el deudor, requerido para ello, “deje de facilitar” la relación de bienes o patrimonio ya sería por si misma constitutiva de delito.

⁶ Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

⁷ ALICIA ARMENGOT VILAPLANA, Título: Introducción al derecho procesal 01/09/2014. Editorial Aranzadi.

Desde luego, a lo primero que habrá que acudir es al estudio comparativo de los bienes declarados, con los que resulten de la averiguación patrimonial llevada a cabo por el órgano judicial a los que tiene acceso (medidas de localización e investigación del patrimonio del ejecutado).

En segundo lugar, dada la innumerable lista de bienes o derechos que puede ostentar en deudor ejecutado que no figuran en registros públicos, para el caso de ocultación y tras haber manifestado su inexistencia u ocultación después de haberle sometido a ese examen que a modo de ejemplo hemos señalado en nuestro anterior apartado III, letras a) a s), será la comprobación posterior por el conocimiento que pueda llegar a la parte ejecutante o al órgano judicial que deberán estar expectantes si quieren ver satisfecho su derecho, pues recordemos que no estamos ante una pena de prisión por deudas, pero si por frustrar una ejecución de forma intencionada.

Por otro lado, el tipo penal requiere de forma expresa que “con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor”, lo cual es consecuencia clara de la conducta anterior, que si bien le corresponderá al Juez motivarlo en sentencia, no cabe duda que el sólo hecho de no facilitar los bienes y derechos, así como su carácter mendaz o incompleto, es un indicio más que suficiente para integrar el delito y que constituirá prueba definitiva si a la postre se ha descubierto ese carácter mendaz cuando el acreedor u órgano judicial han descubierto otros bienes no declarados.

Destacable, a efectos probatorios, es la aclaración que hacer el legislador en el segundo párrafo del art. 258.1 cuando, a modo de “presunción iuris tantum”, aclara que la relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto, lo cual implica un refuerzo de la posición del acreedor, pues en frecuentísimas ocasiones ve como el ejecutado, sea persona física o jurídica, continua aparentemente su mismo ritmo de vida, máxime en el caso de los que podemos denominar “insolventes profesionales”, que ahora tendrán que dar explicaciones y acreditar justificadamente el uso y disfrute de bienes de terceros, correspondiendo a él la carga de la prueba. Hemos de tener en cuenta que al deudor se le puede complicar su situación para el caso de no dar una justificación real al órgano judicial, pues a la postre podría ocurrir que si el uso o disfrute de tales bienes que aparentemente son de terceros, resulta que en realidad formaban parte del patrimonio del deudor, podría ser una maniobra constitutiva de un delito de alzamiento de bienes si los mismos salieron de su

patrimonio en perjuicio de acreedores o para eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder, con lo cual la pena a imponer sería la prevista en el art. 257 del Código Penal, es decir, prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por último, de conformidad con el art. 12 del Código Penal, el delito que estudiamos no tiene previsto el castigo por imprudencia, por lo que sólo serán constitutivas de delito las conductas dolosas, sin que a mi juicio pueda ser castigada la tentativa de delito por lo que solo será punible el delito consumado, sin bien, habrá posiciones para todos los gustos, quizá sea dominante en la literatura la de quienes vienen entendiendo que los delitos de comisión por omisión, o delitos de omisión impropios, son equiparables a los delitos de acción positiva de resultado, por lo que en tal caso sería concebible la tentativa.⁸

VI. CONCLUSIÓN.

Sin duda, la nueva regulación alivia la situación del acreedor que ahora cuenta con instrumentos de tutela penal para aquellas conductas intencionadas, retientes y que tan frecuentes son en la actualidad, que frustran el proceso de ejecución dineraria y los mandatos jurídicos: Es obligado cumplir las sentencias, art. 118 CE y las sentencias se ejecutarán en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), por lo que todos reclamábamos el establecimiento de un programa legal de la actuación jurisdiccional que permita confiar en la eficacia del proceso de ejecución como instrumento idóneo para otorgar la tutela efectiva y la adecuación de los instrumentos ejecutivos preparados para dar satisfacción a los titulares de los derechos⁹ de crédito.

⁸ MANUEL GOMEZ TOMILLO, Título: Comentarios al Código Penal, Editorial Lex Nova, 2 edición 2011, comentario al art. 16.1 sobre tentativa y delitos de omisión. Portal Jurídico lex nova , publicado el 02/05/13.

⁹Francisco JAVIER Orduña Moreno/ Silvia Tamayo Haya, La Protección Patrimonial del derecho de crédito. tomo i. La Conservación de la garantía patrimonial del derecho de crédito, Editorial Civitas, 2006. P.251-279 .

LA PERSONA JURÍDICA EN EL JUICIO ORAL

JOANA RUIZ SIERRA

*Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.*

rsjoana@hotmail.com

RESUMEN: En España, tras la reforma penal de 2010 se ha establecido la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Un año más tarde se aprobó la necesaria, aunque insuficiente regulación procesal que delimitó su estatuto procesal como sujeto pasivo de un delito y dentro del juicio oral. Se analiza en el presente trabajo, la competencia objetiva, donde el artículo 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice que cuando ésta dependa de la gravedad de la pena, hay que acudir a la pena legalmente prevista para la persona física, esté o no acusada. La comparecencia a juicio a través de la persona especialmente designada para ello, sin duda el punto nuclear en esta materia. Quién puede ser, quién la elige, qué puede hacer en nombre de la persona jurídica. Se consigue garantizar adecuadamente el derecho de defensa y la presunción de inocencia de la misma. Se permite la conformidad no litisconsorcial. Problemas que conlleva, quién decide prestar dicha conformidad, es o no un mecanismo para evitar la responsabilidad de las personas físicas representantes de la entidad en el tráfico jurídico. La ausencia y la rebeldía. Y finalmente el futuro Código Procesal Penal.

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica; proceso penal; competencia; comparecencia a juicio; estatuto jurídico procesal de la persona jurídica.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio modificó el Código Penal y puso fin al arraigado principio de la “*societas delinquere non potest*”, permitiendo, según algunos autores que la persona jurídica pueda ser hoy sujeto activo del delito y que se la pueda condenar respecto de un determinado grupo de ellos. Mientras que para otros autores, esta modificación legislativa no hace más que reconocer que la persona jurídica siempre delinque a través de una persona física que actúa en su nombre, es decir, la persona jurídica no puede delinquir, aunque sí ser penalmente responsable por las actuaciones realizadas por personas físicas en su nombre o provecho.¹

La importancia de esta modificación fue y sigue siendo evidente, pero nuestro legislador de entonces y de hoy (en menor medida), se ha ocupado principalmente de los

¹ Véase a DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Personas jurídicas: artículo 31 bis CP” *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*, (Coords. MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PÜSCHELL, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 49-52. Igualmente, compárese con lo manifestado en la ponencia realizada por DEL MORAL GARCÍA, A. (2011). *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 1

aspectos sustantivos relativos al derecho penal, tanto en su parte general como especial, pero nada reguló sobre los aspectos procesales. Hubo una anomia legal que casó mal con el principio de legalidad del artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y si ya, tras la incorporación en el Código Penal de las denominadas consecuencias accesorias dirigidas a las personas jurídicas, en opinión de ECHARRI CASI², se hizo patente la necesidad de adaptar las normas de procedimiento, tras la instauración de este sistema de responsabilidad penal y la imposición de sanciones, dicha exigencia era inevitable y de pronto acometimiento.

Un año más tarde, la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal³, introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal unas pequeñas modificaciones procesales que exigían éste nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Modificaciones⁴ que afectan tanto a normas de tipo orgánico (competencia objetiva para el conocimiento de los procesos seguidos contra personas jurídicas) como aquellas de carácter procesal que se ocupan de las especialidades concretas que ha de experimentar el desarrollo del proceso en tales supuestos, tanto en la fase de instrucción (imputación, declaración indagatoria, régimen de intervención en las diligencias, medidas cautelares, rebeldía) como en el juicio oral (intervención en el juicio oral, eventual conformidad, y otros derechos procesales, como derecho a declarar o no contra si mismo, a guardar silencio, a no confesarse culpable y el uso a la última palabra).

La presente comunicación pretende un análisis de los aspectos procesales de la situación actual en la fase de enjuiciamiento⁵ de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y su situación futura, a través del tan esperado Código Procesal Penal, cuya propuesta ha sido presentada por la Comisión Institucional para la Elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 y la ausencia también reclamada por la doctrina, de la elaboración de un completo estatuto jurídico procesal de la persona jurídica. Someramente,

² ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, núm. 7632, 2011, págs. 1-30

³ *Boletín Oficial del Estado* núm. 245, de 11 de octubre, (Verificado el 21.04.2015) <http://www.boe.es/boe/dias/2011/10/11/pdfs/BOE-A-2011-15937.pdf>

⁴ Siguiendo a ARANGÜENA FANEGO, C. (2014), “Responsabilidad Penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, *Revista de Derecho Empresarial* (REDEM), núm. 2, 2014, págs. 83-115

⁵ Entendiendo como tal, el juicio oral en sentido estricto o de plenario, en el cual, bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción, se practican las pruebas propuestas por las partes y admitidas por el Tribunal o Juzgador

⁶(Verificado 23.04.2015) <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

por su incidencia en el desarrollo del plenario se tratará la competencia y la rebeldía.

II. COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL.

La regla de competencia es fijada por el artículo 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Declara que el juzgado o tribunal competente para conocer de un delito, si tal conocimiento depende de la gravedad de la pena, es estar en todo caso, a la pena legalmente prevista para la persona física, con independencia de que el proceso penal se dirija también, o incluso exclusivamente, contra una persona jurídica. Por lo que los órganos sentenciadores serán habitualmente el Juez de lo Penal y la Audiencia Provincial, a salvo las excepciones prevista en la ley por razón de la materia o de la persona.

La competencia de la Audiencia Nacional no queda excluida ni modificada, por lo que en atención a la gravedad de la pena, la distribución competencial será entre el Juez Central de lo Penal y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Lo mismo cabe decir de los tipos delictivos cuya competencia esté atribuida al Tribunal de Jurado, si bien aquí es importante destacar que pueden suscitarse complejas cuestiones en relación a la persona jurídica como tal, que va más allá de los hechos presuntamente delictivos que se discutan.

Por último, las personas aforadas, en opinión de la magistrada MUÑOZ YANGÜELA⁷ no parece ni razonable ni aconsejable que se lleve a cabo el enjuiciamiento de la persona física y de la persona jurídica por separado cuando exista conexidad entre los hechos que se le imputan a una y otra.

Respecto a la competencia territorial, la redacción del art. 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque venga referido a la competencia objetiva y no a la territorial, es que el criterio de atribución competencial, es el legalmente previsto para la persona física, y según el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el del “*forum delicti comissi*”.

En conclusión, la posible responsabilidad penal de una persona jurídica no altera la

⁷ MUÑOZ YANGÜELA, B. J. (2012), “Otras cuestiones procesales: determinación de la competencia objetiva y territorial; comparecencia de la persona jurídica; presencia y ausencia en el procedimiento; medidas cautelares; régimen de la declaración de representantes y empleados; conformidades”, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Coords. SEXMERO IGLESIAS, M.; MORENO VERDEJO, J), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, págs. 1 -27

competencia, sea cual sea la pena que puede corresponder a ésta o a su domicilio legal⁸. Dicho lo anterior y a pesar de la aparente sencillez de esta regla, cabe destacar que las penas de las personas jurídicas no son las mismas que las de las personas físicas, participan de distinta naturaleza por lo que no parece lógico hacer depender las garantías procesales relativas al juez predeterminado por la ley, a la mayor gravedad de la pena que soportara un tercero persona física.

III. COMPARECENCIA EN EL JUICIO ORAL.

1. Planteamiento.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, la comparecencia de las personas jurídicas en el juicio oral es el talón de Aquiles de la responsabilidad penal. Éstas están presentes en el desarrollo del juicio oral si bien en un sentido figurado, por ello, uno de los principales problemas que surgen con ésta nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, es su intervención en el procedimiento. En concreto: qué persona física debe representarla.

La solución no es baladí puesto que estas entidades se encontrarán imputadas en nuestro ordenamiento jurídico penal, por un delito cometido por su representante legal, bien directamente, bien por no haber ejercido éste el debido control sobre el personal dependiente. Por tanto, lo más frecuente será en opinión de PÉREZ ARIAS⁹ que siempre que una persona jurídica esté implicada en un procedimiento penal también lo estará, directa o indirectamente, la persona física que la representa (legalmente).

Otros interrogantes relacionados con la comparecencia a juicio oral es su estatuto jurídico procesal, su derecho a guardar silencio como parte de su derecho a la defensa, el derecho a no declarar contra sí misma que puede por ejemplo, verse afectado en aquellos casos en que la empresa debe aportar documentos que permitan fundar su acusación, el ejercicio del derecho a la última palabra, o porque no, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, expresamente denegado por la Ley 1/1996, de 10 enero, que regula la asistencia jurídica gratuita¹⁰, salvo alguna excepción relativa a las fundaciones y asociaciones de

⁸ Confróntese con DEL MORAL GARCÍA, A., *La responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal*, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012. Págs 24-30

⁹ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson SL Madrid, 2014. Págs. 204-209

¹⁰ *Boletín Oficial del Estado* número 11 de 12 de enero 1996 (verificado 25.04.2015) https://www.boe.es/diario_boe

utilidad pública.

2. Regulación legal.

Para una mejor comprensión de lo que ocurre en el juicio oral, procede examinar qué acontece previamente durante la instrucción. El artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determina que ante la imputación a una persona jurídica de un hecho punible, la misma debe nombrar a una persona que le represente con poder especial para ello, además de la representación procesal a través de abogado y procurador. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado, artículo 119.1a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 119.1b) en relación con artículo 775 ambos de la misma ley, incide para el procedimiento abreviado, que deberá designarse a dicho representante, entendiéndose la lectura de derechos y la información de los hechos objeto de la denuncia o querrela con el abogado en caso de que no fuere designado representante legal. Destacar igualmente el artículo 409 bis, cuando en caso de incomparecencia de la persona especialmente designada, se tendrá por celebrado el acto, entendiéndose que la persona jurídica se acoge a su derecho a no declarar. Finalmente, nuestra Ley Procesal no prevé en este período ninguna incompatibilidad o limitación en la designación de esta persona.

En fase de enjuiciamiento, el art. 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice que cuando el acusado sea una persona jurídica, amén de asistir al acto de juicio oral el Abogado designado para su defensa (representación procesal), la persona moral podrá (no es obligatorio) estar representada por una persona que especialmente ésta designe, para un mejor ejercicio del derecho de defensa, quien deberá ocupar en la sala el lugar reservado a los acusados, podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiere propuesto y admitido esta prueba, y tendrá igualmente derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como a ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. Se recoge, como se observa, el pequeño estatuto jurídico procesal de la persona jurídica, acercándose al artículo 24 de nuestra Constitución Española.

Se añade una prohibición acerca de esta persona especialmente designada que no puede ser aquella que haya de declarar en juicio como testigo.

Finaliza el citado precepto manifestando que la incomparecencia del representante especialmente designado no impide la celebración del juicio, que se llevará a cabo con la asistencia del Abogado defensor y del Procurador de la persona jurídica.

3. Persona especialmente designada.

Del artículo 786 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni del resto de su articulado se desprenden las cualidades que debe tener este representante especialmente designado por la persona jurídica, ni si esta persona debe tener alguna vinculación con esta entidad.

El legislador ha arbitrado una representación procesal de la persona jurídica diferente a quien ostenta su representación legal en el tráfico jurídico, la razón desde un punto de vista puramente objetivo, obedece a que este último puede encontrarse imputado en el mismo proceso, por lo que es conveniente desligar la posición jurídica de cada uno de ellos y garantizar el derecho de defensa de ambos. Pero ello como seguidamente se expondrá no siempre se logra¹¹.

Sin duda, la elección de este representante, es el primer acto del derecho de defensa de las personas físicas que componen la persona moral. Siendo posible que la persona física que representa a la entidad en el tráfico jurídico económico, pretenda controlar al representante procesal de la entidad, ello con múltiples finalidades o intenciones, entre ellas, transferir a ésta el mayor ámbito de responsabilidad penal. Esto, además, está permitido por el Código Penal que admite la condena de la persona jurídica sin haberse imputado ni tan siquiera a la persona física.

Citar, también a modo de ejemplo, otros supuestos que cuestionan esa pretendida dualidad representativa, el posible conflicto de intereses entre los derechos de defensa de la persona moral y su representante legal, cuando éste sea, a su vez, imputado en el mismo pleito; o, en el ámbito de la prueba, la incompatibilidad de que la persona física, que genera la responsabilidad de la persona jurídica, intervenga como testigo.

Entiendo que la pretendida dualidad procesal de la persona jurídica, podría ser posible si la persona moral se encontrará intervenida y su representación legal estuviera desvinculada del conjunto de intereses de las personas físicas que la componen. Pero esta posición también encierra un evidente peligro para la defensa de la persona jurídica, puesto que este representante especialmente designado (artículo 786 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no tendrá información de ninguna clase y en nada podrá contribuir al esclarecimiento de los hechos en defensa real de la inocencia de la persona jurídica que

¹¹ Véase a PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas” *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (Coords. ALVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 583-590

representa.

En cuanto a la limitación recogida en el apartado 1 2º párrafo del artículo 786 bis, no se podrá ocupar la posición de representante especialmente designado cuando, a la vez, éste tenga que actuar en el proceso como testigo. Es, en este momento del procedimiento cuando ya se conoce la acusación y los intervinientes en el mismo, de esta forma se evitan los problemas que pudieran suscitarse entre declarar como testigo y no como imputado. Esta prohibición no es aplicable a la fase de instrucción, parece lógico porque será en el desarrollo de la investigación cuando se determinen los hechos y personas responsables objeto del futuro enjuiciamiento. Si se diera lugar a dicha limitación podría cercenarse el derecho de defensa y además obligar a la persona jurídica a ir cambiando de representante por el llamamiento como testigo de quien designó como su representante.

Finaliza el citado precepto manifestando que la incomparecencia del representante especialmente designado no impide la celebración del juicio, que se llevará a cabo con la asistencia del Abogado defensor y del Procurador de la persona jurídica. Mencionar que el borrador de Código Procesal introduce en este último punto la solución opuesta como seguidamente se verá.

IV. CONFORMIDAD DE LA ACUSADA PERSONA JURÍDICA.

El artículo 787.8 Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que la conformidad deberá ser prestada por su representante especialmente designado siempre que cuente con poder especial. Tal conformidad podrá realizarse con independencia de la posición que adopten el resto de acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre respecto de éstos.

Los problemas que suscita este precepto siguiendo al letrado MORALES GARCÍA¹² y a PÉREZ ARIAS¹³, van, desde una duda más que razonable de la libertad y de la legitimidad en y para prestar dicha conformidad, cuando hay coincidencia en la imputación de la persona física y en el representante especial designado para la sociedad. Dado que la ley procesal no prohíbe expresamente que sean la misma persona, no es difícil imaginar que en la mayoría de los supuestos se pretenda convertir a la persona jurídica en un mero instrumento de defensa de la persona física.

Un segundo problema relacionado con la propia institución de la conformidad, que

¹² MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.extraordinario, 2011, págs.142-154

¹³ *Op. cit.*, p. 5 PÉREZ ARIAS, J., págs. 209-216

supone el reconocimiento de un hecho, que en el caso de las personas jurídicas constituirá siempre un hecho ajeno. En definitiva lo que se reconoce es el hecho cometido por un tercero, y no el propio.

Hay un olvido o una incongruencia del legislador, cuando refiere que dicha conformidad, se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, pero en ninguno de esos apartados se cita una conformidad no litisconsorcial.

Y por último el mencionado artículo permite *a sensu contrario* de lo que disponen los artículo 655 párrafo 4º y 697 párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conformidad no litisconsorcial. Ello supone la fractura del principio general de conservación de la continencia de la causa y de evitación de resoluciones contradictorias en caso de varios acusados. Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 11 de febrero de 2011 dispone “...*la sentencia que ponga término a un proceso en el que exista una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de acusación por parte de todos los imputados*”, todo ello como forma de evitar el contrasentido de que “*un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad e incierto por el resultado de las pruebas*”. De ahí “*la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos*”

Siguiendo a PÉREZ ARIAS¹⁴ una sentencia de conformidad en ningún caso se podrá convertir, en una carta de hechos probados para esos otros imputados que por decisión voluntaria y respecto de estos mismos hechos, siguen pendientes del correspondiente enjuiciamiento. Esta situación no ofrece problema si el resto están acusados por otros hechos diferentes de los que han sido objeto de conformidad. Pero si ello no es así, puede ocurrir, que la persona moral haya mostrado su conformidad, se le haya condenado, y que a ello, siga un proceso por el resto de acusados, personas físicas, dictándose sentencia absolutoria por atipicidad del hecho imputado, por lo que tendríamos una persona jurídica condenada por el hecho de un tercero que resulta a la postre no ser constitutiva de delito.

V. REQUISITORIA Y REBELDÍA.

El artículo 839 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ubicado en el título relativo al procedimiento contra reos ausentes) prevé que la persona jurídica sólo será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de la primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido. La requisitoria se publicará en el

¹⁴ *ibidem*

Boletín Oficial del Estado, en su caso en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado, pero no origina, como en la persona física, órdenes de búsqueda y captura. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, siendo posible sin concurren los requisitos legales, la condena en rebeldía (art. 786.1 2º párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), con la imposición de la oportuna multa que prescribe a los 10 años (como pena grave).

Los efectos de la declaración en rebeldía de la persona moral no difieren de la rebeldía de la persona física. Así, se suspenderá la causa y se procederá a su archivo respecto de la persona declarada rebelde. Esta paralización del procedimiento supone el reinicio del plazo de prescripción del delito.

La doctrina opina que esta disposición está vacía de contenido porque no existe (como hemos visto) obligación de comparecencia del especial representante de la sociedad ni existen medidas restrictivas de derechos asociadas a la persona jurídica rebelde. Como seguidamente se verá ello cambia en el borrador de la futura ley de Enjuiciamiento Criminal.

VI. BORRADOR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013¹⁵.

El artículo 33 del citado borrador, relativo a la competencia objetiva no varía el criterio, continúa siendo la pena en abstracto para la persona física.

En cuanto a la comparecencia en el proceso de las personas encausadas, la Exposición de Motivos en relación con el artículo 51 del proyecto y para lo que interesa en este trabajo, acuerda que la representación en juicio de las personas jurídicas, (a diferencia de la normativa actual que establece la más absoluta libertad), ha de ser por el director del sistema de control interno de la entidad o, en su defecto, otra persona designada para asumir la representación (volvemos al sistema actual). Para el caso de falta de designación se prevé que habrá de comparecer como representante la persona que ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho de la entidad, a instancia del Ministerio Fiscal y a criterio del Tribunal. La justificación es que si una persona física incapaz de comprender el significado y consecuencias del proceso no puede ser enjuiciada, carece de sentido permitir que una persona jurídica pueda colocarse al margen del desarrollo de la causa cuando, precisamente, se enjuicia una posible responsabilidad penal

¹⁵(Verificado 23.04.2015) <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

derivada de la desatención del cumplimiento de la Ley por omisión del debido cuidado organizacional tendente a excluir o limitar el riesgo de criminalidad en su seno. En definitiva, se persigue asegurar que las personas jurídicas se tomen en serio la investigación y la prueba de los hechos por los que resulten encausadas, previéndose la posibilidad de acordar la detención para su comparecencia forzosa en caso de incomparecencia injustificada del representante de la persona jurídica (artículo 51.3 del borrador de Código Procesal Penal).

Los artículos 52.4 y 53 regulan las requisitorias (sin cambios significativos) y el enjuiciamiento en ausencia de las personas jurídicas, respectivamente. Expone este último precepto que cuando el encausado no sea una persona física podrá realizarse el enjuiciamiento en rebeldía, en todo caso.

La conformidad de la persona moral, requiere únicamente poder especial de la persona especialmente designada para su representación (artículo 112).

Finalmente, los artículos 70 y 91 del borrador. El artículo 70 no permite el ejercicio de la acción popular a persona jurídica pública o privada, con una importante salvedad, cuando se trate de personas jurídicas constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delitos de terrorismo. Y el artículo 91 relativo a los motivos para el sobreseimiento cuando concurren razones de oportunidad, (sin duda una importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico). Este precepto recoge en su punto 1.1 2º párrafo que si el delito se imputare a una persona jurídica, y ésta carezca de toda actividad y patrimonio, encontrándose incurso en causa legal de disolución aunque no se haya disuelto formalmente, puede sobreseerse la causa por motivos de oportunidad.

VII. CONCLUSIÓN.

Recientemente salió publicado en el Diario La Ley¹⁶ un artículo con este significativo título: “Por qué no ha habido ninguna condena penal a una empresa”. Entre las razones que se apuntan está, según Don José Manuel Maza magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que para el uso correcto de esta figura jurídica, sería necesario reformar el sistema procesal penal. No obstante, sí hay casos relevantes en trámite como el asunto Bankia, el del Fútbol Club Barcelona o el caso Pescanova.

Resulta harto paradójico que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, que introdujo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, no

¹⁶ VIGIL, A., “Por qué no ha habido ninguna condena penal a una empresa”. *Diario La Ley*, núm. 8431, 2014, págs. 1-3

fuera acompañada de los preceptos necesarios de reforma procesal, puesto que para exigir dicha responsabilidad y condenar a una persona jurídica (como física) es necesario el desarrollo de un proceso. Hubo que esperar un año, y aun así, tal y como se ha ido analizando en cada uno de los apartados de esta comunicación la regulación de la persona jurídica acusada no está correctamente perfilada y resulta insuficiente.

No se cuestiona que la persona jurídica es titular de derechos y que hoy es un sujeto responsable penalmente, que no puede condenarse a la pena de privación de libertad, pero sí a penas que pueden suponer su desaparición, disolución o clausura. Quizás no se trata de establecer una equivalencia de derechos entre la persona física y la jurídica, pero sí de garantizar su derecho de defensa y su presunción de inocencia. La búsqueda por el legislador de la pretendida independencia de la persona moral de sus representantes legales en el tráfico jurídico, no se ha garantizado, ni tampoco se comprende que la representación de las personas jurídicas en el proceso ante cualquier eventualidad recaiga en su defensor jurídico o abogado. Por lo que sigue siendo necesario una regulación de la situación procesal de la persona jurídica desde que es investigada, imputada, acusada y condenada.

VIII. Bibliografía.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad Penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, *Revista de Derecho Empresarial (REDEM)*, núm. 2, 2014, págs. 83-115.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Personas jurídicas: artículo 31 bis CP” *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*, (Coords. MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PÜSCHELL, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 49-52.

DEL MORAL GARCÍA, A. (2011). *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 1

DEL MORAL GARCÍA, A., *La responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal*, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012. Págs 24-30.

ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, núm. 7632, 2011, págs. 1-30

MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”, *Actualidad*

Jurídica Uría Menéndez, núm.extraordinario, 2011, págs.142-154.

MUÑOZ YANGÜELA, B. J., “Otras cuestiones procesales: determinación de la competencia objetiva y territorial; comparecencia de la persona jurídica; presencia y ausencia en el procedimiento; medidas cautelares; régimen de la declaración de representantes y empleados; conformidades”, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Coords. SEXMERO IGLESIAS, M.; MORENO VERDEJO, J), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, págs. 1 -27.

PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson SL Madrid, 2014. págs. 204-216.

PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas” *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (Coords. ALVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 583-590.

VIGIL, A., “Por qué no ha habido ninguna condena penal a una empresa”. *Diario La Ley*, núm. 8431, 2014, págs. 1-3.

LA EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.

INMACULADA SERRANO PÉREZ

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Socia FICP

RESUMEN: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido uno de los temas de debate abiertos históricamente en el Derecho Penal, tanto por la doctrina penalista española como de la doctrina extranjera. Fue introducida en España por primera vez con la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, tras las recomendaciones de la Unión Europea y desde entonces ha suscitado, no pocos puntos de controversia pues opta por un modelo híbrido que parte de una responsabilidad vicarial que tiene su base en el delito de persona física, pero al que dota de rasgos de independencia, de forma que, puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica sin que concurra la de la persona física. Esta LO 5/2010 supuso un cambio en lo que respecta a las personas jurídicas, pues se introduce en el Derecho Español un auténtico modelo “*societas delinquere potest*”.

Con la promulgación de la LO 7/2012 se modifica el art. 31.5 CP, eliminando de este precepto a los partidos políticos y a los sindicatos, que los incluye en el régimen general de responsabilidad penal.

Finalmente ha sido aprobada una nueva reforma del Código Penal con la LO 1/2015 que entrara en vigor el próximo 1 de julio, y por la que se suplen las deficiencias que en esta materia introdujo la LO 5/2010, presentando como novedad la obligación a toda persona jurídica a establecer un plan de cumplimiento de riesgos penales o “corporate compliance”.

I.- INTRODUCCIÓN:

La responsabilidad de las personas físicas en nuestro país en relación a hechos delictivos ha ido evolucionando al cuestionar el tradicional principio de la incapacidad de las personas jurídicas para ser penalmente responsables de los delitos.

En 1.983, la reforma urgente y parcial del Código Penal mantuvo el postulado de “*societas deliquere non potest*”, defendido con carácter general por la mayoría de la doctrina, introduciendo en el art. 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro, mas llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas.

El Código Penal de 1.995 avanza en relación a la legislación anterior al regular determinadas consecuencias jurídicas accesorias, sin que estas se denominaran penas y sin reconocer que las personas jurídicas podían incurrir en responsabilidad penal. Así, en el art. 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro, art. 262 al referirse a la alteración de

precios en concursos y subastas públicas y a la imposición entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial, incluso la prohibición de contratar con la Administración Pública y ocupaban una posición de relevancia las previstas en el art. 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas, tanto de titularidad individual, como con personalidad jurídica propia¹, y “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, art.129.3. Por tanto, nuestro texto punitivo solo preveía consecuencias accesorias, nunca penas, que el Juez podía imponer, con carácter facultativo, a las personas jurídicas, pero siempre, previa declaración de responsabilidad penal de una persona física, pero con escasísima aplicación en la práctica por nuestros Tribunales.

La Ley Orgánica 15/2003 afectó levemente al contenido del art. 129 CP, al que se insertó una doble referencia para salvar “lo establecido en el art. 31” e incluir en la audiencia previa al Ministerio Fiscal, ampliando su aplicación a nuevos delitos. Se declaraba a la persona jurídica responsable del pago de la pena de multa, nada compatible con principios penales elementales como la personalidad, la igualdad y la inderogabilidad de las penas, abriéndose un debate entorno a la naturaleza de la nueva responsabilidad, al entenderse que legalmente quedaba descrita con términos más civiles que penales, pues más que introducir una verdadera sanción penal, la fórmula legal buscaba el aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho Público. La doctrina entendió que esta reforma operada por la LO 15/2003 se orientó, más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad, las consecuencias de la misma. La reforma de 2.003, no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. Y ello se confirma por los posteriores anteproyectos y proyectos de reforma, desde 2.006².

Con la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, se produce un cambio al reconocerse de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con esta reforma del Código Penal, se instituyó y reglamentó por primera vez en nuestra legislación penal, la responsabilidad penal en las personas jurídicas con la introducción del art. 31 bis, con un catálogo de penas aplicables directamente a las mismas, art. 33.7 y un sistema de aplicación de estas penas, art... 67 bis. Tal modificación, no supuso la desaparición de las consecuencias accesorias que se siguen aplicando a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra

¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid 2.002, pág. 57.

² JIMÉNEZ – VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006, en La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales, coord. por Arangüena Fanego/Sanz Moran, Valladolid, 2008 pp 51 y ss

clase de agrupaciones o entidades sin personalidad jurídica. Por ello se dice por la doctrina que la LO 5/2010 ha supuesto definitivamente el “certificado de defunción”³ del “paradigma anterior”⁴, al establecer la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en aquellas figuras delictivas, por *numerus clausus* previstas expresamente por la ley. Así, del modelo basado en el principio “*societas deliquere non potest*”, se ha pasado a otro en el que, a partir de un modelo mixto de imputación, un modelo donde las personas jurídicas responden penalmente de los actos realizados en su nombre o provecho por personas físicas, se asume la responsabilidad penal de entidades con personalidad jurídica y por consiguiente, la posibilidad de imponer sanciones penales.

La Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre, modificó el apartado 5 del art. 31 bis, excluyendo de dicha cláusula a partidos políticos y sindicatos inicialmente ajenos a esta regulación, y por tanto hasta entonces, inviolables, por lo que, a partir de esta reforma, esta clase de organizaciones podrán ser responsables penalmente de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de los mismos y en su provecho, como ya lo eran desde un principio las organizaciones empresariales. Pero no solo se había puesto en tela de juicio la inclusión de los partidos políticos y sindicatos entre las excepciones de este apartado 5⁵. Así mismo fue objeto de discusión la inmunidad de las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, puesto que, no forman parte del núcleo duro del Derecho público como es el caso de las administraciones públicas y el resto de entidades excluidas.

II.- ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010 DE 22 DE JUNIO.

La mayor parte de la doctrina ha afirmado que la reforma del Código Penal de 1.995 llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, merece una valoración positiva. Se ha entendido que la admisión del modelo basado en “*societas deliquere non potest*”, era necesaria para, al tiempo que se satisfacían los compromisos internacionales, realizar mejoras en el sistema de responsabilidad del Derecho Penal económico, así como tratar de combatir la nueva delincuencia económica organizada.

³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero, dir. Por Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66

⁴ ROBLES PLANAS, R. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, La Ley, 7705, D-359, 29 septiembre 2011, pág. 12 y ss

⁵ V. VALLS PRIETO, J. “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?”. Cuadernos de Política Criminal nº 104, 2011, pp 109 ss

Con esta Ley, España se sumó al grupo de países que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dando cumplimiento a las exigencias derivadas principalmente del Derecho Penal Europeo, sobre la necesidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas respecto de sus actores con relevancia penal. Este nuevo régimen prevé la transferencia de responsabilidad de los representantes legales del ente hasta el ente mismo, siempre que el delito se cometa en provecho de este. Y ambos, individuo y empresa, podrán responder conjunta o separadamente del delito, por lo que, las personas jurídicas podrán delinquir en sentido estricto y consecuentemente será posible imponer penas por este motivo. Ya no es necesario buscar una responsabilidad criminal de las personas jurídicas a través de preceptos como el art. 31, 31.2 o 129 del CP, ya que se regula de forma pormenorizada su responsabilidad.

1.- Atribución de responsabilidad de las personas jurídicas

Con la nueva regulación del art. 31.bis.1 CP se establece una doble vía de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas, en función de, si el delito es cometido en su nombre y provecho por personas que ostentan su representación legal, como administradores de hechos, de derecho, y apoderados, o delitos cometidos en su nombre y provecho por personal sometido a la autoridad de los anteriores, propiciados por no haber ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso, esto es, los cometidos por otras personas con la aquiescencia o pasividad de estos representantes, pues es claro que, la persona jurídica, es una ficción creada por el Derecho, que no actúa por sí misma, sino que precisa de la acción de una persona física, y menos aún, que actúa con conciencia propia y con sentido de la responsabilidad, precisamente porque, tales notas únicamente son predicables de los seres humanos.

Así pues, los sujetos sometidos a este régimen de responsabilidad y por tanto, sus destinatarios son las personas jurídicas privadas de derecho civil y mercantil, por cuanto que, el Estado y las Entidades de los art. 53 y ss. de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se encuentran excluidas por imperativo legal, según así dispone el art. 31.bis.5, exclusión que no es exclusiva en nuestro ordenamiento, sino que también lo es en países de nuestro entorno.

Partiendo así pues de las anteriores premisas, se concluye que, el legislador con esta reforma del CP ha optado por establecer un primer filtro de imputabilidad consistente en el criterio de personalidad jurídica privada, pues aquellos entes que no gocen de la misma se

ven relegados al régimen del art. 129 del CP. Por tanto, empresas, organizaciones o grupos que carezcan de personalidad jurídica quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 31.bis.

Además de este primer filtro, se establece un segundo filtro, pues la personalidad jurídica es condición necesaria pero no suficiente. Si se extingue la personalidad jurídica, pero continúa su actividad económica y se mantiene la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos, la responsabilidad penal sigue vigente.

Una de las cuestiones problemáticas que se plantearán será determinar cuándo, una persona jurídica se ha utilizado instrumentalmente para la comisión de delitos, cuando mantiene una identidad sustancial a lo largo del tiempo, o cuando, en fin, ha sido creada con el propósito de evitar responsabilidad. Por tanto, para ser responsable en derecho penal, es necesario un mínimo de complejidad interna propia. Las sociedades pantalla, o aquellas con una complejidad prácticamente nula, serán consideradas instrumentos en manos de las personas físicas y en puridad podrán ser disueltas sin mayor complicación.

2.- Delitos de los que puede derivar la responsabilidad penal para una sociedad.

Las personas jurídicas no pueden cometer cualquiera de los delitos establecidos en la Parte Especial del Código Penal, pues el legislador opta por limitar el catálogo de delitos de los que puede ser responsable una persona jurídica, estableciendo un sistema de remisión a la Parte Especial del Código Penal para determinar estos tipos ilícitos. Y así lo hace al utilizar expresiones “en los supuestos previstos en este Código”, en el primer párrafo del art. 31.bis.1 CP en relación con la primera vía y “en los mismos supuestos” en el segundo párrafo del art. 31.bis.1 CP en relación con la segunda vía. Por tanto, opta por un sistema de *numerus clausus* de delitos de los que pueda responder la persona jurídica, en virtud del principio de legalidad penal y de prohibición de *analogía in malam partem*. Dichos delitos son: tráfico ilegal de órganos, art. 156 bis.3 CP; trata de seres humanos, art. 177 bis.7 CP; delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, art. 189 bis; delito de descubrimiento y revelación de secretos, art. 197.8 CP; delito de estafa, art. 251 bis CP; insolvencias punibles, art. 261 bis; daños informáticos, art. 264.4; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, art. 288.2; blanqueo de capitales, art. 302.2; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, art. 310 bis; delitos contra los derechos de los extranjeros, art. 318 bis.4.3º; delitos contra la ordenación del territorio, art.

319.4; delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, art. 327 y 328.6; exposición a radiaciones ionizantes, art. 343.3; delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes, art. 348.3; delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas art. 369 bis 3º; delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, art. 399 bis.1.3º; cohecho, art. 427.2; tráfico de influencias, art. 430.3º; corrupción de funcionario público extranjero, art. 445.2; asociación ilícita, art. 520; delitos relacionados con las organizaciones y grupos criminales, art. 570 quater.1; y delito de financiación del terrorismo, art. 576 bis 3.⁶

3.- Penas a imponer a personas jurídicas.

La determinación de las penas a imponer en las personas jurídicas se ajustará a lo dispuesto en artículo 66 bis CP, precepto que contiene las bases para mantener las penas en los límites, mínimos o máximos o con carácter definitivo en lugar de temporal. Según el art. 5 CP “no hay pena sin dolo o imprudencia”, principio de culpabilidad que debe regir también en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de forma que, la persona jurídica no puede responder penalmente, per se, de manera automática, por la conducta de la persona física autora del hecho punible, sino que, únicamente debería responder de conductas que sean imputables a la propia persona jurídica.

En la difícil tarea de trasladar este principio de culpabilidad a la persona jurídica, un sector de la doctrina viene sosteniendo que, el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica se halla en la constatación de un defecto de organización en su seno del que debe responder. De esta forma, cuando el delito lo comete un administrador o representante legal, la persona jurídica será responsable en una suerte de culpa eligiendo, de haber puesto al frente de la misma a una persona física que actúa incumpliendo la legalidad penal. Cuando del delito lo comete un empleado o colaborador la persona jurídica responderá por culpa in vigilando por no haber establecido los mecanismos de control necesarios para evitar que en su seno se cometan delitos

Se establece un amplio abanico de penas a imponer a las personas jurídicas y todas ellas tienen la consideración de graves, y que según el art. 33.7 CP podrán ser, según la naturaleza del delito y el beneficio obtenido: multa; disolución; suspensión de actividades; clausura; prohibición de realizar actividades de futuro; inhabilitación para obtener

⁶ ZUGALDIA ESPINAR, J.M. “Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010 de 22 de junio, en “La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,” nº 76, año 2.010, pág. 9

subvenciones e intervención judicial. Las penas de: suspensión de actividades; clausura; prohibición de realizar actividades de futuro; inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial pueden acordarse, además, como medidas cautelares.

En cuanto a la pena de multa se refiere, en el Código Penal vigente hasta diciembre de 2.010 no estaba prevista con carácter general su imposición las personas jurídicas, ni como consecuencias accesorias, ni como penas. Sin embargo el art. 31.2 establecía desde 2.003 que si se imponía en sentencia una pena de multa, el autor del delito sería responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó, lo que no pasaba de ser una especie de responsabilidad civil de la persona jurídica contra el pago de la multa. En cambio con la reforma operada por la LO 5/2010 se impone a la persona jurídica como pena, tanto la multa por cuotas, como multa proporcional. Se opta en esta materia por el sistema predominante en el Derecho comparado en el que, la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservando la imposición adicional de otras medidas más severas solo para supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el art, 66 bis.

Así pues, la pena de multa ha de ser proporcional y si no se pudiere calcular se estará a los parámetros fijados en el art. 52 CP, pero en todo caso el cálculo deberá estar expresamente motivado en la sentencia. Debe ser proporcional entre la pena de multa impuesta a la persona jurídica y la pena de prisión impuesta a persona física. Puede fraccionarse su pago atendiendo a determinadas circunstancias, si se cumplen los plazos y se podrá acordar la intervención judicial. En todo caso, cuando resulten condenados por los mismos hechos, personas físicas y jurídicas, se modularan las respectivas cuantías de modo que, la suma resultante no sea desproporcionada en relación a la gravedad de aquellos.

En lo que se refiere al resto de las penas relacionadas, disolución; suspensión de actividades; clausura; prohibición de realizar actividades de futuro; inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial, se fijan tres criterios para la determinación y su extensión: 1) la necesidad de prevenir la continuidad delictiva. 2) las consecuencias económicas y sociales de la pena; 3) el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control... Estos tres criterios deben servir de guía para decidir si se impone una pena interdictiva a la persona jurídica.

Cuestión distinta es el problema que se suscita en relación a la posibilidad de sustituir o suspender las penas interdictivas a las personas jurídicas conforme a los art. 80 y 88 CP, ya

que, expresamente no recoge esta posibilidad. La interpretación que se da es la de no tratar peor a las personas jurídicas en relación con las personas físicas y por tanto, procede conceder a las personas jurídicas el beneficio de la suspensión y sustitución en caso de penas interdictivas inferiores a dos años.

Para imponer penas superiores a dos años es necesario que concurren los siguientes presupuestos: 1) que la persona sea reincidente; 2) que sea utilizada instrumentalmente para la comisión de delitos. En todo caso resulta importante reseñar que, las penas impuestas a las personas jurídicas nunca podrán ser más graves que las impuestas a las personas físicas y ello por así venir regulado en el art. 33.7 CP.

4.- La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Resulta importante destacar que, las personas jurídicas pueden evitar sus implicaciones delictivas provocadas por sus representantes o empleados, ejerciendo el “debido control” sobre los mismos, mediante la implantación de un protocolo de actuación que les permita hacer valer sus principios éticos y atajar las conductas ilícitas de aquellos. Este plan de prevención de delitos se conoce en el derecho anglosajón como “*corporate compliance*”.

Se contemplan una serie de *numerus clausus* de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por tanto, no se les puede aplicar las genéricas del art. 21 CP, lo que puede provocar una desigualdad al darse el caso de que, a la persona física se le apliquen las atenuantes correspondientes y a la persona jurídica no. Así pues, si como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, la persona jurídica detecta la comisión del mismo, lo confiesa a las autoridades, lleva a cabo una investigación interna e institucionaliza un sistema de medidas eficaces para la prevención y detección de delitos, la pena a imponer será sustancialmente reducida. En todo caso es de señalar que, las circunstancias modificativas que concurren sobre las personas físicas materialmente responsables, no afectara a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Partiendo de estas premisas, la primera atenuante será la confesión de la infracción a las autoridades antes de tener conocimiento de que el procedimiento judicial se haya iniciado contra ella, art. 31 bis 4.a) CP. La segunda atenuante consistirá en la colaboración con las autoridades aportando pruebas decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos, art. 31 bis 4.b) CP. La tercera atenuante será la reparación del daño, art. 31 bis 4.c) CP. Y por último la cuarta causa para atenuar la pena será haber establecido unas medidas fiscales para prevenir y descubrir delitos, art. 31 bis 4.d) CP. Estas circunstancias

atenuantes pertenecen a la punibilidad dado el carácter postdelictivo de las mismas y el hecho igualmente cierto de que la persona jurídica no realiza por si misma ningún injusto, ni tiene una culpabilidad propiamente dicha, sino únicamente la que se atribuye ex lege. Sin embargo, su reconocimiento y consideración autónoma de las circunstancias de la persona física no convence plenamente ni es consecuente con el sistema previsto

5.- La extensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Como ocurre con el fallecimiento de las personas físicas, la extinción de las personas jurídicas provoca su desaparición del tráfico mercantil, por lo que, en principio “la muerte de una persona jurídica impide cualquier persecución penal contra esta de forma que, la responsabilidad penal se extingue. Pero el legislador ha introducido en el art. 130.2 CP una previsión para evitar que los socios o personas físicas que se hallen detrás de sociedad la disuelvan y así evitar la responsabilidad penal.

Resulta relevante el régimen de transmisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por un lado, la responsabilidad penal conlleva la responsabilidad civil y no se extingue por la transformación, fusión, absorción pues se transmite a las entidades resultantes. Por otro lado, cuando se extinga la personalidad jurídica originaria, pero el sustrato organizativo empresarial, sea el mismo bajo la cobertura de otra personalidad jurídica, la responsabilidad penal seguirá vigente. Con ello se busca evitar que se evadan responsabilidades recurriendo a distintas técnicas que otorga el Derecho Mercantil. Algún autor ha criticado tal conclusión afirmando que pueden plantearse problemas de constitucionalidad por las dificultades que entraña atribuir la responsabilidad a una sociedad distinta de la autora del delito o a una persona jurídica distinta de la condenada.⁷

El CP proporciona un criterio económico organizativo para la determinación última del sujeto responsable, esto es, la continuidad de una actividad económica con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Pero hay que tener en cuenta que, el derecho penal no es derecho administrativo sancionador y por ello se establecen criterios adicionales a la hora de determinar la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que se produzca una sucesión empresarial.

⁷ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J. “la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por la LO 5/2010 de 22 de junio “en la Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, mº77, 2010, pág. 16.

En estos supuestos, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado da concretas instrucciones a sus Fiscales en el sentido: “ *cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución pre ordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres., Fiscales, valorando las concretas circunstancias del caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación conforme a lo previsto en el último párrafo del art, 33.7 del CP*”⁸

III.- COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 1/2015

La Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la Ley 10/1995 del Código Penal, viene a suplir las deficiencias que, en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica introdujo la Ley Orgánica 5/2010. Esta reforma que entrara en vigor el día 1 de julio, obliga a las empresas a establecer un plan de cumplimiento de riesgos penales o corporate compliance.

Una de las cuestiones que aclara esta reforma, es la existencia de responsabilidad penal, tanto de los administradores de derecho, como de los administradores de hecho, que, en este último caso, supone hacer extensiva la responsabilidad a aquellos que pueden tomar decisiones en nombre de la empresa, pero también, aquellos que ejerzan facultades de control u organización y en consecuencia, quedan incluidos los altos directivos, bien sean personas físicas o personas jurídicas.

En cuanto al beneficio obtenido a resultas del delito cometido, se incluye tanto el beneficio directo como el beneficio indirecto, y por tanto, cualquier beneficio particular que pudiera haber obtenido el administrador de hecho o de derecho.

Esta responsabilidad alcanza a todas las empresas aunque distinguiendo, a efectos de supervisión, las de pequeñas dimensiones, también se extiende, aunque de forma restringida, en el ámbito público, solo a las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o que presten servicios de interés económico general y únicamente en ciertos casos.

Lo más importante de la reforma es la creación de una vía de exención de responsabilidad penal para las empresas que, con carácter previo a la comisión del delito, hayan adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para

⁸ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.

reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En definitiva, se imponen para las empresas los Planes de Prevención de Riesgos Penales, lo que coloca a España al nivel de los países de nuestro entorno como precursor en cuestión de compliance.

Ahora bien, no se trata de establecer unos planes que favorezcan la exención de las empresas por su simple confección, ya que estos planes deben ser previos al delito, eficaces, idóneos y con capacidad de control continuo que incluyan sanciones internas en caso de incumplimiento de los protocolos. La demostración por parte de la empresa de haber cumplido estrictamente con sus obligaciones en esta cuestión supondría la exención de su responsabilidad como empresa y para el caso de que el cumplimiento no fuera absoluto, podría acogerse a una atenuación de la pena a imponer.

La definición clara de lo que cabe esperar de estos modelos de organización y gestión vienen fijados en el art. 31. Bis.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- .- Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.
- .- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid 2.002, pago 57.
- .- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero, dir. Por Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66.
- .- JIMÉNEZ – VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006, en La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales, coord... por Aragüena Fanego/Sanz Moran, Valladolid, 2008 pp 51 y ss.
- .-ROBLES PLANAS, R. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, La Ley, 7705, D-359, 29 septiembre 2.011, pág. 12 y ss.
- .- ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J “la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por la LO 5/2010 de 22 de junio “en la Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, mº77, 2010, pág. 16.
- .- V. VALLS PRIETO, J. “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?” Cuadernos de Política Criminal nº 104, 2011, pp 109 ss.

.- ZUGALDIA ESPINAR, J.M. “Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010 de 22 de junio, en “La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,” n° 76, año 2.010, pág. 9.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.

SILVIA VIVÓ CABO.

Socia de la FICP.

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Resumen La comisión de delitos no es solo cosa de las personas físicas, las personas jurídicas o empresas también pueden tener que responder por sus actos ante la jurisdicción penal. La posibilidad de que una persona jurídica sea criminalmente responsable es muy reciente en nuestro Derecho Penal. Hasta la aprobación de la LO 5/2010 por la que se modificó el Código Penal, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, no se instauró definitivamente el dogma *societas delinquere postest* en nuestro país. Esta norma supuso, por tanto, un cambio de paradigma en lo referente al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De un modelo basado en el principio *societas delinquere non postest* se pasó a otro en el que, a partir de un modelo mixto de imputación, se asume la responsabilidad penal de determinadas entidades con personalidad jurídica, y por consiguiente, la posibilidad de imponerles sanciones penales. Con ello se quiere incorporar un mayor control de la actividad irregular que puede anidar en las compañías, con el daño que todo ello puede traer aparejado para los accionistas o para la sociedad en general.

La aparición de nuestro actual sistema de atribución de responsabilidad criminal a las personas jurídicas ha sido objeto de importantes disquisiciones doctrinales, así como una creciente evolución hasta la llegada de la LO 5/2010, que comenzó con la aprobación de nuestro vigente Código Penal¹. Por lo tanto, con la reforma introducida por la LO 5/2010, se superó el tradicional modelo de responsabilidad individual (personas físicas), al combinarse con un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recientemente ha sido modificada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el próximo 1 de julio de 2015, y cuya principal novedad en esta materia ha sido delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad. Y por otro lado, se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general: se las podrá imponer penas de multa por cuotas o proporcional o medidas de intervención judicial.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deja claro, definitivamente, que se trata de la imposición de verdaderas penas a las personas jurídicas, y en este sentido, de responsabilidad penal.

Varias son las razones que determinan la necesidad de castigo de las personas jurídicas:

1.- La concepción de la empresa como un foco de delincuencia: partiendo de la concepción filosófica de que la propia existencia de cualquier tipo de organización genera por

¹ Ya en el Código Penal de 1995, el artículo 31 que recoge la cláusula «actuar en nombre de otro» o las consecuencias accesorias del antiguo artículo 129 del Código Penal dieron lugar a que algunos autores afirmaran que esos preceptos instauraban un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque como afirmó, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, «el artículo 31 del Código Penal no guarda ninguna relación, en absoluto, con el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas: es más, un Derecho Penal que admitiera plenamente la responsabilidad de las personas jurídicas, debería contener, de todos modos, una previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro» (ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Artículo 31», en COBO DEL ROSAL, M., Comentarios al Código Penal, tomo III, Madrid, Edersa, 2000, pág. 416).

si sola factores criminógenos que incrementan posibilidades de un comportamiento individual desviado, el mundo actual de los negocios incrementa exponencialmente tales factores. Así, la presión que se ejerce sobre directivos y trabajadores para alcanzar los objetivos marcados por la dirección financiera de la empresa provoca que, a menudo, tales directivos y empleados consideren que deben saltarse la legalidad si pretenden alcanzar los objetivos fijados: ahorro en medidas de prevención, contratación de personal con escasos escrúpulos, pagos a personal de empresas clientes para conseguir colocar un producto en detrimento de la competencia, ocultación de errores en la producción, etc. Tales hechos puntuales, que pueden ser o no conocidos y alentados por los socios y administradores de las empresas, generan un ambiente en que la desviación de la legalidad puede llegar a entenderse por la generalidad de los empleados como un hecho normal o, sencillamente, necesario a los fines económicos de la empresa o del propio empleado, cuyo salario e incentivos dependen directamente del cumplimiento de los objetivos marcados por la dirección financiera. En otros casos, no son solo los directivos y los empleados de las empresas los que actúan en el límite o al margen de la legalidad para conseguir los objetivos marcados por sus superiores, sino que son los propios administradores y socios de las empresas los que conculcan la legalidad consciente y deliberadamente para conseguir obtener mayores beneficios: defraudando a Hacienda, falseando o maquillando la contabilidad para conseguir financiación bancaria, llevando a cabo prácticas contrarias a la libre competencia, etc.

2.- La necesidad de involucrar a socios y altos directivos en la prevención de comportamientos delictivos en el seno de la empresa: lamentablemente, no hay nada como la amenaza de sanción directa a la persona jurídica, que de una manera u otra siempre acabará teniendo incidencia en el resultado económico de un ejercicio, para que socios y altos directivos tomen conciencia de que, igual que adoptan políticas de empresa para la obtención de objetivos económicos, deben adoptar las medidas de gestión necesarias para la obtención de objetivos legales. Se trata así de motivar a la empresa para que se autorregule y que los denominados códigos de conducta, programas de cumplimiento, programas éticos, etc, dejen de ser meramente un bonito maquillaje de cara a la galería y se conviertan en verdaderos instrumentos de la prevención de delitos en el seno de la empresa.

3.- La necesidad de incrementar la eficacia en el proceso penal: a menudo nos hallamos en procesos penales en los que, al investigar un delito cometido en el seno de la empresa, tras largos y costoso años de procedimiento no es posible llegar a atribuir responsabilidad penal a ninguna persona física, o la persona contra la que se ha dirigido la acción penal no acaba

siendo condenada pues en la misma no concurren todos los elementos del tipo penal que se pretende aplicar. Así, el delito se ha cometido, hay posiblemente terceros perjudicados por el mismo, el Estado ha puesto en marcha la costosa maquinaria de la Administración de Justicia y el resultado es que el delito queda definitivamente impune. Pues bien, la amenaza de sanción a la persona jurídica no sólo incentiva la prevención de la comisión de delitos en el seno de la empresa, sino que una vez cometido el delito que no se ha podido evitar, facilita su investigación y castigo a través de una triple vía: en primer lugar, la empresa que tenga implementados unos buenos programas de cumplimiento de la legalidad habrá dejado un rastro documental fácil de seguir a la hora de determinar quién es la persona física responsable de un hecho delictivo; en segundo lugar, el establecimiento de circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la persona jurídica, como son la colaboración con la investigación, facilitará la investigación criminal de los hechos y la determinación de los autores; en tercer lugar, la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal del agente persona física causante del hecho delictivo, implica que la persona jurídica responderá siempre penalmente aunque no se haya podido identificar a la persona física autora del hecho delictivo, de modo que el costoso procedimiento penal podrá finalizar con mayor facilidad con una sentencia condenatoria y con el resarcimiento de los perjuicios causados por el delito cometido en el seno de la empresa.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Desde la introducción en nuestro Derecho del modelo *socitas delinquere postest* por la LO 5/2010, nuestro sistema de responsabilidad de las personas jurídicas se ha basado siempre en una «doble vía» de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas, en función de si el delito cometido por representantes de la persona jurídica o por otras personas con la aquiescencia o pasividad de estos representantes (la llamada «actuación directa» y «actuación descontrolada»²). Una «doble vía» que, como señala FEJOO SÁNCHEZ, sirve para generar la responsabilidad penal, pero no para «fundamentarla»³ y que además depende siempre de las acciones u omisiones de los representantes o administradores de la persona jurídica.

² QUINTERO OLIVARES, G. Parte General del Derecho Penal, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2010, pág. 683.

³ FEJOO SÁNCHEZ, B. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), Estudios sobre las reformas del Código Penal, Cizur Menor, 2011, Aranzadi, págs.. 99 y 100.

Los sujetos sometidos a este régimen de responsabilidad son las personas jurídicas privadas de derecho civil y mercantil ya que el Estado y las entidades de los artículos 53 y ss de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) se encuentran excluidas por imperativo legal del vigente artículo 31 bis 5 del Código Penal. Si bien, tras la reforma del Código Penal operada por Ley 1/2015, de 30 marzo, (en vigor el 1 de julio de 2015), este régimen de responsabilidad se extiende a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, conforme al artículo 31 quinquies introducido por la LO 1/2015⁴. Esta exclusión del Estado no es específica de nuestro ordenamiento, sino que también puede apreciarse en países de nuestro entorno. En general, se puede afirmar que la inclusión o exclusión del Estado de este tipo de responsabilidad depende en gran medida de la concepción del Estado que impere en un determinado país. Así, aquellas concepciones más liberales de Estado, como las anglosajonas, no tienen mayor problema en incluir a las entidades estatales entre los destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los ordenamientos más intervencionistas suelen plantear mayores reticencias a la hora de incluirlas, ya que, por un lado, no resulta lógica la intervención del Estado en el Estado y, por otro, éste suele estar sometido a reglas diferentes a las del resto de los operadores jurídicos.

En definitiva, los principales destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son las organizaciones empresariales no instrumentales, a saber con un mínimo de complejidad interna y fidelidad al derecho, que en el momento de la comisión de los hechos y en el momento de iniciación del proceso penal están dotadas de personalidad jurídica.

III. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

El legislador ha optado por un sistema mixto de imputación, que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio). Resulta indudable que las conductas de las personas físicas adquieren una relevancia notable inicial, de manera que podría decirse que éstas son el desencadenante de la responsabilidad de las personas jurídicas. En consecuencia, la mera actuación de un empleado, sin vinculación alguna con quienes ostentan el poder, jurídico o fáctico, de representación de la persona jurídica, no genera responsabilidad para la persona jurídica.

⁴ El nuevo artículo 31 quinquies, introducido por la LO 1/2015 y en vigor desde el 1/07/15, se corresponde con parte del apartado 5 del vigente artículo 31 bis.

Así, las actuaciones delictivas de los órganos y representantes de las personas jurídicas por cuenta y en provecho de éstas, pueden generar responsabilidad penal para ésta (art. 31 bis 1.1º CP). Se exige que quienes dirijan la persona jurídica hayan cometido el delito en el ámbito de sus competencias (en nombre o por cuenta) y con la intención de beneficiarlas (en su provecho). Se establece así el primer criterio de imputación, de tal manera que se vaya restringiendo paulatinamente la posibilidad de una responsabilidad objetiva en este ámbito, que es una de las tendencias más peligrosas que existen.

Respecto al primer requisito de «de actuar en el ámbito de sus competencias en nombre o por cuenta», sería conveniente que para entender acreditada la actuación en representación de la persona jurídica, se exigiera que la acción del representante constituya la implementación de una política empresarial –no siendo por tanto necesaria una autorización expresa de la persona jurídica-.

El segundo requisito se refiere a que la persona física haya actuado en provecho de la persona jurídica. Aquí pueden surgir problemas de interpretación sobre el concepto de provecho. En efecto, puede que el representante de la persona jurídica esté guiado principalmente por su provecho personal pero que éste pase por el provecho de la persona jurídica. Y por otro lado, puede que el provecho para la persona jurídica no sea actual, sino solo potencial, en cuyo caso y si el provecho no se ha producido, no hay responsabilidad.

Por otro lado, las conductas delictivas de los empleados, unidas al fallo de supervisión por parte de dichos representantes legales, pueden, asimismo, desencadenar dicha responsabilidad penal (art. 31 bis 1.2º CP). Es la primera vez que explícitamente se establece el deber de supervisión de los superiores respecto de los empleados. Por tanto, además de que la persona física haya actuado por cuenta y en provecho de la persona jurídica, se establece el requisito de que dicha actuación haya sido posible porque las personas físicas a cuya autoridad estaban sometidos no han ejercido sobre ellos el debido control. Se establece así el segundo criterio de imputación, de manera que si la actuación por parte de los empleados se hubiera producido pese a un adecuado control por parte de los directivos, la conducta de los empleados no genera responsabilidad penal para la persona jurídica.

El problema que se plantea consiste en determinar los deberes que corresponden a los directivos y las formas de producirse una infracción de dicho deberes. La cuestión relativa a los deberes viene dada por la paulatina introducción de los deberes de cumplimiento normativo que abarcan todas las áreas de actividad de la persona jurídica y cuya génesis se

encuentra principalmente en la legislación mercantil al efecto. En definitiva, se trata de una obligación genérica de velar por el cumplimiento del derecho en la persona jurídica que se conforma como una suerte de cláusula omnicomprendiva que extiende la responsabilidad a las personas jurídicas por los fallos de supervisión en que hayan incurrido los directores.

En cuanto a las formas de producirse dicha infracción se plantea la posibilidad de conductas imprudentes por parte de los directivos de la empresa. Planteándose aquí la cuestión referida al tipo de relación que debe establecerse entre el delito cometido por el empleado y el fallo de supervisión del directivo a cuya autoridad se encuentra sometido. No basta la mera constatación de que todo ello se haga por cuenta y en provecho de la persona jurídica, sino que es necesario que entre ambos elementos se establezca una relación de imputación objetiva, de tal manera que el riesgo que se genera por el fallo de supervisión es el que se tiene que concretar en la actuación del empleado y no otro. El mero incremento del riesgo no debería ser suficiente para el establecimiento de responsabilidad a estos efectos.

Y el tercer criterio de imputación se refiere a que los comportamientos de las personas físicas contenidos en el artículo 31 bis 1 CP, sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no como su fundamento. En efecto, el derecho penal prohíbe la responsabilidad por el hecho ajeno. Si se exige algún tipo de hechos propio de una persona física representada para que la actuación de su representante le genere responsabilidad, lo mismo debe exigirse respecto de la persona jurídica. Pues bien, esta tendencia a la autorresponsabilidad que contiene el Código Penal se denota en dos aspectos. El primero, al declarar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es legalmente autónoma de la responsabilidad penal de las personas físicas, de manera que las circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad de éstas, no excluirán ni modificarán la de aquéllas (art. 31 bis 3). Más aún, podrá decretarse la responsabilidad penal de la persona jurídica «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra aquélla» (art. 31 bis 2). Por tanto, el legislador español, consciente de los problemas de irresponsabilidad organizada/estructural, ha optado por considerar que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la de la persona física. No obstante, esa declaración genérica puede comportar importantes problemas de implementación, con un notable riesgo de responsabilidad objetiva para la persona jurídica que debe evitarse. Así, podría darse el caso de iniciar un procedimiento penal contra una persona jurídica en el momento que se produzca un resultado lesivo en su ámbito organizativo y que, a la vista de las dificultades probatorias acerca de qué persona física en

concreto haya llevado a cabo la conducta descrita, se condene sin más a la persona jurídica. Por ello, debería exigirse para la imposición de una pena a la persona jurídica, la realización de un injusto típico por parte de ésta.

El segundo aspecto determinante de esa tendencia hacia la autorresponsabilidad contenida en el Código Penal, viene dado por la propia estructura del modelo elegido. El Código Penal impone las penas previstas en el artículo 33, y el artículo 5 afirma taxativamente que «no hay pena sin dolo o imprudencia». Por tanto, si para imponer una pena del artículo 33 CP a las personas físicas no basta con la culpabilidad de su representante legal, tampoco resulta suficiente para imponer las penas contenidas en el mismo artículo a la persona jurídica la mera culpabilidad de la persona física que la representa. De ahí que resulte imprescindible consignar la culpabilidad de la propia persona jurídica. La discusión doctrinal en este punto no es del todo pacífica, los planteamientos más modernos en este punto hacen referencia a que la culpabilidad de las personas jurídicas se refleja en la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Un gran número de autores considera que uno de los mayores indicadores de una cultura empresarial de cumplimiento se contiene en los «*compliance programs*» o programas de cumplimiento de las empresas. Dicha aproximación se ve reflejada en el Código Penal al considerar como causa expresa de atenuación de la responsabilidad la de «haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». En consecuencia, si dichas medidas se han establecido con anterioridad a la comisión de los hechos, deberá considerarse una causa de exclusión de su responsabilidad por no haber sido culpable la persona jurídica de la actuación de sus representantes o empleados.

Sin duda, la novedad más importante y más trascendente a efectos prácticos que plantea la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, en lo que atañe a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la modificación del artículo 31 bis, para recoger un sistema de exención de responsabilidad criminal basado en la adopción eficaz *ex ante facto* de programas que eviten la comisión de hechos delictivos.

La autorregulación, desde el punto de vista de la criminalidad de las personas jurídicas, implica la adopción por parte de las mismas de medidas organizativas encaminadas a la prevención de ilícitos penales en su seno. En último lugar, su fundamento es la motivación a las empresas para que incrementen su nivel de gestión, organización y control para evitar la

comisión de hechos delictivos⁵. En este sentido, los planes de autoorganización y autorregulación se vuelcan en los llamados programas de cumplimiento o modelos de organización o prevención o códigos de conducta corporativa, entre otras denominaciones. En la práctica, en nuestro propio país la existencia de tales programas o modelos se ha venido plasmando en instrumentos muy variados y de diversa terminología: códigos de conducta, de buen gobierno, de buenas prácticas, técnicas o éticos, etc.⁶. Todos ellos tienen en común la voluntad de interiorizar un programa de cumplimiento del Derecho y respeto a la legalidad. La existencia de programas preventivos efectivos debe tener alguna incidencia sobre la responsabilidad criminal de la persona jurídica⁷.

Desde el estricto punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que los postulados de la autorregulación empresarial han sido escasamente estudiados por nuestra doctrina criminalística, pues prácticamente sólo dos autores (ADAN NIETO y GÓMEZ-JARA DÍEZ) han prestado atención a la cuestión. Sin embargo, el desconocimiento científico que puede existir en relación a la influencia de la autorregulación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas no debe hacernos caer en el error de que es una institución totalmente ajena a un ordenamiento jurídico como el español.

La modificación del artículo 31 bis del CP introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, viene expresamente a establecer la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica dando vía libre a la introducción de la autorregulación en el Código Penal. Así, el apartado segundo del artículo 31 bis del nuevo Código Penal regula la exención de la responsabilidad penal cuando el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado 1.

El apartado tercero establece una previsión específica para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, donde la supervisión del funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención puede realizarse directamente por el órgano de administración, no siendo necesaria la creación de un órgano específico con autonomía para la supervisión del modelo de organización; entendemos que en aras de que las exigencias de autorregulación no supongan cargas excesivas para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, como indica

⁵ NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008, pág. 215.

⁶ NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa Política criminal» en Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, nº 5, 2008, pág.5.

⁷ DÍAZ GÓMEZ, A. «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, nº 18, 2011, págs. 20 a 26.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, en las grandes organizaciones el programa de prevención deberá ser llevado a cabo por un departamento diferenciado de la organización, mientras que en pequeñas empresas puede resultar lógico que las mismas personas que ejecuten las actividades empresariales habituales, supervisen igualmente el *compliance*⁸.

Por último, el apartado cuarto regula la exención de la responsabilidad penal cuando el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1.

Del examen de dicho precepto se observa que las exigencias para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica son mayores en el caso que los delitos sean cometidos por los administradores o representantes de hecho o de derecho que en el supuesto que sean cometidos por los subordinados. En el primer caso, se exige que concurren todas y cada una de las condiciones enumeradas, a saber: que exista efectivamente un modelo de prevención idóneo para evitar la comisión de delitos por los administradores, que su cumplimiento se confíe a un órgano autónomo en el interior de la persona jurídica (salvo en el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones) y que el delito se cometa eludiendo el programa y sin que el órgano encargado del control haya omitido sus funciones de supervisión y vigilancia. En el segundo caso, basta con que se haya adoptado y ejecutado eficazmente con carácter previo al delito un modelo de prevención. En el supuesto de que la responsabilidad de la persona jurídica se generase simultáneamente por ambas vías, parece que deberán cumplirse los requisitos de cada una de ellas, es decir, que se haya implementado eficazmente un modelo de prevención dirigido a evitar delitos tanto de los administradores como de los subordinados.

La existencia del modelo debe acreditarse en su integridad, de lo contrario no podrá servir para eximir la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino, como mucho, como una causa de atenuación. Por lo demás, téngase en cuenta que a pesar de todas estas cautelas tomadas por los órganos encargados de la persona jurídica, el delito se acaba finalmente cometiendo, bien por los representantes, bien por los subordinados. La referencia que el texto hace a «eficacia» nunca puede medirse en términos de constatación de hechos delictivos, puesto que entonces no tendría razón de ser esta exención de responsabilidad criminal. Los

⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011, pág. 95.

programas de prevención deben valorarse, pues, con un criterio de idoneidad ex ante, sin exigir que sea imposible la comisión de hechos delictivos⁹.

También cabe señalar que un código de conducta o programa de cumplimiento debe marcar una serie de objetivos y prioridades, que variarán dependiendo de las peculiaridades del sector en que nos encontremos. Por supuesto, en este sentido deberán tenerse en cuenta los delitos e infracciones que más afectan a la persona jurídica por el tipo de actividad que desarrolla¹⁰. No debe olvidarse asimismo la importancia que los mecanismos de vigilancia y sanción tienen respecto de cualquier programa de prevención. Los modelos de prevención deberán pues entenderse integrados en el sistema de control de la persona jurídica, de manera que los órganos de dirección de ésta aseguren que el modelo se cumple. Tal control, no obstante, puede ser tanto interno como externo a la entidad, a través de auditorías independientes o agentes del Estado.

Según el autor Gómez-Jara Díez, un buen modelo de organización debería reunir los siguientes requisitos en el programa de cumplimiento efectivo: dicho programa debe reflejar los esfuerzos de la persona jurídica en promover una cultura de respeto a la legalidad, debe tener en cuenta factores como el tamaño de la organización o el tipo de actividad que desarrolla, debe cumplir con los estándares estatales o de la industria que rijan en el ámbito en que se desenvuelve o debe ser actualizado periódicamente¹¹. También debe seguir siete pilares básicos, a saber: «1) Existencia de estándares y procedimientos relativos al *Compliance* –especialmente un código de conducta escrito-. 2) Supervisión de los esfuerzos de cumplimiento por parte del personal altamente cualificado. 3) No delegación de los poderes discrecionales de las autoridades administrativas en personal con posible tendencia delictiva. 4) Comunicación efectiva de los estándares y procedimiento contenidos en los códigos de conducta. 5) Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría. 6) Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios. 7) Adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción»¹². Otros autores en España se han manifestado en términos

⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011, pág. 95.

¹⁰ NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008, pág. 241 y ss.

¹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011, pág. 94 y ss.

¹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.

similares, tales como ALONSO GALLO, J., DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., MAGRO SERVET, V.

La nueva redacción del Código Penal, en vigor el 1 de julio de 2015, ha tenido en cuenta todos estos elementos, recogiendo en el apartado quinto del reformado artículo 31 bis unos mínimos necesarios para que el modelo de organización y prevención permita eximir de responsabilidad a la persona jurídica.

En consecuencia, con la nueva regulación no se puede atender exclusivamente a los delitos cometidos en el ámbito de la persona jurídica, sino que podrá afirmarse que el delito cometido por parte de la persona jurídica constituye una condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización. Con la reforma operada por la Ley 1/2015 se superan los inconvenientes existentes en el sistema introducido por la LO 5/2010, que no resulta plenamente satisfactorio, porque al no tener en cuenta la culpabilidad de la persona jurídica el tenor de la norma impide excluir de responsabilidad criminal a las organizaciones con programas de prevención adecuados.

IV. CONCLUSIONES

Debe valorarse positivamente la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. La reforma recientemente aprobada por LO 1/2015, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene como finalidad delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Se lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducido por la LO 5/2010 de 22 de junio, definiendo los presupuestos que deben cumplir los modelos de prevención y estableciendo funciones de supervisión que pueden asumir los órganos que las tengan encomendadas.

Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito haya sido cometido por sus dependientes, y se extiende a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, que podrán ser castigados con multa por cuotas o proporcional o medidas de intervención judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Artículo 31», en COBO DEL ROSAL, M., Comentarios al Código Penal, tomo III, Madrid, Edersa, 2000.

QUINTERO OLIVARES, G. Parte General del Derecho Penal, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), Estudios sobre las reformas del Código Penal, Cizur Menor, 2011, Aranzadi.

NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa Política criminal» en Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, nº 5, 2008.

DÍAZ GÓMEZ, A. «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, nº 18, 2011.

BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011.

