



Universidad
de Alcalá

TÍTULO DEL TRABAJO

Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

Criminal Liability of the Corporate Person

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autor/a: D. Ignacio Rubio Bravo

Tutor/a: Cat. D. Esteban Mestre Delgado

Alcalá de Henares, a 31 de enero de 2017

Resumen

En el presente trabajo se aborda la responsabilidad penal de la persona jurídica, con especial hincapié en los aspectos más relevantes que ha traído la reforma del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de marzo. El Trabajo comienza con un estudio de la teoría del delito y aspectos dogmáticos respecto a la persona jurídica, y su adecuación a ellos. Continúa con un análisis del Derecho comparado, para reflejar como los países de nuestro entorno han tratado la responsabilidad penal de la persona jurídica, un estudio de los aspectos más relevantes de la comisión del hecho delictivo por la persona jurídica, su responsabilidad propia o vicarial, y las particularidades que de ello derivan. Se hace especial hincapié en los modelos de prevención del delito, y como se han estructurado sus elementos con la reforma de 2015. Se efectúa un repaso sobre los aspectos procesales más relevantes que se pueden dar en un procedimiento penal dirigido contra la persona jurídica, y finalmente se tratarán las penas que pueden ser impuestas a la persona jurídica, cuando sea condenada por la comisión de un delito. En las conclusiones, se formulan aquellas críticas que se considera que deben hacerse al actual sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Palabras clave

Derecho comparado. Error de tipo. Modelos de prevención del delito. Representante legal de la persona jurídica. Responsabilidad autónoma. Responsabilidad penal de la persona jurídica.

Abstract

In this dissertation, we study the criminal liability of the corporate person, especially dealing with the most important aspects in the Criminal Code, that have changed with the Organic Law 1/2015, of the first of March. This paper starts with a research of the theory of crime, and dogmatic aspects of the corporate person. It goes on to examine Comparative Law to reflect on how the different European countries have dealt with the responsibility of the corporate person, a study of the most important aspects

of the commission of the crime by the corporate person, its responsibility and the consequences of the act. Special emphasis is given to compliance programs and how its elements have been structured with the reform of 2015. Here is also a review of procedural aspects that can take place in a criminal process, and the criminal sanctions that can be given to a corporate person when a corporate person is sentenced as a consequence of a crime. In the conclusion, we deal with some criticism, that can be done to the real system of criminal liability of the corporate person.

Key Words

Autonomous responsibility. Comparative law. Compliance programs. Criminal liability of the corporate person. Legal representative of the corporate person. Type error

ÍNDICE

I. Introducción	5
II. Antecedentes legislativos	7
III. Derecho Comparado	9
IV. Naturaleza jurídica	16
1. <i>La responsabilidad penal de la persona jurídica en la teoría del delito</i>	16
2. <i>El problema de la acción y la persona jurídica</i>	18
3. <i>La culpabilidad en la persona jurídica</i>	19
V. Regulación vigente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	23
1. <i>Responsabilidad autónoma o vicarial de la persona jurídica</i>	23
2. <i>Delitos por los cuáles puede ser responsable penalmente la persona jurídica</i>	27
3. <i>Doble vía de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	30
a) <i>Representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma</i>	31
b) <i>Por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad</i>	34
4. <i>Actuar en nombre y en beneficio de la persona jurídica</i>	39
VI. Modelos de prevención del delito	41
1. <i>Introducción</i>	41
2. <i>Consecuencias jurídico-penales de la implantación de los modelos de prevención del delito</i>	43
a) <i>Implantación de los modelos como eximente de la responsabilidad penal</i>	43
b) <i>Atenuante por implantación de los modelos de prevención y gestión del delito</i>	48
c) <i>Error excluyente de responsabilidad penal por implantación de los programas de prevención y gestión del delito</i>	52
3. <i>Requisitos de los modelos de prevención del delito</i>	56
a) <i>Requisitos previstos en el art.31bis.5 C.P.</i>	57
b) <i>Órgano de cumplimiento</i>	63
c) <i>Formación en los programas de cumplimiento</i>	67
VII. Aspectos procesales	67
1. <i>Personas jurídicas imputables e inimputables</i>	68
2. <i>Representación legal de la persona jurídica en el proceso penal</i>	72
3. <i>Medidas cautelares a la persona jurídica</i>	75
4. <i>Conformidad de la persona jurídica en el proceso penal</i>	79

5. <i>Especialidades de la carga de la prueba, en el proceso penal, de la persona jurídica</i>	82
VIII. Penas para la persona jurídica	84
1. <i>Catálogo de penas aplicables a la persona jurídica</i>	87
2. <i>Circunstancias modificativas</i>	93
3. <i>Extinción de la responsabilidad penal en la persona jurídica</i>	94
IX. Conclusiones	97
X. Bibliografía consultada	102
XI. Jurisprudencia analizada	107

I. Introducción

La responsabilidad penal de la persona jurídica es un tema novedoso a todas luces, ya que se introdujo en el Código Penal español a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Es un tema que ha generado mucha controversia en el sistema jurídico español, y en especial en el ámbito de la doctrina penalista, donde ya antes de su introducción en el Código Penal conllevó numeroso debate de gran calado, y que todavía sigue existiendo, ya que el principio *societas delinquere non potest*, ha sido una referencia a lo largo de la Historia y, como es lógico, la superación o aislamiento de ciertos principios de nuestra ciencia jurídica, considerados ineludibles en su momento, conlleva un proceso de reflexión y maduración extenso.

Este mismo proceso de reflexión ha sido lo que ha llevado a la elaboración de este Trabajo, la necesidad de conocer de cerca este ámbito, que tantas preguntas hacía surgir en relación con los principios informadores del Derecho Penal, que uno siempre había conocido, y cómo la figura de la persona jurídica podría integrarse en ellos, cómo subsumir un ente corporativo, no personalista, en la teoría del delito.

Dejando al lado un aspecto más personal de la finalidad del estudio de este ámbito que, por otra parte, ha resultado apasionante, otro de los motivos fundamentales ha sido la gran repercusión jurídico-social que ha tenido en todos los foros, sobre todo a partir de la reforma promulgada por la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de marzo, que trajo a nuestro ordenamiento penal, el famoso Compliance, y las oportunidades profesionales que se abrían en este campo han motivado el estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, queriendo también darle ese carácter práctico necesario para el ejercicio, a través del estudio de los modelos de prevención del delito y sus consecuencias jurídico penales, para poder desarrollarlos también desde un punto de vista pragmático.

El estudio profundo de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha resultado de una utilidad formativa muy satisfactoria, debido a la gran reflexión jurídica y dogmática, que necesariamente conlleva el estudio de este ámbito, en el que es necesario entender cada uno de los elementos de la teoría del delito, de sus concepciones, junto a una necesidad evidente de apertura de miras y de comprender la evolución de la ciencia

jurídica que, como ciencia social, necesita evolucionar, para poder desarrollar e integrar en ellos a la persona jurídica, y su eventual responsabilidad penal.

El estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se ha llevado a cabo a través del estudio del Derecho positivo, con gran influencia de la doctrina, debido a que, por la propia novedad del asunto, no existe apenas jurisprudencia consolidada sobre este ámbito, aunque sí se ha tratado la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo sobre ello, así como sentencias y resoluciones congruentes, tanto del Tribunal Constitucional, como los primeros pronunciamientos también de la Audiencia Nacional, todo ello tratado con un pensamiento crítico.

El Trabajo se estructura en diferentes epígrafes, en los que los primeros guardan relación con esa comprensión de la historia de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así tenemos en el epígrafe II los antecedentes legislativos, en el III el Derecho comparado, con una mirada hacia cómo los países de nuestro entorno han tratado la responsabilidad penal de la persona jurídica, y un epígrafe IV de estudio de la persona jurídica en su relación con la teoría del delito, en especial, con el elemento de la acción y de la culpabilidad y su cohonestación con ellos. En el epígrafe V nos adentramos ya en la regulación legal vigente, a través de la discusión sobre la responsabilidad vicarial o autónoma, los delitos que dan lugar a responsabilidad penal, las vías de imputación de la persona jurídica, así como el elemento del beneficio que se reporta a la persona jurídica por la comisión del hecho delictivo.

Ya en el epígrafe VI nos introducimos en el estudio de los modelos de prevención del delito, las consecuencias jurídico-penales que pueden tener lugar con su implantación, así como los requisitos de éstos, todo ello enfocándose desde el pragmatismo que nos permitían en estas líneas.

En el epígrafe VI hemos querido dar unas pinceladas al tratamiento y estatus de la persona jurídica en el proceso penal, observando aquellos temas que nos parecían de mayor interés, como son las personas jurídicas imputables e inimputables, el representante legal de la persona jurídica en el proceso penal, las medidas cautelares aplicables, la conformidad de la persona jurídica en el proceso penal, y la especialidades que surgen en torno a la carga de la prueba y los modelos de cumplimiento, que se pueden dar en el transcurso del procedimiento penal.

Por último, como no podía ser de otra forma, tratándose de un Trabajo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el epígrafe VIII hemos analizado las penas que son aplicables a ésta, así como sus circunstancias modificativas y la extinción de la responsabilidad penal.

II. Antecedentes legislativos

La primera aproximación que tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico español, a la responsabilidad penal de la persona jurídica, es la publicación del actual Código Penal (en adelante C.P.), a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se produce a través de la introducción del artículo 129 C.P.¹, en el que por primera vez en el Derecho Penal español, se regulan las denominadas “*consecuencias accesorias*”. Con éstas, se dio una respuesta penal, a personas jurídicas, asociaciones, fundaciones, entre otras. En definitiva, a sujetos distintos a personas físicas, como siempre había sido el sujeto receptor de la norma penal.

Con la reforma del C.P. a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por primera vez se reconoce expresamente, por el legislador español, la responsabilidad

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

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

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

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

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

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

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

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

penal de la persona jurídica, ya que, como se establece en la Exposición de Motivos, “*se aborda la responsabilidad penal de la persona jurídica, a través de...*”², haciendo responsable a la persona jurídica, cuando se ha condenado a una pena de multa al administrador de la sociedad, al pago de ella, como responsable directo y solidario. Así además, se permitía en el delito de tráfico de drogas, en caso de que se hubiera cometido el delito a través de una sociedad, imponerle determinadas sanciones interdictivas, estableciendo expresamente responsabilidad penal de la persona jurídica en la Parte Especial del Código Penal.

Ya en la reforma del C.P., a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se introduce expresamente y se produce una regulación completa de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se introduce en la Parte General del Código Penal, la responsabilidad penal de la persona jurídica, a través del artículo 31bis C.P., así como en la Parte Especial se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, en cada uno de los tipos en los que el sujeto activo puede ser una persona jurídica, ya que, como expondremos en el desarrollo del texto, nos encontramos ante un sistema de *numerus clausus*, tal como se establece en la propia Exposición de Motivos, de la L.O. 5/2010, de 22 de junio³.

A través de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, se produce la primera reforma, relacionada con la responsabilidad penal de la persona jurídica, después de su introducción definitiva en el C.P. español, y fue la inclusión como sujetos activos penalmente responsables, de los partidos políticos y sindicatos, debido a la gran repercusión que tuvo su exclusión⁴, y máxime en el momento político y judicial en el que

² “*Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso*”

³ “*Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea*”

⁴ Brillante crítica, de inexorable lectura, MESTRE DELGADO, E., *Personas jurídicas desiguales*, La Ley Penal nº81, Edit. La Ley, abril 2011

nos encontrábamos y nos encontramos, sobre la corrupción en el país, en el que ha salpicado de lleno a ambas instituciones.

Finalmente, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que nuevamente se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se ha dispuesto el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica vigente, a través de una serie de mejoras técnicas dadas al texto legal inicial, por las recomendaciones tanto de la doctrina española, como de organizaciones internacionales, y en consonancia con los países de nuestro entorno. Ha sido una reforma necesaria a todas luces, en vista a aclarar determinados conceptos y situaciones, que era necesario introducir y esclarecer, como los Modelos de prevención, gestión y supervisión del delito, y determinadas aclaraciones acerca de qué tipo de responsabilidad penal era la de persona jurídica, disponiendo el legislador su decisión de considerar la responsabilidad penal de la persona jurídica una responsabilidad autónoma, en la Exposición de motivos,⁵ después del gran debate doctrinal sobre ello.

III. Derecho Comparado

En primer lugar, antes de entrar a valorar el Derecho comparado en profundidad, vemos necesario referenciar las directrices de la Unión Europea en este ámbito, que han sido, en la mayoría de las ocasiones, las propulsoras de que hoy en día se haya abandonado el principio *societas delinquere non potest*, y se haya introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos europeos.

Así, la Recomendación Núm. 16(88), de 20 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fue la primera directriz europea que reconoció la responsabilidad penal de la persona jurídica, para castigar y prevenir la ilicitud del comportamiento de las personas jurídicas.

⁵“Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”

Este cambio de perspectiva legislativa se basó en la necesidad de reacción del Derecho Penal al fenómeno económico delincencial de las grandes corporaciones y su instrumentalización para el delito. El cambio de contexto social y de las interacciones de los sujetos en el mundo actual hizo necesario modificar la teoría de del control social por la teoría de los sistemas⁶.

En el Convenio sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa de 2001, se sienta como referencia la proximidad con el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro C.P.. Se preveía la responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de que el delito fuera cometido por persona física, representante o persona autorizada en nombre de la sociedad, o persona bajo la responsabilidad de éstas y que lo hubiesen permitido, creando una especie de comisión por omisión. Así quedaba reflejado en el artículo 12 del citado Convenio⁷. Bien es cierto, como se expresa en el citado artículo que se otorgaba libertad a cada Estado Parte para establecer la responsabilidad de la persona jurídica que se considerara oportuna, pudiendo ser penal, civil o administrativa. Si bien la mayoría de los instrumentos europeos⁸ dan libertad a los Estados para implantar las

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados*, en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dirigido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y coordinado por DE LA MATA BARRANCO, N.J., Edit. Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 130

⁷ "1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para que pueda exigirse responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos previstos de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos por cuenta de las mismas por cualquier persona física, tanto en calidad individual como en su condición de miembro de un Órgano de dicha persona jurídica, que ejerza funciones directivas en la misma, en virtud de: a) un poder de representación de la persona jurídica; b) una autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; c) una autorización para ejercer funciones de control en la persona jurídica. 2. Además de los casos ya previstos en el apartado 1 del presente artículo, cada Parte adoptará las medidas necesarias para asegurar que pueda exigirse responsabilidad a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una persona física mencionada en el apartado 1 haya hecho posible la comisión de un delito previsto de conformidad con el presente Convenio en beneficio de dicha persona jurídica por una persona física que actúe bajo su autoridad. 3. Con sujeción a los principios jurídicos de cada Parte, la responsabilidad de una persona jurídica podrá ser penal, civil o administrativa. 4. Dicha responsabilidad se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido el delito".

⁸ Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; Decisión Marco 2001/143/JAI, de 28 de mayo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago de distintos del efectivo; Decisión Marco 2002/475/JAI de 13 de junio, de lucha contra el terrorismo; Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; Decisión Marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; Decisión Marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los sistemas informáticos; Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio

medidas disuasorias que consideren oportunas, y es de resaltar cómo los textos europeos hacen alusión al término sanción/medida, y no pena, por lo que se puede ver cómo la responsabilidad penal de la persona jurídica no viene impuesta a nivel europeo, teniendo libertad los Estados miembro de regularla como consideren⁹. Se establece también por la normativa europea que las sanciones deben ser disuasorios, proporcionadas y efectivas. Se contempla la multa como estándar fijo, y otras medidas de carácter potestativo¹⁰.

Respecto a las personas jurídicas imputables penalmente, ya la Directiva 2008/99/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, establecía en su artículo 2d) la definición de éstas como: “*toda persona jurídica conforme al Derecho interno aplicable, a excepción de los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas*”. Por lo que, ya en el marco normativo europeo, se excluye al Estado, Administraciones públicas y organismos públicos de responsabilidad penal, siendo una cuestión para la reflexión, debido a la incipiente corrupción que asola este país, siendo también perpetrada a través de las instituciones públicas.

Entrando ya en el estudio del Derecho comparado europeo, son de resaltar básicamente dos posiciones encontradas. Por una parte, nos encontramos con Alemania e Italia, grupo del que formaba parte España hasta el año 2010, en los que no se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica, debido al enfrentamiento de la teoría clásica del delito, la acción y la culpabilidad con un ente¹¹.

En **Alemania** se niega la responsabilidad penal de la persona jurídica, debido a que el injusto reside en el comportamiento humano; es un Derecho Penal antropocéntrico. Si bien establece responsabilidad administrativa a la persona jurídica, cuando el hecho

ambiente, mediante el Derecho Penal.; Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados...*, op.cit., pág. 136.

¹⁰ *Ibidem.*, pág. 139.

¹¹ LUZON PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 150.

delictivo es cometido por una persona física en una posición representativa dentro de la empresa, y existe un hecho de conexión entre el hecho y la persona jurídica¹².

En el **Derecho italiano** tampoco se acepta la responsabilidad penal de la persona jurídica, apoyándose en el fundamento de la responsabilidad personal por el hecho, entendiendo que el hecho que realiza la persona física no puede ser atribuido a la persona jurídica¹³. Pero sí que establece, como sucede en Alemania, responsabilidad administrativa, con un modelo cuyos presupuestos son muy semejantes a los establecidos en la reforma del C.P. por la LO/1/2015, en España¹⁴.

Por otra parte, hay un número importante países de Europa, en los que sí se ha reconocido la responsabilidad penal de la persona jurídica, y entre ellos se encuentran:

- **Bélgica:** Se incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica al Código Penal belga en 1999. Se entiende la responsabilidad penal como una responsabilidad autónoma de la persona jurídica¹⁵. En el modelo belga, no se exige la culpabilidad de la persona física que realiza el hecho típico, sino una conducta típica y antijurídica, así como se exige que la persona física sea un representante legal, administrador, una persona autorizada para tomar decisiones en la empresa¹⁶. Es necesario también que la conducta se lleve a cabo en su actividad principal y en relación a los intereses de la persona jurídica, o que sea cometida por cuenta o nombre de ella, siendo éstos criterios alternativos, pudiendo imputarse la responsabilidad penal por cualquiera de ellos¹⁷.

No se hacen distinciones acerca del carácter público o privado de las corporaciones, ni de los fines lucrativos o no de las empresas, pero sí excluye de responsabilidad penal a las Administraciones públicas, tanto estatales, como

¹²DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados...*, op.cit., pág. 142.

¹³ *Ibidem.*, pág. 142.

¹⁴ Decreto Legislativo 8 junio 2001, n.231, sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades, y de asociaciones sin personalidad jurídica.

¹⁵ FRANSEN, V. *El caso belga*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología n°28-2014, Ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2014, pág. 65.

¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados...*, op.cit., pág. 144.

¹⁷ *Ibidem*

autonómicas y locales. Ello fue muy criticado por los juristas locales, ya que consideraban que el Estado no podía estar por encima de la Ley y lo consideraban discriminatorio, incluso llegando el Tribunal Constitucional belga a pronunciarse sobre la igualdad de trato y discriminación, disponiendo que la exclusión estaba justificada, debido a la naturaleza jurídica de la Administración Pública, existiendo ya un control político, y en razón también de la función social imprescindible en la sociedad¹⁸.

La pena de multa es la sanción por excelencia, existiendo también otras sanciones interdictivas, como suspensión de actividades, disolución, prohibición de actividades, entre otras. Existe una regla muy llamativa, teniendo en cuenta que el modelo belga es un modelo de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, y es que, cuando la persona física comete el hecho delictivo con imprudencia, sólo se penará a uno de los dos sujetos, a la persona física o a la jurídica, en función de en cuál radique la pena más grave. En cambio, si es cometido con dolo, la responsabilidad será acumulativa, penando a ambos sujetos¹⁹.

No establece un sistema de *numerus clausus*, si bien es cierto que la práctica judicial reduce los delitos que puede cometer la persona jurídica, pero no los limita la Ley.

- **Francia:** Se introduce la responsabilidad penal de la persona jurídica en el año 1994²⁰. El sistema francés considera la responsabilidad de la persona jurídica como autónoma, teniendo que ser los sujetos que realicen el hecho delictivo, los representantes o administradores de hecho o de derecho, órganos de administración, debido a que se entiende que en ellos reside la voluntad de la persona jurídica de cometer el delito, siendo necesario que la persona jurídica obtenga un provecho directo o indirecto del hecho delictivo, excluyéndose la responsabilidad si el autor material lo realiza con un interés exclusivo²¹. Existe

¹⁸ FRANSSEN, V. *El caso belga...*op.cit., pág. 70 y ss.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ LUZON PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*...op.cit., pág. 150.

²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados...*op.cit., pág. 141

una responsabilidad acumulativa respecto de las penas de la persona física y la jurídica.

Considera responsables penalmente a las personas jurídicas, las cuales deben cumplir con el formalismo de estar inscritas en el Registro mercantil francés, ya tengan ánimo de lucro o no. Por tanto, incluye a sociedades civiles o comerciales, asociaciones, fundaciones, sindicatos y partidos políticos. A las entidades de Derecho Público también las considera responsables, exceptuando al Estado y Administraciones, y a los entes públicos, exceptuando cuando éstos realizan actividades susceptibles de delegación de servicio público²².

La multa es la pena principal, pero también se han previsto penas interdictivas como la disolución -con la excepción de los entes públicos, sindicatos o partidos políticos-, prohibición de actividades, cláusula de locales, entre otras²³.

- **Portugal:** La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica tuvo lugar en 1982, en el que se introdujo en el C.P. portugués una cláusula en su artículo 11, en la que se decía “*salvo disposición en contra, sólo las personas físicas serán susceptibles de responsabilidad penal*”, por lo que se dejaba espacio a leyes penales especiales para tipificar las conductas delictivas que podía cometer la persona jurídica. Así fue a través del Decreto-Ley nº28/84 para infracciones económicas y salud pública. Posteriormente, en el año 2007, con la reforma del C.P. portugués ya se instaura la responsabilidad penal de la persona jurídica para una serie de delitos, estableciendo un sistema de *numerus clausus*, a través de la Ley 59/2007, con lo que se reconoció la capacidad de acción, culpabilidad y punibilidad a las personas jurídicas²⁴.

La doctrina portuguesa considera que se estableció en el C.P. portugués un sistema de atribución mixto, combinando tanto el modelo de heterorresponsabilidad como el de responsabilidad autónoma, entendiendo el

²² POELEMANS, M., *El caso francés* en Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº28-2014...op.cit., pág. 114 y ss.

²³ *Ibidem*

²⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados*,...op.cit. pág. 146 y ss.

primero de ellos cuando el hecho delictivo se realiza por representantes, administradores, personas con autoridad y control social, y entendiendo el segundo cuando el hecho es cometido por los subordinados de éstos, debido a la falta de control y el incumplimiento de los deberes de vigilancia y control de la persona jurídica²⁵. Es necesario que sea identificada la persona física que ha cometido el hecho delictivo para poder imputar a la persona jurídica²⁶.

Podrán ser responsables penalmente las personas jurídicas, las sociedades civiles, y las asociaciones de hecho. Se excluye al Estado, entidades públicas y organismos internacionales²⁷.

La pena de multa es la pena principal, existiendo también penas accesorias, como la clausura de establecimientos, prohibición de actividades, entre otras. Tienen una fuerza importante en el sistema portugués, ya que, la imposición de éstas hace que la pena cumpla mejor su función preventiva, debido a que en las personas jurídicas con gran poder económico, la multa puede no llegar a alcanzar un fin disuasorio, al realizar el estudio de la equivalencia coste/beneficio por parte de la empresa²⁸. La pena de disolución sólo tiene lugar cuando la entidad ha sido instrumentalizada para la comisión de los hechos delictivos desde el principio o posteriormente a ellos, por lo que es alternativa a la pena de multa, sólo se pondrá una u otra, dependiendo del tipo de persona jurídica frente al que nos encontremos²⁹.

En el sistema de penas portugués se prevé una pena alternativa o sustitutoria en el artículo 90 C.P., como garantía de buena conducta, que es una especie de suspensión de la ejecución de la pena de multa, a través de la que prestando una fianza, por un tiempo limitado entre uno y cinco años, si la persona jurídica no vuelve a cometer ningún delito, se devuelve la fianza y se extingue la

²⁵ BRANDÃO, N. y JESUS, S., *El caso portugués*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº28-2014...op.cit., pág. 125 y ss.

²⁶ *Ibidem*

²⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados...*op.cit., pág. 146 y ss.

²⁸ BRANDÃO, N. y JESUS, S., *El caso portugués...*op.cit. pág. 125 y ss.

²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados...*op.cit., pág. 146 y ss.

pena de multa. En cambio, si comete un hecho delictivo se tendrá que hacer frente a la pena de multa y la fianza será requisada³⁰.

Por lo tanto, según los ejemplos de los ordenamientos jurídicos europeos, Alemania e Italia continúan fieles al principio *societas delinquere non potest*, apoyados sobre todo en la dogmática alemana, fiel defensora de un Derecho Penal antropocéntrico, y referencia frente al Derecho Penal español, que siguió el modelo hasta el 2010, cuando el legislador prefirió interpretar la normativa europea en aras a crear una responsabilidad penal de la persona jurídica, estableciendo el modelo próximo a países europeos. El sistema español tiene caracteres varios de cada uno de los modelos citados, tanto en imputación, como en delitos, como en sistema de penas, siendo relevante el modelo portugués, en el que se establece una pena alternativa/sustitutiva a la pena de multa y que el legislador español no previó en nuestro modelo, y que sería muy necesario valorar, en comparación también como se establece en la pena de prisión para las personas físicas.

IV. Naturaleza jurídica

1. La responsabilidad penal de la persona jurídica en la teoría del delito

La persona jurídica y la teoría clásica del delito, conformada por la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, han estado enfrentadas desde siempre, como ya hemos expresado anteriormente; el denominado principio *societas delinquere non potest* ha sido muestra de ello. Se consideraba, y por parte de la doctrina, se sigue considerando, que es incompatible que la persona jurídica tenga responsabilidad penal³¹, debido a que es propiamente una ficción y colisiona con las concepciones de la teoría clásica del delito, en la que se entendía al sujeto activo del delito como una persona libre con capacidad de determinación, lo que hacía que fuera reprochable penalmente su conducta, debido precisamente a su capacidad intelectual para tomar otra decisión en la que no se lesionara el bien jurídico. Por ello, debido a que la persona jurídica, como es

³⁰ BRANDÃO, N. y JESUS, S., *El caso portugués....op.cit.*, pág 125 y ss.

³¹ Se partía del principio de que en el Derecho Penal no cabe la culpa colectiva, sino que se parte del principio de responsabilidad penal subjetiva, por todos, MESTRE DELGADO, E., *¿Penas para empresas?*, La Ley Penal nº40, Edit. La Ley, julio-agosto, 2007

obvio, no tiene capacidad alguna de determinación, bajo el concepto psicológico, y como expresa el artículo 37 del Código Civil “*la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y las de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario*”, es claro que la capacidad de decisión de una persona jurídica no nace de su propia naturaleza como ente, sino por lo conferido en el ordenamiento jurídico, al haber sido creada en la *praxis* para facilitar el tráfico mercantil y económico.

Para entender si las personas jurídicas pueden integrarse en la teoría del delito, y por tanto a sus elementos, hay que partir de qué concepto tenemos de la norma jurídico penal. Si entendemos la norma jurídico penal como directiva, es decir, como guía a la persona jurídica, que tiene libertad de conciencia a la no realización de un hecho, la conducta de una persona jurídica no puede ser anti normativa, debido a que no tiene conciencia ni libertad de poder actuar contra la norma. Pero si tenemos un punto de vista de concepción de la norma jurídica como conducta instrumentalizada, y entendemos aquellas expectativas que por su relevancia en la sociedad deben tener una sanción penal, en esta teoría, si las personas jurídicas son agentes económicos, se puede entender que puedan ser sujetos de la norma jurídica penales si las contravienen³².

Parte de la doctrina entiende que el Derecho Penal debe ser reformado, crear un Derecho Penal independiente a la persona física, reelaborando el concepto de sujeto, ampliándolo en base a la teoría de los sistemas y a la prevención general positiva del Derecho Penal³³.

Por todo ello, a continuación, vamos a intentar conjuntar y dar respuestas a las grandes discusiones dogmáticas que se han producido en torno a la responsabilidad penal y a la persona jurídica, a través de los elementos de la teoría del delito en los que se puede entender que se produce una mayor colisión, por su naturaleza, con especial atención a la posible ruptura de los principios de acción y culpabilidad, así como la posibilidad de que

³² SILVA SANCHEZ, J.M., *La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas*, Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 29, N°. 86-87, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 136.

³³ BAJO FERNANDEZ, M., *Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español*, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 34 y ss.

se impute un hecho ajeno, apartando la responsabilidad por hecho propio. Y ello para saber, en definitiva, si estas consecuencias conllevan la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2. El problema de la acción y la persona jurídica

El problema evidente de conjugar el principio de acción con la persona jurídica, parte del propio concepto mismo de acción en la teoría del delito.

Bajo un concepto causal de la acción, como aquel movimiento corporal voluntario, que es controlado por la voluntad, y que causa un efecto en el exterior³⁴, es difícilmente comprensible que este elemento pueda ser realizado por parte de la persona jurídica, ya que como sabemos es un ente, el cuál no tiene voluntad propia de decisión, entendida como la voluntad de la persona física de decidir sus actos, aunque si bien es cierto, que causa un efecto en el mundo exterior. Por ello LUZON considera que “ *las actuaciones de la persona jurídica no se basan en movimientos de ésta, sino precisamente en los de las personas físicas que los ejecutan, y la “voluntad” o decisión de la persona jurídica no es propia ni responde a un sistema espiritual humano en situación consciente, sino que se forma por acuerdo, es decir, por coincidencia de voluntades reales de la mayoría de los miembros de un órgano colegiado, o bien en otros actos coincide realmente con la voluntad de alguna persona con capacidad de gestión o representación de la persona jurídica*”.

Si se entiende que la persona jurídica es una “cosa” en manos de un sujeto, persona física, cuya peligrosidad depende de la acción de éste, pero que tiene influencia en la persona jurídica, se debe considerar que la reacción del Derecho Penal es una forma de mitigar esa peligrosidad objetiva sin más, ajena a la antijuridicidad y a la culpabilidad, lo que rompería el principio de acción y en correlación los siguientes³⁵.

En cambio, si nos representamos la teoría de los sistemas, se cambia el punto de partida del sujeto individual autoconsciente, se modifica la teoría de la acción, una teoría bajo la cual el sujeto debe partir de la concepción de si cumplió con el rol o las funciones

³⁴ LUZON PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*...op.cit., pág. 129.

³⁵ SILVA SANCHEZ, J.M., *La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas*... op.cit., pág. 138.

que tiene encomendadas en la sociedad, de la organización de esas funciones y como su incumplimiento, debe derivar inexorablemente en responsabilidad³⁶.

La actuación de la persona jurídica genera una serie de efectos, de obligaciones y de responsabilidades que deben ser asumidas, al igual que sucede en la facultad de realizar contratos mercantiles o que sea sancionada administrativamente. La complejidad empresarial conlleva estructuras de autorreferencialidad, autodeterminación que hace que la persona jurídica sea responsable de su organización, como lo es la persona física. La persona jurídica tiene la capacidad de organizar las acciones de las personas físicas³⁷.

Así, es necesario que se realice una equivalencia entre la capacidad de acción de la persona física como base para el establecimiento de su responsabilidad penal, con la capacidad de organización de la persona jurídica, bajo la teoría de equivalencia funcional³⁸.

Por ello es necesario dejar a un lado el único concepto válido de acción y por ende de culpabilidad de la persona jurídica, de autodeterminación por la libertad de acción³⁹, y establece una nueva construcción en base a equivalencias de la teoría del delito.

3. La culpabilidad en la persona jurídica

Como hemos expresado anteriormente, hay parte de la doctrina penal española que sigue negando el elemento de culpabilidad de la teoría del delito en la persona jurídica, y ello es debido a ese concepto antropocéntrico del Derecho Penal en el que se entiende que la culpabilidad de una persona está basada precisamente en ese poder de decisión con posibilidad de acceder a la norma y libremente determinar su elección⁴⁰, y por lo tanto, en ese concepto no encuentra cabida la persona jurídica.

³⁶ BAJO FERNANDEZ, M. *Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español...* op.cit., pág. 34 y ss.

³⁷ PEREZ MACHIO, A.I. *Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, ... op.cit., pág. 26.

³⁸ GOMEZ- JARA DIEZ, C., *Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... op.cit., pág. 104.

³⁹ BAJO FERNANDEZ, M. *Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica...* op.cit., pág.36.

⁴⁰ LUZON PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*... op.cit., pág. 151.

En contraposición a esto último, y en relación al principio de culpabilidad, en el Derecho Administrativo Sancionador, aunque sabemos que su aplicación es más laxa que en el Derecho Penal, pero el Tribunal Constitucional ha establecido en sus sentencias 246/1991 y 59/2008, que aun no teniendo la persona jurídica el elemento volitivo en sentido estricto, sí tiene capacidad para infringir la norma, por lo que tiene una reprochabilidad directa en relación con el bien jurídico protegido por la norma y la necesidad de que se dé una protección verdaderamente eficaz.

Pero en concepciones de asumir la responsabilidad penal de la persona jurídica y la necesidad del respeto al principio de culpabilidad, se han ido desarrollando diversas teorías que resumiremos, para posteriormente decantarnos por la que consideramos más acertada:

Bajo el **concepto funcional de culpabilidad** sería necesario imponer una sanción penal cuando se haya producido una lesión de la norma, y ésta no pueda ser restablecida si no es con una imposición de una sanción. Por ello, si la persona jurídica tiene la capacidad de producir esa lesión en la norma, en el bien jurídico protegido, es necesario la imposición de la sanción, ya que si no, no quedaría reestablecida la vigencia de la norma⁴¹.

La **teoría de la evitabilidad** entiende que la culpabilidad de la persona jurídica se va a basar en la capacidad de evitar que se produzca el hecho delictivo. Bajo esta teoría sólo puede serle imputado el hecho, si se comprueba que no ha establecido los medios necesarios para evitarlo, y se traslada la imputación de la persona física a la jurídica como sucede con la acción, haciéndola realmente culpable, si pudiendo evitar el hecho delictivo, no lo hizo. Basándose la culpabilidad mediata y la imputación como agente social, se deriva que, igual que se puede imputar a una persona física la excusión de tener que conocer las normas sobre las que actúa, se puede hacer responsable a la persona jurídica por no proporcionar los medios necesarios para evitar el hecho. La evitabilidad como base de la culpabilidad, como evitación de la lesión del bien jurídico protegido, se basa en un absoluto control a través de los planes, entendiéndose que es imposible reducir a riesgo cero

⁴¹ SILVA SANCHEZ, J.M., *La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas...* op.cit., pág. 139

la comisión del hecho delictivo, sino en el esfuerzo máximo por intentar evitar la comisión del hecho delictivo⁴².

Así, la doctrina mayoritaria ha entendido que la culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta en el defecto de organización, en no haber establecido las medidas necesarias para que no se produjera la comisión del hecho delictivo.

La persona jurídica no es la suma de las culpabilidades de sus miembros, es más, el todo es más que la suma de las partes. Se basa en el defecto de organización, en la no creación de políticas que fundamenten la evitación de la comisión del delito, pero exige que efectivamente haya un órgano culpable, ya que la culpabilidad necesita una concreta referencia psíquica.

La culpabilidad por defecto de organización se basa en que la comisión del hecho delictivo se da debido a un defecto de organización empresarial, que permite la perpetración del hecho delictivo. Así se salva el escollo de la responsabilidad penal por hecho ajeno, debido a la conexión que se produce entre el hecho de la persona física como base para la responsabilidad, en la omisión de sus deberes de organización. El fundamento lo constituye la omisión de los modelos de prevención, que han conllevado la posibilidad de la realización del delito⁴³. Esta teoría gana fuerza, con la más que pedida, por parte de la doctrina, inclusión de los modelos de prevención y gestión del delito en la reforma del Código Penal, a través de la LO 1/2015.

Así, existiendo más teorías acerca de la culpabilidad de la persona jurídica, que no vemos procedente entrar a valorar en este texto, de gran valor muchas de ellas, creemos necesario representar la que nosotros consideramos que es la teoría de mayor representatividad, que es la teoría de la culpabilidad por falta de cultura empresarial, cuyo máximo exponente es GOMEZ-JARA.

La culpabilidad por falta de cultura empresarial está basada en el concepto constructivista de la culpabilidad penal de la persona jurídica, en que la cultura

⁴² CUELLO CONTRERAS, J., *El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N°15-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/index.html>, 2013, pág. 18 y ss.

⁴³ GOMEZ- JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica*, Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...op.cit., pág. 159

empresarial de no legalidad hace responsable a la persona jurídica del delito cometido. A sensu contrario, la disposición jurídica a mantener la legalidad, a través de los modelos de prevención, hace posible la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁴. Por tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica, tendrá como base analizar si existe o no esta cultura de cumplimiento de la legalidad, de fidelidad al Derecho y a la norma, en relación al respeto del principio de culpabilidad como elemento necesario para la imposición de una pena. Si existe una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, ello conlleva que sus miembros no accedan a la norma, y aumenta excepcionalmente la posibilidad de que se cometa el hecho delictivo, y por ello es necesario responsabilizar a la persona jurídica de la lesión del bien jurídico protegido⁴⁵. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su primera sentencia relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, Ponente Sr. Maza Martín) que expresa que *“lo que es a tener en cuenta es si el delito cometido en el seno de la persona jurídica ha sido posible o facilitado por una falta de cultura de respeto al Derecho, inspiradora en la estructura organizativa, que debe manifestarse en formas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y empleados”*.

Se encuentra la base de este pensamiento en la incapacidad del Estado de intervenir en la regulación de los complejos entramados empresariales creados, siendo necesaria la autorregulación, pero a través de la fidelización al Derecho⁴⁶, de prevención general del Derecho Penal, como sucedió con el individuo persona física, en relación de nuevo al sistema de funcionamiento equivalente. Se le otorga libertad de actuación y se le da responsabilidad a sus actos, como sucede con la persona física que se presume, en su libertad de actuación, el poder para exigírsele la responsabilidad por sus actos⁴⁷. Ello también en el paradigma de un sistema político y económico liberal en el que se le otorga al individuo su capacidad de autocontrol, reduciendo la intervención del Estado en la regulación.

⁴⁴ GOMEZ- JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 160.

⁴⁵ PEREZ MACHIO, A.I. *Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...op.cit., pág. 39.

⁴⁶ MAZA MARTIN, J.M., *Los delitos de carácter económico en la persona jurídica*, en el colectivo Responsabilidad penal de personas jurídicas en la gestión económica de la empresa, dirigido por Círculo Legal, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 83.

⁴⁷ GOMEZ- JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 160 y ss.

Nuestro apoyo a la primacía de la culpabilidad por falta de cultura empresarial, en vez de la culpabilidad por defecto de organización, es debido a que entendemos que el defecto de organización sería un elemento objetivo, perteneciente al tipo de injusto, a la antijuridicidad en su vertiente objetiva, pero no a la culpabilidad, entendiendo que en la culpabilidad debe haber algo más que ese dato objetivo⁴⁸ constatable de que no se ha organizado bien la estructura empresarial, sino que debe de probarse esa culpabilidad en base a una cultura instaurada en la empresa de no cumplimiento de la legalidad, y de infidelidad a la norma y al Derecho.

V. Regulación vigente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En este epígrafe vamos a abordar apartados que consideramos interesantes de estudio, respecto a la reforma establecida en la L.O. 1/2015, entre los que encuadraremos en primer lugar, el estudio dogmático de si finalmente la responsabilidad penal de la persona jurídica es una responsabilidad vicarial o una responsabilidad autónoma, tras los primeros años de regulación en el Código Penal; seguidamente, los delitos que pueden dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica, posteriormente, las dos vías de imputación contenidas en el artículo 31 bis del Código Penal; y por último el estudio del concepto relativo al beneficio directo o indirecto como requisito de imputación, tras su nueva nomenclatura, ya que en su versión original se trataba del provecho.

1. Responsabilidad autónoma o vicarial de la persona jurídica

Desde antes incluso de la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro C.P. se ha discutido ampliamente, por la doctrina penal española, el régimen de responsabilidad que se le imputa a la persona jurídica, estableciéndose por una parte de la doctrina un régimen de atribución o vicarial en el que se transfiere la responsabilidad penal de la persona física que comete el hecho delictivo, a la persona jurídica, y un régimen de responsabilidad autónoma o propio de la persona jurídica, en que es ésta la que comete el injusto.

⁴⁸ SILVA SANCHEZ, J.M., *La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas...* op.cit., pág. 140

Algunos autores entendieron que el único régimen de responsabilidad que se le podía imputar a la persona jurídica era un régimen vicarial, para preservar el respeto a los principios informadores del Derecho Penal, en especial el principio de acción y el de culpabilidad. Entienden que la persona jurídica no delinque, sino que asume la responsabilidad de los hechos delictivos cometidos por sus representantes, directivos, subordinados de éstos⁴⁹. Si se considera que la persona jurídica puede ser autora o partícipe, ello llevará consigo, para la persona jurídica, la comisión por omisión, es decir, el de impedir que se realice el delito y que sólo podría ser realizado por la persona jurídica. Es la omisión del deber de cuidado, de incumplimiento de las medidas que la empresa tiene en su posición de garante⁵⁰.

La Circular de Fiscalía 1/2016 considera que de una interpretación legal del artículo 31 bis se constata la intención del legislador de que sea una responsabilidad vicarial y no autónoma, ya que siempre se establece, tanto en el apartado a) como en el b) la comisión del hecho delictivo por una persona física, ya sea a través de los representantes, órganos de poder, o a través de los empleados subordinados de éstos, por una falta de control de los primeros⁵¹. Pero discurre que podría darse incluso un sistema de atribución mixto, considerando que en el apartado a), por los propios hechos realizados por los representantes, tendría lugar un sistema vicarial, mientras que, por la falta de control de los empleados, habría lugar a una responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

También, parte de la doctrina considera que no puede haber una responsabilidad propia, debido a que la persona jurídica, al ser una ficción, no puede realizar una acción culpable por sí misma, y que para salvaguardar estos principios, la acción culpable es realizada por la persona física que se le atribuye a la persona jurídica⁵².

En continuidad con el modelo de heterorresponsabilidad, se considera que existe un hecho por la persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio de ella, que se denomina *hecho de conexión*, que hace que la persona jurídica

⁴⁹ DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015*, Revista del Ministerio Fiscal, nº0, <https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/revistaFiscal/>, julio 2015, pág. 219.

⁵⁰ DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015...op.cit.*, pág. 219.

⁵¹ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016, *sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015*, pág. 5.

⁵² BAJO FERNANDEZ, M. *Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica... op.cit.*, pág. 34 y ss.

sea culpable debido a un defecto de organización, que no ha sido capaz de controlar a esa persona física. Pero ello tiene como consecuencia la necesidad de conexionar ese hecho con una persona, contraviniendo lo establecido en el artículo 31ter.1 C.P.⁵³ Dentro de este modelo se encuentra el de “la teoría de la identificación”, que entiende que sólo se puede transmitir la responsabilidad penal de la persona jurídica, si el que comete el delito es una persona de alto cargo en la sociedad, y que ello conlleva a que automáticamente se atribuya la responsabilidad penal a la persona jurídica, quedando lejos el respeto a los principios informadores del Derecho Penal y constitucionales de responsabilidad por el hecho propio⁵⁴.

Por otra parte de la doctrina, cada vez más mayoritaria, se entiende que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma y así incluso ha quedado expresado por el legislador en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015⁵⁵. Y este predominio del pensamiento de la autonomía de la persona jurídica se debe a varias razones:

En un estudio global del ordenamiento jurídico español, con respecto a los principios constitucionales, sólo cabe entender la responsabilidad penal de la persona jurídica, como un modelo de responsabilidad propia de la empresa, para que se puedan respetar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas (artículos 24 y 25 de la Constitución⁵⁶), ya que entender una responsabilidad vicarial haría hacer responsable penalmente a la persona jurídica de un hecho ajeno⁵⁷ y de una responsabilidad objetiva⁵⁸ que no tiene cabida alguna en nuestro sistema jurídico penal⁵⁹.

⁵³ “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”

⁵⁴ PEREZ MACHIO, A.I. *Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, ...op.cit., pág. 28 y ss.

⁵⁵ “La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”.

⁵⁶ BAJO FERNANDEZ, M. *Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica*... op.cit., pág. 28

⁵⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El significado de la acción (u omisión) de la persona física*... op.cit., pág. 4

⁵⁸ GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... op.cit., pág. 253

⁵⁹ S.T.S 154/2016, Sala 2ª de lo Penal de 29 de diciembre, F.J. 8º

En correlación con lo expuesto anteriormente del artículo 31ter C.P., para considerar la autoría de la persona jurídica partimos de que el legislador no considera que sea imprescindible para la responsabilidad de la persona jurídica que se haya identificado a la persona física, por lo que da una muestra más de que estamos ante una responsabilidad autónoma⁶⁰, aunque sí se considera que exista una conducta típica y antijurídica, incluso algunos autores consideran que sería válido con la única existencia de un hecho objetivamente típico⁶¹.

Otro de las cuestiones a tener en cuenta es que el hecho típico que realiza la persona jurídica, no es el delito o la conducta típica que realiza la persona física, (estafa, delito fiscal), sino que la única conducta punible es su defecto o ausencia de organización que permite la comisión del delito por la persona física, su conducta típica es la descrita en el art.31bis del Código Penal, no las conductas descritas en la Parte Especial. Los tipos de la parte especial fundamentarán si los modelos de prevención son eficaces o no, en función de la conducta típica que ha realizado la persona, sí han sido o podrían haber sido eficaces hacia esa conducta típica en concreto⁶².

Otro síntoma de autonomía y autoría propia de la persona jurídica es su independencia en las circunstancias modificativas de la persona física, tal como promulga el artículo 31.ter.2C.P.⁶³. Por tanto, la culpabilidad de la persona física no afecta a la de la persona jurídica, que tiene una culpabilidad propia, y así queda constatado en el propio texto legal⁶⁴.

Por todo lo expuesto, para que se produzca el respeto tanto de los principios constitucionales como informadores del Derecho Penal, de responsabilidad subjetiva, y los principios de acción y de culpabilidad, que ha quedado fundamentado que se cumplen en la persona jurídica, al tener capacidad de acción, establecida en la equivalencia expuesta

⁶⁰GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pág. 263

⁶¹FEIJOO SANCHEZ, B.J., *La persona jurídica como sujeto de imputación como jurídico-penal en Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op.cit.pág. 68

⁶²MAZA MARTIN, J.M., *Los delitos de carácter económico en la persona jurídica...*op.cit., pág. 70

⁶³“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”

⁶⁴GOMEZ- JARA DIEZ, C., *Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op.cit., pág. 111

en el epígrafe 1, así como injusto propio basado en el defecto de organización y de culpabilidad propia fundado en la falta de cultura empresarial de cumplimiento con la legalidad, expresado tanto en este apartado como en el epígrafe 1, junto con la disposición expresa hecha por el legislador, debemos considerar que la responsabilidad penal de la persona jurídica, es una responsabilidad autónoma o propia.

2. Delitos por los cuáles puede ser responsable penalmente la persona jurídica

Lo primero que hay que destacar en este apartado, es el sistema de *numerus clausus* que se ha establecido en el Código Penal, por los que puede ser responsable la persona jurídica. Nos encontramos ante una lista cerrada de tipos delictivos, en la que el legislador ha considerado cuáles deben ser los que estén incluidos como potenciales delitos de realización por la persona jurídica y cuáles no. Ello se desprende de la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando expresa que “*Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea*”, así como en el propio artículo 31 bis C.P. que establece que “*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsable...*”. Por ello, debido a la importancia de este *numerus clausus*, creemos necesario realizar una lista detenida de los delitos que puede cometer la persona jurídica, para luego entrar en valoraciones acerca de los que están y de los que faltan.

Nos encontramos con una lista cerrada de veinticinco tipos delictivos que puede realizar la persona jurídica, y son:

- Tráfico ilegal de órganos humanos: art. 156.bis.3
- Trata de seres humanos: art. 177bis.7
- Prostitución, explotación sexual, corrupción de menores: art. 189bis
- Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático: art. 197quinquies
- Estafas: art. 251bis
- Frustración de la ejecución: art. 258 ter
- Insolvencias punibles: art. 261bis
- Daños informáticos: art. 264quater

- Contra la propiedad intelectual e industrial, del mercado y los consumidores: art. 288
- Blanqueo de capitales: art. 302.2
- Financiación ilegal de los partidos políticos: art. 304bis.5
- Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social: art. 310bis
- Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: art. 318bis.5
- Urbanización, construcción o edificación no autorizables: art. 319.4
- Contra los recursos naturales y el medio ambiente: art. 328
- Relativos a las radiaciones ionizantes: art. 343.3
- Riesgos provocados por explosivos y otros agentes: art. 348.3
- Contra la salud pública: art. 366
- Contra la salud pública (tráfico de drogas): art. 369 bis
- Falsificación de moneda: art. 386.5
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje: art. 399 bis
- Cohecho: art.427 bis
- Tráfico de influencias: art. 430
- Delitos de odio y enaltecimiento: art. 510 bis
- Financiación del terrorismo: art. 576

A esta lista de delitos también hay que añadir el delito de contrabando, ya que en la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, se incluye en el art. 2.6 que las personas jurídicas serán responsables también de este delito, cuando se cumplan los presupuestos descritos en el art.31 bis C.P. Respecto a la lista establecida en la L.O.5/2010, con la reforma introducida por la L.O. 1/2015, se han introducido nuevos delitos, como son frustración de la ejecución, los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas, los de falsificación de moneda, los delitos de odio y enaltecimiento del terrorismo, así como a través de la L.O. 7/2012 se introdujo el delito de financiación ilegal de los partidos políticos y sindicatos.

Una vez establecida la lista de eventuales delitos que puede cometer la persona jurídica, es necesario reseñar la ausencia de algunos tipos, que entendemos que deberían encontrarse incluidos en este sistema de *numerus clausus*, ya que, una vez creado, en lo que

se entiende que se debe a que, por las especiales características de la persona jurídica, hay ciertos delitos que no se pueden cometer, y teniendo un sentido lógico esta disposición por parte del legislador, crea el problema de que delitos que absolutamente podrían cometer las personas jurídicas, no se han incluido.

Creemos adecuado el sistema de *numerus clausus*, debido a que aporta seguridad jurídica, ya que, en caso de no ser así, deberíamos esperar a la aplicación práctica de los Tribunales sobre qué delitos pueden ser cometidos por la persona jurídica, como ha sucedido en países de nuestra proximidad, como se expresó en el epígrafe I, apartado 2, pero, por otra parte, debería de haberse cuidado la reflexión de la inclusión de los delitos ya que se encuentran incongruencias evidentes.

La incongruencia absoluta viene dada debido a que en ciertos delitos, donde se contemplaba la responsabilidad de la persona jurídica como consecuencia accesoria al delito cometido por la persona física, en base al artículo 129.C.P, se ha seguido manteniendo, como sucede en los delitos relativos a la manipulación genética, alteración de los precios en concurso y subastas públicas, negativa a actuaciones inspectoras, delitos contra los derechos de los trabajadores (i), en los que en su respectivo artículo se imponen las consecuencias accesorias, cuando tras la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, este artículo ha quedado relegado a entes sin personalidad jurídica, por lo que resulta a todas luces inconcebible, una contradicción en sí misma, cuando además según la lógica que parece expresar el legislador, son delitos que perfectamente se pudieran cometer en el seno de una persona jurídica. De ello, se extrae que se produce una vulneración garantista del procedimiento penal respecto a estos delitos, ya que si bien se podrán imponer las consecuencias accesorias, no tendrá necesidad de tener lugar la sujeción a los presupuestos establecidos en el artículo 31 bis⁶⁵. También es llamativa la ausencia de los delitos de corrupción en los negocios, cuando la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 se menciona a la corrupción en el sector privado como un caso en el que es evidente la necesidad de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁶⁶,

⁶⁵ DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015...* op.cit., pág.236.

⁶⁶ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal Español, por la L.O. 5/2010, de 22 de junio)*, Revista la Ley Penal, nº76, Edit. La Ley, Noviembre de 2010, pág.7.

o la falsedad documental, que excepcionando los cometidos por funcionarios públicos, podría ser un delito evidentemente introducible en este catálogo.

Resulta llamativa también la ausencia de los delitos societarios, como posibles delitos cometidos por la persona jurídica, aunque aquí creemos entender la razón de ello, y es que es complicado pensar que los delitos societarios se realicen en nombre de la persona jurídica y obteniendo un beneficio directo o indirecto para la misma, pero es una teoría, a falta de que el legislador haya explicitado sus razones del por qué de la elección de unos delitos u otros.

Por lo que creemos necesario que se produzca una reforma reposada y reflexionada, de este sistema de *numerus clausus*, con la inclusión de delitos que a todas luces deben estar contemplados, debido a plantearse su comisión en un contexto de competencia empresarial y en beneficio de la sociedad⁶⁷, como son los que hemos comentado en este apartado, y evitar la incongruencia de establecer en ciertos delitos consecuencias accesorias y en otros, penas, sin motivo aparente.

3. Doble vía de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

El artículo 31bis.1 C.P.⁶⁸ se contienen las dos vías de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica. A continuación vamos a exponer los dos grupos de sujetos que, encuadrados en esta definición, se consideran que pueden imputar responsabilidad penal por sus hechos.

⁶⁷ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op.cit. pág.4.

⁶⁸ “**1.** En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: **a)** De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. **b)** De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

- a) **Representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma**

En primer lugar, es de destacar que con la reforma introducida por la L.O. 1/2015 se ha modificado el elenco de las personas de la empresa que pueden ser responsables. La anterior normativa contemplaba “...por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”, por lo que queda a la vista la intención del legislador de ampliar la lista de sujetos que pueden dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica por sus hechos⁶⁹.

De primeras nos encontramos con la figura del “**representante legal**”, bajo la que hay que entender que se debe tratar de una persona con algún poder de representación en la empresa. Esta figura tiene dos vertientes, la representación orgánica, la cual no permite la delegación de funciones, y la representación voluntaria, que sí se puede dar esta delegación, a través de un apoderamiento singular, escritura pública o general, a personas con responsabilidad social, como directores, gerentes, altos mandos, en general, lo que conlleva la posibilidad de extensión del círculo de sujetos responsables. Aunque sí es cierto que los nombrados anteriormente deben tener una verdadera capacidad de decisión, y poder como para favorecer la comisión de un hecho delictivo, en sus acciones sociales⁷⁰.

Respecto a los que, actuando individualmente o a través de órgano, están autorizados para tomar decisiones, nos encontramos con:

- Administrador de derecho: Actuando individualmente o como órgano colegiado, si se trata de una sociedad de capital, debe ser nombrado por la junta de socios, en virtud del artículo 214.1 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante L.S.C.). También el administrador de derecho puede ser una persona jurídica, nada lo impide desde una interpretación gramatical de la norma⁷¹, aunque bien es cierto que esta persona jurídica debe nombrar a una persona física para que ostente las fa-

⁶⁹ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...Pág. 13.

⁷⁰ FEIJOO SANCHEZ, B. J., *Los requisitos del artículo 31bis.1*, en Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...op.cit. pág. 76 y ss.

⁷¹ *Ibidem.*, pág. 78

cultades del cargo tal como contempla el artículo 212bis de L.S.C., por lo que podríamos entender extendida la responsabilidad penal también a este sujeto, o entrar a valorar una posible coautoría o participación de la otra persona jurídica.

- Administrador de hecho: Respecto a la definición de administrador de hecho, estaremos a lo establecido por la jurisprudencia⁷², por lo que es claro que no debe tratarse de un mando intermedio, debe ser una persona que dirija la sociedad, inclusive dando órdenes a los administradores de la sociedad. Nos encontraríamos al administrador de hecho, en el grupo de personas que ostentan facultades para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica⁷³.
- Personas que ostenten facultades de organización y control: Con esta descripción se amplía llamativamente el número de cargos y mandos intermedios que al tener atribuida esta capacidad, puedan dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica, incluyendo claramente al Compliance officer, cuya principal facultad es ostentar las funciones de vigilancia y control⁷⁴. Aunque bien es cierto que, respecto a esto último habrá que estar a una interpretación restrictiva del Derecho Penal, por lo que deberá tratarse de sujetos con unas relevantes funciones de organización y control, no pudiendo considerarse a cualquier responsable de departamento que no tenga una influencia superior en la persona jurídica. Es de suponer que estos criterios se irán matizando con la jurisprudencia, escasa actualmente sobre este ámbito.

a.1) Caso de las PYMES⁷⁵

Hemos creído necesario la introducción de este subapartado para hacer una breve reflexión acerca del problema de la comisión del hecho delictivo por representante o administrador en una sociedad unipersonal o PYME de escasa complejidad, debido a la duplicidad de sanciones que se puede producir, y que se vulnere el principio *non bis in idem*, reconocido en el artículo 25 de la Constitución.

⁷² S.T.S. 598/2012, de 5 de julio: “*toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra*”

⁷³ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...pág. 15

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ Pequeñas y Medianas empresas

Nos encontramos con la situación de que, en las pequeñas empresas, el propietario, es a su vez el gestor o administrador de la sociedad, en la que las decisiones serán tomadas por la misma persona. Ello puede conllevar a que se produzca una duplicidad de sanción entre la persona física y la persona jurídica, debido a que se produce una *identidad de sujeto* entre el administrador y la persona jurídica donde los hechos y las decisiones se tomarán por la misma persona, no por la “*voluntad social*”, donde sea la misma persona la que en teoría debe ocuparse del control de cumplimiento de la legalidad, y a su vez realice el hecho delictivo, pudiendo ante una eventual imputación de la persona física y la jurídica producirse una ruptura del principio *non bis in idem*⁷⁶. Si bien parte de la doctrina entiende que, aun pudiendo darse unidad de sujeto, no habría *identidad de fundamento*, debido a que el *fundamento* de la imputación de la persona jurídica es la “falta del debido control”, y el de la persona física sería la conducta típica del delito en cuestión, pero decimos es prácticamente imposible disociar en, por ejemplo, una sociedad unipersonal, voluntades diferentes entre la persona física y la jurídica. Otra parte de la doctrina tampoco considera que haya identidad de sujeto, como sucede entre las sanciones administrativas a la empresa, y la penal a la persona jurídica, siempre que se respeten los principios de proporcionalidad⁷⁷.

Bajo nuestra perspectiva, siguiendo a PEREZ MACHIO, consideramos que en el caso de personas jurídicas de escasa complejidad, como las sociedades unipersonales, o pequeñas sociedades, éstas no pueden tener capacidad de organización, y en una equivalencia como sucedería en las personas físicas no puede darse el elemento de antijuridicidad, por lo que resultarían inimputables, como sucedería en el caso de los menores de 14 años, debido a que al no tener capacidad de organizarse, por ser una estructura simple, no revestirían un injusto propio y por lo tanto no podrían tener responsabilidad penal. Para no dar lugar a la impunidad, se aplicaría la doctrina del levantamiento del velo, para poder hacer responsable a la persona física que cometió el hecho delictivo, como sucede en el caso de las personas jurídicas instrumentalizadas para el delito, y que así tuvo a bien considerar la Audiencia Nacional en su Auto de 19 de mayo de 2014, que expresó que “*sólo serán penalmente responsables aquellas que tengan sustrato material suficiente*”.

⁷⁶ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...Pág. 50

⁷⁷ SILVA SANCHEZ, J.M., *La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas...* op.cit., pág. 138

b) Por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad

Respecto a los sujetos que se consideran debajo de esta cláusula (que estén sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente), existen distintas corrientes acerca de quien forma parte de ellos. Queda claro que son personas subordinadas a los sujetos con poder de decisión de la empresa, pero la duda se presenta en función a si se deben de considerar cualquier sujeto con relación laboral o mercantil que reciba ese bajo la supervisión vigilancia y control de los sujetos con poder social en la persona jurídica.

Cierta doctrina considera que se debe de entender que se trata de cualquier persona bajo órdenes o autoridad, pudiendo tener vinculación laboral o mercantil con la entidad de cualquier forma, mientras el hecho sea realizado en el ejercicio social, por cuenta de la entidad y en su beneficio⁷⁸.

En cambio, en este Trabajo consideramos que no se puede extender esa relación a cualquier sujeto con actividad mercantil en la empresa. Entendemos que debe tratarse de una persona con una relación laboral jerarquizada con las personas con poder social, cuyo ámbito de influencia no puede ser dilatado a cualquier sujeto que realice una actividad económica en o con la persona jurídica⁷⁹. Ello es debido al respeto a la interpretación restrictiva del Derecho Penal, y a que la acción realizada debe poder ser realizada por el sujeto en sus deberes propios de la empresa, no puede considerarse una “*acción en exceso*”. Deben haberse vulnerado los deberes de la persona jurídica en el ejercicio de acciones sociales, en el que se hayan establecido protocolos o prohibiciones por parte de los sujetos encargados del control, y por ende de la persona jurídica. Se entiende que el hecho de referencia se encuentra directamente realizado a través del tipo de tareas que la persona jurídica y el sujeto tienen competencia directa⁸⁰.

⁷⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*, en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, op.cit., pág. 77

⁷⁹ CABEZUELA SANCHO, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo escenario empresarial*, en Responsabilidad penal de personas jurídicas en la gestión económica de la empresa...op.cit., pág.20.

⁸⁰ ZUGALDIA ESPINAR, J.M, *Societas delinquere potest...*op.cit., pág. 3.

Otro de los aspectos importantes de esta vía de imputación, es el establecimiento de que el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, debe ser grave, tras su introducción por la reforma del C.P. en la L.O. 1/2015.

El incumplimiento grave es respetuoso con el principio de intervención mínima del Derecho Penal pero es necesario, tal como dispone en Consejo de Estado en el informe sobre el Anteproyecto de Ley de la L.O. 1/2015, que los incumplimientos leves o menos graves, sean sancionados administrativamente o en la jurisdicción mercantil, debido a que la normativa comunitaria de la que proviene no establecía nada acerca de que el cumplimiento debiera ser grave, sino que las personas jurídicas debían ser sancionadas, por lo que para cumplir con las directrices europeas deberían sancionarse las conductas leves o menos graves administrativamente⁸¹. Mientras se incorpora esta responsabilidad, es a tener en cuenta que se podrá dar la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, por los hechos cometidos por los empleados, en base al artículo 120.4 C.P.

Este incumplimiento grave conlleva que si la conducta de las personas encargadas del control y vigilancia ha sido correcta, o habiendo sido defectuoso no fuera grave, no se podrá imputar el delito a la persona jurídica. Se debe de constatar este aspecto, pues un simple incremento del riesgo no puede derivar en la imputación de la persona jurídica⁸². El incumplimiento grave se tiene como barómetro de los programas de cumplimiento normativo y su eficacia⁸³.

Al respecto de la conducta de la persona encargada, se nos plantea la duda de si su incumplimiento podría dar lugar a responsabilidad de la persona jurídica por el apartado a) del art. 31 bis. Debemos entender que este incumplimiento no debe de tratarse de una conducta punible o culpable para dar lugar a la imputación por el apartado b), pero sí en cambio para el apartado a), debe ser una conducta en comisión por omisión⁸⁴.

Como última consideración respecto al concepto de “incumplimiento grave”, nos encontramos con una abrupta incongruencia entre el artículo 31bis C.P. y el art. 66bis.2.b) en el que se establecen las reglas penológicas de la persona jurídica. El artículo 66bis.2.b) establece que “*Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos*

⁸¹ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op.cit., Pág. 21.

⁸² FEIJÓO SANCHEZ, B.J., *Los requisitos del artículo 31 bis*...op.cit., pág. 84.

⁸³ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op.cit., Pág. 25.

⁸⁴ FEIJÓO SANCHEZ, B.J., *Los requisitos del artículo 31 bis*...op.cit., pág. 84.

en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años”. Por lo tanto, nos encontramos con que en el artículo 31 bis se exige el incumplimiento grave, y ese mismo concepto se establece para determinar la duración de la pena a imponer. Nos encontramos ante una incongruencia manifiesta que debe ser resuelta en base al principio de tipicidad penal que impide aplicar esta regla penológica, ya que el presupuesto del tipo es que el incumplimiento sea grave, y por tanto tiene supremacía sobre la regla penológica impuesta posteriormente⁸⁵.

b.1) Responsabilidad del Administrador por no implantación de los modelos de supervisión, vigilancia y gestión del delito

El delito cometido en comisión por omisión se regula en el artículo 11 C.P.

Según la doctrina mayoritaria, el sustento del delito de comisión por omisión no se da en la relación de causalidad, sino en un elemento normativo como es la posición de garantía. El garante tiene un deber especial de actuar para evitar que se produzca el resultado lesivo del bien jurídico. La posición de garante es el plus de antijuridicidad que permite salvar la distancia que separa la no evitación del resultado típico con la causación de éste⁸⁶

Puede haber imputación penal del Administrador de la persona jurídica, cuando no ha evitado el delito, pudiendo haberlo hecho, debido a las facultades ejecutivas que tiene otorgadas.

Es una responsabilidad subjetiva del Administrador, es decir, debe haber dolo o imprudencia en su conducta para poder atribuirle responsabilidad⁸⁷. El delito es cometido en comisión por omisión.

⁸⁵ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op.cit., Pág. 21

⁸⁶ SANZ-DIEZ ULZURRUN LLUCH, M., *La comisión por omisión en el Código Penal de 1995*, en Diario La Ley, 1999, Ref. D-35, Edit. La Ley, Pág.2.

⁸⁷ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *Fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica...*, op.cit., pág. 110.

Es necesario que exista un especial deber jurídico, el denominado deber de garante, que debe venir establecido por texto legal, contractual o por un actuar precedente peligroso⁸⁸, pero tiene que haber más para poder equiparar la conducta activa con la omisiva. Es necesario realizar un juicio de equivalencia entre la conducta activa y la omisiva, no sólo la existencia del deber legal o contractual o el actuar precedente peligroso dará lugar a la comisión del delito en comisión por omisión. La relación formal de garante debe ser material, el sujeto debe ocupar y asumir una posición de control sobre determinados riesgos, debe asumir los riesgos y tener el dominio de la situación para su evitación. También se considerará comisión por omisión, claro está, la asunción absoluta de sus funciones de control de riesgos, ya que lo que ejemplifica es una conducta dolosa, crea un peligro desde un primer momento⁸⁹, conscientemente, pero bien es cierto que el riesgo producido tiene que derivarse al menos de una imprudencia, de no haber actuado con la diligencia debida⁹⁰.

Se deben cumplir los siguientes requisitos para entender que se produce la comisión por omisión, por parte de los administradores:

1. El hecho (la situación que crea el riesgo) se suscite en el ámbito de sus competencias, y por lo tanto, surja ese deber de garantía frente a los hechos
2. Que pudiera actuar, y debiera actuar en tal sentido, asumiendo el control de los riesgos
3. Que, de haber actuado, hubiera evitado la producción del resultado lesivo
4. Para que se pueda dar la comisión por omisión es necesario que el delito sea de resultado, no se concibe la comisión por omisión en un delito de mera actividad, y ello es debido a que se le exige al sujeto una conducta activa para evitar el resultado⁹¹.

⁸⁸ SANZ-DIEZ ULZURRUN LLUCH, M., *La comisión por omisión en el Código Penal de 1995....op.cit.*, pág. 2

⁸⁹ SILVA SANCHEZ, J.M., PASTOR MUÑOZ, N., MONTANER FERNANDEZ R., *Responsabilidad penal de los administradores*, en el colectivo La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Edit. La Ley, Marzo 2011, Pág. 16

⁹⁰ SANZ-DIEZ ULZURRUN LLUCH, M., *La comisión por omisión en el Código Penal de 1995....op.cit.*, pág. 8.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 2.

5. Que se den los elementos de la responsabilidad subjetiva, dolo o imprudencia, aunque ello será excepcional, ya que es complejo subsumir una conducta negativa, en una activa por imprudencia⁹².

Los requisitos objetivos, el deber de garantía sobre los elementos de los riesgos, viene establecido competencialmente, en la estructura jerárquica y funcional de la persona jurídica, y es la que permite delimitar la posición de garante frente a determinados riesgos, y la posible lesión de determinados bienes jurídicos⁹³.

La imputación del Administrador o director en comisión por omisión puede ser a título de autor o de partícipe, dependiendo si es posible equiparar su conducta negativa con la conducta típica del hecho, si no deberá ser partícipe.

La responsabilidad del Administrador debe darse por hechos realizados por sus subordinados, que estén en su esfera de competencia, con los cuales haya una dependencia jerárquica. En el caso de una relación de plano horizontal Administrador con Administrador, no es clara la posibilidad de responder, debido a la existencia del principio de confianza, al no encontrarse en su esfera de competencia, la imputación objetiva es débil. Aunque puede darse el supuesto, si ha influido en las decisiones o hechos del otro, como sucedió en la sentencia del famoso Caso del Aceite de Colza⁹⁴. A sensu contrario, cuando la lesión del bien jurídico venga provocada por situaciones de riesgo creadas fuera de su ámbito de competencia, no vendrá responsable⁹⁵. No es posible imputarle un delito en comisión por omisión por el deber de garante en situaciones ilimitadas, sino que debe tener un verdadero control sobre estas situaciones, un deber de control concreto. No es posible, ni respetuoso con los principios informadores del Derecho Penal, un deber de garante ilimitado con cualquier situación de la empresa, sólo por ostentar la figura del Administrador⁹⁶. Por lo tanto, en caso de que haya administradores que no se encarguen de las funciones de control, no se puede pretender que sea atribuido también este deber de garante.

⁹² GOMEZ TOMILLO, J.M., *Relevancia penal de los modelos y órganos societarios de vigilancia y control para la prevención de delitos en la L.O.1/2015, de reforma del Código Penal*, en Análisis Gómez Acebo y Pombo, www.gomezacebo-pombo.com, abril 2015, pág.3

⁹³ CABEZUELA SANCHO, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op.cit., pág.14

⁹⁴ S.T.S. de 23 de abril de 1992

⁹⁵ S.A.P. de Barcelona de 26 de septiembre de 1994

⁹⁶ SILVA SANCHEZ, J.M., PASTOR MUÑOZ, N., MONTANER FERNANDEZ R., *Responsabilidad penal de los administradores...*op.cit., pág. 16

La delegación de competencias del Administrador a otro sujeto de la persona jurídica, conlleva un traspaso de la esfera de responsabilidad. La delegación debe darse por parte de quien ostente la competencia formal y material de las funciones. Se transmite la esfera de responsabilidad al delegado, el deber de garantía, pero el delegante no pierde absolutamente su deber de garante, sino que pasa a un plano secundario, pero manteniendo un deber de garantía y control sobre las funciones de éste. El delegado adquirirá la posición de autor, siendo el delegante un posible partícipe, al haber un déficit de supervisión por el delegado que tenía la facultad de evitar la lesión del bien jurídico⁹⁷.

También es necesario que el traspaso de funciones debe ser material, se le deben transferir las capacidades de toma de decisiones, autonomía, y además que el delegado tenga capacidad técnica para asumir las funciones que se le han delegado. Aunque si bien es cierto que hay determinadas funciones que no se pueden delegar, como sucede en el caso de las sociedades cotizadas, según dispone el art. 529ter de L.S.C.⁹⁸

4. Actuar en nombre y en beneficio de la persona jurídica

Otro de los presupuestos necesarios para que se dé la imputación de la persona jurídica, que se contiene tanto en la vía de imputación del artículo 31bis a) C.P. como en el apartado b), es que el hecho delictivo debe cometerse en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en el ejercicio de acciones sociales y por cuenta de la persona jurídica, respectivamente.

Por tanto, el hecho debe ser cometido por la empresa, es decir, no simplemente hechos que se cometan en la empresa, sino en su contexto social, que tengan competencias específicas de la persona jurídica o aprovechándose de ésta. Se debe de actuar en el ejercicio de actividades sociales, por lo tanto, nos encontramos con lo requerido anteriormente, de que se debe de tener una vinculación laboral con la persona jurídica⁹⁹, debe ser ejercido en las competencias de la empresa y usando la persona jurídica como ente receptor o emisor del hecho que dé lugar al delito.

⁹⁷ SILVA SANCHEZ, J.M., PASTOR MUÑOZ, N., MONTANER FERNANDEZ R., *Responsabilidad penal de los administradores...*op.cit., pág.25.

⁹⁸ CABEZUELA SANCHO, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op.cit., pág.14.

⁹⁹ FEIJOO SANCHEZ, B.J., *Los requisitos del artículo 31 bis...*op.cit., pág. 78.

Otro de los presupuestos, íntimamente relacionado con este último, es que el hecho delictivo debe de hacerse en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Este concepto ha sido reformado respecto al anterior texto legislativo, en el que el término era “*provecho*”, con ello se parece querer alejar dudas sobre su interpretación, quedando constancia de la posibilidad de que no sólo sea un beneficio económico, una ventaja patrimonial, sino de otros provechos en el mercado, competencia frente a otras empresas del sector, riesgo reputacional, intereses en determinado ámbito, entre otros.¹⁰⁰

Se concibe como la acción tendente a obtener ese beneficio empresarial, aunque no llegue a producirse. Es un requisito de acción, en que la tentativa es suficiente, aunque no se haya obtenido finalmente el beneficio directo o indirecto. Se fundamenta en un hecho objetivo, no influye el *animus* de la persona física que cometa el hecho, ya que, aunque actúe en su propio beneficio, si su acción es idónea para producir el beneficio empresarial, se tendrá por cumplido este elemento¹⁰¹.

Por tanto, la conducta por la que se lesione un bien jurídico, debe de reportar un beneficio para la persona jurídica, es decir, aquellos hechos delictivos en los que se produzca una lesión del bien jurídico, por un representante, o por un empleado, que obtenga un lucro propio sólo para él mismo, no se podrá considerar idónea para imputar a la persona jurídica, como sucedería en el supuesto de la comisión de un delito de blanqueo de capitales, cuyo único beneficio sea obtenido por él¹⁰², o que incluso la persona jurídica sea la víctima, como en una apropiación indebida o administración desleal¹⁰³.

Al entender el beneficio directo o indirecto como un elemento objetivo del injusto, sin influir en el *animus* de la persona física, no parece que haya problemas en concebir que la comisión imprudente del delito dé lugar a responsabilidad, aunque habrá que estar al contenido de los tipos de la Parte Especial del C.P., para dilucidar la existencia o no de responsabilidad en el delito imprudente cometido por la persona física¹⁰⁴.

Este elemento da muestras de la contradicción expresada en apartado primero de este epígrafe, cuando establecíamos las lesiones de las garantías a determinadas personas

¹⁰⁰ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op.cit., pág. 21.

¹⁰¹ S.T.S. 154/2016, de 29 de febrero

¹⁰² ZUGALDIA ESPINAR, J.M, *Societas delinquere potest...*op.cit., pág. 4

¹⁰³ FEIJOO SANCHEZ, B.J., *Los requisitos del artículo 31 bis...*op.cit., pág. 78

¹⁰⁴ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op.cit., pág. 18

jurídicas cuando se les impongan consecuencias accesorias del artículo 129 C.P., por los hechos cometidos por personas físicas, en el seno de su entidad, por delitos en los que aún se ha seguido previendo la imposición de éstas, en lugar de penas, sin ningún motivo plausible, como por ejemplo en el delito contra los trabajadores (Art. 318 C.P.), ya que este artículo no requiere que se haya producido un beneficio para la persona jurídica, por lo que es un presupuesto menos a tener en cuenta para imponer una consecuencia que de facto, puede traerle los mismos resultados adversos que sería la imposición de una pena, sin tener que contar con este postulado.

VI. Modelos de prevención del delito

1. Introducción

Los modelos de prevención del delito, comúnmente conocidos como *Compliance Programs*, han sido introducidos en el C.P. a través de la reforma introducida por la L.O. 1/2015 como eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Anteriormente, sólo se preveían como atenuantes en el caso de que fueran introducidos, por la persona jurídica, antes de que tuviera lugar la apertura de juicio oral, en el transcurso del proceso penal. Ello fue duramente criticado por un sector doctrinal, entendiendo que era necesario otorgar una recompensa mayor a las empresas que implantaban el modelo con anterioridad a la comisión del delito¹⁰⁵, debido a este carácter de atenuante, que se le había dado, cuando se implantara en el transcurso del procedimiento penal dirigido contra la persona jurídica.

Los Compliance Programs tienen su origen en Estados Unidos, implantados en 1991, que contemplan la estructura organizativa y los criterios de funcionamiento de la persona jurídica para valorar su responsabilidad penal. El modelo americano prevé la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, si existe una aplicación eficiente de los modelos de control y prevención del delito¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., Pág. 36

¹⁰⁶ LOPEZ ASECIO, P., *Prevención de la Responsabilidad y Programas de cumplimiento (<Compliance Programs>)*, en Responsabilidad penal de personas jurídicas en la gestión económica de la empresa....op.cit., pág. 41

En España, los antecedentes a los Compliance Programs se encuentran en el Código Unificado de Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en Bolsa, en el que se empezó instaurar la cultura del buen ciudadano corporativo y también Códigos de Buenas prácticas como el Código Olivencia y el Informe Aldama. En ellos se disponen las ideas de necesidad de separar gestión y propiedad en la empresa, que sería necesaria la incorporación a los Consejos de Administración de profesionales expertos e independientes¹⁰⁷, y una serie de medidas para garantizar las buenas prácticas de gobierno corporativo en las sociedades.

La responsabilidad social y el Compliance son dos estructuras derivadas del intento por hacer de las personas jurídicas entes responsables, por una parte, a través de un marco regulatorio de obligaciones, y por otra, a través de una cultura social y responsable que se entrecruza con la cultura de legalidad de la responsabilidad social corporativa¹⁰⁸.

El Corporate Compliance podría definirse, por tanto, como “*un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adaptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se exponen, de este modo, establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos*”¹⁰⁹.

Por ello, como ya dijimos anteriormente, lo que se ha buscado con la implantación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y de los programas de cumplimiento es que sean las propias empresas las que establezcan modelos de prevención del delito y de autoinvestigación¹¹⁰, debido a la incapacidad del Estado de perseguir los delitos en estructuras empresariales tan complejas, como las que ostentan algunas personas jurídicas, y en el marco de un sistema político y económico liberal.

¹⁰⁷ LOPEZ ASENCIO, P., *Prevención de la Responsabilidad y Programas de cumplimiento (<Compliance Programs>)*... op.cit., pág. 43

¹⁰⁸ ARGANDOÑA, A., *Responsabilidad social, compliance y buen gobierno*, en Blog IESE Business School (en línea), <http://blog.iese.edu/antonioargandona/>, 5 de noviembre de 2016, pág.2.

¹⁰⁹ VEGA AGUILAR, J.C., E. HERNANDEZ SANCHEZ, F., IZQUIERDO GARCIA, F., *La figura del Compliance Officer y los Programas de prevención de riesgos penales*, en Diario La Ley nº8689, Edit. LA LEY, 16 de enero de 2016, pág. 2.

¹¹⁰ BACHMAIER WINTER, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance*, en Diario La Ley nº 7938, Edit. LA LEY, 5 de octubre de 2012, pág.4.

2. Consecuencias jurídico-penales de la implantación de los modelos de prevención del delito

La implantación de los modelos de prevención del delito trae consigo consecuencias jurídico penales para la persona jurídica, como puede ser la exención de la responsabilidad penal, la atenuación de la misma (así está previsto por el Código Penal en su artículo 31 bis.2 y 31 bis.4) así también, tal como se defenderá desde este Trabajo, la exclusión de la responsabilidad penal debido a un error de tipo, al implantar los modelos. Por ello, a continuación expondremos los presupuestos que se deben dar para considerar que se debe eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

a) Implantación de los modelos como eximente de la responsabilidad penal

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el Código ha diferenciado los presupuestos del modelo de prevención de la persona jurídica, en torno a si el hecho delictivo ha sido cometido por los representantes, administradores y demás descritos en la vía de imputación del artículo 31 bis a), o si la comisión del delito ha tenido lugar por subordinados de las personas descritas en el apartado a) por una falta de control de éstos, que es la otra vía de imputación de la responsabilidad penal que se contempla en el art. 31 bis b).

No existe un modelo general para las personas jurídicas, por lo que el modelo debe analizar los riesgos derivados de la concreta actividad empresarial y establecer los programas y controles específicos para su concreto marco de actividad¹¹¹.

Respecto a la eximente relacionada con los efectivos modelos de organización y supervisión, tiene absoluta coherencia respecto a los subordinados, ya que engarza con la organización de la empresa y con el reflejo de gobierno corporativo. Lo que es más llamativo es que también se relacione los hechos cometidos por los administradores, que en teoría son los sujetos que deben realizar ese control, por lo que su función no debería ser meritoria, debido a que, si el delito es realizado por ellos mismos, parece entrever una aplicación formal del modelo pero carente de sentido material¹¹², aunque bien es cierto

¹¹¹ ¹¹¹ BACHMAIER WINTER, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance...*op.cit., pág. 2.

¹¹² Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op.cit., pág. 40.

que el apartado a) embarca a muchos sujetos dentro de los posibles realizadores de los hechos delictivos, por lo que puede seguir siendo eficaz el programa de cumplimiento.

El legislador, como hemos expresado anteriormente, ha descrito de una forma mucho más exhaustiva los requisitos de cumplimiento que se deben dar para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, cuando los hechos delictivos hayan sido cometidos por los sujetos del apartado a), como sucede con la creación del órgano de cumplimiento, que bajo una interpretación sistemática y restrictiva pudiera entenderse que sólo en el caso de los administradores y representantes fuera exigible este requisito¹¹³, pero a efectos pragmáticos, en realidad, no dista mucho las condiciones de un modelo de otro, ya que hay aspectos aplicables a ambos, aunque pareciera contrario al texto legal, pero en una mirada conjunta con el artículo 31quinquies C.P., en una interpretación sistemática, se puede entender que deben ser de aplicación en ambos, ya que una interpretación restrictiva sería contraria a la cultura empresarial que debe implantarse tanto en los órganos de administración como respecto a los empleados¹¹⁴.

La existencia del órgano de cumplimiento de la legalidad, establecido en el artículo 31bis.2.2, como ya hemos expresado, es común a ambos títulos de imputación, así como la necesidad de que este órgano cumpla diligentemente sus funciones (art.31bis.2.4), aunque debemos tener en cuenta que el órgano de administración será el que implante los modelos y se encargue de que su ejecución sea eficaz, aunque posteriormente cree el órgano de cumplimiento que se encargará de la supervisión, pero el órgano de administración no podrá delegar su función de cumplimiento.

En cambio sí hay un presupuesto, que no es contemplado para el supuesto de que el hecho delictivo sea cometido por un empleado, y es que los sujetos del apartado a) deben haber cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, pero este presupuesto no es exigido para los empleados. Ello tendrá su importancia en el proceso penal, ya que deberá ser probado por la acusación que el sujeto cometió el hecho delictivo eludiendo fraudulentamente los controles, y en cambio, en el supuesto de que haya sido realizado por el empleado, no es exigible tener que acreditarlo. Aunque también es cierto que, en el caso de que los hechos sean cometidos por los

¹¹³ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *L culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág 186.

¹¹⁴ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op.cit., pág. 40.

empleados, la acusación deberá acreditar que los hechos se han debido a un incumplimiento grave de los deberes de control de los administradores y personas con autoridad¹¹⁵.

Además de estos presupuestos formales, es necesario que la persona jurídica tenga un modelo de prevención actualizado y eficaz en el momento de la comisión del delito, ya que ello conlleva la demostración de que existe una cultura empresarial, una disposición jurídica de cumplimiento con legalidad, y por lo tanto, no debe ser culpable del hecho delictivo. La política criminal de establecer que las propias empresas se autorregulen y cumplan con la legalidad vigente, conlleva que se deba permitir excluir la responsabilidad penal, si se da la implantación de un efectivo modelo de cumplimiento material, y no sólo formal¹¹⁶.

Es claro que el desarrollo legislativo llevado a cabo con la introducción de la L.O. 1/2015, desplegando característicamente los modelos (serán explicados los requisitos en el apartado siguiente), y estableciendo los requisitos que se deben cumplir, lleva a interpretar que no sólo con la implantación del modelo quedaría eximida la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que es necesario la prueba de su eficacia, o de su actuación controlada, no siendo válido encontrarnos ante un simple formalismo¹¹⁷.

El modelo debe constatar que la persona jurídica actúa organizada, que sus actuaciones y actividades están regladas, que no actúa con organización defectuosa o sin ella¹¹⁸.

Debemos tener en cuenta que las certificaciones emitidas por auditorías externas de cumplimiento de obligaciones y modelos de gestión, relacionados con su propia actividad, en cumplimiento de la ISO 19600, aunque no sea de exigencia legal, es un

¹¹⁵ DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015...* op.cit., pág. 235.

¹¹⁶ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 186

¹¹⁷ LOPEZ ASECIO, P., *Prevención de la Responsabilidad y Programas de cumplimiento (<Compliance Programs>)*... op.cit., pág. 53.

¹¹⁸ BACHMAIER WINTER, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance...* op.cit., pág. 2.

aspecto más a valorar para comprobar la eficacia, sin que concluya como un elemento especial, sino como un indicio más de la eficacia del cumplimiento¹¹⁹.

Al estar íntimamente relacionados los modelos con la ética y la cultura empresarial, es importante para valorar, para comprobar su eficacia, cómo los programas de cumplimiento influyen en las decisiones tomadas por los directivos y en el respeto a estos programas de cumplimiento de la legalidad.

Es importante valorar también la implicación de directivos y administradores, como partícipes o autores en comisión por omisión del delito, debido a que si los propios promulgadores del delito son ellos, que por incumplimiento de sus funciones deriva responsabilidad penal de la persona jurídica, atisba un formalismo del modelo de cumplimiento bastante evidente, así como si los modelos tienen establecido un protocolo exigente de contratación y promoción de los directivos. Además también es muy valorable, aunque no sea exigible, que un modelo eficaz abarque las relaciones con proveedores, abogados externos, para demostrar el fomento de la cultura de ética empresarial, en todas las relaciones de la persona jurídica, tanto internas como externas¹²⁰.

Hay que valorar los actos previos a la comisión del delito, posibles procesamientos o condenas anteriores, para fijar si la conducta es algo fuera de lo común, o por el contrario demuestra la total incultura de cumplimiento normativo. Por ende, los hechos posteriores a éste y las medidas que se hayan tomado por los autores, modificaciones de los modelos de cumplimiento, colaboración con la justicia, todo ello serán comportamientos a valorar para la exención de la pena¹²¹.

Las medidas implantadas deben ser adecuadas para el delito en concreto que se haya cometido, se debe valorar si el riesgo permitido era plausible respecto a ese delito en concreto, si se ha conseguido minimizar el riesgo para esa actividad¹²².

¹¹⁹ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op. cit., pág. 51.

¹²⁰ DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de la responsabilidad penal*, en Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas...op.cit., pág 258

¹²¹ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op. cit., pág. 51

¹²² GOMEZ.JARA DIEZ, C., *El injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad)*, en Tratado de Responsabilidad penal de la Persona jurídica... op.cit., pág. 131

Para valorar el riesgo permitido es importante estar a los estándares propios de la empresa donde se desarrolla su actividad, para analizar el riesgo del tipo. Lo primero que debe analizarse es si hay una normativa especial reguladora en el sector, que será el punto de partida para analizar el riesgo, por ejemplo, si carece de modelos de prevención ya habría sobrepasado el riesgo permitido. Posteriormente, en la imputación objetiva hay que determinar si el riesgo ha producido el resultado, si ese defecto de organización ha sido el causante de la lesión del bien jurídico. En caso contrario no se podrá exigir responsabilidad penal a la persona jurídica¹²³.

El modelo de cumplimiento será eficaz mientras que minimice el riesgo al máximo posible, al encontrarse la actuación dentro del riesgo permitido de la imputación objetiva, como sucede con la persona física, ya que el que se haya cometido el delito no tiene por qué ser un síntoma automático de que el modelo no es eficaz, ni idóneo, ya que no se puede exigir el riesgo cero¹²⁴, sino su minimización al máximo y así lo establece el art.31bis.2.1¹²⁵.

Se deben establecer cuatro fases de evaluación del riesgo: identificación, evaluación, análisis y tratamiento, y este último debe establecer las medidas que se consideran que deben adoptadas para convertir el riesgo en residual¹²⁶.

Respecto a la **naturaleza jurídica de la exención** es necesario conocer primero la del tipo, es decir, la naturaleza jurídica de la imputación de la persona jurídica. Si consideramos que ésta es la defectuosa organización de la empresa, y la exención se produce debido a ese cumplimiento eficaz, desaparecería el elemento del tipo, con lo que no nos encontraríamos ante una eximente pura, sino más bien ante una causa de atipicidad¹²⁷.

La Circular de Fiscalía opina de forma contraria, debido al entendimiento de que la responsabilidad de la persona jurídica es una responsabilidad vicarial, por lo que

¹²³ GOMEZ.JARA DIEZ, C., *El injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad)*, en Tratado de Responsabilidad penal de la Persona jurídica... op.cit., pág. 131

¹²⁴ BACHMAIER WINTER, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance...* op.cit., pág. 7

¹²⁵ "...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;"

¹²⁶ GOMEZ.JARA DIEZ, C., *El injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad)*...op.cit. pág. 132

¹²⁷ BAJO FERNANDEZ, M. *Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español*...op.cit. pág.42

entiende que estaríamos ante un elemento de la punibilidad, bajo lo cual si es efectivo el modelo no sería punible y estaríamos ante una exclusión de la punibilidad¹²⁸.

Pero en este Trabajo se defiende que estamos ante una causa de atipicidad, como así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de febrero de 2016, que dispone que la existencia y efectivo cumplimiento de los modelos con los requisitos del art.31 bis.2 y art. 31 quinquies no estaría tan relacionado con la exclusión de la culpabilidad, referido a la eximente, sino al tipo objetivo, debido a que “*la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces*” y así correspondería a la tipicidad la valoración de la idoneidad objetiva de los modelos de prevención¹²⁹, ya que la conducta típica de la persona jurídica es la contenida en el art.31 bis a) y b), por lo que la implantación de medidas deriva en la inexistencia de la tipicidad.

Es también de valorar la posibilidad de que habiéndose cometido el hecho delictivo y habiendo implantado los programas de cumplimiento, con anterioridad todo ello a la reforma del C.P. en 2015, se pueda aplicar la eximente aún en el momento no estando prevista en el Código, pero sí estándolo la atenuante para la implantación de los modelos, por lo que entendemos que debe aplicarse por el principio de retroactividad favorable a reo del Derecho Penal¹³⁰.

b) Atenuante por implantación de los modelos de prevención y gestión del delito

Respecto a las atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, hemos creído conveniente exponer las que tienen que ver con la implantación o la existencia de los modelos de prevención del delito, que es el apartado que nos ocupa, así como también la atenuante de colaboración, debido a su íntima relación con los modelos de cumplimiento de la legalidad.

En cuanto a las atenuantes, nos encontramos con dos grupos: por una parte la atenuante reconocida en el art. 31bis.2 *in fine* C.P., y el art.31bis.4 *in fine* C.P., que

¹²⁸ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 55.

¹²⁹ GOMEZ-JARA DIEZ, C., EL injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad)...op.cit., pág.186.

¹³⁰ DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015*.... op.cit., pág. 236

dispone que se atenuará la pena cuando la persona jurídica haya implantado los modelos que hubieran dado lugar a la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero sólo se puedan “acreditar parcialmente”; así tendrá lugar la atenuación en lugar de la exención. El motivo de que haya dos previsiones se encuentra en que, se prevé en el caso de que el delito sea cometido por los representantes legales, administradores, etc. y por los empleados de la persona jurídica, subordinados de los anteriores.

Por otro lado, en el art. 31quater C.P. se prevén las atenuantes específicas¹³¹ para la persona jurídica, estableciéndose además un *numerus clausus*, ya que expresa que “*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...*”, lo que plantea dudas de inconstitucionalidad, ya que se produce discriminación con respecto a la persona física, ya que es obvio que ciertas atenuantes genéricas no podrán ser de aplicación a la persona jurídica¹³², pero por ejemplo la atenuante de dilaciones indebidas es perfectamente aplicable a la persona jurídica, y cuando, además, es previsible que en los delitos de los que puede ser responsable la persona jurídica sean procedimientos dilatados, en los que se pueda apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

Respecto a la atenuante por acreditación parcial del cumplimiento efectivo de los modelos de prevención, es de resaltar que actúa como eximente incompleta¹³³, referenciada en el art.21.1 C.P., y tiene una relevancia especial, no sólo por su interpretación sistemática, ya que está fuera de las atenuantes específicas, sino por el momento de adecuación anterior a cualquier procedimiento judicial¹³⁴.

¹³¹ “**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.”

¹³² GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Tratado de Responsabilidad penal de las Personas jurídicas....op.cit., pág.231

¹³³ DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015*.... pág., 237

¹³⁴ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 45

Es de importancia destacar que no se trata de haber hecho las cosas “a medias”, habiéndose implantado con la mitad de los requisitos, sino que lo que hay que valorar es la falta de eficiencia de los requisitos que son necesarios, para considerar un modelo con capacidad real y efectivo de evitar o reducir al máximo el riesgo de comisión del delito. La existencia de un modelo de prevención del delito es suficiente para atenuar la pena aunque sea defectuoso, siempre que se trate de un modelo con utilidad práctica y no únicamente un formalismo implantado que no tenga mayor recorrido que el haberse creado, siendo necesario que sea utilizado, aunque no se hayan previsto con efectividad todos sus elementos y resulte defectuoso¹³⁵.

Respecto a la atenuante de implantación de “*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*”, es de importancia resaltar, para entender la diferencia con la descrita anteriormente y con la eximente, que deben haber sido implantadas posteriormente a la comisión del delito, pero anteriormente a la apertura de juicio oral, en el transcurso del procedimiento penal¹³⁶.

Es de destacar que estos modelos deben estar centrados y ser específicos de la responsabilidad penal; no serán suficientes con un modelo de gobierno corporativo genérico.

Los modelos deben contener la filosofía de los programas de exención, aunque al encontrarse directamente como atenuante, en diferencia con la exención y la atenuación, no tienen por qué ser tan exigentes. Deben dar una imagen fuerte y profunda de cumplimiento de la legalidad, de análisis de la actividad y de los riesgos que derivan, delitos cometidos y concentrar los esfuerzos en implantar medidas que los contrarresten, pero es cierto que ello conllevará que las actuaciones posteriores que deban seguirse, durante el procedimiento, sean en función del modelo implantado; de lo contrario podrá llevar a la inaplicabilidad de la atenuación¹³⁷.

¹³⁵ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 45

¹³⁶ LOPEZ ASENSIO, P., *Prevención de la Responsabilidad y Programas de cumplimiento (<Compliance Programs>)*... op.cit., pág. 33.

¹³⁷ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídica conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, pág. 23.

Deben implantarse medidas eficaces *ex ante* a la comisión delictiva, no sólo centrarse en el delito cometido, sino en el análisis de los riesgos de la persona jurídica por su actividad. También se deben destinar los recursos necesarios para su efectividad, en función del tamaño empresarial.

En este punto, en el transcurso del procedimiento penal, es de importancia la implementación de controles y métodos de comunicación de las infracciones a las autoridades de control. Igualmente que en el modelo *ex ante*, se debe contar con la supervisión del modelo por el órgano de cumplimiento de control, ya sea individualmente o en equipo o siendo los propios directores de empresa que se encarguen atendiendo al tamaño de la empresa¹³⁸.

En cuanto a la atenuante de colaboración en la investigación, nos referimos a ella, aun no siendo explícitamente derivada de los modelos de prevención, pero tiene una íntima relación, ya que es un reflejo del sistema de autorregulación implantado en la legislación.

Es una atenuante específica de la persona jurídica, no existe propiamente para la persona física, aunque sí se aplica a través de la atenuante de analogía descrita en el art.21.7 C.P. y se basa en la restauración del orden jurídico perturbado¹³⁹.

Según la dicción del texto legal, al ser una atenuante diferente a la de confesión, no se requiere que en la colaboración se dé la autoinculpación, sino en orden a terceras personas, incluido en personas físicas, pero, eso sí, la colaboración debe ser fructífera para recabar pruebas que “esclarezcan hechos” y responsabilidades, no sería suficiente para considerar la atenuación una colaboración simbólica de aportación de documentos, que no traiga consigo una relevancia jurídica para la investigación¹⁴⁰.

Es a tener en cuenta la relevancia de la colaboración, no ya sólo como atenuante, sino como posible eximente, ya que, basándonos en la efectividad de los medios de detección y prevención del delito, y asumiendo el riesgo residual de comisión, se ha

¹³⁸ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op.cit., pág.235.

¹³⁹ S.T.S. 809/2004 , de la Sala 2ª, de 23 de junio

¹⁴⁰ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2011...op.cit. pág.22.

producido la detección, por lo que conlleva una eficacia plausible del cumplimiento de la legalidad, por lo que podría llegar a ser una muestra más para valorar la exención¹⁴¹.

Aunque un aspecto que debe ser resaltado, es que las investigaciones llevadas a cabo plantean una serie de problemas procesales, como son, con los empleados, que pueden ser testigos, las declaraciones de éstos, o las evidencias digitales de sus correos electrónicos, que pueden traer como consecuencia la nulidad, al ser investigaciones privadas, y la cadena de custodia puede no ser respetada¹⁴².

c) Error excluyente de responsabilidad penal por implantación de los programas de prevención y gestión del delito

Hemos creído necesario abordar en este trabajo, la posibilidad de la aplicación del error¹⁴³, por implantación de los modelos de prevención del delito, debido a que no se han encontrado en la doctrina referencias específicas en torno a la persona jurídica y creemos que puede ser de relevancia para afrontar la responsabilidad penal de ésta cuando se haya implantado el modelo, creyéndose en la certeza de que sí se ha establecido un modelo de cumplimiento efectivo, debido a que se ha realizado por expertos. Ello puede derivar en un error, causando la exclusión de responsabilidad penal, aún no resultando efectivamente eficaz el modelo como para causar la exención de responsabilidad prevista en el art.31bis.2 del C.P.

Lo primero que debemos dilucidar es si nos encontraríamos ante un error de tipo o un error de prohibición.

Recordemos que el error de tipo es un error que recae sobre los elementos del tipo, sobre los elementos de la conducta delictiva, que puede derivarse de una ignorancia absoluta o algún conocimiento pero erróneo sobre la situación típica y produce la

¹⁴¹ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op.cit. pág.236.

¹⁴² NIETO MARTIN, A., *Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal*, en Diario La Ley nº8120, de 5 de julio de 2013, Edit. LA LEY, pág. 4.

¹⁴³ **1.** *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*

exclusión del dolo, ya que éste debe darse sobre todos los elementos del tipo, y el Derecho no reprocha una conducta si no había intención de realizarla, si no había intención de romper la prohibición, aunque realmente la conducta sí esté capacitada para vulnerar la prohibición¹⁴⁴, “*es un conocimiento equivocado o juico falso sobre los elementos descritos por el tipo*”¹⁴⁵

En cambio, el error de prohibición se da cuando, aun conociendo todos los elementos del tipo, se realiza una valoración errónea, se entiende que la conducta no es antijurídica, y por tanto no se está cometiendo un ilícito. En el error de prohibición se entra a valorar en mayor profundidad las circunstancias personales del sujeto, que le han llevado a esa conclusión errónea sobre la realidad¹⁴⁶.

En este Trabajo se considera que el error de la persona jurídica, todo ello desde la teoría de la equivalencia en los elementos de la teoría del delito, ya fundamentada en el epígrafe correspondiente a la acción y culpabilidad, por la implantación de los modelos de prevención del delito, por expertos reconocidos, o por personas cualificadas, de las que se supone un efectivo cumplimiento de su trabajo y de una idoneidad de los programas que elaboran debido a su especialización, lleva a creer que estos modelos, cumpliendo con todas las exigencias en ellos marcados, en su valoración de idoneidad, conllevarán la exención de la responsabilidad de la persona jurídica en una eventual comisión del hecho delictivo, y se debe considerar que nos encontraríamos ante un error de tipo, establecido en el art.14.1 C.P.

Esta consideración debemos realizarla a partir de la concepción que se defiende en este trabajo, de cuál es conducta típica que realiza la persona jurídica y la naturaleza de la exención. Al considerar, como ya se ha fundamentado a lo largo del presente trabajo, que la conducta típica realizada por la persona jurídica es la descrita en el art.31bis.1 y que la naturaleza de la exención es una causa de atipicidad, consideramos la creencia errónea de que se están cumpliendo todos los elementos objetivos, para que se pudiera dar la exención de la responsabilidad penal, como un error del tipo.

¹⁴⁴ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal (parte General)*... op.cit., pág. 266.

¹⁴⁵ Auto T.S., Sala 2ª, de lo Penal, 920/2011, de 2 de junio

¹⁴⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal (parte General)*... op.cit., pág. 266

Esta concepción está influida por la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁴⁷, en que se considera que el injusto engloba al tipo tanto en su descripción legal positiva, en todos los elementos que deben darse para que se realice el tipo, como también en los elementos negativos del tipo, es decir, ausencia de causas de atipicidad y de justificación, ya que sí estas se encuentran, no se produce la antijuridicidad¹⁴⁸. Por tanto, la creencia errónea de que existen los elementos de causa de atipicidad, es un error del tipo, al encontrarse sobre un elemento del tipo.

Nos podríamos encontrar ante el planteamiento de decir que el sujeto también considera que su conducta no es antijurídica, y por tanto encontrarnos ante un error de prohibición, pero debemos tener en cuenta, como expresaba Bacigalupo, que “ *el error de tipo excluye la conciencia de la antijuridicidad, quien obra con error sobre una circunstancia del tipo creará estar obrando lícitamente*”¹⁴⁹, pero como bien ha establecido la jurisprudencia, cuando exista confusión de normas y error recaiga sobre la ilicitud, pero esta su vez sea un elemento del tipo, tiene prioridad el error del tipo, debido a que el error de prohibición tiene un carácter subsidiario respecto a este último, y ello se deduce debido a la anterioridad en la teoría del delito que ocupa la tipicidad respecto a la culpabilidad¹⁵⁰.

Una vez expuesta la concepción del error en el que se recae por la implantación de unos planes a todas luces efectivos, considerado por el asesoramiento experto que se ha tenido, tenemos que dilucidar si nos encontraríamos ante un error de tipo vencible o invencible.

Si el error se podría haber evitado con la diligencia debida, se conceptúa como error vencible o evitable, y en virtud del art.14.2C.P. da lugar a la comisión del hecho delictivo por imprudencia. Para valorar si estamos ante un error objetivamente vencible, es necesario situar al hombre medio ideal en la posición de autor, con los conocimientos de éste, para valorar si podría haber actuado con mayor diligencia¹⁵¹.

¹⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, Edit. Universidad Complutense, Madrid, 1979, pág.51.

¹⁴⁸ ARIBAS EIBE, J.M., El error en Derecho Penal en el Código de 1995, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pág.63

¹⁴⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E., La distinción entre el error de tipo y error de prohibición en el proyecto del Código Penal de 1980, en Diario La Ley, 1981, tomo 1, Edit. La Ley, pág.3

¹⁵⁰ S.T.S., Sala 2ª, de lo Penal, 1070/2009, de 2 de noviembre

¹⁵¹ LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones de Derecho Penal (parte General)... op.cit., pág. 268

En cambio, si el hombre medio ideal con lo dicho anteriormente, no podía prever la comisión del hecho delictivo, estaríamos ante un error objetivamente invencible, y que por tanto no dará lugar a responsabilidad penal, ni tampoco de responsabilidad civil, debido a que es una causa de exculpación¹⁵².

En caso de que sea un error de tipo vencible, dará lugar a imprudencia, pero en estos supuestos hay que valorar dos cosas respecto a la persona jurídica como sujeto activo del delito. Por una parte, el principio del Código Penal español, de que sólo se podrán cometer imprudentemente los delitos, cuando así lo haya dispuesto expresamente la Ley, en virtud del art.12 C.P.. Por otro lado, al sólo poder cometer una persona jurídica determinados delitos, por el sistema de *numerus clausus* implantado por el legislador, el cupo se reduce aún más, por lo que habrá que ver qué delitos de la lista se pueden cometer imprudentemente, para que el error objetivamente vencible de lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica, porque en caso de que no se pueda cometer por imprudencia el hecho será impune, dando lugar a la atipicidad penal de la conducta. Nos encontramos sólo con ciertos delitos, como insolvencia punible, delito contra los recursos naturales, blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En caso de encontrarnos ante un error de tipo invencible, no existe ni dolo ni imprudencia, por lo que no hay ningún desvalor en la acción, no existe el presupuesto de antijuridicidad, y por lo tanto no hay delito.

En consecuencia, si nos encontramos con un modelo de prevención hecho por expertos en la materia, el cual ha sido respetado por la persona jurídica, en el cumplimiento de sus protocolos establecidos, el cual era defectuoso, pero debido al principio de confianza en el asesor, se consideraba, por los encargados de cumplimiento, que se estaban cumpliendo los presupuestos para que el modelo se consideraba exento, estaremos ante un error del tipo.

Dependiendo de si el órgano de cumplimiento o administradores, hubieran podido ser más diligentes, debido a su experiencia y formación haberse informado más sobre la efectividad del modelo, resultará vencible. En caso de por las características del modelo o la escasa formación jurídica, no se pudo prever más diligencia, será invencible. Atendiendo a la actualidad, con la novedad que han supuesto estos planes, la escasa jurisprudencia existente aún sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, es fácil

¹⁵² LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones de Derecho Penal (parte General)... op.cit., pág. 268

pensar en la consideración de error de tipo invencible sobre los programas de cumplimiento, por lo que conllevará la exención de responsabilidad penal para la persona jurídica. Con el paso del tiempo, y cuando se establezcan fuertemente estos modelos, la exigencia de la diligencia debida se considerará mayor y se podrá realizar una valoración más profunda la existencia del error, y en su caso de su vencibilidad o invencibilidad.

3. Requisitos de los modelos de prevención del delito

El artículo 31bis.5 C.P.¹⁵³ regula los requisitos que los modelos de prevención deben cumplir para poder ser considerados efectivos, de cara a la exención y a las atenuantes, por lo que vamos a proceder a desarrollar cada uno de los requisitos exigidos por el legislador, así como el órgano de cumplimiento que, no viniendo previsto en este apartado, sí lo hace en 31bis.2 C.P., e igualmente debe tener unas características adecuadas para poder considerar efectivo el modelo de cumplimiento.

Para los modelos de prevención, aunque su regulación se encuentra contenida en el Código Penal, es importante tener en cuenta las normas internacionales ISO 19600 e ISO 37001, ya que son los estándares internacionales sobre cumplimiento normativo y corrupción y la certificación que pueden dar empresas auditoras a los modelos que cumplan con estas recomendaciones, aunque no son de obligatorio cumplimiento, pero sí podrán valorarse como un indicio más del cumplimiento de la legalidad de la persona jurídica.

¹⁵³ “Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

a) *Requisitos previstos en el art.31bis.5 C.P.*

a.1) Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos

Es de especial importancia la evaluación de los riesgos, en relación con la actividad empresarial de la persona jurídica, que puedan identificarse como conductas punibles de la persona jurídica. Habrá delitos generales de la propia actividad de cualquier empresa (delitos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales, entre otros), pero también habrá que evaluar la actividad concreta y el procedimiento de cómo se realiza la actividad para hacer un análisis completo del riesgo de comisión de un hecho delictivo¹⁵⁴.

El razonamiento de qué delitos se pueden cometer se vislumbra en base a la probabilidad de comisión, antecedentes, número de personas con capacidad de cometerlos, y a las exigencias tanto económicas como reputaciones que se pueden dar¹⁵⁵.

Para realizar el mapa de riesgo es importante contar con la opinión de determinadas personas de distintas áreas de negocio de la persona jurídica, para así poder hacer una visión lo más aproximada posible a la realidad de los riesgos¹⁵⁶.

El modelo no tiene por qué ser elaborado por el órgano de cumplimiento, puede ser creado externamente, y ser él quien se encargue de gestionarlo en la empresa, pero sí debe ser el encargado de conocer su funcionamiento¹⁵⁷.

En compañías de cierto tamaño será muy importante el factor de seguridad informática que gestione y audite los procedimientos internos de la empresa¹⁵⁸. Se debe documentar todo el proceso de análisis del riesgo para, en sus posteriores revisiones y actualizaciones, poder determinar a qué se debió la inclusión de cierta medida o control¹⁵⁹.

¹⁵⁴ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit pág., 202.

¹⁵⁵ CASANOVAS, A., *Cinco cuestiones clave sobre: Evaluación del modelo de prevención penal español*, en www.kpmgcumplimentolegal.es, 2015, pág.9.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ VEGA AGUILAR, J.C., E. HERNANDEZ SANCHEZ, F., IZQUIERDO GARCIA, F., *La figura del Compliance Officer y los Programa de prevención de riesgos penales...* op.cit., pág.7.

¹⁵⁸ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op. cit., Pág. 43.

¹⁵⁹ CASANOVAS, A., *Cinco cuestiones clave sobre: Evaluación del modelo de prevención penal español...*op.cit., pág.10.

a.2) Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos

Se debe analizar la toma de decisiones y establecer un procedimiento para ellas. Se debe crear una estructura importante donde se establezca cuál es el proceso, quién toma las decisiones empresariales, para de esta forma identificar si la conducta ha sido tomada por un individuo sólo o tiene que ver con la cultura y la política empresarial¹⁶⁰

Así también se deberá establecer un procedimiento de control sobre estas decisiones, que corrobore si se están respetando los protocolos del programa de cumplimiento, de forma que se corrobore la voluntad social de la persona jurídica en las decisiones, para de esta forma, a la hora de que haya un procedimiento judicial, se corrobore si el hecho delictivo es causa de la persona jurídica, o de una decisión individualizada¹⁶¹.

a.3) Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos

Existen dos vertientes en este punto. Por un lado, el destino de los recursos financieros a la implementación, desarrollo y permanencia de los modelos de gestión y control, y por otra parte, la propia utilización de los recursos financieros de las empresas, para evaluar su destino y uso, en relación a actividades criminales que se pudieran llevar a cabo en su seno¹⁶².

Respecto a los recursos destinados a los modelos, es lógico que estos recursos deben originarse en función del volumen y complejidad de la estructura empresarial. Deben ser tanto económicos, de personal, como asesoramiento legal especializado, que en un primer momento, es recomendable que sea externo, para contar con una mayor diligencia.

¹⁶⁰ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 202.

¹⁶¹ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op. cit. Pág. 43.

¹⁶² GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 206.

Al tenor del control de recursos financieros propiamente dichos, se debe entender que se establezca protocolos de actuación en contabilidad, especialmente para determinar la equivalencia de ingresos y gastos y con ello evitar o reducir el riesgo creciente de la posible existencia de Cajas “B”, con la que se produce el fraude y la corrupción, que se puede ver en el panorama judicial español.

a.4) Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención

El apartado hace referencia los llamados Whistleblowing o canales de denuncia en la propia empresa. Se debe establecer la obligación de informar sobre los incumplimientos de los modelos, delitos o acciones ilícitas que se puedan cometer por parte de los empleados, sus propios compañeros o cargos superiores¹⁶³.

Un canal de denuncias resulta imprescindible para constatar la eficacia *ex ante* de un modelo de prevención. Para que este canal sea eficaz es necesario implantar la cultura del modelo de prevención, que los empleados sientan que el modelo implantado es materialmente real y no sólo formal.

Es necesario que este modelo cuente con su propio protocolo de actuación, para seguridad del denunciante, que le permita conocer perfectamente cuál va a ser el tratamiento que tenga su información, así como a su propia persona, y de esta forma, a través de la confidencialidad, mejorar la confianza¹⁶⁴.

Debe haber claridad frente a la ética en las denuncias, sabiendo que va a investigar y que se tomarán decisiones, retrayendo a los empleados que busquen causar un problema a otro, por cualquier motivo de índole personal.

También es de suma importancia valorar si el sistema va a ser anónimo o confidencial, entendiéndose que es más favorable el confidencial que el anónimo, ya que aunque

¹⁶³ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op. cit., pág. 45.

¹⁶⁴ NIETO MARTIN, A., *Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal...*op.cit., pág. 2.

puedan rebajarse el número de denuncias, las que se realicen tendrán fundamento suficiente, y ello tiene mayor relación con la implantación de la cultura empresarial de la legalidad, en un ambiente de favorecimiento y no de perjuicios, aunque en caso de recibirse denuncias anónimas¹⁶⁵, tampoco deben descartarse directamente, ya que pueden resaltar de casos importantes. Así se han mostrado dudas acerca de la compatibilidad de las denuncias anónimas con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. La Agencia Española de Protección de Datos realizó un informe¹⁶⁶ estableciendo que el denunciante debería identificarse, no pudiendo darse la denuncia a través de un sistema de anonimato absoluto, si bien, debiendo establecerse controles de protección de los denunciantes. En cambio, el Grupo de Trabajo de la Unión Europea creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, dispuso que el denunciante debe ser anónimo ya que, en ciertas ocasiones, la presión de que sea descubierta su identidad puede dar lugar a que no se produzca la denuncia del incumplimiento y partir de un informe establecido por el denunciante, realizar las investigaciones necesarias para comprobar su veracidad¹⁶⁷, pero entendemos que es más respetuoso con los valores del cumplimiento de la legalidad y protección de datos, el sistema de confidencialidad.

Para considerar efectivo el programa de cumplimiento requerirá la creación de un Registro con todo el canal de denuncias, y por tanto de los denunciantes, aunque se deban asegurar la confidencialidad de éste, pero esa confidencialidad, frente al Juez o Fiscal es complicado de gestionar. Por ello es necesario que se regule esta situación, ya que puede provocar recelos en el denunciante, pudiendo verse en un procedimiento penal aunque sea como testigo protegido¹⁶⁸.

La información debe darse al órgano de cumplimiento o persona encargada de esta función, aunque el Código Penal no establece que tenga que ser directamente, por lo que al no regularse expresamente, se puede entender que se podría realizar indirectamente¹⁶⁹.

¹⁶⁵ NIETO MARTIN, A., *Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal...* op.cit., pág. 4.

¹⁶⁶ Informe 2007/0128 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de datos sobre la Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas

¹⁶⁷ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 209

¹⁶⁸ NIETO MARTIN, A., *Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal...* op.cit., pág. 5

¹⁶⁹ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 210

a.5) Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo

Todo modelo efectivo debe contener un sistema disciplinario que sancione las infracciones o incumplimientos de la organización y del modelo de gestión. Es básico para determinar la efectividad, ya que fomenta la cultura corporativa, y también como prevención de que se cumpla lo pactado ya que si no conlleva una sanción, como ocurre en cualquier derecho sancionador¹⁷⁰.

En empresas con cierta complejidad se establece un sistema disciplinario por las faltas cometidas por los trabajadores. Se fundamenta en la facultad de disciplina del empresario, y así queda recogido en el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.) pero también prevé que esas faltas y sanciones deben estar plasmadas en una disposición legal o convenio colectivo, por ende se deberán establecer esas infracciones y sanciones en el propio modelo de prevención. También podrá ser establecido en el propio convenio colectivo, por lo que es previsible que en los próximos convenios que se firmen posteriores a la reforma del Código Penal, se vayan introduciendo en los convenios infracciones que afecten a los modelos de prevención¹⁷¹.

El art. 54 E.T. establece el despido disciplinario como resultado de las faltas o infracciones cometidos, y por lo tanto lo vincula totalmente con la buena fe en el trabajo, por lo que un incumplimiento de estas medidas, que podría provocar responsabilidad a la empresa, puede dar lugar, debido a la trasgresión de la buena fe, al despido disciplinario por incumplimiento de las medidas de prevención, como sucede respecto a las infracciones de los planes de prevención de riesgos¹⁷². Es importante que se haya establecido una graduación en las sanciones, dependiendo de la gravedad del incumplimiento¹⁷³. De esta forma se respeta también la regulación del Derecho Laboral, respecto a la graduación de infracciones y sanciones, recogidas en el artículo 58 y 60 E.T.

La persona jurídica podrá organizar un sistema de “amnistía” para los denunciantes que hayan participado en la infracción, ya que serán los que mejor conozcan los hechos

¹⁷⁰ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 45.

¹⁷¹ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 215.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 45.

delictivos. La promesa de no sanción será interna, claro está, la sanción penal es independiente a ello, pero puede comprometerse la empresa a no acusarle o incluso a costear la defensa de una eventual imputación. Así la persona jurídica podrá valorar la información y decidir cuál es la mejor estrategia que puede seguir, para su propio proceso penal, si la colaboración o no aunque habrá que tener precaución con este sistema, ya que puede no ser valorado positivamente por Fiscalía¹⁷⁴.

a.6) Realizar 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.

Como vemos, el propio texto legal obliga a la revisión, verificación y actualización del modelo, cuando se hayan cometido infracciones relevantes, o haya habido un cambio en la estructura organizativa o estructural de la propia empresa o de la actividad desarrollada por ésta¹⁷⁵.

Aparte de la propia regulación expresa, en contexto con la normativa internacional (ISO 19600), se establece que para que el modelo sea eficaz, es necesario que se dé su actualización y verificación periódica, sin necesidad de que se haya producido una infracción o cambio¹⁷⁶.

Se debe comprobar que cumple con los requisitos y que su implantación es eficaz. Esta comprobación se podría llevar a cabo a través de una auditoría externa o interna o incluso que se certifique¹⁷⁷.

Respecto a cuándo se produzcan infracciones graves, es necesario que se tomen las medidas oportunas para comprobar cuáles son las causas de ese incumplimiento y se

¹⁷⁴ NIETO MARTIN, A., *Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal...*op.cit., pág. 3.

¹⁷⁵ BACHMAIER WINTER, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance...*op.cit., pág.7.

¹⁷⁶ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 215.

¹⁷⁷ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 45.

pueda dar la implementación de medidas para erradicarlas, en caso de que se estime necesario¹⁷⁸.

b) Órgano de cumplimiento

El apartado 2 del art.31 bis exige la necesidad de creación de un órgano independiente cuyas funciones sean, expresamente, la supervisión de la prevención de los delitos.

No será necesaria esta creación ad hoc para aquellas personas jurídicas que ya tienen asignados por Ley esta necesidad dentro de sus controles internos del riesgo, en los que se incluya la prevención de delitos, como son las sociedades de inversión, sociedades cotizadas, entre otras.

En el caso de las sociedades anónimas cotizadas, por ejemplo, ya tienen un órgano regulado por Ley, que es la Comisión de Auditoría, en el artículo 529 quaterdecies de L.S.C.. Hay que tener en cuenta, que en este tipo de sociedades la disposición de la ley, que dice que las facultades de determinación de política de control y riesgos de la sociedad es facultad indelegable del Consejo de Administración. Por tanto, en consonancia con la ISO 19600, se debe entender que el Consejo se debe encargar de establecer la cultura y gestión de Compliance, creando y atribuyendo al órgano de cumplimiento las funciones de control y supervisión eficaz de los modelos, con una supervisión del programa, si se está gestionando de forma adecuada todo lo relativo a los modelos de prevención, dejando en este caso las funciones a la Comisión de Auditoría interna como órgano de cumplimiento. Aunque es recomendable, según se exponía en la Circular 1/2014, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que la Comisión de Auditoría y el órgano de cumplimiento deban estar diferenciados¹⁷⁹.

También hay que destacar que no todos los órganos de las empresas que se dediquen a control de riesgos podrán asumir dichas funciones, como es el caso de los órganos de prevención de riesgos laborales, debido a que su ámbito de control sólo está relacionada con un aspecto de la empresa, por lo que no sería válido para el control total¹⁸⁰.

¹⁷⁸ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 215.

¹⁷⁹ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 196.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

Dependiendo del tamaño de la empresa, el órgano de cumplimiento estará compuesto por una o varias personas, que deben tener los suficientes conocimientos y formación para desarrollar el puesto, no teniendo tampoco por qué ser un experto en Derecho Penal, sino que puede ser una persona con capacidad de mando y gestión para la implementación en la empresa de los planes, con el asesoramiento de un equipo multidisciplinar ya sea interno o externo y además se le debe de otorgar autoridad e información de todos los procesos y gestiones, actividades, etc. que lleve a cabo la persona jurídica¹⁸¹.

El órgano de cumplimiento, ya sea persona individual o un grupo, debe participar en la elaboración de los programas de cumplimiento, e identificar los riesgos, aún no siendo necesario que sea sólo el encargado, siendo posible que su elaboración se lleve a cabo por agentes externos, y debe encargarse de que se lleve a cabo su cumplimiento efectivo¹⁸².

El órgano debe formar parte de la empresa, no puede ser un agente externo, precisamente por su condición de conocer de la actividad interna de la empresa, y cumplimiento del efectivo modelo. Ello tampoco significa que tenga que encargarse de todas las cuestiones relativas al cumplimiento normativo, sino que puede delegar también en diferentes agentes, como el controller financiero, el encargado de prevención de blanqueo de capitales o el técnico de riesgos laborales, pero sí debe supervisar que se cumplan todos los protocolos derivados del programa¹⁸³.

También podrá controlar a agentes externos para el control de determinadas áreas específicas, como el asesoramiento legal externo, que favorecerá al efectivo cumplimiento, pero lo esencial es que exista este órgano de control en la empresa, que gestione, supervise y controle todos los aspectos relacionados con el cumplimiento normativo¹⁸⁴, aunque no realice explícitamente todos los aspectos de actividad sujetos, ya que, entre otras cosas, en empresas de gran tamaño sería prácticamente imposible esta situación y haría que se produjera una relajación del programa de cumplimiento.

¹⁸¹ VEGA AGUILAR, J.C., E. HERNANDEZ SANCHEZ, F., IZQUIERDO GARCIA, F., *La figura del Compliance Officer y los Programa de prevención de riesgos penales...* op.cit., pág.5.

¹⁸² Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 46.

¹⁸³ *Ibidem*

¹⁸⁴ BACHMAIER WINTER, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance...*op.cit., pág.7.

Es importante tener en cuenta la autonomía del órgano de cumplimiento. Hay que valorar que las políticas de control y gestión del riesgo, corresponde de por sí a los administradores, en especial en sociedades cotizadas donde esta facultad es indelegable, sumado a ello que el compliance officer es nombrado por el propio Consejo de Administración, por lo que puede que su autonomía se vea debilitada en determinadas circunstancias. Para ello es importante establecer también, dentro de los modelos, especificaciones de protocolos en caso de que surjan conflictos de intereses, y reforzar el modelo a través del nombramiento de los miembros del órgano, que no se trate de administradores, o no todos, haciendo una valoración de la idoneidad de cada uno de ellos¹⁸⁵.

En concordancia con la ISO 19600, se encuentran ejemplos de poder de iniciativa y control como tener potestad de revisión de la documentación, revisión y diseño de los modelos, acceso a la toma de decisiones de los órganos de la empresa, a poder iniciar labores de investigación y sanción a cualquier órgano, desde la cúpula al empleado¹⁸⁶.

Respecto a las “*personas jurídicas de pequeñas dimensiones*”, el C.P. resalta una especialidad, en su artículo 31bis.3¹⁸⁷, que dispone que las funciones del órgano de cumplimiento podrán ser asumidas por el órgano de Administración.

Respecto a cuáles son las personas jurídicas que pueden presentar cuenta de ganancias y pérdidas abreviada, se regula en el art.258 L.S.C.¹⁸⁸. Por tanto nos encontramos con un requisito que cumple el 99,88% de las personas jurídicas españolas, que tienen menos de 250 trabajadores¹⁸⁹, por lo que vemos la importancia real que va a tener esta

¹⁸⁵ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 196

¹⁸⁶ *Ibidem*

¹⁸⁷ “*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*”.

¹⁸⁸ 1. *Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior. 2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior”*

¹⁸⁹ http://www.ipyme.org/Publicaciones/Reatrato_Pyme_2015

dispensa, ya que la mayoría de personas jurídicas de nuestro tejido empresarial, las funciones de su órgano de cumplimiento las va a tener encomendada el Consejo de Administración.

Pero ello no conlleva que no deba establecerse un programa de cumplimiento, ya que todos los demás requisitos serán exigidos para poder dar lugar a la exención de la responsabilidad penal¹⁹⁰. Aun teniendo que cumplir los requisitos, es entendible que se haga una valoración extensiva de los modelos con relación a las dimensiones de la empresa, y su modelo de cumplimiento, pudiendo ser rebajada la exigencia en función de su actividad, posible comisión de delitos, tomando como base sus obligaciones contables mercantiles y fiscales¹⁹¹.

En este tipo de personas jurídicas, habrá que estar muy atento a la posible vulneración del principio non bis in ídem, así como su inimputabilidad, dependiendo de su estructura organizativa, como ya defendimos en el epígrafe correspondiente del trabajo.

Es importante destacar también, dos aspectos sobre la responsabilidad del compliance officer:

Si su conducta no es diligente, dará lugar a que no se pueda aplicar la exención de responsabilidad penal a la persona jurídica, como se contempla en el apartado 2 del art.31 bis.

Además, como individuo nos encontramos con que la figura del oficial de cumplimiento forma parte de las personas descritas en el apartado a) del art. 31 bis, como una de las personas físicas que la comisión de hechos delictivos por su parte¹⁹², puede dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica, así como también cuando no realice el efectivo control sobre sus subordinados puede dar lugar a la responsabilidad, en comisión por omisión, como ya vimos que sucedía en la figura del Administrador.

¹⁹⁰ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...* op.cit., pág. 198.

¹⁹¹ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016...op. cit., pág. 49.

¹⁹² *Ibidem*, Pág. 49.

c) *Formación en los programas de cumplimiento*

No siendo un aspecto que explícitamente se considere entre los requisitos establecidos en el Código Penal, creemos que es fundamental, en base a la creación de esa cultura de cumplimiento de la persona jurídica, y por ende de todos sus empleados.

Es importante realizar manuales, información para los empleados acerca del cumplimiento normativo. En especial resulta de gran importancia que se programen sesiones de formación, informaciones en textos, seminarios, y que incluso sean impartidos por los propios representantes o directivos del Consejo de Administración, para que se muestre a los empleados una imagen de cumplimiento normativo desde la cúpula empresarial¹⁹³

Es necesario que el programa de cumplimiento esté visible para todas las personas de la empresa, desde los empleados a los directivos, ya sea en la web corporativa, o en sitios accesibles, para que en cualquier momento pueda ser consultado¹⁹⁴.

VII. Aspectos procesales

En el presente apartado se van a tratar los aspectos procesales más relevantes que consideramos necesarios tener en cuenta en este Trabajo, aunque al no ser el objeto principal, no entraremos en el estudio en profundidad de todos los aspectos procesales que derivan de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su estatuto en el proceso penal, sino que trataremos aquellos que consideramos tienen una relevancia práctica importante en un procedimiento en el que pueda ser imputada una persona jurídica, para dilucidar su eventual responsabilidad penal.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que, con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico español, a través de la L.O. 5/2010, no se establecieron especialidades ni referencias a la persona jurídica en el marco del procedimiento penal, lo que derivó en numerosas críticas por los operadores

¹⁹³ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op.cit., pág.238.

¹⁹⁴ BACHMAIER WINTER, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance...*op.cit., pág.7.

jurídicos, que dieron lugar a que el legislador, a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, dispusiera ciertas matizaciones relacionadas específicamente con la persona jurídica en el proceso penal.

Es necesario advertir de la necesidad de trasladar los derechos fundamentales que tradicionalmente se han aplicado en el proceso penal a la persona física, recogidos en el artículo 24 de la Constitución española, a la persona jurídica, debido a que, al ser un sujeto idóneo para una imputación y acusación penal, deben ser respetados los derechos inherentes a cualquier imputado que pueda ser condenado penalmente¹⁹⁵, reconocido ya por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 12 de abril de 1988 (S.T.C. 64/1988). Así también en el ámbito europeo es de referencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), que, analizando el artículo 47 del Tratado de la Unión Europea, ha establecido que las personas jurídicas deben recibir la aplicación de la tutela judicial efectiva, como las personas físicas y no debe haber distinciones, reconocido también a nivel europeo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts. 6 y 13.

Por todo ello, a través de la Ley 37/2011 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante Lecrim), en su artículo 409bis, se reconocen los derechos que por su especial naturaleza pueden ser aplicables, siendo de indudable aplicación, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

1. Personas jurídicas imputables e inimputables

Hay que tener en cuenta que el art.31quinquies C.P.¹⁹⁶ ha exceptuado a determinadas personas jurídicas, Administraciones y entes públicos relevantes de responsabilidad penal; por tanto, en consideración al propio sujeto no podrán ser imputadas en un procedimiento penal.

¹⁹⁵ BAJO FERNANDEZ, M., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, n Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas...op.cit., pág. 313

¹⁹⁶ “**1.** Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. **2.** En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del

La exclusión de las Administraciones y entes públicos se relaciona con su importancia constitucional y pública para la sociedad, su funcionamiento y las consecuencias que podrían derivar para el interés social que fueran parte de un procedimiento penal, tanto por las medidas cautelares como por las penas a imponer¹⁹⁷.

Como dijimos en el apartado de antecedentes legislativos, después de la gran crítica social que hubo, se introdujo a los partidos políticos y sindicatos como sujetos con capacidad de tener responsabilidad penal. También serán las fundaciones y entidades con personalidad jurídica vinculadas con partidos políticos. Respecto a éstos tienen un régimen especial, ya que sus sistemas de prevención deben ajustar también las características dispuestas en su propia Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos.

Las sociedades mercantiles públicas que se encontraban exentas de responsabilidad penal, en su origen, han sido consideradas como sujetos responsables, tras las recomendaciones de la OCDE, pero se limitan las penas a imponer a la multa y la intervención judicial, en virtud de lo dispuesto en el punto 2 del artículo 31 quinquies. Bien es cierto que, para la aplicación de esta cláusula limitativa, es necesario que su actividad esté dedicada a un fin público o de interés general. Esta calificación será la que decida la aplicación de la pena. Respecto a la excepción que se contiene en el art. 31 quinquies de las sociedades mercantiles creadas ad hoc para eludir responsabilidad penal, se entenderán las que por prueba indiciaria se puede constatar que se tratan de personas jurídicas con ese fin, sin relevancia pública ni interés general¹⁹⁸. Habrá que estar para establecer qué es sociedad pública mercantil a lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen del Sector Público.

Las fundaciones públicas también están exentas. Aun cuando realicen actividades con un fin lucrativo o mercantil, se les tendrá como sector público y por tanto, exentos de

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.”

¹⁹⁷ DE LA CUESTA ARAZMENDI, J.L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español...op.cit., pág.77

¹⁹⁸ FEIJOO SANCHEZ, B.J., *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...op.cit., pág. 60

responsabilidad penal, se extiende esta doctrina también a las fundaciones del sector autonómico¹⁹⁹.

Respecto a los Colegios Profesionales, aunque realizan una actividad administrativa con interés público, es claro que obedecen a la defensa de intereses privados, por lo que en equivalencia con partidos políticos y sindicatos, debe entenderse que tienen responsabilidad penal y siguiendo el mismo esquema lógico, en el caso de Corporaciones como Cámara de Comercio, ONCE o Federaciones Deportivas, también tendrán responsabilidad penal debido a ese interés de grupo privado, aunque realicen funciones de interés público²⁰⁰.

En el caso de las agencias estatales, entidades públicas y organizaciones reguladores, está perfectamente delimitada su exclusión cuando son pertenecientes a la Administración General del Estado, pero nada se dispone en torno a aquellas que pudieran dependes de comunidades autónomas o entes locales, pero entendemos que debería hacerse una interpretación analógica en *bona partem* de la persona jurídica²⁰¹.

Fuera de las entidades de Derecho Público, creemos necesario hacer algunas matizaciones en torno a determinadas personas jurídicas, que pudieran causar controversias:

En el caso de los grupos de sociedades no se podría imputar al grupo, ya que carece de personalidad jurídica. Se deberá imputar a la persona jurídica individual, y en caso de que haya una matriz con gran poder de decisión, se la podrá imputar individualmente.

En el supuesto de las Uniones Temporales de Empresas (UTEs), al carecer de personalidad jurídica, para imputar a la unión debería realizarse a través del art. 129C.P., pero también se podría imputar a cada uno individualmente a través del art.31 bis, si se cumplieran los presupuestos necesarios.²⁰²

Respecto a las entidades con nacionalidad extranjera, en nuestro Derecho Penal la nacionalidad del sujeto no es relevante, ya que la competencia de los Tribunales viene

¹⁹⁹Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 30

²⁰⁰ *Ibidem*

²⁰¹ FEIJOO SANCHEZ, B.J., *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal...*op.cit., pág.61.

²⁰² Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 30

dada por el lugar de comisión del hecho delictivo. Si bien el Código de Comercio dispone que las sociedades se regirán por su Ley personal, para su constitución o formación por lo que nos lleva analizar la cuestión de si estarán determinadas sociedades extranjeras fuera de los parámetros del art.31 bis C.P.

Si hay sociedades extranjeras en España, sin personalidad jurídica, podemos abarcar dos opciones; por una parte, sería considerar a la sucursal un ente sin personalidad jurídica, y por tanto aplicarle consecuencia accesoria por la condena a la persona física, o bien basándonos en el principio de ubicuidad, se puede conceptualizar a la sucursal como una extensión de la persona jurídica extranjera, e imputar directamente a ésta²⁰³.

Por último, nos encontramos ante el caso de las sociedades instrumentales, es decir, las sociedades constituidas y dirigidas exclusivamente para la comisión o favorecimiento del delito, como medio de encubrimiento. Entendemos que no responderán penalmente como personas jurídicas, ya que la estructura del art.31bis. no está diseñada para ellas, ya que no se podría entrar a valorar ni modelos de prevención, ni si existe cultura de cumplimiento, por lo que la sanción penal a sus dirigentes, junto con el decomiso o medias cautelares serán reproche penal suficiente, aunque podría haberse previsto la consecuencia accesoria de disolución a través del art.129C.P.²⁰⁴

Solo podrán entenderse penalmente responsables aquellas que tienen “*sustrato material suficiente*”²⁰⁵. El criterio que marca la imputabilidad o no, es su organización, su realidad material. Se dividirán en personas jurídicas que tienen un tráfico económico residual, aquellas que tengan fondos lícitos e ilícitos, que sean instrumentales pero que a la vez realicen una actividad legal, y por tanto son imputables, y por último se encontrarán aquellas que, debido a que no tienen una actividad legal o es meramente residual, cuyo única función es favorecer al delito, no deberían ser imputables, en aras también a la economía procesal²⁰⁶. En este último supuesto, a través de Auto debe motivarse cuando no se les reconozca como personas jurídicas imputables, el fundamento fáctico de que no tienen actividad legal alguna, ya que ello hará que no estén personadas como imputado en el procedimiento, y por tanto sólo podrán aplicársele medidas cautelares reales como

²⁰³ FEIJOO SANCHEZ, B.J., *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal...*op.cit.pág., 58.

²⁰⁴ S.T.S 154/216, de 29 de febrero

²⁰⁵ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2014

²⁰⁶ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 28

responsable civil subsidiario pero no como imputado, sin ser necesario el respeto a lo establecido en el art. 544 quater Lecrim. El Juez instructor debe pronunciarse expresamente sobre la imputación de la persona jurídica antes de imponer medidas cautelares²⁰⁷.

Otro de los supuestos, sería el caso de las sociedades unipersonales, que como ya expusimos en el epígrafe correspondiente, al no tener capacidad de organización entendemos que no son imputables.

2. Representación legal de la persona jurídica en el proceso penal

En el caso de que se proceda a imputar a una persona jurídica, se deberá notificar en el domicilio social, un requerimiento a efectos de que se produzca el nombramiento de un representante procesal, que no tiene por qué ser el representante orgánico de la persona jurídica, sino que puede ser otra persona física especialmente designada para ello²⁰⁸. Al ser un representante especialmente designado, debemos entender que debe de otorgarse poder especial a su favor para el procedimiento penal en concreto, al encontrarnos ante una figura de tal relevancia.

En caso de que no sea libremente designado representante por parte de la persona jurídica, continuará el procedimiento notificando las diligencias o resoluciones oportunas al Abogado y al procurador de la persona jurídica. Si tampoco se les hubiera nombrado, serán nombrados de oficio para la defensa de la entidad. Así se encuentra establecido en el art.119 de Lecrim.

En el supuesto de que la persona jurídica no tuviera domicilio social o fuera imposible la citación, se podrá practicar requisitoria, según lo establecido en el art. 839bis Lecrim²⁰⁹.

²⁰⁷ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2014

²⁰⁸ DOPICO GOMEZ-ALLER, J., *Proceso penal contra persona jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos*, Diario La Ley nº7796, de 13 de febrero de 2012, Ed. LA LEY, pág.2

²⁰⁹ “**1.** La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido. **2.** En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa. **3.** La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado. **4.**

Bajo una interpretación literal del texto legal, podría entender que se permitiría declarar en nombre de la persona jurídica, a cualquier persona física designada por ella, sin restricciones. Pero, es cierto que, analizando el texto desde un punto de vista garantista, lo idóneo sería que aquellas personas físicas imputadas en la causa a título personal, no pudieran representar a la persona jurídica, para evitar posibles conflictos de intereses, y que con ellas se pudieran ver vulnerados los derechos a la no autoincriminación de la persona jurídica²¹⁰. Aunque fácticamente es de extrañar que el órgano de administración nombrara a una persona física con posibles conflictos de intereses, pero debería de estar restringida esa posibilidad normativamente.

Es de destacar la importancia legal de la persona jurídica en el proceso penal, ya que no sólo es una figura formal, sino que debe decidir acerca de la estrategia procesal a seguir, por lo que es importante dilucidar si puede haber conflicto de intereses. Tal importancia tiene que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de febrero de 2016, dispuso que en caso de que la persona jurídica hubiera sido representado durante todo el proceso y juicio oral por un acusado con intereses contrapuestos, debería dar lugar a la nulidad de las actuaciones y repetición de al menos el juicio oral, y que se designara un representante legal ajeno a cualquier tipo de conflicto de intereses por la persona jurídica²¹¹, aunque si bien es cierto, que en su Sentencia de 16 de marzo de 2016, matiza que la vulneración el derecho de defensa no es automático, es necesario acreditar que se ha producido esta colisión de intereses entre el representante legal y persona física, y que ello ha ocasionado ese perjuicio a su derecho de defensa²¹².

Se deberá comparecer a través del representante especialmente designado, para que sea comunicada la imputación a la persona jurídica, junto con el Abogado. En caso de que no compareciera el representante, se le comunicará la imputación al Abogado. La

Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.”

²¹⁰ BAJO FERNANDEZ, M., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica...* op.cit., pág. 321

²¹¹ S.T.S 154/2016, de 29 de febrero de 2016

²¹² S.T.S. 220/2016, de la Sala 2ª de lo Penal, de 16 de marzo de 2016

Ley nada establece sobre la posibilidad de cambiar de representante legal durante el procedimiento penal, por lo que deberá interpretarse como posible, con la limitación establecida de las personas que hayan sido llamadas como testigos²¹³.

Las declaraciones que se deban realizar por parte de la persona jurídica en el procedimiento penal tendrán lugar a través de su representante, con todos los derechos inherentes al proceso penal de un imputado (derecho a guardar silencio, a no declarar contra la entidad, y a no declararse culpable). En caso de que no declare, debido a su no comparecencia, se tendrá como que ha escogido su derecho a guardar silencio²¹⁴, según lo previsto en el art. 409bis Lecrim.

En el acto de juicio oral, la persona jurídica podrá declarar a través del representante legal especialmente designado, con todas las garantías y ejercer el derecho a la última palabra que le corresponde como persona acusada. En caso de que no comparezca el representante legal, el acto de juicio oral continuará con el Abogado y Procurador, según lo dispuesto en el art. 786bis Lecrim.

Respecto al acto de comparecencia de juicio oral el art.786bis prevé una salvedad: *“No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.”* Con ello se plantea el problema de que una persona con conocimientos suficientes para ser representante legal, pudiera ser llamado como testigo en fase de instrucción, y de esta forma privar de representación suficiente como representante, y con ello poder vulnerar el derecho de defensa de la persona jurídica, reconocido en el artículo 24 de la Constitución²¹⁵. La finalidad del artículo es evitar fraudes procesales, por parte de la persona jurídica, previendo que ésta pudiera vaciar la instrucción y el juicio oral nombrando como representante a la persona con verdaderos conocimientos sobre los hechos delictivos. Por ello es necesaria hacer una ponderación razonable de la norma. En caso de que se haga con un empleado cualquiera, sin poder ni mando, ni relacionado con la prevención de delitos, sí se podría vislumbrar la intención de la persona jurídica de realizar un fraude procesal. En cambio, si es llamado como testigo el encargado del órgano de cumplimiento

²¹³ OSUNA MARTINEZ-BONE, O., *Estatuto procesal de la persona jurídica investigada*, Diario La Ley nº8754, de 4 de mayo de 2016, Edit. LA LEY, pág. 11.

²¹⁴ MOLINA MANSILLA, M.C., y MOLINA MANSILLA, L., La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares, en La Ley Penal, nº96-97, septiembre de 2012, Ed. La Ley

²¹⁵ BAJO FERNANDEZ, M., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica...op.cit., pág. 322.

o los administradores, que sería un representante con facultades de poder actuar en el procedimiento penal, no debería de aplicarse la preferencia de testigo, ya que primaría el derecho de defensa de la persona jurídica, en el proceso penal²¹⁶.

Como hemos podido ver, el legislador ha pretendido que el proceso penal continúe y no se use a la persona jurídica como sujeto dilatador del procedimiento, a través de maniobras que se pudieran dar al no tratarse de una persona física, pero deberá ponderarse por el Juez instructor y el Tribunal las decisiones que se tomen respecto a ello, en aras de no vulnerar el derecho de defensa que le asiste a la persona jurídica.

3. Medidas cautelares a la persona jurídica

Respecto a las medidas cautelares a imponer a la persona jurídica en el marco de un procedimiento penal, nos encontramos su previsión legal en el art. 544quater Lecrim²¹⁷. A renglón seguido debemos exponer que las medidas cautelares que prevé el Código Penal para la persona jurídica, se encuentran en el artículo 33.7 *in fine* que establece que “*La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa*”.

Visto el texto legal nos encontramos con la pregunta de si por lo tanto, según la dicción legal “*expresamente*”, son éstas las únicas que pueden considerarse medidas cautelares para la persona jurídica. Nos encontraríamos con el problema de que no se faculta al Juez instructor para imponer medidas cautelares menos gravosas para la persona jurídica, de carácter real, como el embargo o la fianza (descritas en el art.727Lecrim) que seguramente resultaren más adecuadas.

²¹⁶ DOPICO GOMEZ-ALLER, J., Proceso penal contra persona jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos...op.cit., pág. 7.

²¹⁷ “**1.** Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. **2.** La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.”

Por ello debemos valorar que se encuentran sistemáticamente encuadradas en las medidas cautelares personales (art.544quater), y que, por tanto, podríamos interpretar que estas medidas, basándonos en su ubicación sistemática, son de carácter personal, pero no que no se pueden aplicar medidas de carácter real menos invasivas, y más adecuadas seguramente para el transcurso del procedimiento, sin perjuicio de que para impedir la continuidad delictiva se impusieran también las de carácter personal, así lo ha entendido parte de la doctrina²¹⁸. Esta cuestión debería ser resuelta por el legislador, debido a que es de suma importancia, y debería incluirse mención a la imposición de medidas cautelares reales.

Lo que está claro es que como toda medida cautelar debe respetar los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, así como el *fumus boni iuris* (o apariencia de indicios de realización del delito por el sujeto) y *periculum in mora* (como aseguramiento de la ejecución de la sentencia, así como la protección de bienes jurídicos o protección de las pruebas)²¹⁹.

Según la estructura del precepto de medidas cautelares adoptado en el art.33.7., no se presenta subsidiariedad, sino que parecen estar todas las medidas en plena igualdad. Se entiende que se debería imponer aquella que resultara menos gravosa en ponderación con los intereses afectados, ya que no sólo se tiene que estar a la garantía de aseguramiento, sino también a la anticipación de la tutela judicial efectiva. El Juez, a la hora de imponer las medidas, habrá de estar a la peligrosidad, actuaciones postdelictivas, a la colaboración por parte de la persona jurídica en el procedimiento, a la implantación de medidas eficaces para prevenir el delito, tanto en el transcurso del procedimiento, como el implantado anteriormente del que derive una buena actitud de la persona jurídica, así como la reparación del daño que se haya realizado en el proceso penal²²⁰.

Respecto a las medidas cautelares a imponer debemos tener en cuenta lo siguiente:

²¹⁸ Entre otros, DOPICO GOMEZ-ALLER, J., Proceso penal contra persona jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos...op.cit., pág. 6; VELASCO NUÑEZ, E., Medidas cautelares sobre la persona jurídica independiente, Diario La Ley, Nº 8169, Sección Doctrina, 14 de Octubre de 2013, Ed. LA LEY.

²¹⁹ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op.cit., pág.295.

²²⁰ MOLINA MANSILLA, M.C., y MOLINA MANSILLA, L., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares...*op.cit., pág.11.

- **Clausura temporal de locales o establecimientos:** Se podrán clausurar uno o varios locales dependiendo de los que pudieran estar involucrados en la actividad delictiva, siempre respetando el principio de proporcionalidad en relación directa también con la afectación los trabajadores²²¹. En caso de que la persona jurídica su modelo de negocio sea por Internet se podrá clausurar su página web²²².
- **Suspensión de actividades sociales:** Se impondrá con la consideración tanto a la continuidad delictiva, como a las consecuencias sociales y económicas de la misma, en relación a las reglas establecidas en el art.66bis C.P.²²³. Esta medida puede resultar muy gravosa no sólo para la persona jurídica sino para sus trabajadores, ya que puede dar como consecuencia la movilidad geográfica del trabajador (art. 40 E.T.), la suspensión de los contratos laborales (art. 45.1 E.T.), o la revisión de su jornada laboral (art. 47 E.T.), o incluso la extinción de los contratos por causa mayor (art. 49.1 E.T.), por lo que deberá ponderarse con sumo cuidado la imposición de estas medidas cautelares en personas jurídicas con actividad lícita, ya que puede ocasionar un perjuicio irreparable a terceros²²⁴, como también podría ser indirectamente a los proveedores de la persona jurídica, en el caso de una gran corporación.
- **Intervención judicial:** Es una medida de carácter mixto, civil y penal. Para solicitarla están legitimados el actor civil, todos los acusadores y la acción popular²²⁵. Se debe entender como intervención o administración, y es la potestad del Juez acordarla o no dependiendo de las circunstancias del supuesto. La finalidad de la medida es la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y acreedores, asegurar la condena, evitar que continúe

²²¹ MOLINA MANSILLA, M.C., y MOLINA MANSILLA, L., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares...*op.cit., pág.11

²²² VELASCO NUÑEZ, E., *Medidas cautelares sobre la persona jurídica independiente...*op.cit., pág.5.

²²³ *Ibidem*, pág.7

²²⁴ MOLINA MANSILLA, M.C., y MOLINA MANSILLA, L., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares...*op.cit., pág.12.

²²⁵ VELASCO NUÑEZ, E., *Medidas cautelares sobre la persona jurídica independiente...*op.cit., pág. 8.

la actividad delictiva y garantizar la responsabilidad patrimonial, imposibilitando el vaciamiento patrimonial de la entidad²²⁶. Puede imponerse sobre la totalidad de las instalaciones o sólo sobre determinadas secciones que estén íntimamente relacionadas con la actividad delictiva. En este supuesto habrá que tener más presente el puesto que ocupe en la persona jurídica, el sujeto que ha cometido el hecho delictivo. Se deberá expresar en el Auto que la acuerde, a qué afecta, plazo de seguimiento judicial, y quien se encarga de las funciones y retribución de ello, así como su cualificación²²⁷. Se estableció en el art. 33.7 C.P. que se desarrollaría reglamentariamente, pero aún no se ha producido el desarrollo, por lo que nos encontramos ante un vacío legal que deberá subsanar el Juez, pudiendo establecerse la figura del administrador concursal, como un sujeto apto para ello. El art.632.1 L.E.C. establece que deberá determinarse que actos de gravamen o enajenación precisan autorización judicial y exige el informe de revisión de ventas final justificado, por lo que el Auto del Juez debería encargarse también de ello²²⁸. La intervención podrá modificarse o suspenderse en cualquier momento, previo informe del interventor, y del Ministerio Fiscal. Esta medida representa un asunto complejo en lo referente al derecho de defensa, ya que el Juez instructor al intervenir judicialmente la entidad podrá tener a su disposición documentos o pruebas²²⁹, por lo que debe ponderarse con gran cuidado la adopción de esta medida, y la posibilidad de presentar nulidades en el procedimiento. Habrá que estar atento a lo que la jurisprudencia va resolviendo en el planteamiento de estas cuestiones.

Respecto a la duración de las medidas, tendrán un plazo máximo de dos años²³⁰, en atención a las reglas contenidas en el art.66bis.2 C.P., ya que no se ha establecido expresamente la duración de las medidas, por lo que en caso de que no sean reincidentes,

²²⁶ MOLINA MANSILLA, M.C., y MOLINA MANSILLA, L., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares...* op.cit., pág.12.

²²⁷ *Ibidem*

²²⁸ VELASCO NUÑEZ, E., *Medidas cautelares sobre la persona jurídica independiente...* op.cit., pág. 8

²²⁹ ZARZALEJOS NIETO, J., *La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral*, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", edición nº 1, Madrid, Marzo 2011, Edit. La Ley, pág. 15

²³⁰ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito*, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...op.cit., pág.296

o que se entienda que la persona jurídica es utilizada instrumentalmente para la comisión, del delitos, debe ser de una duración máxima de 2 años. En caso de que se cumplan estos presupuestos la duración máxima será de 5 años.

Según lo dispuesto en el art.544quater Lecrim, la adopción de medidas cautelares deberá hacerse a través de Auto y a petición de alguna de las partes personadas en la celebración de la vistilla, no pudiendo establecerse oficio. En caso de que el representante de la persona jurídica no se presente, se continuará el trámite con la presencia del Abogado y Procurador, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar, como se sigue en los demás preceptos que regulan el trámite del proceso penal de la persona jurídica²³¹. El Auto será susceptible de apelación, con carácter preferente.

4. Conformidad de la persona jurídica en el proceso penal

Podemos definir la conformidad como “*el acto procesal unilateral, de naturaleza compleja y carácter dispositivo, consistente en la declaración de voluntad escrita y, en ocasiones, oral que emite el imputado o los imputados, asistido de su abogado, por el que se conforma con la pena solicitada en la acusación más grave formulada por las partes acusadoras y, en su caso, la responsabilidad civil, lo que provoca, si el órgano judicial lo admite, la finalización anticipada del procedimiento, sin la celebración del juicio oral, a través de una sentencia con todos los efectos de cosa juzgada*”²³².

No es el objetivo de este Trabajo valorar en profundidad la institución procesal de conformidad, sino destacar los aspectos más relevantes de ella en el caso de la persona jurídica.

La conformidad tiene lugar para no llegar a la apertura de juicio oral. Puede tener lugar en la fase intermedia, en el escrito de defensa, en la contestación a los escritos de calificación provisional de la acusación, o incluso, en el inicio de la vista oral, antes de practicar los medios de prueba²³³ (arts. Lecrim 784.3, 787.1). También podrá darse la

²³¹ MOLINA MANSILLA, M.C., y MOLINA MANSILLA, L., La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares...op.cit., pág.13

²³² RODRIGUEZ GARCIA, N., *La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español*, en La Ley Penal, N° 113, Marzo-Abril 2015, Ed. LA LEY, pág.9

²³³ ZARZALEJOS NIETO, J., *La conformidad de la persona jurídica, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales...* op.cit., pág.4

conformidad en los juicios rápidos²³⁴ previstos en el art.801 Lecrim, dando lugar a una reducción de un tercio de la condena, aunque a efectos prácticos es difícil pensar que con la complejidad que se prevé en la instrucción de un procedimiento penal de una persona jurídica, pueda seguirse el procedimiento previsto anteriormente.

Como regla general, en el caso de que haya varios acusados, la conformidad debe prestarse por todos ellos, sin obligación de abrir el juicio oral, cuestión interesante en esta materia al imaginar que en la mayoría de las ocasiones en las que se encuentre imputada una persona jurídica, se encontrarán también acusados miembros de ella. Pero el art.787.8 *in fine*²³⁵ Lecrim, ha previsto esta situación y ha establecido que la persona jurídica podrá prestar su conformidad y no será vinculante para el juicio de los demás acusados, por lo que se entiende que podrá prestar su conformidad con independencia de lo que suceda con las demás acusaciones. Pero y ¿qué sucederá en caso de que finalmente los demás acusados, sean absueltos debido a considerar que su conducta no es típica?, debería preverse esta situación en la norma, ya que sería chirriante que se condenara a la persona jurídica, por unos hechos que al final no resultaron típicos, pudiendo quizás producirse la revisión de Sentencia, pero a todas luces existe un vacío legal que es necesario subsanar.

La declaración de conformidad es personalísima, como se desprende del propio artículo, ya que se establece que el representante debe tener poder especial para conformarse, es decir, en este acto procesal, no nos encontramos como en el resto, de que se continúa el procedimiento incluso sin el nombramiento de éste. El legislador con acierto ha valorado la importancia de este acto, y ha expuesto que en el poder que se debe otorgar para representar a la persona jurídica en el proceso penal, se debe incluir la declaración de conformidad, para que sea válida en su aspecto formal²³⁶. Por lo tanto, no podrá prestarse conformidad por el Abogado sin el representante. El representante debe de ser leal

²³⁴ RODRIGUEZ GARCIA, N., *La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español...*op.cit., pág.16

²³⁵ "Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos"

²³⁶ RODRIGUEZ GARCIA, N., *La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español...*op.cit., pág.17.

a la persona jurídica, y declarar conformidad cuando se considere beneficiosa por estrategia procesal, ya que el Juez, podrá no aceptar si considera que la declaración tiene la finalidad de favorecer a otros acusados²³⁷.

Para las personas físicas, no se permite la conformidad cuando se soliciten penas de prisión superiores a 6 años, pero en el caso de la persona jurídica, al no existir pena de prisión, no encontramos obstáculo a que se pueda prestar bajo cualquier acusación. La única pena que entendemos, en una interpretación del sentido de la norma, respecto a que no se puede prestar conformidad frente a penas graves, es que en el caso de la pena interdictiva de disolución de la persona jurídica, tampoco se pudiera prestar conformidad²³⁸.

En el supuesto de las personas jurídicas, entendemos que la conformidad adquirirá un carácter más negociador respecto a la persona física, ya que siendo la pena principal la multa, y las penas interdictivas de imposición facultativa por el Juez, entendemos que derivará en una mayor negociación con el Fiscal. Bien es cierto que, por la dicción del texto legal, las penas interdictivas no tienen por qué solicitarse en el escrito de acusación, pero en respeto al principio acusatorio, y al derecho de defensa entendemos que sí debe caber, y sobre ello prestar la conformidad o no por parte del representante²³⁹.

En caso de que el órgano judicial considere errónea la calificación o la pena solicitada, pedirá la subsanación a la acusación y en caso de que considere que no se encuentra ajustado a la legalidad, puede no acordar la conformidad y que se produzca la continuación del proceso penal, ya que aún prestada conformidad el Juez puede apreciar que la conducta es atípica o que existen circunstancias modificativas y no aceptar la conformidad, como prevé el art. 787.3 Lecrim.

La Sentencia de conformidad tiene efecto material de cosa juzgada. Adquiere efecto formal de cosa juzgada, ya que impide la presentación de recurso, a no ser que se trate de una vulneración de los requisitos o términos de la conformidad, que se entienda que no se ha prestado un consentimiento libre y voluntario, o por las capacidades de la

²³⁷ ZARZALEJOS NIETO, J., *La conformidad de la persona jurídica*, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales... op.cit., pág.6.

²³⁸ RODRIGUEZ GARCIA, N., *La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español*... op.cit.pág.14.

²³⁹ ZARZALEJOS NIETO, J., *La conformidad de la persona jurídica*, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales... op.cit., pág.6.

persona no comprende la consecuencia jurídica de la declaración de conformidad. En términos generales, no se podrá recurrir la sentencia de conformidad (art.787.7 Lecrim).

5. *Especialidades de la carga de la prueba, en el proceso penal, de la persona jurídica*

Creemos de importancia resaltar el aspecto de quién debe probar que los modelos de cumplimiento de la legalidad son efectivos, ya que ello conllevará la exención o no de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, entendió que la carga de probar el efectivo cumplimiento de los modelos deriva de probar la efectividad de los modelos, por lo que sería la defensa la que tendría que probar que el modelo implantado resulta efectivo, y ser la acusación la que tendría que probar que se han cometido los hechos delictivos, por las dos vías de imputación que establece el art.31 bisC.P., por sus representantes, administradores o por subordinados de éstos debido a una falta de control de los primeros, que se cometiera el hecho delictivo en nombre de la persona jurídica y en beneficio de la misma²⁴⁰.

Esta misma teoría fue refrendada por el Voto Particular en la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, en el que parte de los Magistrados consideraron que se debía de aplicar la regla general probatoria de las circunstancias eximentes, entendiendo que corresponde a la defensa probar que concurren las medidas para que dé lugar la exención de la responsabilidad, y en caso no constatarse que no dé lugar a la exención, indicando como doctrina la Sentencia 1068/2012 del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre. Disponían que no se puede cargar a la acusación con la prueba de hechos negativos. La persona jurídica debería aportar todo lo relativo que pudiera acreditar el cumplimiento de modelo de prevención del delito, y si su acreditación es plena que tenga lugar a la exención, mientras que si es parcial que dé lugar a la atenuante, como se establece en el art.31bis.2.

Pero en la Sentencia en sí, así como en la posterior Sentencia 220/2016, del Tribunal Supremo, de 16 de marzo, se entiende por los Magistrados que la carga de la prueba,

²⁴⁰ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2016....op. cit., pág. 55

de que existe un defecto de organización, corresponde a la acusación, ya que la acusación, en respeto al derecho de presunción de inocencia y de los principios constitucionales, no sólo debe probar que las personas recogidas en el art.31bis, han cometido el hecho delictivo, y en beneficio de la persona jurídica, sino que se ha cometido el hecho, debido al defecto en la estructura de organización del ente corporativo: *“no se puede alegar una presunción iuris tantum de que una vez constatada la comisión del hecho delictivo por persona física, existe también un defecto de organización”*²⁴¹. La imposición de penas a la persona jurídica hace que el Fiscal deba actuar con la mayor diligencia y exigencia, para probar la existencia de los elementos que prueban la responsabilidad penal de la persona jurídica, no pudiendo rebajarse su exigencia, debido a que se trate de un ente colectivo, estableciendo sus vías probatorias, en función de si se trata de una persona física o jurídica, rompiendo de esta manera con los principios informadores del Derecho Penal²⁴².

Así lo entendió también el Consejo de Estado, en su dictamen al proyecto de reforma de la L.O. 1/2015: *“...entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impositivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras”*.

Esta concepción es la defendida también en este Trabajo, por lo que la acusación debe probar el defecto de organización de los modelos de prevención *ex ante* a la comisión del hecho delictivo, objetivamente, mientras que la defensa debe probar que aun habiéndose cometido el delito, había instaurado una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad, y que aún habiendo una conducta fuera del riesgo permitido, la cultura estaba instaurada y por tanto no habría culpabilidad. Para refrendar de la prueba de cumplimiento

²⁴¹ Sentencia 220/2016, de la Sala 2ª, de lo Penal del Tribunal Supremo, de 16 de marzo

²⁴² *Ibidem*

de la legalidad, se considera que se deben de realizar auditorías como pruebas periciales, que examinen a través del estudio del modelo, si se cumplen los protocolos y de ello se deduce esa cultura, estudios de campo con los empleados, en los que se acredite que existe esta cultura, y que certifiquen la exclusión de la culpabilidad o su atenuación, en caso de no ser completa²⁴³.

VIII. Penas para la persona jurídica

En el art. 33.7 C.P.²⁴⁴ se ha previsto específicamente el conjunto de penas aplicables a la persona jurídica, creando, como es lógico por su naturaleza, penas distintas a las contempladas para la persona física. Se ha considerado, por parte de la doctrina, que no nos encontramos ante penas propiamente dichas del Derecho Penal, sino tratándolas de sanciones, ya que sigue estando presente el principio *societas delinquere non potest*, y por lo tanto no se podría entender que se le impone una pena a la persona jurídica, pero no será el objeto de estudio de este trabajo esta discusión doctrinal, sino un estudio del Derecho positivo, en relación a las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión del delito por la persona jurídica. Las penas tendrán la consideración de graves, siendo así in-

²⁴³ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La culpabilidad de la persona jurídica...op.cit.*, pág.216.

²⁴⁴ “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: **a)** Multa por cuotas o proporcional. **b)** Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. **c)** Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. **d)** Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. **e)** Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. **f)** Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. **g)** Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”

fluyente sobre la determinación de la prescripción, que será a los 10 años, desde que adquiera firmeza la sentencia, y en el caso de los antecedentes penales desde que se extinguiera la pena.

El art. 66bis C.P. regula la individualización de la pena a la persona jurídica, y con ello establece el primer régimen que hay que tener en cuenta en la imposición de la pena a la persona jurídica, y es que la pena de multa, será la única pena imponible obligatoriamente en caso de que exista responsabilidad penal, siendo las demás penas, también denominadas penas interdictivas, es decir, las contenidas en el art.33.7 C.P. desde los apartados b) a g), facultativas por el Juez, dependiendo de criterios que se encuentran establecidos en el art. 66bis C.P., y que valoraremos a continuación, exceptuando a la persona jurídica que se considere organización criminal, según lo dispuesto en el art.570 quater C.P.

Los criterios a valorar para la imposición de las penas interdictivas, citadas anteriormente, vienen contenidas en el apartado 1 del art. 66bis C.P., ya que para poder ser impuestas, debido a la facultad del Juez para aplicarlas o no, se deberían tener en cuenta tres circunstancias relevantes, como son la peligrosidad y posibilidad de continuidad delictiva de la persona jurídica, las consecuencias económicas y sociales, especialmente, la afectación que pueda tener lugar para los trabajadores, y el cargo que ocupe la persona física que ha cometido el delito, en la estructura de la persona jurídica.

Sobre la referencia a la peligrosidad podemos ver que la naturaleza de las penas interdictivas tiene más bien unas características propias de las medidas de seguridad, por lo que pueden tratarse de medidas de seguridad conceptuales implantadas como penas²⁴⁵.

En torno a la afectación a las consecuencias que puedan conllevar para los trabajadores, es clara la intención del legislador de minimizar los perjuicios que pudieran conllevarse hacia terceros no relacionados con el delito, así como para proveedores, clientes, y actividades sociales.

²⁴⁵ GOMEZ-JARA DIEZ, C., *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op.cit., pág. 107.

Respecto al cargo que ocupe la persona física que ha cometido el delito en la organización, encontramos esa relación tan plausible con la cultura de legalidad en la persona jurídica, y su íntima relación con la culpabilidad como hemos defendido en este Trabajo, ya que es lógico pensar que el riesgo de comisión de hechos delictivos aumentarán cuanto mayor sea el cargo ocupado por la persona física, que comete el delito, ya que puede estar instaurada esa forma de proceder en la cultura de la empresa.

Es importante conocer sobre las penas interdictivas determinados límites penológicos que se dan en ellas, y como se superan si cumplen las circunstancias de reincidencia, y de que sean personas jurídicas instrumentalizadas para actividades delictivas.

Hay un límite de dos años de duración de las penas. También existe el límite de que la duración de la pena no podrá ser superior a la que se hubiera podido imponer como pena privativa de libertad a una persona física, por la comisión de este delito. Estos son los dos límites generales de imposición de penas interdictivas a la persona jurídica.

Si la persona jurídica fuera reincidente, y debemos entender reincidente al tenor de lo expuesto en el art. 22.8 C.P. En esta ocasión el límite de dos años no será aplicable, elevando la duración hasta los 5 años.

La elevación del límite a 5 años, también se dará en el caso de que la persona jurídica sea instrumentalizada para el delito, y ello debe entenderse, tal como establece el C.P., como *“siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”*.

También para determinadas penas, existen otros límites, como son la imposición de la pena de carácter permanente en el caso de la disolución y de la prohibición de actividades bajo las cual se haya cometido el delito, o para imponer penas de duración mayor a 5 años y con un límite de 15 en la prohibición también, que puede ser definitiva o temporal, y en el caso de la inhabilitación para obtener subvenciones y sus derivados previsto en el apartado f) del art. 33.7C.P.

Para que puedan romperse estos límites de nuevo, debemos encontrarnos ante personas jurídicas multireincidentes, y debemos entender como tal, lo previsto en el art.

66.5C.P.²⁴⁶, o cuando estemos ante personas jurídicas instrumentalizadas para la comisión de hechos delictivos, como hemos definido anteriormente.

1. *Catálogo de penas aplicables a la persona jurídica*

A continuación vamos a realizar una explicación de las distintas penas que se pueden imponer a la persona jurídica, con sus límites y consecuencias

- **Pena de Multa:** Se establece como obligatoria, y es el régimen principal de sanción de las personas jurídicas, como así se dispuso en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010²⁴⁷. Su regulación es la general establecida en el art. 50 C.P.

Así la pena de multa adquiere una función preventiva general. Será la pena impuesta en todo caso a una persona jurídica responsable penalmente, siendo las demás penas preventivo-especiales, ya que se impondrán en función de la peligrosidad y continuidad delictiva potencial de la persona jurídica²⁴⁸.

En los preceptos de la Parte Especial del Código Penal se establece si es de aplicación el sistema de días-multa o el de multa proporcional, así como sucedería con la persona física, siendo prácticamente igualitario el tratamiento en caso de pena de multa, si bien en el caso del delito de blanqueo de capitales se rompe este esquema debido a que a la persona jurídica se establece una pena de días multa, y para la persona física es proporcional.

El sistema de días-multa es el mismo que teníamos para las personas físicas, pero con salvedades propias de la especificidad del sujeto, como son que la duración

²⁴⁶ 5.^a *Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.*

²⁴⁷ *“Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis”*

²⁴⁸ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...op.cit.*, pág.275

máxima es de 5 años y la mínima de 10 días, así como las cantidades son de mínimo 30 y máximo 5.000 euros al día. La capacidad económica de la persona jurídica determinará el importe económico diario pero no su extensión, que será determinado en los límites establecidos en el concreto delito²⁴⁹.

El sistema de multa proporcional, previsto en el art.52 C.P., es el mismo que para las personas físicas, pero con la especialidad, que en caso de que no se pueda determinar el daño causado, valor obtenido, o la cantidad defraudada, el Tribunal en Sentencia debidamente motivada, deberá imponer el sistema de días-multa en función a la pena que le hubiera correspondido a la persona física en abstracto, tal como dispone el art.52.4 C.P.²⁵⁰

A la pena de multa no le serán aplicables las atenuantes establecidas en el art. 21 C.P , como ya expresamos en el epígrafe correspondiente, sino que le serán aplicables las establecidas en los arts. 31 quater y 31 bis.2 C.P.. Si bien, respecto a la referencia que hace el art. 66bis a las reglas de atenuantes, es de entender, que en caso de que hubiera varias atenuantes de las establecidas en los arts. 31quater o 31bis.2 se pudieran aplicar conjuntamente, dando lugar a atenuante muy cualificada que conllevaría la reducción de la pena en uno o dos grados²⁵¹.

En caso de que no se satisfaga la multa por parte de la persona jurídica, el Tribunal podría, en virtud de lo dispuesto en el art.53.5 C.P., intervenir la empresa hasta que se realice el pago, estableciéndose así la llamada responsabilidad subsidiaria de las penas en la persona jurídica, ya que al no poder ser impuesta la pena de prisión, se establece la pena de intervención²⁵².

El art. 53.5 C.P., regula la posibilidad de fraccionamiento del pago de la pena de multa, en un plazo de 5 años, cuando del pago se pueda derivar la imposibilidad o dificultad de continuidad de aquella, que afecta a los trabajadores, que en ella

²⁴⁹ Todo ello Artículo 50 C.P.

²⁵⁰ “a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.”

²⁵¹ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit. pág.277

²⁵² DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015...*op.cit., pág. 229

se encuentran empleados, o el interés general, entendiéndose por éste como el interés para la sociedad por la actividad que realice la empresa, como función fundamental para el conjunto de la ciudadanía²⁵³. Debe ser justificado, ya que se establece el verbo “probará”. Esta medida demuestra la finalidad que tiene el legislador de procurar el menor perjuicio para terceros no responsables del hecho delictivo. El aplazamiento no se podrá solicitar²⁵⁴.

Uno de los aspectos que es necesario tener en cuenta, en la pena de multa, es la cláusula establecida por el legislador en el art. 31ter.1²⁵⁵, respecto a la “modulación” de la pena de multa cuando se imponga a la persona física que cometió el delito, y a la persona jurídica. No encontramos sentido alguno a esta modulación, bajo la que sólo podría pensarse en el caso de Pymes, o de sociedades unipersonales, pero antes de entrar a valorar la proporcionalidad, se encontraría la ruptura del principio non bis in ídem, como ya explicamos en el epígrafe correspondiente, por lo que nos parece sin relevancia alguna²⁵⁶. Ya centrándonos en la legislación, no existe un criterio expreso de compensación, por lo que nos encontramos ante un criterio orientador, para el Tribunal. En el caso de las grandes corporaciones, no se encuentra sentido alguno a este precepto, por lo que entendemos que el Tribunal podría no considerar desproporcionado establecer una pena de multa a cada una de las personas consecuente con los hechos cometidos, y no modular la pena²⁵⁷.

- **Pena de disolución:** Como hemos establecido anteriormente, sólo se podrá imponer esta pena si se trata de personas jurídicas criminalmente instrumentales, o cuya principal actividad sea delictiva, o bien sean multireincidentes. Conllevará la pérdida de personalidad jurídica, y cualquier forma de poder concurrir en el tráfico

²⁵³ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2011... op.cit., pág.25

²⁵⁴ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit., pág.277

²⁵⁵ “...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.”

²⁵⁶ DE LA MATA BARRANCO, N.J., y HERNANDEZ DIAZ, L., *Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas*, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op.cit., pág., 236

²⁵⁷ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit., pág.278.

mercantil. Así también debe de tratarse de hechos de especial gravedad, con repercusión social, delitos masa²⁵⁸, entre otros. En el caso de que sean consideradas organizaciones o grupos criminales, será obligada la disolución²⁵⁹. El C.P. no prevé la forma de disolución, por lo que la liquidación de la sociedad deberá hacerse por los procedimientos dispuestos en la legislación civil y mercantil.

- **Pena de suspensión de actividades de la persona jurídica:** Como hemos expresado anteriormente, tendrá una duración máxima de 2 años, salvo que se trate de personas jurídicas reincidentes o cuya principal actividad sea delictiva, elevándose el límite legal a 5 años.

Se producirá la suspensión de las actividades sociales, sin llegar a la pérdida de personalidad jurídica, como sucede en la disolución, pero sí que se perderá la capacidad de actuar en el tráfico jurídico y mercantil. Hay diversas interpretaciones sobre si la suspensión es de toda la actividad empresarial o si podría darse la suspensión de ciertos rectores de actividad relacionados con el delito²⁶⁰. Realizando una interpretación sistemática del art. 33.7 C.P., se puede entender que estaríamos ante una suspensión total, ya que existe la pena de prohibición de actividades relacionadas con el delito durante cierto tiempo, por lo que nos encontraríamos ante la pena intermedia entre la disolución y la prohibición de actividades²⁶¹.

- **Pena de clausura de locales y establecimientos:** Como sucede con la pena anterior nos encontramos con los límites de 2 y 5 años de pena bajo las mismas circunstancias.

Se puede entender que, en este caso, sí que la cláusula puede afectar exclusivamente a determinados locales o establecimientos, donde se haya facilitado la actividad delictiva²⁶², como venía siendo de aplicación en el art.129 C.P.²⁶³, Así también lo entendió la jurisprudencia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 248/2009, de 23 de junio.

²⁵⁸ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2011... op.cit., pág.27.

²⁵⁹ FEIJOO SACHEZ, B.J, Las *consecuencias jurídicas del delito*...op.cit., pág.286.

²⁶⁰ Circular Fiscalía General del Estado, 1/2011... op.cit., pág.27.

²⁶¹ FEIJOO SACHEZ, B.J, Las *consecuencias jurídicas del delito*...op.cit., pág.287.

²⁶² Circular Fiscalía General del Estado, 1/2011... op.cit., pág.27.

- **Pena de prohibición de actividades:** En este caso, sí que sólo se pueden prohibir actividades relacionadas directamente, o que en el seno de ellas se cometa la actividad delictiva, así es previsto por el propio texto legal. Por ello, deberán quedar perfectamente delimitadas, en Sentencia, las actividades en las que se cometa el delito, ya que sólo se podrá prohibir esta actividad²⁶⁴.

En esta sanción, sí se ve el sentido preventivo-especial negativo de la pena, ya que sólo es prohibición y no realizar acciones positivas para reestructuración de la sociedad²⁶⁵, aunque estas acciones positivas deberían ser valoradas en atención al orden constitucional, ya que, como sucede en el caso de la pena de los trabajados en beneficio de la comunidad, sólo pueden acordarse con el consentimiento de la persona física.

En este supuesto, la prohibición puede ser temporal o definitiva, como hemos expresado anteriormente, así como que tendrá una duración máxima de 2 años, a no ser que sea reincidente o instrumentalizada que podrá ser de 5 o multireincidente o instrumentalizada gravemente de 15. Debemos entender que, para que se diera la prohibición definitiva, debería haber una gravedad de hechos muy relevante, y también tenerse en cuenta los principios del art.66bis. C.P.

- **Pena de Inhabilitación:** La inhabilitación tiene que ver con tres concesiones que son: la obtención de subvenciones y ayudas públicas, la contratación con el sector público, y el disfrute de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Se pueden imponer acumulativamente las tres, pero el principio de proporcionalidad advierte de la necesidad de imponer la mínima sanción que pueda ser efectiva, por lo que la imposición de una o varias deberá ser motivado²⁶⁶. Con esta pena se busca que el Estado no contrate con personas jurídicas con actividades delictivas y que no reciban ayudas o beneficios fiscales²⁶⁷, con el efectivo disuasorio que puede tener para muchas personas jurídicas, que por razones de su sector estén íntimamente relacionados con la Administración Pública.

²⁶⁴ Circular Fiscalía General del Estado 2011... op.cit., pág.27.

²⁶⁵ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit., pág.287.

²⁶⁶ *Ibidem*, pág.288.

²⁶⁷ Circular Fiscalía 1/2011... op.cit., pág.28.

Es de importancia destacar la necesidad de creación de registros unificados entre las Administraciones Públicas y los Tribunales, con el fin de que se ejecute la pena de inhabilitación.

Como hemos expresado anteriormente, se regirán las mismas reglas de duración que en la pena de prohibición, excepcionado la permanente, que no podrá darse, pero sí los límites de 2, 5 y 15 años.

- **Pena de intervención judicial:** Bajo el tenor literal del texto legal, se entiende que la intervención tiene una función de aseguramiento de los salarios de los trabajadores y de los acreedores. Se deduce que tiene una función de vigilancia y control sobre la empresa y los órganos de cumplimiento, sobre el Consejo de Administración, pero de cumplimiento de la legalidad. La intervención se podrá dar sobre toda la persona jurídica, o sobre determinados establecimientos²⁶⁸.

Bajo la dicción de “salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores”, se razona que sólo se podrá imponer esta pena en este supuesto, bajo una misión de vigilancia y control y que no se produzca un vaciamiento patrimonial de la sociedad²⁶⁹.

Se trata de una sanción interdictiva que se basa en que no se produzcan los impactos negativos que puede acarrear la disolución o suspensión de actividades, en aras a salvaguardar los derechos de terceros, y no tiene un fin mayor, pero sirve de respeto al principio de proporcionalidad.

Puede modificarse o suspenderse en cualquier momento, a petición del interventor o del Ministerio Fiscal.

Debe regularse la figura de interventor, que se dispuso que se desarrollaría reglamentariamente, tanto sus funciones, como cualificación como retribución, por respeto al principio de legalidad, parcheando hasta entonces, con la figura del interventor de la Ley de Enjuiciamiento Civil o con la figura del administrador concursal, pero el principio de legalidad tambalea hasta entonces.

²⁶⁸ Circular Fiscalía 1/2011... op.cit., pág.28.

²⁶⁹ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit., pág.288

A falta de previsión legal, debemos entender que el Juez encargado de ejecutar las sanciones interdictivas, debe ser el Juez sentenciador.

Es llamativa la falta de substitutivos de pena, como sucede en la persona física, y como vimos que en nuestros países cercanos se ha tratado, siendo valorable que se aplicaran substitutivos en caso de las penas interdictivas para el caso de que nos encontremos con personas no reincidentes, pero es entendible, que debido a esa potestad del Juez para imponer las penas en torno a sus circunstancias específicas, se establecerá una ponderación adecuada de las circunstancias concurrentes al supuesto concreto, y se interpondrán las menos restrictivas, o incluso no se impondrán si las circunstancias del caso así lo aconsejan, pero deberían de ser reguladas, para poder ser solicitadas directamente por la defensa, sin esperar al arbitrio del Juez.

2. *Circunstancias modificativas*

En torno a las circunstancias modificativas que influirán en la pena, debemos establecer que nos encontramos con atenuantes y agravantes en la persona jurídica. Lo primero que debemos resaltar, es que no le afectan a la persona jurídica la circunstancias modificativas que se puedan dar en las personas físicas, según lo dispuesto en el artículo 31ter.2C.P.

Respecto a las agravantes, debemos destacar que no existe un *numerus clausus* como en las atenuantes, pero a la luz del art. 66bis.2 C.P. se puede entender que serían aplicables como agravantes, la reincidencia y la instrumentalidad delictiva de la persona jurídica²⁷⁰, que afectarán a las penas interdictivas, como ya hemos explicado anteriormente, en los límites de su vigencia o en su carácter permanente.

En cuanto a las atenuantes, se encuentran establecidas en el art. 31quater C.P., estableciéndose una especie de *numerus clausus*, ya que se dispone que “expresamente” serán estas las circunstancias atenuantes, no pudiendo ser aplicadas alguna situación fáctica que pudiera ser aplicable de las establecidas para la persona física, como sería la

²⁷⁰ DEL MORAL GARCIA, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015...*op.cit., pág. 248.

atenuante de dilaciones indebidas. No obstante, no se encuentra reparo en la aplicación de esta atenuante por analogía, ya que sería favorable a reo, principio de inspiración en la interpretación de las normas penales²⁷¹.

No vamos a entrar a valorar en profundidad las atenuantes, ya que la atenuante de colaboración y la de implantación de medidas eficaces para la prevención del delito, fueron tratadas en el epígrafe correspondiente a los modelos de prevención. La reparación del daño, art. 31 quater c), no tiene ninguna especialidad con respecto a lo establecido para la persona física, y la confesión, art.31 quater a) tampoco, por lo que sólo reseñar que se debe de producir antes de que se haya realizado la imputación de la persona jurídica, aunque ya haya sido imputada la persona física, y debe ser realizada por sus representantes legales, entendiendo que no tiene que haberse designado uno especialmente por la persona jurídica, al no estar investigada aún, pudiendo ser sus representantes legales orgánicos. Eso sí, debemos limitar las personas físicas, a aquellas que no se encuentren imputadas en el procedimiento, en garantismo de que no existan previsibles conflictos de intereses²⁷².

3. Extinción de la responsabilidad penal en la persona jurídica

Respecto a la extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de antecedentes penales, se dará en los mismos supuestos que en la persona física, como ya dijimos anteriormente, las penas impuestas a la persona jurídica tendrán la consideración de graves, por lo que su prescripción se producirá a los 10 años.

El delito prescribirá a los 5 años, tal como dispone el art. 131.1C.P., aunque podría ser valorable, que se estuviera a la pena en abstracto que le correspondiera a la persona física, en consonancia con el art. 66bis.2 C.P., y por tanto en determinados delitos, pudiera prescribir a los 10 años, cuestión que se dará cuando la pena de inhabilitación sea superior a los 5 años, pero en una interpretación en *bona partem*, debe considerarse que al no haber pena de prisión, debe ser de aplicación el tiempo de prescripción de 5 años establecido para “los demás delitos”.

²⁷¹ MAZA MARTIN, J.M., *Los delitos de carácter económico en la persona jurídica*, Responsabilidad penal de personas jurídicas en la gestión económica de la empresa...op.cit., pág. 72.

²⁷² GOMEZ-JARA DIEZ, C., *La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*...op.cit., pág. 231.

En el caso de que se haya condenado a la pena de disolución o de prohibición permanente de actividades, se cancelará su inscripción a los 50 años desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

En cuanto a las particularidades consiguientes a la persona jurídica establecidas en el artículo 130.2 C.P.²⁷³, debemos hacer algunas puntualizaciones:

En primer lugar, deberemos atender al primer apartado, el de la transformación, fusión o absorción de la persona jurídica condenada, y que según el texto legal, se extenderá a la otra entidad que resulte de la operación mercantil.

Debemos considerar que, para poder trasladar la responsabilidad penal a otra persona jurídica, en respeto a los principios constitucionales de responsabilidad subjetiva y personalidad de las penas y sanciones, es preciso que haya existido algún tipo de hecho propio o infracción del deber de defecto de organización, en las entidades inicialmente no responsables, ya que, si no, se estaría imponiendo una pena a una persona jurídica que no ha cometido el hecho propio²⁷⁴, por lo que aun entendiendo el sistema establecido por política criminal, se considera que debe de reflexionarse acerca del método elegido por el legislador.

Una vez establecido este primer criterio, debemos puntualizar que, en el caso de la transformación, fusión, o absorción la responsabilidad se extiende a la persona jurídica, transformada, fusionada o absorbida. En el caso de la escisión, la responsabilidad será extendida a ambas escisiones. Por ello, una cuestión a analizar en las operaciones mercantiles de fusión y adquisición, será el riesgo de imputación y condena de la persona

²⁷³ 2. *La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*

²⁷⁴ SERRANO ZARAGOZA, O., Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 24, Sección Ponencias y Estudios / IV Congreso Internacional: «La reforma del Derecho Concursal. Balance», Primer semestre de 2016, Edit. LA LEY, pág.4

jurídica, ya que se extiende la responsabilidad. Su extensión, claro está, deberá ser proporcional a las características de la nueva situación. El problema se dará en el caso de las penas interdictivas, ya que nos encontraremos con una parte de la persona jurídica resultante con una serie de limitaciones. En el caso de que sea condenada, una vez realizada la operación mercantil, el Juez deberá ponderar la imposición de la pena interdictiva a las nuevas circunstancias²⁷⁵.

Es importante destacar que en una interpretación restrictiva, no podrá extenderse la responsabilidad en otro tipo de operaciones mercantiles que no sean las expresamente contenidas en el artículo, como, por ejemplo, sería el caso de la reestructuración²⁷⁶.

El segundo supuesto del art. 130.2 C.P. es el de la disolución fraudulenta. En un primer momento, la disolución de la persona jurídica conlleva la extinción de la responsabilidad penal, pero no es el caso, cuando se trata de disoluciones fraudulentas o aparentes. En este supuesto, se contempla a la empresa como una unidad económica, y por ello, si sigue realizando la misma actividad económica, se la considera la misma empresa, ya sea sin titularidad o con otra. Se debe de haber realizado una disolución formal efectiva de la personalidad jurídica de la empresa, para encontrarnos en este supuesto²⁷⁷

Los requisitos para considerar que ha realizado una disolución encubierta, es que se siga realizando la misma actividad económica, y que se mantengan los mismos clientes, proveedores, trabajadores, o una parte relevante de la estructura. Son requisitos acumulativos, por lo que no se podrá extender la responsabilidad penal a esa disolución, si faltare alguno de ellos, en respeto al principio de legalidad²⁷⁸.

²⁷⁵ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit., pág.288

²⁷⁶ Recurso de Reforma, Diligencias Previas nº. 65/2013 de la Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional, Caso Bankia

²⁷⁷ SERRANO ZARAGOZA, O., *Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica...*op.cit., pág.17.

²⁷⁸ FEIJOO SACHEZ, B.J, *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit., pág.299

IX. Conclusiones

- I.** Para subsumir a la persona jurídica en la teoría del delito, deberemos tener un punto de vista de concepción de la norma jurídica, siguiendo a Silva Sánchez, como conducta instrumentalizada. En esta teoría, si las personas jurídicas son agentes económicos, se puede entender que puedan ser sujetos de las normas jurídicas penales. Es necesario que se realice una equivalencia entre la capacidad de acción de la persona física, como base para el establecimiento de su responsabilidad penal, con la capacidad de organización de la persona jurídica, bajo la teoría de la equivalencia funcional
- II.** Para que se produzca el respeto tanto de los principios constitucionales como informadores del Derecho Penal, de responsabilidad subjetiva, y los principios de acción y de culpabilidad, debemos considerar que la responsabilidad penal de la persona jurídica, es una responsabilidad autónoma o propia
- III.** El hecho típico que realiza la persona jurídica, la única conducta punible es su defecto o ausencia de organización que permite la comisión del delito por la persona física, su conducta típica es la descrita en el art.31bis del Código Penal
- IV.** El apoyo a la primacía de la culpabilidad por falta de cultura empresarial es debido a que concebimos que el defecto de organización sería un elemento objetivo, perteneciente al tipo de injusto, a la antijuridicidad en su vertiente objetiva, pero no a la culpabilidad, entendiendo que en la culpabilidad debe haber algo más que ese dato objetivo constatable de que no se ha organizado bien la estructura empresarial, sino que debe de probarse esa culpabilidad en base a una cultura instaurada en la empresa de no cumplimiento de la legalidad, y de infidelidad a la norma y al Derecho. Es necesario dejar a un lado el único concepto válido de acción y por ende de culpabilidad de la persona jurídica, de autodeterminación por la libertad de acción, y establecer una nueva construcción en base a equivalencias de la teoría del delito
- V.** Consideramos que las sociedades unipersonales, o pequeñas sociedades, no pueden tener capacidad de organización, y en una equivalencia con las personas físicas, no puede darse el elemento de antijuridicidad, por lo que resultarían inimputables, como sucedería en el caso de los menores de 14 años, debido a que al no tener capacidad de organizarse, por ser una estructura simple, no revestirían un injusto propio y por lo tanto no podrían tener responsabilidad penal.

- VI.** En el caso de las sociedades instrumentales, entendemos que no responderán penalmente como persona jurídica, ya que la estructura del art.31bis. no está diseñada para ellas, ya que no se podría entrar a valorar ni modelos de prevención, ni si existe cultura de cumplimiento, por lo que la sanción penal a sus dirigentes, junto con el decomiso, serán reproche penal suficiente, aunque podría haberse previsto la consecuencia accesoria de disolución a través del art.129C.P.
- VII.** Es adecuado el sistema de *numerus clausus*, debido a que aporta seguridad jurídica, pero creemos necesario que se produzca una reforma reposada de este sistema, con la inclusión de delitos que a todas luces deben estar contemplados como son el delito contra los trabajadores, delito de corrupción en los negocios o de falsedad documental y evitar la incongruencia de establecer en ciertos delitos consecuencias accesorias y en otros, penas, sin motivo aparente.
- VIII.** El incumplimiento grave es respetuoso con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pero es necesario que los incumplimientos leves o menos graves, sean sancionados administrativamente o en la jurisdicción mercantil, debido a que la normativa comunitaria no establecía nada acerca de que el cumplimiento debiera ser grave
- IX.** El hecho delictivo debe de ejecutarse en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, quedando constancia de la posibilidad de que no sólo sea una ventaja patrimonial, sino generando otros provechos en el mercado: competencia frente a otras empresas del sector, riesgo reputacional, intereses en determinado ámbito, entre otros. Es un requisito de acción, en que la tentativa es suficiente, aunque no se haya obtenido finalmente el beneficio directo o indirecto y no influye el *animus* de la persona física que cometa el hecho
- X.** Los modelos de prevención deben constatar que la persona jurídica actúa organizada, que sus actuaciones y actividades están regladas, que no actúa con organización defectuosa o sin ella. El modelo de cumplimiento será eficaz mientras que minimice el riesgo al máximo posible, al encontrarse la actuación dentro del riesgo permitido de la imputación objetiva, ya que el que se haya cometido el delito no tiene por qué ser un síntoma automático de que el modelo no es eficaz, pues no se puede exigir el riesgo cero, sino su minimización al máximo
- XI.** Respecto a la naturaleza jurídica de la exención, consideramos que nos encontraríamos ante una causa de atipicidad. Correspondería a la tipicidad la

valoración de la idoneidad objetiva de los modelos de prevención, por lo que la implantación de medidas deriva en la inexistencia de la tipicidad.

- XII.** El error de la persona jurídica por la implantación de los modelos de prevención del delito, por expertos reconocidos, lleva a creer que estos modelos, cumpliendo con todas las exigencias en ellos marcados, conllevarán la exención de la responsabilidad de la persona jurídica en una eventual comisión del hecho delictivo, y se debe considerar que nos encontraríamos ante un error de tipo, establecido en el art.14.1 C.P.. Al considerar que la conducta típica realizada por la persona jurídica es la descrita en el art.31bis.1 y que la naturaleza de la exención es una causa de atipicidad, consideramos como un error de tipo, la creencia errónea de que se están cumpliendo todos los elementos objetivos para que se pudiera dar la exención de la responsabilidad penal
- XIII.** En los modelos de prevención del delito se deberá establecer un procedimiento de control sobre las decisiones de administradores y directivos, que corrobore si se están respetando los protocolos del programa de cumplimiento, de forma que se ratifique la voluntad social de la persona jurídica en las decisiones.
- XIV.** Existen dos vertientes en los recursos financieros destinados a los modelos de prevención. Por un lado, el destino de los recursos financieros a la implementación, desarrollo y permanencia de los modelos de gestión y control, y por otra parte, la propia utilización de los recursos financieros de las empresas, para evaluar su destino y uso, en relación a actividades criminales que se pudieran llevar a cabo en su seno
- XV.** El sistema de denuncias debe ser confidencial, ya que es más respetuoso con los valores del cumplimiento de la legalidad y protección de datos.
- XVI.** Para que el modelo sea eficaz, es necesario que se dé su actualización y verificación periódica, sin necesidad de que se haya producido una infracción o cambio y cuando se produzcan infracciones graves, es necesario que se tomen las medidas oportunas para comprobar cuáles son las causas de ese incumplimiento y se pueda dar la implementación de medidas para erradicarlas, en caso de que se estime necesario
- XVII.** El órgano de cumplimiento debe formar parte de la empresa no puede ser un agente externo, precisamente por su condición de conocer la actividad interna de la empresa, y cumplimiento del efectivo modelo. Es importante tener en cuenta la

autonomía del órgano de cumplimiento, y establecer dentro de los modelos, especificaciones de protocolos en caso de que surjan conflictos de intereses.

- XVIII.** Respecto a las “personas jurídicas de pequeñas dimensiones”, cuyas funciones de órgano de cumplimiento podrán ser asumidas por el órgano de administración, es preceptivo que se haga una valoración extensiva de los modelos con relación a las dimensiones de la empresa, y su modelo de cumplimiento, pudiendo ser rebajada la exigencia en función de su actividad.
- XIX.** Se advierte la necesidad de trasladar los derechos fundamentales, recogidos en el artículo 24 de la Constitución española, a la persona jurídica, debido a que, al ser un sujeto idóneo para una imputación y acusación penal, deben ser respetados los derechos inherentes a cualquier imputado que pueda ser condenado penalmente.
- XX.** Respecto al representante legal, aquellas personas físicas imputadas en la causa a título personal no deben poder representar a la persona jurídica, para evitar posibles conflictos de intereses, y que con ellas se pudieran ver vulnerados los derechos a la no autoincriminación de la persona jurídica, así lo mismo se debe aplicar a los testigos.
- XXI.** El legislador ha pretendido la continuación del proceso penal aún cuando no se nombre representante legal o no comparezca. Se persigue que el procedimiento continúe y no se use a la persona jurídica como sujeto dilatador del procedimiento, a través de maniobras que se pudieran dar al no tratarse de una persona física, pero deberá ponderarse por el Juez instructor y el Tribunal las decisiones que se tomen respecto a ello, en aras de no vulnerar el derecho de defensa que le asiste a la persona jurídica
- XXII.** Respecto a la aparente restricción de medidas cautelares aplicables a la persona jurídica, debemos valorar que se encuentran sistemáticamente encuadradas en las medidas cautelares personales y que, por tanto, podríamos interpretar que estas medidas, basándonos en su ubicación sistemática, son de carácter personal, pero no que no se pueden aplicar medidas de carácter real menos invasivas, y más adecuadas. Esta cuestión debería ser resuelta por el legislador, debido a que es de suma importancia, y debería incluirse mención a la imposición de medidas cautelares reales.
- XXIII.** La persona jurídica podrá prestar su conformidad y no será vinculante para el juicio de los demás acusados, por lo que se entiende que podrá prestar su conformidad con independencia de lo que suceda con las demás acusaciones.

- XXIV.** En cuanto a la carga de la prueba en el proceso penal, la acusación debe probar el defecto de organización de los modelos de prevención ex ante a la comisión del hecho delictivo, objetivamente, mientras que la defensa debe probar que aun habiéndose cometido el delito, había instaurado una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad, y que aún habiendo una conducta fuera del riesgo permitido, la cultura estaba instaurada y por tanto no habría culpabilidad
- XXV.** No encontramos sentido alguno a la “modulación” de la pena de multa cuando se imponga a la persona física que cometió el delito, y a la persona jurídica, ya que, antes de entrar a valorar la proporcionalidad, se encontraría la ruptura del principio non bis in ídem en el caso de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, por lo que nos parece sin relevancia alguna. En el caso de las grandes corporaciones, entendemos que el Tribunal podría no considerar desproporcionado establecer una pena de multa a cada una de las personas consecuente con los hechos cometidos, y no modular la pena.
- XXVI.** Es llamativa la falta de substitutivos de pena, como sucede en la persona física, siendo valorable que se aplicaran substitutivos en caso de las penas interdictivas para el caso de que nos encontremos con personas no reincidentes, pero es entendible que, debido a esa potestad del Juez para imponer las penas en torno a sus circunstancias específicas, se establecerá una ponderación adecuada de las circunstancias concurrentes al supuesto concreto.
- XXVII.** En cuanto a las atenuantes, estableciéndose una especie de numerus clausus, ya que se dispone que “expresamente” serán estas las circunstancias atenuantes, no pudiendo ser aplicada alguna situación fáctica que pudiera ser aplicable de las establecidas para la persona física, como sería la atenuante de dilaciones indebidas. No obstante, no se encuentra reparo en la aplicación de esta atenuante por analogía, ya que sería favorable a reo, principio de inspiración en la interpretación de las normas penales.
- XXVIII.** Respecto al traslado la responsabilidad penal a otra persona jurídica por operaciones mercantiles como fusión, absorción o escisión, no se comparte el sistema elegido, ya que para poder trasladar la responsabilidad penal a otra persona jurídica, en respeto a los principios constitucionales de responsabilidad subjetiva y personalidad de las penas, es preciso que haya existido algún tipo de hecho propio o infracción del deber de defecto de organización, en las entidades

inicialmente no responsables, ya que, si no, se estaría imponiendo una pena a una persona jurídica que no ha cometido el hecho propio, por lo que aun entendiendo el sistema establecido por política criminal, se considera que debe de reflexionarse acerca del método elegido por el legislador.

X. Bibliografía consultada

- ARIBAS EIBE, J.M., El error en Derecho Penal en el Código de 1995, Edit. Dykinson, Madrid, 2007,
- ARGANDOÑA, A., Responsabilidad social, compliance y buen gobierno, Blog IESE Bussines School, <http://blog.iese.edu/antonioargandona/>, 5 de noviembre de 2016
- BACHMAIER WINTER, L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas, definición y elementos de un programa de compliance, Diario La Ley nº 7938, Edit. LA LEY, 5 de octubre de 2012
- BACIGALUPO ZAPATER, E., La distinción entre el error de tipo y error de prohibición en el proyecto del Código Penal de 1980, Diario La Ley, tomo 1, Edit. La Ley, 1981
- BAJO FERNANDEZ, M., Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
- BAJO FERNANDEZ, M., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
- BRANDÃO, N. y JESUS, S., El caso portugués, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº28-2014, Edit. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2014

- CABEZUELA SANCHO, D., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo escenario empresarial, en el colectivo Responsabilidad penal de personas jurídicas en la gestión económica de la empresa, dirigido por Círculo Legal, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2011
- CASANOVAS, A., Cinco cuestiones clave sobre: Evaluación del modelo de prevención penal español, www.kpmgcomplimentolegal.es, 2015
- Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídica conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010
- Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015
- CUELLO CONTRERAS, J., El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica (en línea), Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº15-03, <http://criminet.ugr.es/recpc/index.html>, 2013
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PEREZ MACHIO, A.I., La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su implementación por los Estados, en el colectivo Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dirigido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y coordinado por DE LA MATA BARRANCO, N.J., Edit. Aranzadi, Navarra, 2013
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español, en el colectivo Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dirigido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y coordinado por DE LA MATA BARRANCO, N.J., Edit. Aranzadi, Navarra, 2013
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de la responsabilidad penal, en el colectivo Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dirigido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y coordinado por DE LA MATA BARRANCO, N.J., Edit. Aranzadi, Navarra, 2013
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., y HERNANDEZ DIAZ, L., Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las

- personas jurídicas, en el colectivo Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dirigido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y coordinado por DE LA MATA BARRANCO, N.J., Edit. Aranzadi, Navarra, 2013
- DEL MORAL GARCIA, A., Responsabilidad penal de las personas jurídicas, notas con ocasión de la reforma de 2015, Revista del Ministerio Fiscal, nº0, (en línea), <https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/revistaFiscal/>, julio 2015
 - DOPICO GOMEZ-ALLER, J., Proceso penal contra persona jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos, Diario La Ley nº7796, Edit. LA LEY, 13 de febrero de 2012
 - FRANSSEN, V. El caso belga, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº28-2014, Edit. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2014
 - FEIJOO SANCHEZ, B.J., La persona jurídica como sujeto de imputación como jurídico-penal, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
 - FEIJOO SANCHEZ, B.J., Los requisitos del artículo 31bis., en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
 - FEIJOO SANCHEZ, B.J., Las consecuencias jurídicas del delito, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
 - GIMBERNAT ORDEIG, E., Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, Edit. Universidad Complutense, Madrid, 1979
 - GOMEZ.JARA DIEZ, C., EL injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad), en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
 - GOMEZ-JARA DIEZ, C., La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016

- GOMEZ- JARA DIEZ, C., Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
- GOMEZ- JARA DIEZ, C., La culpabilidad de la persona jurídica, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
- GOMEZ-JARA DIEZ, C., La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el colectivo Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido por BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ, B.J., y GOMEZ-JARA DIEZ, C., Edit. Aranzadi, Navarra, 2016
- GOMEZ TOMILLO, J.M., *Relevancia penal de los modelos y órganos societarios de vigilancia y control para la prevención de delitos en la L.O.1/2015, de reforma del Código Penal*, en Análisis Gómez Acebo y Pombo (en línea), www.gomezacebo-pombo.com, abril 2015
- LOPEZ ASECIO, P., *Prevención de la Responsabilidad y Programas de cumplimiento (<Compliance Programs>)*, en el colectivo Responsabilidad penal de personas jurídicas en la gestión económica de la empresa, dirigido por Círculo Legal, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2011
- LUZON PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- MAZA MARTIN, J.M., Los delitos de carácter económico en la persona jurídica, en el colectivo Responsabilidad penal de personas jurídicas en la gestión económica de la empresa, dirigido por Círculo Legal, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2011
- MESTRE DELGADO, E., *¿Penas para empresas?*, La Ley Penal nº40, Edit. La Ley, julio-agosto, 2007

- MESTRE DELGADO, E., Personas jurídicas desiguales, La Ley Penal nº81, Edit. La Ley, abril 2011
- MOLINA MANSILLA, M.C., y MOLINA MANSILLA, L., La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares, en La Ley Penal, nº96-97, Ed. La Ley, septiembre de 2012
- NIETO MARTIN, A., Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal, Diario La Ley nº8120, Edit. LA LEY, 5 de julio de 2013,
- OSUNA MARTINEZ-BONE, O., Estatuto procesal de la persona jurídica investigada, Diario La Ley nº8754, Edit. LA LEY, 4 de mayo de 2016
- PEREZ MACHIO, A.I., Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el colectivo Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dirigido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y coordinado por DE LA MATA BARRANCO, N.J., Edit. Aranzadi, Navarra, 2013
- POELEMANS, M., El caso francés, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº28-2014, Edit. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2014
- RODRIGUEZ GARCIA, N., La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español, La Ley Penal, Nº 113, Edit. La Ley, Marzo-Abril 2015
- SANZ-DIEZ ULZURRUN LLUCH, M., La comisión por omisión en el Código Penal de 1995, en Diario La Ley, Ref. D-35, Edit. La Ley, 1999
- SERRANO ZARAGOZA, O., Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 24, Sección Ponencias y Estudios / IV Congreso Internacional: «La reforma del Derecho Concursal. Balance», Primer semestre de 2016, Edit. La Ley, Primer semestre de 2016
- SILVA SANCHEZ, J.M., La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas, Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 29, Nº. 86-87, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008
- SILVA SANCHEZ, J.M., PASTOR MUÑOZ, N., MONTANER FERNANDEZ R., Responsabilidad penal de los administradores, en el colectivo La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Edit. La Ley, Marzo 2011

- VEGA AGUILAR, J.C., E. HERNANDEZ SANCHEZ, F., IZQUIERDO GARCIA, F., La figura del Compliance Officer y los Programa de prevención de riesgos penales, Diario La Ley nº8689, Edit. LA LEY, 16 de enero de 2016
- VELASCO NUÑEZ, E., Medidas cautelares sobre la persona jurídica independiente, Diario La Ley, Nº 8169, Ed. La Ley, 14 de Octubre de 2013
- ZARZALEJOS NIETO, J., La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, edición nº 1, Edit. La Ley, Madrid, Marzo 2011
- ZUGALDIA ESPINAR, J.M., Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal Español, por la L.O. 5/2010, de 22 de junio), Revista la Ley Penal, nº76, Edit. La Ley

XI. Jurisprudencia analizada

1. Tribunal Constitucional

- Sentencia 64/1988 del Tribunal Constitucional, de 12 de abril de 1988
- Sentencia 246/1991 del Tribunal Constitucional, de 19 de diciembre de 1991
- Sentencia 59/2008 del Tribunal Constitucional, de 14 de mayo de 2008

2. Tribunal Supremo

- Sentencia 3654/1992 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 23 de abril de 1992
- Sentencia 809/2004 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 23 de junio de 2004
- Sentencia 1070/2009 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 2 de noviembre de 2009
- Auto 920/2011 del Tribunal Supremo., Sala 2ª de lo Penal, de 2 de junio de 2011
- Sentencia 1068/2012 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 13 de noviembre de 2012
- Sentencia 154/2016 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 29 de febrero de 2016
- Sentencia 220/2016 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 16 de marzo de 2016

3. *Audiencia Nacional*

- Auto 128/2014 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2014