



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**“LA CRIMINALIDAD EN LA EMPRESA Y EL
COMPLIANCE PENAL”**

Autora: Carla Sanz Hernández
Grado en Derecho, 4º E-1
Derecho Penal

Tutora: María Teresa Requejo Naveros

Madrid
Marzo, 2020

RESUMEN / PREÁMBULO

En este Trabajo de Fin de Grado (“TFG”) se pretende el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, desde su origen, en el año 2010, hasta la actualidad.

Además, a lo largo de la investigación, se hará especial hincapié en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, al considerarse esta, la reforma más importante llevada a cabo, hasta el momento, en la materia que nos compete. En esta línea, analizaremos, de manera pormenorizada, los nuevos artículos introducidos con la reforma (artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies del Código penal), además de la transformación del artículo 31 bis puesto que, en su conjunto, conformarán la nueva regulación, con carácter principal, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por último, se examinarán los programas de cumplimiento normativo (plan *compliance*) y su actual influencia tras la mencionada reforma. La importancia de estos es consecuencia también de la Ley Orgánica 1/2015 ya que, desde ese momento, la aplicación de estos puede llegar a suponer -si se cumplieran los requisitos exigidos por la Ley- una causa de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

PALABRAS CLAVE: delito, comisión, criterios de imputación, responsabilidad penal, personas jurídicas, reforma de ley, atenuante, eximente, programa de cumplimiento normativo (plan *compliance*).

ABSTRACT

This Final Degree Study ("TFG") aims to analyse the criminal liability of legal persons in Spain, from their origin in 2010 until the present day.

In addition, throughout the investigation, special emphasis will be placed on the reform implemented by Organic Law 1/2015, which is considered to be the most important reform carried out, so far, in the area of our competence. Along these lines, we would analyze in detail the new articles introduced with the reform (articles 31ter, 31quater and 31quinquies of the Criminal Code), in addition to the transformation of article 31 bis, since, as a whole, they will form the new regulation, of the criminal liability of legal persons.

Finally, the compliance programmes and their current influence following the reform will be examined. The importance of these is also a consequence of the Organic Law 1/2015 since, from that moment, the application of these can become - if the requirements of the Law were met - a cause of exemption from the criminal responsibility of legal persons.

KEY WORDS: crime, commission, imputation criteria, criminal liability, legal persons, law reform process, attenuating, extenuating, compliance program.

LISTADO DE ABREVIATURAS:

- AENOR. Asociación Española de Normalización y Certificación
- BOE. Boletín Oficial del Estado
- Cit. Citado
- Coord. Coordinador
- Dir. Director
- EQA. European Quality Assurance
- FGE. Fiscalía General del Estado
- ICAM. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
- ISOS. Normas de Organización Internacional de Normalización
- MPD. Modelo de prevención de delitos
- n. Número
- OCDE. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
- p./pp. Página (s)
- Ref. Referencia
- ss. Siguietes
- STS. Sentencia del Tribunal Supremo
- TFG. Trabajo de Fin de Grado
- UNE. Una Norma Española

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1. OBJETO DE ESTUDIO Y OBJETIVOS PERSEGUIDOS	6
2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	9
2.1. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO	9
2.2. MOTIVOS QUE INCENTIVAN LA INTRODUCCION DE LA REGULACIÓN	10
2.3. PRINCIPIO <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i>	13
2.4. PERIODO INTERMEDIO ENTRE LA INTRODUCCION DE LA REGULACION Y LA REFORMA DEL AÑO 2015	14
2.4.1. Recomendaciones OCDE	14
2.5. PROBLEMAS DE LOS QUE ADOLECE LA REGULACIÓN DEL AÑO 2010	15
2.5.1. Heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad	16
3. REFORMA DEL AÑO 2015: MODIFICACIÓN ARTÍCULO 31 BIS CÓDIGO PENAL	18
3.1. OBJETIVOS PERSEGUIDOS	18
3.1.1. Aclaración del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas implantado.	19
3.2. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN INTRODUCIDAS CON LA LEY ORGANICA 1/2015	20
3.3. COMPARACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL AÑO 2015 CON RESPECTO A LA REGULACIÓN DEL AÑO 2010	21
3.4. MOTIVOS REALES QUE INCENTIVAN LA REFORMA DEL AÑO 2015	24
4. ANÁLISIS Y COMPARATIVA DEL ARTÍCULO 31 BIS Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO PENAL.	27
4.1. ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL	27
4.2. ARTÍCULO 31 TER DEL CÓDIGO PENAL	33
4.3. ARTÍCULO 31 QUATER DEL CÓDIGO PENAL	34
4.4. ARTÍCULOS 31 QUINQUIES DEL CÓDIGO PENAL	35
4.5. CONCLUSIÓN TRAS EL ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS INTRODUCIDOS CON LA LEY ORGÁNICA 1/2015	35
5. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO – PLAN COMPLIANCE	37
5.1. ORIGEN Y CONCEPTO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO	37
5.2. APLICACIÓN PRACTICA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO	40
5.3. SUJETOS RESPONSABLES	43
5.3.1. Órgano de cumplimiento	43
5.4. LA FIGURA DEL COMPLIANCE OFFICER	44
5.4.1. Órgano de supervisión	45
5.5. MENCIÓN A LOS PLANES DE CERTIFICADOS Y LAS NORMAS ISOS	46
6. CONCLUSIONES FINALES	48
7. BIBLIOGRAFÍA	53
ANEXO I. LEGISLACIÓN	56
ANEXO II. JURISPRUDENCIA	58

1. INTRODUCCIÓN

1.1. OBJETO DE ESTUDIO Y OBJETIVOS PERSEGUIDOS

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas stricto sensu se introdujo en nuestro sistema en el año 2010 con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Sin embargo, el legislador ya llevaba algún tiempo intentando conseguir su reconocimiento.¹ A este respecto, resulta preciso destacar el propósito de reforma del Código Penal, a través del “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, el cual fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 15 de enero de 2007. En la exposición de motivos, encontramos ya referencia a la intención que este tenía de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, dice:

Incide luego la reforma en el importante problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya regulación penal encierra importantes dificultades generadas, como fácilmente se comprende, por el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*. Pero la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco, como son por ejemplo las DM 2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68, obliga a superar esa dificultad procurando además el máximo respeto a las garantías acumuladas por el derecho penal de la culpabilidad. En este delicado problema convergen, además, unas dificultades de carácter técnico o dogmático, que se enfrentan a una palpable necesidad político - criminal, que, compartida por el resto de países de nuestro entorno ha dado lugar a las mentadas resoluciones. La coincidencia internacional en lo ineludible de que los sistemas penales acogieran esa clase de responsabilidad, ha venido impuesta, como fácilmente se puede comprender, especialmente por la necesidad de robustecer el marco jurídico en que se puede desarrollar con eficacia y garantía el principio de libre empresa, que ha de desarrollar su eficacia en un espacio que supera ampliamente el marco territorial y económico de los Estados.²

Finalmente, dicho proyecto de reforma fracasó y es por eso que, no fue hasta el 23 de diciembre del año 2010, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que se consideró introducida por primera vez.

Previamente al año 2010, las personas jurídicas no podían devenir en responsables penalmente. En aquel entonces, si se cometía un delito en el seno empresarial, la persona jurídica, veremos, podía verse afectada, pero no por la vía penal. Esto era así,

¹ De Ros Raventós, I., *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, Aranzadi, S.A.U., 2018, punto II. Antecedentes.

² Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, núm. 119-1 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, 15 de enero de 2007).

principalmente, por el antiguo aforismo romano *societas delinquere non potest* – la sociedad no puede delinquir³ - al que también hace mención el fragmento anterior del proyecto de reforma del Código Penal.

En este sentido, la persona jurídica era sancionada a través de la vía administrativa. Resulta importante recalcar la posibilidad de asignársele medidas de carácter penal conocidas como accesorias.

Es, precisamente, por este motivo –por la existencia de medidas dirigidas contra las personas jurídicas-, que algunos autores no entienden, en un primer momento, la necesidad de una sanción penal puesto que creen que esto podría haberse evitado, endureciéndose las medidas ya existentes. En contraposición, también los hay que agradecen su regulación puesto que aseguran que no existían mecanismos con los que paliar dicha situación.⁴

Pese a todo, y lo que es innegable es que, a día de hoy, “en el moderno Derecho penal económico, junto a las penas a personas físicas, existen también las sanciones penales a personas jurídicas”.⁵

De la misma manera, resulta una realidad indiscutible la creciente presencia del delito corporativo o *corporate crime*. Este escenario, acontece en nuestra actualidad, no solo a nivel estatal, sino también, a nivel mundial. Si, paralelamente a esto, añadimos la internacionalización de las actividades comerciales, entendemos como lógico el designio de llevar a cabo la globalización de los delitos económicos y, consecuentemente, la intervención por parte del legislador en este ámbito. Por todo, esta evolución, en relación a las personas jurídicas, es considerada de gran trascendencia.

Así las cosas, se pretende en este trabajo, un estudio sobre la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través del análisis de la original y la actual legislación, haciendo uso, además, de diferentes construcciones doctrinales y de la

³ Diccionario del español jurídico (disponible en <https://dej.rae.es/lema/societas-delinquere-non-potest>; última consulta 26/04/20).

⁴ *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto I. Introducción

⁵ De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuráin Sánchez, J.A., Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 129

jurisprudencia, con el último objetivo de concretar el alcance existente de la norma y su relevancia práctica efectiva.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO

La responsabilidad penal se puede concretar como el deber y/o la consecuencia jurídica que se le impone a un sujeto que debe responder por la comisión de un hecho típico, antijurídico, y culpable, el cual se encuentra recogido en el Código Penal como delito.⁶

Así, la responsabilidad penal de las personas jurídicas cabe definirla como el deber y/o la consecuencia jurídica que se le impone a una sociedad que debe responder por la comisión de un hecho antijurídico, el cual se encuentra recogido en el Código Penal como delito y, ha sido efectuado, bien por sus representantes, bien por sus administradores o bien por aquellos que, estando sometidos a la autoridad de estos, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquellos los deberes de vigilancia y supervisión. Además, este hecho debe cometerse en nombre o por cuenta de las propias personas jurídicas, dentro del ejercicio de sus actividades sociales en el caso de los subordinados y, en beneficio directo o indirecto de aquella.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduce, por primera vez en nuestro sistema penal español, mediante 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. El motivo de esta reforma queda señalado en el Preámbulo I, que dice:

Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección.⁷

⁶ Guía jurídica Wolters Kluwer, (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmZAzNLtbLUouLM_DxblwMDC0NDIxOQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAnDJWLjUAAAA=WKE; última consulta 27/04/20).

2.2. MOTIVOS QUE INCENTIVAN LA INTRODUCCION DE LA REGULACIÓN

Más concretamente, se señala en el Preámbulo VII el porqué de una regulación detallada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En referencia a esto expone:

Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...).

Es necesario entender aquí los motivos que ocasionan la implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento. A este respecto, parece recalable, por una parte, la obvia necesidad de un proceso de armonización a nivel internacional del Derecho penal de la empresa, precisamente, por la internacionalización de las actividades comerciales; y, por otra, la tan considerable exigencia de dar con una solución más eficiente que las previstas hasta el momento con la que verdaderamente hacer frente a la criminalidad empresarial.

No se trataba de algo novedoso, ni mucho menos repentino, el hecho de que se cometiesen ilegalidades en el seno de las empresas y sociedades. Todo lo contrario. Sencillamente, se trataba de una forma de delincuencia que hasta ese momento no estaba tipificada como delito y, para la que tampoco contábamos aun con el instrumento con el que paliar dicha situación, pero esto no significa que no se dieran actos delictivos dentro de ellas o, incluso, que estas estructuras societarias fueran ya creadas únicamente para ese fin, delinquir. Estas últimas se ubican bajo la rúbrica de empresas “de fachada” o “pantalla”. Sin embargo, en el caso de estas, tras su estudio, nos topamos con que no es factible referirnos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas puesto que “se trata de simples instrumentos del delito y no de auténticos sujetos activos”⁸, además de que, “el delito no se comete en beneficio de la persona jurídica”⁹.

Con excepción de las empresas pantalla, el resto de delitos que se llevan a cabo dentro de la actividad de la sociedad, en su beneficio y habiéndose cometidos por sus directivos

⁸ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 135

⁹ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 135

o los delegados de estos, se conocen con el nombre de delitos corporativos o *corporate crimes*. Como ya veremos, es posible incluir dentro de esta categoría delitos de diversa índole como pueden ser los delitos de estafa o los delitos contra el medio ambiente, siempre y cuando estén relacionados con la actividad empresarial.¹⁰ A pesar de la variedad de estos, y para que pueda ser exigible la responsabilidad penal a las personas jurídicas, es necesario que el acto delictivo se encuentre, tipificado y exigible como delito en el Código Penal. Esto es así, puesto que se sigue un sistema *numerus clausus*, no siendo posible la exigencia de responsabilidad para cualquier delito. Dentro del Código Penal, alguno de los artículos que recogen este tipo de supuestos son: el artículo 156, relativo al delito de tráfico ilegal de órganos; los artículos 248, 249, 250 y 251, referentes al delito de estafa; los artículos 301, 302, 303 y 305, concernientes al blanqueo de capitales o; los artículos 325, 326, 326 bis, 327 y 328 que recoge los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

De entre todas las aportaciones que esta Ley supuso, cabe destacar lo que aquí nos interesa, siendo esto la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pues bien, es con el artículo Único - cuarto con el que se añade el distinguido artículo 31 bis del Código Penal.

Dentro de este, se recoge, por primera vez la nueva regulación dirigida a las personas jurídicas. El artículo 31 bis regula dicha materia con carácter principal, siendo completada con lo dispuesto en unos cuantos artículos más. Entre estos, destacar, por ejemplo, el artículo 33.7 del Código Penal, el cual recoge la clasificación de las penas, los artículos 66 y 66 bis también del Código Penal, relativos a la determinación de la pena o el artículo 116.3 referente a la responsabilidad civil.

Ahora bien, volviendo al artículo 31 bis, de la redacción de este extraemos las siguientes notas: en primer lugar, destacar que establece una doble vía para la adjudicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo estas, por un lado, la imputación de aquellos delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho y, por otro, se añade también la responsabilidad por aquellos delitos cometidos en nombre

¹⁰ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 46

o por cuenta de las mismas, y en su beneficio, por quienes, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas previamente, han podido realizar los hechos por la falta del debido control. Esta última vía, y el método que emplea (“debido control”) se ubica como *Corporate Compliance*¹¹.

En segundo lugar, recalcar que, con este artículo, la responsabilidad penal de la persona jurídica se convierte en exigible a pesar de no conseguir individualizar la responsabilidad de la persona física que ha cometido el delito o de no haber logrado dirigir el proceso contra esta, lo cual evidencia la independencia y autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica frente a la persona física también involucrada. De esta manera, y a diferencia de lo que ocurría con el alcance limitado de las medidas anteriores, no se impide el procedimiento penal correspondiente.¹²

Asimismo, se delimitan las circunstancias que pueden conllevar la atenuación de la responsabilidad. Cabe sintetizarlas en: haber confesado la infracción antes de conocer de la existencia del procedimiento judicial, colaborar durante la investigación mediante la aportación de nuevas pruebas clave, reducir o subsanar el daño causado antes del juicio oral o, por último, haber implantado medidas efectivas con las que evitar y/o descubrir los posibles actos delictivos futuros.

Cabe, por otra parte, mencionar también, como último punto, la excepción que se lleva a cabo con respecto al Estado, a las Administraciones Públicas, a todas aquellas organizaciones o instituciones que ejerzan potestades públicas, ... a las cuales no se les aplica dicho artículo.

¹¹ Moral, M^a. T. y González, B., “Responsabilidad pena de las personas jurídicas y corporate compliance”, 2015, p.3 (disponible en https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/responsabilidad_penal_de_personas_juridicas_y_corporate_compliance.html; última consulta 26/04/20)

¹² Silva Sánchez, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal”, libro Homenaje a Claus Roxin, Boch, 1996, p. 363 y ss.

2.3. PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

Anterior a este momento y, hasta la reforma del año 2010, se mantuvo vigente la regla *societas delinquere non potest* -la sociedad no puede delinquir¹³ - según la cual no se podía considerar responsable penal del delito a una persona jurídica. En estos casos, la persona física que hubiera intervenido en la comisión del delito era condenada, asumiendo la responsabilidad penal de sus hechos. En cambio, a la persona jurídica, solamente se le podían imponer, bien medidas accesorias, como la suspensión o la prohibición de alguna de sus actividades, recogidas dentro del artículo 129 del Código, siempre y cuando se adecuara a las previsiones de este, o bien, la responsabilidad directa y solidaria, con respecto de la persona física autora del delito, del pago de una multa, si esta fuera establecida en sentencia. Esto último, venía recogido en el ya derogado artículo 31.2.¹⁴ No obstante, y, por el contrario, estas sí respondían civilmente, bien de forma solidaria, bien de forma subsidiaria, según estuviera establecido en el Código, en virtud de los artículos 120 y 122.¹⁵

De la misma manera, junto con esta regla, también suponían un gran impedimento a la hora de imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas otros principios como son: el de la personalidad de las penas, por el que no se puede hacer responder a nadie por un delito ajeno, debiendo de asegurar la motivación por la que es responsable; el de dolo o culpa, por el que se convierte en necesario que, para que un sujeto tenga que responder de un acto, el resultado haya sido querido o buscado (dolo) o haya sido resultado de imprudencia; y el de responsabilidad individual.¹⁶

Sin embargo, y gracias a la introducción del artículo 31 bis del Código, podemos decir adiós a este y al resto de reglas que venían suponiendo un obstáculo, al quedar ya regulada la responsabilidad penal directa e independiente de las personas jurídicas, bien

¹³ Diccionario del español jurídico (disponible en <https://dej.rae.es/lema/societas-delinquere-non-potest>; última consulta 26/04/20).

¹⁴ 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, n. 283. Artículo Único - Primero (BOE, 26 de junio de 2003)

¹⁵ Del Moral García, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Societas delinquere non potest..., sed puniri potest”, Abogacía española Consejo General, 2016 (disponible en <https://www2.abogacia.es/actualidad/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-non-potest-sed-puniri-potest/>; última consulta 27/04/20)

¹⁶ Diccionario del español jurídico (disponible en <https://dej.rae.es/lema/societas-delinquere-non-potest> ; última consulta 26/04/20).

respecto de los directivos y/o administradores de la sociedad o bien respecto de los subordinados de estos por las causas que ya hemos señalado (falta de control, de supervisión y de vigilancia de aquellos sobre estos). Es decir, a partir de este momento, en caso de cometer un delito en el seno empresarial, la responsabilidad no solo acaecería en la persona física que lo comete sino también en la persona jurídica dentro de la cual tiene lugar el acto delictivo y, en su beneficio, directo o indirecto.

2.4. PERIODO INTERMEDIO ENTRE LA INTRODUCCION DE LA REGULACION Y LA REFORMA DEL AÑO 2015

Tras esta primera gran reforma, no se da ninguna otra hasta llegar a la que creemos tener que considerar como más relevante. Con esta nos referimos a la reforma del año 2015 a la cual dedicaremos, específicamente, el siguiente apartado debido a su gran repercusión.

2.4.1. Recomendaciones OCDE

Cabe hacer hincapié, en este punto, a las recomendaciones que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) hace a España tras esta reforma. Dichas recomendaciones las encontramos en el informe del Grupo de Trabajo del 14 de diciembre del año 2012, en concreto, las correspondientes a la fase 3, en virtud de la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Específicamente, referimos a las que la Organización emite con el propósito de incentivar en la tarea de perfeccionar el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento.¹⁷

Estas se verán luego aplicadas con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, pero debe recalcar, como también hace la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2016, que en ningún momento estas fueron dirigidas como una exigencia que tuviera que dar lugar a dicha reforma, si no como sugerencias de cara a un futuro, al igual que tampoco se dio ninguna exigencia normativa internacional que influyera a los Estados Miembros, ya no solo con respecto a la reforma del año 2015, sino también en relación

¹⁷ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas físicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, ref. FIS-C-2016-00001, p.2 (BOE, 22 de enero de 2016) (en adelante, Circular FGE 1/2016)

con la imposición de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su introducción en el año 2010.

A pesar de esto y, como es fácil colegir, el Derecho Penal económico y de la empresa están influidos por el Derecho de la Unión Europea, debiendo servir esta de directriz a nuestra rama y al resto de ramas de derecho existentes, a través del proceso de internacionalización.¹⁸

En relación con las modificaciones que se dan en el período intermedio entre una reforma y otra, hacer breve alusión, por un lado, a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, la cual, necesariamente, completa las lagunas legales existentes en ese momento sobre la forma en la que las personas jurídicas tienen que intervenir en el proceso penal, como por ejemplo, cuestiones relativas a la intervención en el juicio oral y conformidad o al derecho de defensa de las personas jurídicas¹⁹ y, por otro lado, a la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, la cual modifica el mencionado artículo 31 bis, suprimiendo parte de la excepción del apartado 5 por la que los partidos políticos y sindicatos eran considerados impunes.²⁰ De esta manera, estas instituciones dejan de ser consideradas la excepción dentro de la norma.

2.5. PROBLEMAS DE LOS QUE ADOLECE LA REGULACIÓN DEL AÑO 2010

Tras estas, nos encontramos con la reforma del año 2015. Pero antes de dedicarnos a ella y, para poner fin a este apartado, considero de notoria relevancia plantear las carencias de las que adolecía la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio con la que se inserta en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Esta no ha estado exenta de polémica, convirtiéndose en objeto especialmente debatido, al considerar inacabada su regulación.

¹⁸ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 61

¹⁹ Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, n. 245. Preámbulo III. (BOE 11 de octubre de 2011).

²⁰ 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, n. 312. Preámbulo I. (BOE 28 de diciembre de 2012).

2.5.1. Heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad

Lo que se discute principalmente acerca de esta Ley y, especialmente, del artículo 31 bis del Código Penal fue la concreción del tipo de modelo de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que este establecía. En la doctrina, la generalidad opina que el modelo establecido por dicho artículo es el modelo de transferencia de la responsabilidad, también conocido como modelo vicarial o modelo de heterorresponsabilidad. En este sentido, las personas jurídicas responden penalmente por lo que han hecho las personas físicas, es decir, se produce algo así como una transmisión de la responsabilidad donde las personas jurídicas se convierten en responsables por hechos ajenos.²¹

En esta línea, Díez Ripollés afirma como la reforma penal que se lleva a cabo en 2010 se inclina por un sistema de imputación que defiende el modelo de transferencia de responsabilidad²². De igual manera opinan otros autores, como Gómez Martín²³, Mir Puig o Goena Vives²⁴ y la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. Ya en las conclusiones, dice así: “En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial”²⁵. No solo niega la implantación de un modelo de responsabilidad autónomo sino también

²¹ Bretones Alcaraz, F.J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de tráfico de drogas”, Noticias Jurídicas (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10463-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-delito-de-trafico-de-drogas/>; última consulta 27/04/20)

²² Díez Ripollés, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, IndDret: Revista para el Análisis del Derecho, n.1, 2012, p. 14.

²³ Gómez Martín, V., “Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?”, Dykinson, 2017, p. 28: “entendido el delito como infracción de normas de determinación, puesto que tal clase de normas solo pueden ser dirigidas a las personas físicas, y no a las jurídicas, sólo las primeras, y no las segundas, podrán cometer delitos. Las personas jurídicas podrán ser, a lo sumo, objeto de normas de valoración, pero nunca pueden constituir destinatarios objetivamente adecuados de normas de determinación”.

²⁴ Goena Vives, B., “La atenuante de colaboración”, pp. 242-243, en Silva Sánchez (dir.) / Montaner Fernández (coord.), “Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas”, 2013, afirma, al hablar artículo 31.4, que: “de este apartado del 31.bis CP se desprende que la sanción a las personas jurídicas no se fundamenta en un modelo de culpabilidad por el hecho propio. Más bien, parece que el legislador ha optado por un modelo de heterorresponsabilidad. Y esto, prescindiendo de principios como el de culpabilidad, de que no hay pena sin dolo o imprudencia (artículos 5, 10 y 12 CP). Además, el hecho de que en la atenuante del 31.bis.4.b) CP no se exija abandono voluntario de la actividad delictiva también es manifestación de un modelo de heterorresponsabilidad”.

²⁵ Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. p. 107 (disponible en [https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA\(1\)\(1\).PDF](https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA(1)(1).PDF))

descarta la posibilidad de uno mixto. Este último, lo deducen algunos autores tras analizar los apartados a y b, encontrando en el primer apartado un sistema vicarial y en el segundo, uno autónomo, propio de la persona jurídica²⁶.

El principal problema que se argumenta aquí es la supuesta infracción que supone del principio de exclusión de la responsabilidad penal por un hecho ajeno. Por otro lado, otra parte de la doctrina, y en contra de lo anterior, defiende la implantación del modelo de autorresponsabilidad, también ubicado bajo la designación de responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Según este, la persona jurídica es responsable por sí misma y no existe transferencia ninguna por parte de la persona física. En este supuesto, la responsabilidad deviene de la existencia o la falta de instrumentos y/o medidas necesarias para haber evitado o que han facilitado el delito cometido.²⁷

Como ya veremos en el siguiente punto, uno de los objetivos que persigue la reforma del año 2015 es acabar con las dudas conforme a la interpretación del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ende, podemos adelantar que nos encontramos ante un debate prácticamente cerrado a día de hoy.

²⁶ *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto III. La reforma del Código Penal operada por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; Apartado 1. Aspectos generales relativos al nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al modelo de atribución de inherente al mismo.

²⁷ Bretones Alcaraz, F.J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de tráfico de drogas”, Noticias Jurídicas (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10463-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-delito-de-trafico-de-drogas/>; última consulta 27/04/20)

3. REFORMA DEL AÑO 2015: MODIFICACIÓN ARTÍCULO 31 BIS CÓDIGO PENAL

En cuanto a la materia que nos compete y, como ya hemos dicho, es en el año 2015 cuando se lleva a cabo la reforma que modifica, de manera sustancial, la regulación original de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha reforma del Código Penal se introduce mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

3.1. OBJETIVOS PERSEGUIDOS

En el apartado III de su preámbulo se explica lo que esta reforma viene a suponer. Así, principalmente, el legislador sostiene una mejora de la regulación prevista hasta entonces sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con respecto a los objetivos destacados de dicha reforma, cabe resaltar, por un lado, como uno de los principales, el delimitar correctamente lo que englobaba la expresión “debido control” empleada por el legislador en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Concretamente, dicha expresión se utiliza en el artículo Único – cuarto, con el que se produce la inserción del artículo 31 bis. Así, dice:

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

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

La necesidad de esta concreción es también consecuencia de las recomendaciones propuestas por la OCDE en el informe del Grupo de Trabajo del 14 de diciembre del año 2012, al que ya nos referimos en el apartado anterior. En la Ley Orgánica 1/2015 no se especifica de manera explícita, pero cabe deducirlo de la línea ²⁸: “se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”.

²⁸ Circular FGE 1/2016, p.2

3.1.1. Aclaración del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas implantado.

De igual manera, esta reforma trataba de poner fin al debate surgido en relación con la interpretación del modelo de responsabilidad de las personas jurídicas. Se trata de un problema que surgió tras la publicación de la anterior ley de modificación del Código penal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) al que ya aludimos al final del primer apartado del trabajo. Aparentemente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio establecía un régimen de responsabilidad vicarial, lo cual suscitó gran tertulia puesto que aceptar dicho modelo conlleva la infracción del principio de exclusión de responsabilidad penal por un hecho ajeno. Se trata así de otro de los objetivos de la reforma.

En este sentido, es preciso hacer mención a la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Se trata de una Circular muy discutida, pero en esta, se aprecia cómo, a pesar de que el legislador considera haber aclarado esta cuestión con la reforma, la Fiscalía General del Estado no coincide. En el documento, se aprecia como la Fiscalía entiende que no se consigue aclarar dicho régimen y afirma como se mantiene el modelo de responsabilidad vicarial en los dos supuestos recogidos dentro de los apartados (a y b) del artículo 31 bis, punto 1.

En contraposición a este pensamiento, nos encontramos con el Tribunal Supremo y la línea de jurisprudencia que este órgano sigue tras la reforma²⁹. Concretamente, cabe aquí destacar la sentencia número 154/2016, de fecha 29 de febrero de 2016, de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo. En esta, el Tribunal Supremo lleva a cabo una clara distinción entre la culpabilidad de la persona física y la culpabilidad de la persona jurídica en cuanto al acto delictivo cometido.³⁰ Así, esta última deviene en responsable por haber facilitado o no haber evitado el delito por la falta de medidas eficaces destinados a supervisar y controlar. Como se recoge en la sentencia:

²⁹ KPMG Abogados, “¿Responsabilidad penal vicarial autorresponsabilidad de las personas jurídicas?”, Economía3 (disponible en <https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-o-autorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/>; última consulta 26/04/20)

³⁰ KPMG Abogados, “¿Responsabilidad penal vicarial autorresponsabilidad de las personas jurídicas?”, Economía3 (disponible en <https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-o-autorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/>; última consulta 26/04/20)

“Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquélla, ha sido posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas jurídicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos”³¹

Por su parte, la persona física responde por la comisión del acto. Vemos con esto como el Tribunal Supremo, niega la implantación, por parte del artículo 31 bis, del modelo vicarial de responsabilidad y, en cambio, defiende y juzga bajo la idea de una responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

3.2. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN INTRODUCIDAS CON LA LEY ORGANICA 1/2015

Con respecto a las principales novedades de la Ley Orgánica 1/2015 en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estas residen en la nueva redacción que se le da al artículo 31 bis del Código Penal, la modificación parcial de los artículos 66 y 66 bis y la introducción, paralelamente, del nuevo artículo 31 ter, del nuevo artículo 31 quater y del nuevo artículo 31 quinquies. De este modo, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pasa de estar recogida, con carácter principal, en un único artículo, el artículo 31 bis, a regularse según las disposiciones de tres artículos más (el artículo 31 ter, el 31 quater y el 31 quinquies).

Es menester recordar artículos como el 33.7 y el 116.3 del Código Penal, a los cuales ya hemos hecho mención, puesto que también completan dicha regulación. Todos estos artículos, en su conjunto, dan lugar a un “verdadero estatuto penal –un cuasi Código Penal– de las personas jurídicas.”³²

³¹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, n. 154/2016, de 29 de febrero (versión electrónica – base de datos El Derecho. Ref. EDJ 2016/10795), Fundamento de Derecho Octavo, p.28 (en adelante, STS 154/2016, de 29 de febrero)

³² Moral, M^a. T. y González, B., “Responsabilidad pena de las personas jurídicas y corporate compliance”, 2015, p.1 (disponible en https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/responsabilidad_penal_de_personas_juridicas_y_corporate_compliance.html p.3; última consulta 26/04/20)

3.3. COMPARACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL AÑO 2015 CON RESPECTO A LA REGULACIÓN DEL AÑO 2010

Una breve comparativa de la regulación contenida en el año 2010 y la comprendida tras la reforma del año 2015 nos permite concluir que, en primer lugar, se mantiene la doble vía de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, originaria de la Ley Orgánica 5/2010. El único cambio que se puede alegar con respecto a esto es una mejoría en cuanto a la enunciación (el antiguo apartado 1 del artículo 31bis, ahora se sustituye por dos párrafos señalados como a y b).³³

Sin embargo, y como es de esperar, no todos los aspectos de la regulación se mantienen en su formato original. Prestando algo de atención, nos damos cuenta de cómo se modifican, por un lado, los sujetos de los que puede derivar la responsabilidad y, por otro, el contenido de los deberes de control extraíbles del requisito de “debido control” que mencionábamos previamente, concretándose estos. De igual manera, la sustitución del término “en provecho” empleada también en el artículo 31 bis, apartado 1:

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

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

En relación con los sujetos, se altera la definición de las personas físicas por las que la persona jurídica debe responder penalmente. El legislador no facilita ningún motivo que justifique el cambio. Es apreciable que con ello se amplía el “círculo de sujetos capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica en el primer nivel del artículo 31 bis. 1”³⁴. Concretamente, esta modificación se introduce con la letra a del primer apartado del artículo 31 bis. Así, en vez de “administradores de hecho o de derecho”, nos encontramos con:

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**

³³ Circular FGE 1/2016, p.2

³⁴ Circular FGE 1/2016, p.8

nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Quedan así incluidos en la letra a, tanto los representantes legales, como aquellos que son administradores de derecho de la empresa, los administradores de hecho³⁵ y aquellos que resultan ser los garantes de la empresa.³⁶ Estos últimos reciben el nombre de oficiales de cumplimiento o “compliance officer” y, en caso de no informar o no actuar frente a un delito que se está cometiendo o que se puede llegar a cometer, pueden tener responsabilidades a título de partícipes omisivos. Asimismo, podrán responder como autores si, además de incumplir con estos deberes, debían desempeñar una función de detección de riesgos, propia de su posición de garante, la cual ha sido delegada por el empresario. En dicho supuesto, el incumplimiento de aquella función –función de detección de riesgos- supondría la imputación del delito no evitado.³⁷

En cuanto a los deberes de control, el término “debido control” desaparece del texto y en su lugar, el legislador añade “deberes de supervisión, vigilancia y control”. Lo mismo ocurre con la expresión “en provecho”, la cual reemplaza por “en beneficio directo o indirecto”³⁸. Dicha expresión (“en provecho”) supuso diferentes problemas. Por un lado, con esta no resultaba clara la cuestión de si era o no necesaria la efectiva verificación de un beneficio.

En este sentido, la Circular 1/2011 se inclinó por no considerarlo obligatorio, entendiendo que simplemente exigía la propensión de la acción a conseguirlo. Por otro lado, tampoco se entendía la naturaleza del provecho, es decir, no se concretaba si este debía ser de naturaleza económica o podía ser de otra diferente. Aquí, la Circular 1/2011 también se manifestó considerando que se podía tratar de cualquier tipo de ventaja.

³⁵ En contraposición a esto, y según la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, no queda clara la inclusión de los administradores de hecho a menos que se sobreentienda que tienen autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica.

³⁶ Circular FGE 1/2016, pp. 8-9

³⁷ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 128

³⁸ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 140: “Hablaemos de beneficio directo cuando la persona física cometa el delito como un modo de obtener un beneficio empresarial; y de beneficio indirecto cuando la persona física cometa el delito para ahorrar a su empresa unos costes preventivos”.

Por su parte, la OCDE llamó la atención por el peligro que podía suponer el que las personas jurídicas evitaran su responsabilidad en los supuestos en los que el beneficio fuera indirecto. Esto se recoge en su informe correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.³⁹ Por todo esto, entendemos que se llevara a cabo el cambio de expresión “en provecho”. No solo lo comprendemos, sino que creemos necesario el cambio, de igual manera que lo hacen la Fiscalía General del Estado y la OCDE, además del Consejo del Estado. Este último señaló, en su Informe 358/2013 de 27 de junio, la variedad de acepciones que suponía el término “provecho” y las diversas consecuencias negativas que podían derivar de este, asegurando que se conseguiría, de manera última, un fin contrario al de la regulación de la responsabilidad penal.⁴⁰

De esta manera, y con esta modificación se consigue incluir cualquier tipo de ventaja “incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores... provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica”.⁴¹

Asimismo, y con respecto a la duda existente sobre la verificación del beneficio, se aclara que se mantiene la naturaleza objetiva de la acción. Así, resulta suficiente la tendencia de la acción a conseguir el beneficio, sin la necesidad de que este se llegue a producir.⁴² Cualquier interpretación diferente a esta, impediría el asentamiento de la responsabilidad penal a las personas jurídica.⁴³ Por esto, y a pesar de poder resultar confuso el cambio al ser uno de los términos (provecho) sinónimo del otro (beneficio), su repercusión consideramos que es muy positiva, no pudiendo calificarla de otra manera.

Otra novedad con respecto al año 2010, sería en relación con las sociedades mercantiles estatales (que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general), puesto que se incluyen dentro de aquellas a las que aplica el régimen de responsabilidad penal.

³⁹ Circular FGE 1/2016, pp.9-10

⁴⁰ Dictamen del Consejo de Estado, del 27 de junio, ref. 358/2013, p. 30 (BOE 27 de junio de 2013)

⁴¹ STS. 154/2016, de 29 de febrero, Fundamento de Derecho Decimotercero, p. 37.

⁴² Circular FGE 1/2016, p.10

⁴³ STS 154/2016, de 29 de febrero, Fundamento de Derecho Decimotercero, p. 38.

Finalmente, y sin adentrarnos detalladamente en el tema, hacer mención a la eventualidad de la introducción de los modelos de organización y control. No solo se introducen estos, sino que además el hecho de implantarlos en la sociedad puede llegar a suponer la exención de la responsabilidad de la persona jurídica, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos exigidos en el Código. Anterior a esto, en el año 2010, no se hablaba de modelos como tal, sino de simples medidas que fueran eficaces de cara a prevenir y revelar los posibles delitos en un futuro. Asimismo, estas medidas no suponían la exención de la responsabilidad de las personas jurídicas, sino que simplemente servían de atenuante en el supuesto que recogía el antiguo artículo 31 bis en el apartado d) de su punto 4:

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

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.

Sobre esta cuestión se volverá más adelante en el apartado 4 donde será desarrollada.

3.4. MOTIVOS REALES QUE INCENTIVAN LA REFORMA DEL AÑO 2015

Resultan visibles las extraordinarias variaciones que sufre la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde la primera vez que se introduce, en el año 2010, hasta esta reforma del año 2015. Sin embargo, cabe plantearse por qué el legislador considera oportuno, escasos años después a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, llevar a cabo estos cambios.

Así, los problemas que supuestamente justifican la reforma, no pueden llegar a calificarse como problemas reales, sino más bien dogmáticos, puesto que el tiempo transcurrido entre una reforma y otra, un tiempo menor a cinco años (4 años y 9 meses aproximadamente), no resulta suficiente como para poder haber sacado demasiadas conclusiones.

Principalmente, esto lo confirmamos con la escasa aplicación que se encuentra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el año 2010, durante ese período.

Siguiendo esta línea de pensamiento, deriva necesaria la referencia a Manuel Marchena Gómez, actual presidente de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo. Este destaca como “no ha existido experiencia aplicativa” del artículo 31 bis, a pesar de que el legislador justifique la reforma con base en esta. Igualmente, destaca como, en ese momento, no se podía presumir tampoco de jurisprudencia que hubiese podido determinar las dudas suscitadas.⁴⁴

De igual manera, opina la Fiscalía General del Estado en la destacada Circular 1/2016, de 22 de enero, donde, además, deduce los motivos de la tan pronta reforma. Para esto, se apoya en las críticas de un amplio sector doctrinal que, ya desde un principio, consideraba incompleto el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Siendo este su argumento principal, entiende que se lleve a cabo dicha reforma, pese al poco tiempo transcurrido, en el que no se han llevado a cabo apenas procedimientos contra personas jurídicas, no habiendo sido posible, por tanto, el tanteo de su eficacia.

Así las cosas, creemos poder concluir la cuestión coincidiendo, tanto con la opinión que da la Fiscalía en la Circular 1/2016, de 22 de enero, en donde expresa que el fin de la ley, más allá de modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, es aclararlo, como con los motivos que se recogen en el preámbulo de la propia Ley Orgánica 1/2015. Para nosotros, el resultado de esta reforma es trascendental.

Asimismo, coincidimos con Goena Vives y Navarro Massip, en cuanto señalan que las novedades introducidas en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas cabría sintetizarlas en dos nociones: la “expansión”, por la ampliación que se

⁴⁴ Redacción / Agencias, “Marchena critica que se introdujera en el Código a responsabilidad penal de las empresas `sin debate académico””, Confilegal, 13 de enero de 2020 (disponible en <https://confilegal.com/20200113-marchena-critica-que-se-introdujera-en-el-codigo-la-responsabilidad-penal-de-las-empresas-sin-debate-academico/>; última consulta 27/04/20)

observa en los sujetos recogidos dentro de los títulos de imputación y, la “evitación de la responsabilidad”, al tipificarse de los elementos del modelo de organización y gestión.⁴⁵

Por otro lado, y tras su estudio en el siguiente apartado, veremos cómo, a pesar de aumentar el número de artículos, esto no viene a suponer necesariamente una exagerada ampliación del contenido de dicha regulación.

⁴⁵ Goena Vives, B., Navarro Massip, J., “La responsabilidad penal de las empresas. Algunas reflexiones a la luz de la LO /2015, de reforma del Código Penal”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.9, 2015, pp. 51-58

4. ANÁLISIS Y COMPARATIVA DEL ARTÍCULO 31 BIS Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO PENAL.

Con la reforma del año 2015 se llevan a cabo modificaciones de gran envergadura en cuanto al Derecho penal y económico de la empresa se refiere y, el contenido de estas lo encontramos recogido principalmente en las disposiciones de los artículos 31 bis y siguientes del Código Penal. Es por esto que, este apartado, vamos a dedicarlo al estudio y la comparación, de manera pormenorizada, del primitivo artículo 31 bis del año 2010, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, frente al nuevo, tras la reforma del Código Penal con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. De igual manera, vamos a proceder a analizar los nuevos artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. Ya al final, aportaremos un balance de los cambios.

4.1. ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Siguiendo el orden correspondiente al Código, con respecto al artículo 31 bis, ya nos hemos referido a las modificaciones que este sufre. Sin embargo, creemos igualmente conveniente extendernos sobre estas.

Así, en primer lugar, el artículo 31 bis actual, al igual que el original, sigue estando formado por cinco apartados. Sin embargo, el fondo de estos varía.

Con respecto al primero, este se divide en dos apartados, a y b, y en ellos se recoge la doble vía de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En cuanto al apartado a, en este se señala la vía de imputación para cuando los delitos son cometidos por los máximos representantes, es decir, por los representantes legales de la persona jurídica o por aquellas personas con toma de decisión y con derecho a actuar en nombre de ella. Vemos como, con esta nueva redacción, desaparecen los términos de “administradores de hecho y de derecho”. El cambio fue reprochado al considerarse términos bastante consolidados legislativa y jurisprudencialmente⁴⁶. No obstante, también se reconoció el aspecto positivo del cambio, puesto que, con la nueva expresión “aquellas personas con toma de decisión y con derecho a actuar en nombre de ella”, se

⁴⁶ Circular FGE 1/2016, p.8

amplía el número de sujetos de los que deriva responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Con respecto al apartado b), a partir de esta vía, se puede imputar a la persona jurídica por aquellos actos delictivos realizados por quienes se encuentran bajo la autoridad de las personas físicas del primer apartado. Esto siempre deberá ser consecuencia de la falta de control y supervisión de los primeros sujetos (apartado a) sobre los segundos (apartado b). Se trata de un matiz importante puesto que esta segunda vía de imputación les supone a las personas físicas del primer apartado haber fallado en sus deberes encomendados (deberes de control y supervisión). Podría decirse que se trata de una responsabilidad compartida entre la persona jurídica, que tiene el deber de control interno de sus empleados en general, y la persona física del apartado a, que tiene el deber de control sobre sus delegados.⁴⁷ Así, la persona jurídica se convierte en responsable por ese incumplimiento de control, es decir, culpa *in vigilando* derivada de su posición de garante.⁴⁸

Por otro lado, y también dentro del primer apartado del artículo, se sustituye el término “en provecho” por el de “beneficio directo e indirecto”. En relación con esto, destacar como el beneficio en cuanto a la persona jurídica, además de ser requisito necesario para la constatación de su responsabilidad penal con respecto al acto delictivo cometido por el sujeto, este derivará, normalmente, del beneficio personal pretendido por este último, puesto que lo común es que la persona física venga motivada principalmente por su propio beneficio⁴⁹. En cuanto a la expresión “debido control”, ocurre lo mismo, reemplazándose esta por la de “deberes de supervisión, vigilancia y control”.

Referente a estos últimos cambios, destacar que ya concluimos valorarlos positivamente. Esto es así puesto que, a pesar de las dudas que dichos cambios pudieron suscitar, tras su estudio es posible entenderlos y deducir de estos los beneficios que suponen. Así, ultimamos el primer apartado con la conclusión de que cabría tipificar a los delitos cometidos en el seno de la empresa, mayoritariamente, como delitos especiales

⁴⁷ *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto V. La responsabilidad penal de la persona jurídica: comisión por omisión.

⁴⁸ *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto V. La responsabilidad penal de la persona jurídica: comisión por omisión.

⁴⁹ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 140

puesto que solo pueden ser cometidos por determinadas personas en las que concurren ciertas características: administradores, representantes... o, los delegados de estos.⁵⁰

Por su parte, el apartado 2 del artículo 31 bis se convierte en trascendental. En este, el legislador recoge la novedosa posibilidad de eximir a la persona jurídica de responsabilidad penal por aquellos delitos cometidos a través de las personas físicas de la letra a del apartado 1, en caso de cumplirse determinadas condiciones. Estos requisitos son en total cuatro.

En relación con el primero, este supone haber adoptado y desarrollado, antes de haberse cometido el delito y por parte del órgano de administración, un modelo de organización y gestión adecuado de cara a prevenir futuros delitos o, por lo menos, idóneo para reducir el riesgo de que estos se cometan. La segunda condición conlleva la creación de un órgano con autonomía de iniciativa y control cuya función sea la supervisión, tanto del funcionamiento como del cumplimiento del modelo de prevención implantado. En tercer lugar, demostrar que el acto delictivo haya podido ser cometido por las personas físicas al eludir estas, de manera fraudulenta, los modelos implantados en la persona jurídica. Por último, y como cuarto requisito, que los órganos a los que nos referimos en la segunda disposición -aquellos encargados de la supervisión- hayan llevado a cabo eficazmente sus funciones, sin haber incurrido en una omisión a la hora de desarrollar dichas funciones, o una falta de los controles oportunos.

De esta manera, y habiéndose cumplido todas estas circunstancias, la persona jurídica podrá evitar incurrir en responsabilidad penal al considerarse esto motivo de exención. Asimismo, el legislador mantiene la opción de la atenuación de la pena. De esta forma, en caso de que las cuatro disposiciones anteriores solo puedan ser acreditadas parcialmente, podrá solicitarse la atenuante. “Si la diligencia plena exime de pena, una “diligencia parcial puede servir para atenuarla”.⁵¹

Es destacable como esta novedad -el poder eximir la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de existir *ex ante* un modelo de organización y gestión, un modelo de

⁵⁰ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. p.102

⁵¹ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 160

cumplimiento normativo- ya la planteaban diferentes autores antes de la reforma del año 2015, a pesar de no venir recogida en la redacción de la regulación del año 2010.

Como es sabido, con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y con esta, la posibilidad de atenuación de la pena en determinados supuestos. Para que esto fuera posible se señalaba, como uno de los requisitos, de la implantación, antes del acto del juicio oral, de medidas eficaces de cara a prevenir futuros delitos. Es decir, estas medidas podían ser implantadas *ex post* al acto delictivo. Este planteamiento no parece del todo completo puesto que no se determina que supondría el haberlas establecido *ex ante*. Dicho razonamiento es al que hacen referencia los autores que indicábamos al principio y que ahora mencionaremos. Estos, ya entonces, deducían que, en los supuestos en los que la persona jurídica hubiese establecido, antes de la comisión del acto delictivo, las debidas medidas adecuadas, se podía aplicar una eximente en cuanto a la responsabilidad de esta “o, dicho de otro modo, la conducta podría ser considerada atípica, pues la empresa habría cumplido con el elemento que requiere el tipo para su no imputación (debido control) y, por consiguiente, no podría ser declarada responsable penalmente”.⁵²

En esta línea, cabe hacer mención a Silvina Bacigalupo Saggese. En su opinión, resulta ilógico que no se hubiera planteado ninguna causa eximente en la regulación del año 2010. Además, señala como posibilidad para haberlo evitado, el haber acudido al Derecho comparado o al sistema italiano o al norteamericano, puesto que, en estos, si se recogía la opción. Precisamente, en el derecho italiano contemplaban como eximente de la responsabilidad penal el hecho de que la empresa contara, previamente a la comisión del delito, con una “estructura organizativa adecuada orientada a la prevención de riesgos (programas de *compliance*)”.⁵³ En este punto, destacar el por qué no creemos posible calificar de mera coincidencia el hecho de que la nueva regulación española sea,

⁵² *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto III. La reforma del Código Penal operada por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, apartado 1. Aspectos generales relativos al nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al modelo de atribución de inherente al mismo.

⁵³ Bacigalupo Saggese, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 PC)”, *Diario La Ley*, n. 7541, 2011, p. 8

justamente, una copia casi exacta del Decreto Legislativo 231/2001 del sistema italiano⁵⁴, concretamente de los artículos 6 y 7⁵⁵.

Volviendo a la opinión de Bacigalupo Saggese, para ella, la implantación *ex ante* de los programas de *compliance* ya podía suponer una exención de la culpabilidad a pesar de no estar previsto. Sin embargo, y para que esto fuera posible, destacaba asimismo la necesidad de que la estructura organizativa y los órganos de la empresa -tanto el de gestión como el de supervisión- estuvieran pendientes concretamente de los riesgos que podían suponer cada actividad realizada en el seno empresarial, así como de sus posibles sucursales y filiales. Teniendo en cuenta todo esto, afirmaba también la eventualidad de

⁵⁴ Uría Menéndez, “Derecho penal de la empresa. La reforma del Código Penal”, 2015, punto I. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, (disponible en https://www.uria.com/documentos/circulares/734/documento/5692/01_Penal_abril_2015.htm?id=5692; última consulta 27/04/20)

⁵⁵ **Artículo 6** Sujetos de la alta dirección y modelos de organización de la entidad.

1. Si la infracción hubiere sido cometida por las personas mencionadas en la letra a) del apartado 1 del artículo 5, la entidad no responderá si prueba que: a) el órgano directivo ha adoptado y aplicado efectivamente, antes de la comisión del hecho, modelos de organización y gestión adecuados para prevenir delitos de la naturaleza del delito; b) la función de velar por el funcionamiento y la observancia de los modelos, de velar por su actualización, se ha confiado a un organismo de la entidad dotado de poderes de iniciativa y de control autónomos; c) las personas hayan cometido el delito al eludir fraudulentamente los modelos de organización y de gestión; d) el organismo a que se refiere la letra b) no haya procedido a una falta de vigilancia o de supervisión suficiente; **2.** En relación con la ampliación de las competencias delegadas y el riesgo de comisión de infracciones penales, los modelos a que se refiere la letra a) del apartado 1 deberán responder a las siguientes exigencias: a) identificar las actividades en las que puedan cometerse infracciones penales; b) establecer protocolos específicos para programar la elaboración y aplicación de las decisiones de la entidad en relación con los delitos que deban prevenirse; c) determinar las modalidades de gestión de los recursos financieros que permitan impedir la comisión de delitos; d) establecer obligaciones de información con respecto al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia de los modelos; e) introducir un sistema disciplinario adecuado para sancionar el incumplimiento de las medidas indicadas en el modelo; **3.** Los modelos de organización y de gestión podrán adoptarse, garantizando las exigencias contempladas en el párrafo 2, sobre la base de códigos de conducta establecidos por las asociaciones representativas de las entidades, comunicados al Ministerio de Justicia que, en consulta con los Ministerios competentes, podrá formular, en un plazo de treinta días, observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir los delitos; **4.** En las pequeñas entidades, las tareas mencionadas en la letra b) del apartado 1 pueden ser realizadas directamente por el órgano de dirección; **5.** Sin embargo, se ordenará la confiscación de los beneficios que la entidad haya obtenido del delito, incluso en la forma equivalente. (Traducción libre)

Artículo 7 Sujetos subordinados a la dirección y modelos de organización de la entidad.

1. En el caso previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 5, la entidad será responsable si la comisión del delito ha sido posible por el incumplimiento de las obligaciones de dirección o vigilancia; **2.** En cualquier caso, se excluirá el incumplimiento de las obligaciones de dirección o vigilancia si la entidad, antes de la comisión del delito, ha adoptado y aplicado efectivamente un modelo de organización, gestión y control adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del delito; **3.** El modelo prevé, en relación con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como con el tipo de actividad desarrollada, medidas adecuadas para garantizar el desarrollo de la actividad dentro del respeto de la ley y para descubrir y eliminar oportunamente situaciones de riesgo; **4.** La aplicación efectiva del modelo requiere: a) una revisión periódica y, en su caso, una modificación de la misma cuando se descubran incumplimientos significativos de las prescripciones o cambios en la organización o en la actividad; b) un sistema disciplinario adecuado para sancionar el incumplimiento de las medidas indicadas en el modelo. (Traducción libre)

poder establecer así la posición de garante, los requisitos de esta y los deberes de control y supervisión que conlleva.⁵⁶

De igual modo, cabe subrayar igualmente a Enrique Bacigalupo Zapater. Según este:

Parece claro que, si el programa preventivo puede ser considerado para atenuar o agravar la sanción media imponible por el delito imputable a la persona jurídica, la comprobada ausencia de culpabilidad de organización debería excluir la pena o sanción [...] es claro que, si la implantación de programas preventivos para el futuro puede atenuar la pena de la persona jurídica, su existencia antes de la comisión del delito puede excluir la culpabilidad de organización. En verdad, no existe ninguna razón para justificar que quien antes de la comisión del delito imputable a la persona jurídica haya tenido un adecuado programa de *compliance* que permita distanciarla del hecho de sus administradores se encuentre en peor posición que quien sólo promete tenerlo en el futuro.⁵⁷

Con todo, vemos como, a pesar de no haberse previsto en la primera regulación, a día de hoy y, gracias a la reforma del 2015, ya podemos destacar la coexistencia tanto de la posibilidad de una atenuante, como la de una eximente, en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Volviendo al artículo 31 bis, conviene analizar ahora su apartado 3. En este, el legislador viene a explicar cómo resulta la aplicación de la segunda condición del apartado 2 (la creación del órgano autónomo con funciones de supervisión en relación con el modelo de prevención implantado) en aquellas personas jurídicas consideradas de pequeñas dimensiones. Aprovechando la ocasión para definir las, establece que serán consideradas como tales aquellas que tengan la autorización de presentar la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. De esta forma, y encontrándonos en el supuesto, advierte la posibilidad de que las funciones de supervisión de esa segunda condición sean asumidas por el propio órgano de administración, obviando la necesidad de crear uno autónomo.

Para los delitos cometidos por las personas físicas de la letra b) del apartado 1, también se recoge la posibilidad de la exención de la responsabilidad penal. Así, el apartado 4 establece que, si previamente a la comisión del delito, se hubiese adoptado y ejecutado un modelo de organización y gestión adecuado de cara a prevenir futuros

⁵⁶ Bacigalupo Saggese, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 PC)”, *Diario La Ley*, n. 7541, 2011, p. 8

⁵⁷ Bacigalupo Zapater, E., “Compliance y Derecho Penal”, Aranzadi, 2011, pp. 88 y 89

delitos o para reducir el riesgo de su comisión, esto podrá ser considerado causa de eximente. En este supuesto, resultaría igualmente aplicable la atenuación prevista en el apartado 2 referido a los delitos cometidos por las personas físicas de la letra a, del apartado 1.

Ya por último, en el apartado 5 del artículo 31 bis, el legislador especifica los requisitos que deben de cumplir los modelos de organización y gestión a los que hace referencia en los apartados anteriores. En este sentido, los modelos:

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.»

4.2. ARTÍCULO 31 TER DEL CÓDIGO PENAL

Hasta aquí la nueva redacción del artículo 31 bis. En segundo lugar, y continuando con el análisis, el artículo 31 ter viene a recoger, de manera exacta, el contenido de los antiguos apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

De esta manera, en el apartado primero encontramos la redacción original del antiguo apartado 2, referido al mantenimiento de la exigibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre que se lleve a cabo la constatación de la comisión de un delito cometido por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado 1 del 31 bis, aun cuando dicha persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. De igual manera, en caso de imponerse también pena de multa, se recoge la posibilidad de que los jueces o tribunales modulen las cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los delitos.

Con respecto al contenido del antiguo apartado 3, este se recoge en el segundo apartado del artículo. Según este, las personas jurídicas no verán excluida ni modificada su responsabilidad penal, tanto en el supuesto de que concurran en las personas físicas responsables circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, como en el supuesto de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, a pesar de lo que dispone el artículo 31 quater. Se formaliza así la autonomía entre la persona física y la persona jurídica, pudiéndose perseguir y condenar a esta última, a pesar de las circunstancias del sujeto que materializa el acto delictivo. Es decir, “el artículo 31 ter deja clara la compatibilidad y autonomía entre la sanción de la persona jurídica y la de la persona física responsable, cuya efectiva punición no es requisito necesario de la responsabilidad de la entidad”⁵⁸.

Como se indica en la sentencia 742/2018, de 7 de febrero de 2019, “una cosa es que se exija la "constatación" de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa "condena" de las mismas”⁵⁹.

4.3. ARTÍCULO 31 QUATER DEL CÓDIGO PENAL

En cuanto al fondo del siguiente artículo, el 31 quater, en él se enumeran las acciones que serán consideradas como posibles atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con respecto a esto, el legislador señala la necesidad de que estas se hayan llevado a cabo *ex post* a la comisión del delito y a través de sus representantes legales. Dicho esto, las actividades son:

- 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.»

⁵⁸ Circular FGE 1/2016, p.14

⁵⁹ Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, n. 742/2018, de 7 de febrero, fundamento de derecho segundo (versión electrónica – Vlex España)

4.4. ARTÍCULOS 31 QUINQUIES DEL CÓDIGO PENAL

Finalmente, nos encontramos con el artículo 31 quinquies. Dicho artículo pasa a recoger, en su gran mayoría, el antiguo contenido del artículo 31 bis apartado 5. Así, el artículo hace referencia a la exclusión de las personas jurídicas de Derecho Público con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas).

La novedad aquí es que, en la redacción de este, además de no hacer mención a los partidos políticos y sindicatos (estos fueron suprimidos del listado con la modificación que supuso la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre), dejan de considerarse también parte de este catálogo aquellas Sociedades mercantiles Estatales que elaboren políticas públicas o proporcionen servicios de beneficio económico general. En el caso de estas, destacar que el legislador, a pesar de dejarlas fuera, concreta las penas que le pueden ser impuestas. Así, las penas posibles de aplicación resultan ser las recogidas en las letras a) y g) del punto 7 del artículo 33 del Código Penal. Sin embargo, dicha limitación podrá ser obviada cuando el juez considere que se trata de la creación, por parte de sus promotores, administradores, representantes o fundadores, de una forma jurídica con la que evitar una posible responsabilidad penal.

4.5. CONCLUSIÓN TRAS EL ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS INTRODUCIDOS CON LA LEY ORGÁNICA 1/2015

Finalizado el examen de los artículos, y en este momento del análisis, cabe destacar cómo esta nueva redacción (concretamente, la de los artículos 31 bis y 31 quater), relacionada con los modelos de cumplimiento normativo, contribuye a conseguir una mayor seguridad jurídica. Esto es así puesto que se dan a conocer tanto los requisitos como los efectos de tales modelos, lo cual ya se venía implorando.⁶⁰ En este sentido,

⁶⁰ Uría Menéndez, “Derecho penal de la empresa. La reforma del Código Penal”, 2015, punto I. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, (disponible en

puede hacerse mención a las dudas de la Fiscalía General del Estado planteadas en su Circular 1/2011. En este escrito, se venía cuestionando la suficiencia sobre la implantación de un programa de cumplimiento con el objetivo de acreditar el “debido control” que la entidad había ejercido sobre sus empleados y por tanto la posibilidad de ser eximida de responsabilidad por los delitos cometidos por estos.

Con todo, vemos cómo es que, a partir de las modificaciones que sufre el artículo 31 bis en sus apartados 2, 3 y 4, cuando surge el contenido de los artículos 31 ter y 31 quinquies. Es decir, al analizar cada uno de ellos, nos damos cuenta de cómo el nuevo contenido de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo aplica únicamente al artículo 31 bis y al artículo 31 quater.

En cuanto a los otros dos artículos –el artículo 31 ter y el artículo 31 quinquies–, estos surgen únicamente, para recoger y no perder el contenido original del artículo 31 bis. Es por esto precisamente que señalábamos que, a pesar de incluirse nuevos artículos dentro de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto no venía a suponer una extensión desmedida en cuanto a contenido se refiere.

Ya para concluir, así las cosas, cabe destacar la importancia de la reforma. En nuestra opinión, ha sido fundamental para poner fin a ciertas cuestiones problemáticas como eran el modelo de responsabilidad implantado o la inclusión de la posibilidad de una eximente, en caso de haberse previsto la existencia de un modelo de cumplimiento normativo antes de la comisión del delito.

Con respecto a esto último, consideramos que el legislador, en su momento, actuó equívocamente ya que resulta obvia su necesidad desde la primera vez que se reguló la materia, coincidiendo así con los autores antes mencionados. Sin embargo, en la nueva redacción otorga gran valor a la actuación provisoria de la persona jurídica. Así, su objetivo se convierte en incentivar la autoorganización de las personas jurídicas donde la falta de esto, cobra un papel fundamental.⁶¹

https://www.uria.com/documentos/circulares/734/documento/5692/01_Penal_abril_2015.htm?id=5692; última consulta 27/4/20)

⁶¹ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 132

Creemos conveniente incluir un link a un cuadro comparativo realizado por el Observatorio de la Justicia y de los Abogados. En este, como va a resultar fácilmente visible, se va a distinguir, por un lado, y en la

5. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO – PLAN COMPLIANCE

5.1. ORIGEN Y CONCEPTO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

En el año 2010, y en el intento de frenar la criminalidad dentro de las empresas, surge la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, el legislador, cinco años después de su introducción, cree necesaria la reforma de dicha legislación, con la intención de mejorarla y despejar las posibles dudas suscitadas con su inserción.

De esta manera, y en el año 2015, se llevan a cabo determinadas modificaciones del texto original. La gran apuesta de esta reforma resulta ser la introducción de los programas de cumplimiento normativo o modelos de prevención de delitos, lo que también se conoce bajo las nomenclaturas anglosajonas de *compliance*, *compliance penal*, *plan compliance*, *compliance program*.

Fue entonces, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que los programas de cumplimiento se introdujeron por primera vez en el CP. Concretamente, es dentro de la condición primera, del apartado 2, del artículo 31 bis, donde el legislador hace referencia, inicialmente, a los “modelos de organización y gestión”. Dice así:

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

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

Asimismo, y de manera complementaria a la condición primera del apartado 2, caben mencionarse también, las tres condiciones restantes, incluidas dentro dicho apartado,

columna de la izquierda, lo que supuso la reforma del año 2010, es decir, la redacción del primer artículo 31 bis del Código Penal que existió; y, por otro lado, y en la columna de la derecha, veremos la redacción del nuevo y actual artículo 31 bis del Código Penal, junto con el contenido de los siguientes, incluidos con dicha reforma, es decir, los artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. Resulta muy cómodo de cara a la lectura y comprensión de las modificaciones de la antigua y la nueva legislación

Cuadro comparativo del Observatorio de la Justicia y de los Abogados, de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pp. 35-43 (disponible en

http://web.icam.es/bucket/CUADRO%20COMPARATIVO%20DEL%20CÓDIGO%20PENAL_%20LO%201-2015_%20CP.pdf)

junto con los apartados 3, 4 y 5 del artículo, puesto que con ellos completa la regulación de dichos modelos de organización y gestión.

Sintéticamente, podríamos decir que el apartado 2, recoge los requisitos que la persona jurídica debe cumplir para poder quedar exenta de responsabilidad penal en caso de cometerse un delito por las personas físicas de la letra a –administradores, representantes legales...-, del apartado anterior, es decir, del apartado primero. De este modo, entre otros, se demanda que, previamente al acto delictivo, se haya llevado a cabo la inclusión, por parte de los órganos de administración de las personas jurídicas, de modelos de organización y gestión que incluyan acciones de supervisión, con el fin de prever la comisión de delitos, así como que, los sujetos autores de la comisión hayan eludido, fraudulentamente, tales modelos.

En relación con el apartado 3, este aclara la aplicación de las condiciones del apartado segundo – condiciones exigidas para aplicar la eximente -, con respecto a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, puesto que entiende que no se les puede exigir de igual manera. Así, en estas, las funciones de supervisión, concernientes al correcto funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado, podrán ser asumidas por el propio órgano de administración. Por el contrario, a todas aquellas personas jurídicas fuera de dicha consideración, se les exige la delegación de tales funciones, en un órgano autónomo.

En cuanto al cuarto apartado, en él se recogen, igualmente, las condiciones del apartado segundo, pero aplicables al supuesto de que el delito sea cometido por las personas físicas de la letra b del apartado primero, es decir, conforme a los delegados y subordinados. La diferencia respecto de los sujetos de la letra a radica en que, a estos últimos, se les exige que el modelo implantado cuente con medidas de vigilancia y control idóneas mientras que, a los sujetos de la letra b, no. A estos, únicamente se les requiere la implantación de un modelo de organización y gestión adecuado para evitar la comisión de delitos.

Por último, el legislador emplea el apartado 5, para enumerar y esclarecer los requisitos principales que deberán cumplir los modelos de organización y gestión a los

que hace referencia la condición primera del apartado segundo. Sobre estos, ahondaremos en detalle más adelante.

Previamente a la reforma, en la primitiva regulación del año 2010, no se hacía mención a los programas como tal, ni se mencionaba tampoco nada con respecto a la posibilidad de una eximente de la responsabilidad, al igual que tampoco se especificaban las acciones que llevar a cabo, de la manera en la que se concreta ahora. Simplemente, se hacía referencia a “haber ejercido el debido control” y a la implantación de “medidas eficaces” de cara a prevenir o descubrir futuros delitos, siendo esto considerable, únicamente, como circunstancia atenuante.

Es por esto que, la inserción de los programas de cumplimiento, con el nuevo artículo 31 bis, supuso una de las grandes novedades de la reforma del CP de 2015. Principalmente, esto fue así por la condición eximente que suponen con respecto a la imposición de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, la persona jurídica, a partir de este momento, y a diferencia de lo que ocurría con la regulación original, podrá quedar exenta de responsabilidad penal, aun habiéndose cometido un delito por uno de sus administradores, representantes o demás personas indicadas en las letras a y b del artículo 31 bis, siempre y cuando, cuente, en un momento anterior a la comisión, con un modelo de organización y gestión idóneo para haber prevenido el delito o, con la intención de poder reducir el riesgo de futuros. Se trata, por lo tanto, de la única forma válida y forzosa para evitar incurrir en responsabilidad penal.

De esta forma, queda introducido el sistema del *compliance* penal y con este, surge un nuevo deber de diligencia para los administradores de las sociedades, sobre lo que profundizaremos más adelante.

Ahora bien, antes de continuar, cabe establecer, brevemente, lo que supone un programa de cumplimiento normativo. Así las cosas, cabría definirse este, como aquel sistema organizativo, real y eficaz, formado por un conjunto de medidas idóneas dirigidas a evitar o, al menos, prever y/o dificultar, la comisión de delitos en el seno empresarial. O, dicho de otro modo, tratar de controlar todo comportamiento empresarial desviado.

5.2. APLICACIÓN PRACTICA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Retomando el efecto eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que mencionamos antes, en relación con la implantación de los modelos de cumplimiento normativo, como ya hemos visto, este efecto aplica siempre que dicha implantación haya sido efectuada *ex ante* al acto delictivo. De esta manera, es deducible, a primera vista, como, para el legislador, resulta indiferente que el delito haya sido cometido bien por los sujetos recogidos dentro de la letra a del artículo 31.1 bis del Código Penal, como por los sujetos de la letra b, puesto que, de corroborarse la inserción del modelo y su eficacia, la persona jurídica podrá evitar igualmente quedar sancionada.⁶²

El régimen de exención queda así extendido a ambos títulos de imputación de la persona jurídica. Sin embargo, y a pesar de ser prácticamente igual para ambos, presenta ciertas diferencias. Así, la primera es que, a los sujetos de la letra b, no se les exige que el modelo incluya “medidas de vigilancia y control idóneas”. Simplemente, y en este supuesto, se requiere que el programa “resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

En la misma línea, y como la segunda y última diferencia, recalcar que tampoco se les exige a los sujetos de la letra b, la condición tercera del apartado 2, relativa a la necesidad de una elusión fraudulenta por parte del sujeto que comete el delito. Por ello, la persona jurídica no se verá en la obligación de probar el hecho de que el sujeto haya actuado fraudulentamente, pudiendo, de la misma manera, eludir su responsabilidad penal demostrando, simplemente, la adecuación de su modelo implantado. “Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados”.⁶³

Llegado este punto, cabe destacarse que lo más importante es que, en el seno de la empresa, más allá de la existencia de un programa de cumplimiento, concurra

⁶² Circular FGE 1/2016, p. 21

⁶³ Circular FGE 1/2016, p. 21

verdaderamente una cultura de cumplimiento.⁶⁴ Es decir, resulta imprescindible que las personas físicas que forman parte de la sociedad (administradores, representantes, delegados, trabajadores...) cuenten con una voluntad real de cumplir con la norma establecida puesto que, de nada valdría la implantación de esta, si no se pretende hacerla valer. Por tanto, no basta con disponer de un programa de cumplimiento meramente formal y estandarizado, basado en una estructura genérica, si no existe intención de darle, realmente, su uso. Esto último, es lo que se conoce como *fake compliance* o *make up compliance*⁶⁵ o, incluso, *paper compliance*, y es lo que debe ser evitado y, penalizado, en su caso, por la justicia, ya que no es lo verdaderamente exigido por la ley y, mucho menos, el fin propio de esta.

Además, teniendo la cultura de cumplimiento como objetivo principal, es destacable la existencia y la posibilidad de acudir a diferentes mecanismos dirigidos a reforzar dicha cultura de cumplimiento. Entre tantos, encontramos, por ejemplo, los mensajes, que debieran transmitir los sujetos de la letra a los sujetos de la letra b, acerca de los principios éticos y sociales de la entidad; las actividades instructivas generales, así como las específicas, en virtud de las diferentes áreas existentes dentro de la compañía; las campañas publicitarias de comunicación...⁶⁶

Así las cosas, toda entidad que acredite, además de la existencia de un programa de cumplimiento, acciones concretas dirigidas a fomentar el cumplimiento de este, se encontrará en una posición favorable de cara a exigir la eximente.⁶⁷

Igualmente, es importante la personalización del programa y su correcta adecuación a la concreta sociedad puesto que, como es obvio, los riesgos no van a ser los mismos en una entidad dedicada, por ejemplo, al sector eléctrico, en la que es más probable la concurrencia de un delito medioambiental, que en una dedicada al sector legal o bancario.

⁶⁴ *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto VII. La cultura de cumplimiento: STS de 29 de febrero de 2016.

⁶⁵ Montoya, M.A., “Sobre la cultura de cumplimiento en la responsabilidad penal corporativa”, *Compromiso Empresarial*, 2017 (disponible en <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2017/02/sobre-la-cultura-de-cumplimiento-en-la-responsabilidad-penal-corporativa/>; última visita 26/04/20)

⁶⁶ *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto VII. La cultura de cumplimiento: STS de 29 de febrero de 2016.

⁶⁷ *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, cit., punto VII. La cultura de cumplimiento: STS de 29 de febrero de 2016.

Es por esto que, la falta de personalización, conllevaría a la inserción de un modelo incompleto e ineficaz. Por el contrario, una correcta adecuación del modelo a la entidad, supone un mayor alcance y, por ende, una reducción de los posibles riesgos futuros.

A este respecto, la creación y la implantación del modelo en una empresa, deberá incluir determinadas acciones con el objetivo de adecuarse y conseguir el mayor grado de eficacia posible. Dichas gestiones quedan recogidas en el apartado 5 del artículo 31 bis y vienen a ser, prácticamente, las siguientes:

“La identificación –mapa de riesgos delictuales- de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; la implantación de 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; la puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención -canales de whistleblowing-; el establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y, la 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”.⁶⁸

Vemos como no se trata de una propuesta en vano ya que, tanto la adecuación como la personalización del programa, resultan condiciones impuestas por el propio legislador. De este modo, en el supuesto de la comisión de un delito dentro de la actividad empresarial, lo lógico será que se lleve a cabo un juicio de idoneidad entre la transgresión cometida y el contenido del modelo donde se compruebe la eficacia de este, pudiendo obtenerse así un veredicto justo en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica.⁶⁹ Sin embargo, en la práctica, este juicio de valoración resulta bastante complejo. Esto es así ya que, va a suponerle a la persona jurídica demostrar que, a pesar de contar con un modelo adecuado y eficaz, el delito ha podido ser cometido, lo cual acaba por resultar bastante contradictorio.

Por otro lado, cabe aclarar que no se pretende en ningún momento la inserción de un programa perfecto, pues “la comisión de un delito queda como un riesgo residual de

⁶⁸ Moral, M^a. T. y González, B., “Responsabilidad pena de las personas jurídicas y corporate compliance”, 2015, p.4 (disponible en https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/responsabilidad_penal_de_personas_juridicas_y_corporate_compliance.html; última consulta 26/04/20)

⁶⁹ Circular FGE 1/2016, p. 22

cualquier programa de prevención, por eficaz que este sea”⁷⁰. En este sentido, se posibilita la eximente aun habiéndose podido cometer el delito, siempre y cuando se cumplan los diferentes requisitos exigidos en la ley.

En comparación, y con respecto a la posibilidad de la atenuante, esta aplicará si, a diferencia de lo que se exige con respecto a la eximente, los requisitos solo pueden ser acreditados de manera parcial.

5.3. SUJETOS RESPONSABLES

Como hemos visto hasta ahora, resulta requisito indispensable, para que una persona jurídica pueda evitar incurrir en responsabilidad penal, que cuente con un modelo de cumplimiento normativo adecuado y personalizado. Cabe entonces, en este punto, analizar a quien le corresponde la inserción de dichos programas, así como determinar quiénes van a ser los responsables de su cumplimiento, al igual de que de su control y seguimiento.

5.3.1. Órgano de cumplimiento

En cuanto a la implantación del modelo, en virtud de la condición primera del apartado 2 del artículo 31 bis, el órgano encargado de insertar el programa dentro de la entidad, es el órgano de administración y, los sujetos obligados, por tanto, son los administradores y/o representantes legales de la sociedad.

Por su parte, y referente al cumplimiento y funcionamiento del modelo, el mismo artículo 31 bis, también en su apartado 2, pero en su condición segunda, establece la necesidad de que dicha tarea se adjudique a un órgano autónomo. Así pues, este será al que se le confíe, legalmente, la tarea de revisar y verificar la validez y eficacia de los controles que se han llevado a cabo, de manera interna, en la persona jurídica y será, en función de la dimensión de la persona jurídica, que este estará formado por una o varias personas.

⁷⁰ Circular FGE 1/2016, p. 29

Con todo, nos estamos refiriendo al órgano de cumplimiento, dentro del cual es destacable la figura del responsable de cumplimiento o *compliance officer*.

5.4. LA FIGURA DEL *COMPLIANCE OFFICER*

Ha de decirse que se trata de una figura en desarrollo, al menos, en nuestro país, a la que se le están encomendando tareas relacionadas con la vigilancia del cumplimiento, sin llegar a incluirla en la cadena de garantía o considerarla delegada de funciones.⁷¹

En cuanto a las tareas de esta figura, señalarse que estas no quedan recogidas textualmente, pero cabe deducir, por ejemplo, el deber de participar en la elaboración del modelo de organización y gestión, o la supervisión de su correcto funcionamiento como también, el deber de establecer acciones de vigilancia y control.⁷² De esta manera, sus tareas incluyen acciones normativas, de asesoramiento, de coordinación y supervisión de aquellos encargados de la seguridad, de promoción de políticas y normas...⁷³ pero, lo que resulta verdaderamente importante, es que con estas, el sujeto -o el conjunto de ellos que conforman el órgano de cumplimiento-, llegue a comprobar realmente si el modelo implantado en la persona jurídica cumple con los requisitos exigidos en el apartado 5 del artículo 31 bis, puesto que, de no ser así, se estaría contraviniendo, consecuentemente, la condición cuarta del apartado segundo, la cual exige que no se haya producido, por su parte, ninguna “omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control”. Todo esto daría lugar, además, a la negación de la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Cabe hacer mención, por último, a la posibilidad que tiene el *compliance officer* de delegar funciones e incluso, de contratar servicios externos. Es, en relación con esta posibilidad de delegación, que esta figura puede transferir responsabilidad penal a las personas jurídicas. A este respecto, entendemos que el responsable de cumplimiento puede transferir, a la persona jurídica, responsabilidad penal, en dos supuestos diferentes. Por un lado, y como ya hemos visto, al no cumplir con la condición cuarta del apartado segundo y, por otro, al considerársele como uno de los sujetos de la letra a –ostenta

⁷¹ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 122 - 123

⁷² Circular FGE 1/2016, p. 24

⁷³ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 122 - 123

facultades de organización y control–, en caso de incumplir gravemente sus funciones vigilancia y supervisión, y omitiendo el debido control sobre sus subordinados, la comisión de un delito por alguno de estos, supondría la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica e, incluso, a si misma también.⁷⁴

5.4.1. Órgano de supervisión

Habiendo realizado un breve estudio de la persona considerada responsable del cumplimiento de los programas (el *compliance officer*), podemos también distinguir y hacer referencia, dentro del órgano de cumplimiento, al órgano de supervisión.

En cuanto a las funciones que le son encomendadas a este último, en realidad, cabe indicar que estas corresponden al administrador de la entidad⁷⁵. Sin embargo, dada la cantidad y la complejidad de estas, el administrador las delega en él, siendo su tarea principal, el conseguir el cumplimiento legal o, más específicamente, el penal, dentro de la entidad.

A pesar de lo visto hasta ahora, y en relación al requisito de encomendar “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado” a un órgano autónomo, se recoge la posibilidad, para aquellas personas jurídicas de pequeñas dimensiones, que tal compromiso sea asumido por el propio órgano de administración, sin la necesidad de tener que crear un órgano independiente a este.

Así las cosas, podemos concluir con que “la sanción penal a la empresa constituye un estímulo para que implanten programas de cumplimiento que prevengan determinados delitos en su interior, los comuniquen a las autoridades competentes y colaboren en su investigación”.⁷⁶

⁷⁴ Circular FGE 1/2016, p. 25

⁷⁵ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 123

⁷⁶ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 80

5.5. MENCIÓN A LOS PLANES DE CERTIFICADOS Y LAS NORMAS ISOS

Aunque no sea posible extendernos sobre el tema, nos gustaría hacer mención, en última instancia, a las normas de la Organización Internacional de Normalización, también recogidas bajo el nombre de normas ISOS.

Gracias a estas, se lleva a cabo el proceso de estandarización y de certificación dentro del derecho penal de la empresa. A saber, con dicho proceso se consigue un mayor control de los posibles riesgos, de los trabajadores...y se establecen los diferentes deberes de supervisión.⁷⁷

Algún ejemplo destacable sería la ISO 37001 “Sistemas de gestión antisoborno”, la cual recoge disposiciones de prevención de la corrupción dentro de la sociedad o, la UNE-ISO 19600 “Sistemas de gestión de compliance”, relativa a los programas de cumplimiento, que contiene medidas de establecimiento y gestión de estos.

Por otro lado, referente a estas normas, resulta conveniente señalar también la existencia de entidades de certificación externa, como son, por ejemplo, la Asociación Española de Normalización y Certificación, AENOR, o la *European Quality Assurance*, EQA. Ambas, se dedican a la inspección, comprobación y, la consecuente acreditación, de los programas de cumplimiento normativo o planes *compliance*, en relación a los requisitos precisados dentro de las normas ISOS.

Cabe aclarar que, dicho proceso de acreditación de los modelos, no ha sido exigido hasta ahora, por parte del legislador. Sin embargo, y como ya destacó la Fiscalía General del Estado, en su circular 1/2016, todo aquel programa que cuente con la certificación de una entidad externa, se encontrará en una situación mucho más favorecedora a otra que no la tenga, aunque del órgano judicial siga dependiendo la valoración última. En este sentido, no negamos, e incluso, coincidimos con todo aquel que plantea que, en un breve periodo de tiempo, esto se convertirá en requisito esencial para poder ser de aplicación la exigente en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁷⁷ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 80

Con todo, en la actualidad, se discute la aplicación y determinación de las normas ISOS a la hora de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁷⁸

⁷⁸ *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 80

6. *CONCLUSIONES FINALES*

Tras el estudio y análisis, tanto de la original regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como de la vigente, actualmente, en nuestro sistema penal, podemos extraer diferentes conclusiones. En concordancia con estas, trataremos de clarificar finalmente aquellas cuestiones tan discutidas en dicha materia, así como de despejar las dudas suscitadas, de las que consideramos preciso su esclarecimiento.

- I. A día de hoy, y desde hace ya algún tiempo, existe una tendencia general y real de alcanzar una economía global, lo cual ha supuesto diversas consecuencias. En este sentido, el legislador se ha visto obligado a reformar el Código penal, con el objetivo de adaptarlo al marco internacional. Así es, además, como justifica, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la reforma llevada a cabo. En cuanto a las razones principales de dicha globalización, estas pueden sintetizarse en dos. De esta manera, por un lado, cabe mencionar la internacionalización de los negocios. O, dicho de otro modo, la predominancia de una seria e incesante tendencia por parte de las empresas de desplazar y expandir sus actividades comerciales. Por otro lado, y como segunda razón principal, la presencia del delito corporativo, lo cual no es una figura novedosa, pero sí creciente y, a la que se pretende hacer frente. Por consiguiente, nos resulta lógico el querer generalizado de conseguir una armonización del derecho penal de la empresa a nivel internacional y la consiguiente actuación del legislador.

- II. Es, en este contexto, cuando surge la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en nuestro sistema, operada 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. Y, con esta, se introduce el original artículo 31 bis por el que se implanta la doble vía de adjudicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, a partir de entonces, la persona jurídica ya podía ser imputada por los delitos cometidos, bien por aquellos que ostentaran cargos representativos, bien por aquellos que resultaran ser subordinados a estos. Además de la problemática que supuso ya la introducción de tal regulación –falta de apoyo a la hora de aprobarse, así como una enorme confrontación doctrinal-, este sistema de imputación de la responsabilidad resultó igualmente cuestionable, puesto que muchos entendieron que

el sistema, así implantado por el legislador, era un sistema de heteroresponsabilidad o vicarial. Compartimos así opinión con aquellos que defendían la idea de que, del sistema implantado por el legislador, se dependía un modelo de responsabilidad propio pero que, aun así, y en la postura de defensa, ya en su momento, advirtieron de la necesidad de una clarificación pudiendo así, finalmente, cerrar dicho debate.

III. Por otro lado, y como punto favorable y destacable de dicha regulación, se manifiesta la autonomía que va a predominar, a partir de entonces, entre la responsabilidad penal de las personas físicas, en relación con la de las personas jurídicas. De esta manera, se consigue no descartar el proceso penal, como sí ocurría anteriormente, cuando solo se aplicaban las llamadas medidas accesorias, reflejándose, una vez más, la importancia de la introducción de la regulación.

IV. Por último, en relación con la regulación del año 2010, destacar otro punto susceptible de debate. Nos referimos con esto a la introducción de circunstancias atenuantes y a la falta de previsión de una considerada eximente. Sobre esto, el legislador establece que la persona jurídica en caso de haber establecido, tras la comisión del delito y, con anterioridad al juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir futuros delitos, podrá ver atenuada su condena. Sin embargo, nada dice acerca del supuesto de que dichas medidas hayan sido impuestas *ex ante*. Cabe hacer hincapié en este punto y destacar, como ya hicimos en el contenido principal del trabajo, las opiniones de varios autores, con los que coincidimos puesto que estos, ya en su momento, destacaron la equívoca actuación del legislador, al no haber previsto desde el momento inicial, la posibilidad de considerarse circunstancia eximente el hecho de que la persona jurídica hubiese actuado de esta manera, es decir, de manera anterior al acto delictivo. En nuestra opinión, se trata de una previsión incompleta e injusta, por parte del legislador, para aquellas personas jurídicas que actuaban premeditadamente.

V. Por todo esto, entendemos así, bajo la rúbrica de razonable y procedente, la urgencia por parte del legislador de modificar determinados aspectos. Además, consideramos que es la única manera factible de justificar que, tan solo cinco años más tarde de haberse introducido la regulación, se produzca la reforma mediante la Ley Orgánica

1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Del mismo modo, y en la misma línea, son varias las recomendaciones hechas por diferentes organismos que también inciden en dicha decisión.

VI. A tal efecto, y de entre los aspectos mejorados con la reforma, cabe destacar, en primer lugar, y como acaecimiento principal, la introducción de la circunstancia eximente que venía siendo tan reclamada. Dicha circunstancia se verá así aplicada en el supuesto de que la persona jurídica haya establecido un modelo de organización y gestión adecuado que cuente con las medidas correctas de cara a prevenir a los delitos –programas de *compliance* penal-, coincidiendo su aplicación con la consideración de los autores a los que nos referimos previamente. Con respecto a estos modelos, cabe matizar la importancia que tiene la existencia de una verdadera cultura ética corporativa. De no existir esta, a pesar de contar con tales programas, no podríamos hablar, de ninguna manera, de la circunstancia eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica, al ser esto el objetivo principal de la inserción de dichos modelos. Del mismo modo, el legislador enumera y especifica los diferentes deberes y acciones, así como los sujetos responsables, de cumplir con estos, lo cual forma parte también de los requisitos para la obtención de la exención. Entendemos que dicha enumeración facilita, por un lado, la posibilidad de cumplimiento por parte de las personas jurídicas puesto que conocen específicamente sus deberes, así como la tarea, por parte del tribunal, de verificar dicho cumplimiento.

VII. Asimismo, otro de los aspectos recalables es la aclaración del modelo de responsabilidad implantado. Como ya señalamos, la diferencia de opiniones acerca del modelo implantado suponía un gran inconveniente y resultaba preciso su esclarecimiento. Es pues, gracias a la exigencia de estos modelos de prevención de delitos y, a la consecuente posibilidad de eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se despejan las dudas suscitadas sobre el modelo implantado. Como ya vimos, de la redacción del antiguo artículo 31.1 bis del Código Penal, parecía que el legislador pretendía que pagaran justos -la persona jurídica-, por pecadores -personas físicas de la letra a y b-, lo cual resultaba, además de injusto,

inconstitucional⁷⁹. Sin embargo, con la reforma se esclarece esto. Por tanto, y a partir de entonces, la persona jurídica no se verá obligada a responder penalmente de haber implantado *ex ante* un programa de prevención de delitos que resulte adecuado y conforme a la entidad.

VIII. Más allá de estas modificaciones que creemos considerar de mayor envergadura, puede hacerse referencia a los cambios realizados en cuanto a la terminología de determinadas expresiones. Entre otras, hablamos, por ejemplo, de la expresión “en provecho” la cual se ve reemplazada por la de “beneficio directo o indirecto”. En términos generales, consideramos que la repercusión de todas estas modificaciones relacionadas con la enunciación, resultan ser positivas, pese a poder resultar, en un primer momento, algo difuso.

IX. Como punto final en relación con la reforma, y si tuviéramos que resaltar algún defecto del sistema así implantado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podría decirse que coincidimos con la Fiscalía General del Estado y, su opinión dentro de la circular 1/2016, cuando expresa que el sistema implantado, no resulta adecuado para las pequeñas empresas. Conforme a esto, alega que, lo que se exige, por ejemplo, en los programas de cumplimiento, aun con las modificaciones del artículo 31. 3º bis, resulta excesivo y, por eso, parece haber sido creado, principalmente, para la mediana y gran empresa. Pese a esto, cabe recalcar que, en realidad, son las personas jurídicas de determinadas dimensiones, las que participan en la internacionalización de los negocios. Por tanto, podría así justificarse la inclinación, por parte del legislador, con respecto a estas.

X. Con todo, es incuestionable el avance positivo derivado del hecho de que ya existe una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la que logramos dejar atrás el principio *societas delinquere non potest*, por el que se consideraba que la persona jurídica no podía delinquir y, por tanto, no podía ser condenada tampoco. De la misma manera, consideramos de valoración positiva la reforma hecha con la Ley Orgánica 1/2015. Sin embargo, entendemos que, al ser

⁷⁹ Lascuraín, J.A., “La reforma del artículo 31bis I Código Penal: dos bodas y algún funeral (I)”, Almacén de derecho, 2015 (disponible en <https://almacendederecho.org/la-reforma-del-articulo-31-bis-del-codigo-penal-dos-bodas-y-algun-funeral-i/>; última visita 27/04/20)

materia tan novedosa y reciente en nuestro sistema, es largo aún el camino que tenemos por delante para poder conseguir una verdadera inserción de la regulación en el sistema y, una correcta aplicación de esta. Resulta obvio, en este sentido, el retraso que experimenta nuestro sistema en comparación con el de otros países, pero, como es lógico, entendemos cuán importante es el paso del tiempo, en el sentido de que esto, será lo único que nos posibilitará la aplicación práctica por parte de los tribunales y aquellos sujetos encargados de la justicia y, consecuentemente, el estudio de los diferentes procedimientos y resoluciones judiciales. Nos gusta pensar que, así finalmente, podremos alcanzar con todo, una unión doctrinal.

7. BIBLIOGRAFÍA

Manuales, monografías y artículos de revista:

- Bacigalupo Saggese, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 PC)”, *Diario La Ley*, n. 7541, 2011.
- Bacigalupo Zapater, E., *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, 2011
- Bretones Alcaraz, F.J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de tráfico de drogas”, *Noticias Jurídicas* (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10463-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-delito-de-trafico-de-drogas/>; última consulta_27/04/20)
- Cuadro comparativo del Observatorio de la Justicia y de los Abogados de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, <http://web.icam.es/bucket/CUADRO%20COMPARATIVO%20DEL%20CÓDIGO%20PENAL%20LO%201-2015%20CP.pdf>
- De la Herrán Ruíz-Mateos, S, “El compliance penal como deber específico de contención de riesgos delictivos para las personas jurídicas: criterios de atribución de responsabilidad penal a los administradores de sociedades mercantiles por infracción del deber de control”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 57, 2020
- De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J., Lascurain Sánchez, J.A., Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018
- De Ros Raventós, I., *La responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho español*, Aranzadi, S.A.U., 2018
- Del Moral García, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Societas delinquere non potest..., sed puniri potest”, *Abogacía española Consejo General*, 2016 (disponible en <https://www2.abogacia.es/actualidad/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-non-potest-sed-puniri-potest/>; última consulta 27/ 04/20)
- Díez Ripollés, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *IndDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2012, *passim*

- Goena Vives, B., “La atenuante de colaboración”, en Silva Sánchez (dir.) / Montaner Fernández (coord.), “Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas”, 2013
- Goena Vives, B., Navarro Massip, J., “La responsabilidad penal de las empresas. Algunas reflexiones a la luz de la LO /2015, de reforma del Código Penal”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.9, 2015, pp. 51-58
- Gómez Martín, V., “Penas para personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?”, Dykinson, 2017.
- Montoya, M.A., “Sobre la cultura de cumplimiento en la responsabilidad penal corporativa”, Compromiso Empresarial, 2017 (disponible en <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2017/02/sobre-la-cultura-de-cumplimiento-en-la-responsabilidad-penal-corporativa/> ; última visita 26/04/20)
- Silva Sánchez, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal”, libro Homenaje a Claus Roxin, Boch, 1996.

Referencia de internet:

- Diccionario del español jurídico (disponible en <https://dej.rae.es/lema/societas-delinquere-non-potest> ; última consulta 26/04/20).
- Guía jurídica Wolters Kluwer, (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUMzAzNLfbLUouLM_DxbIwMDC0NDIxOQQGZa pUt-ckhlQaptWmJOcSoAnDJWLjUAAAA=WKE; última consulta 27/04/20)
- KPMG Abogados, “¿Responsabilidad penal vicarial autorresponsabilidad de las personas jurídicas?”, Economía3 (disponible en <https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-o-autorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/>; última consulta 26/04/20)
- Lascuraín, J.A., “La reforma del artículo 31bis I Código Penal: dos bodas y algún funeral (I)”, Almacén de derecho, 2015 (disponible en <https://almacenederecho.org/la-reforma-del-articulo-31-bis-del-codigo-penal-dos-bodas-y-algun-funeral-i/>; última visita 28/04/20)

- Moral, M^a. T. y González, B., “Responsabilidad pena de las personas jurídicas y corporate compliance”, 2015, p.3 (disponible en https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/responsabilidad_penal_de_personas_juridicas_y_corporate_compliance.html, última consulta 26/04/20)
- Uría Menéndez, “Derecho penal de la empresa. La reforma del Código Penal”, 2015, punto I. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, (disponible en https://www.uria.com/documentos/circulares/734/documento/5692/01_Penal_abril_2015.htm?id=5692; última consulta 27/04/20)

Artículos de prensa:

- Redacción / Agencias, “Marchena critica que se introdujera en el Código a responsabilidad penal de las empresas `sin debate académico´”, Confilegal, 13 de enero de 2020 (disponible en <https://confilegal.com/20200113-marchena-critica-que-se-introdujera-en-el-codigo-la-responsabilidad-penal-de-las-empresas-sin-debate-academico/>; última consulta 27/04/20)

ANEXO I. LEGISLACIÓN

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, n. 281 (BOE 24 de noviembre de 1995)
- 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, n. 283. Artículo Único - Primero (BOE 26 de junio de 2003)
- 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, n. 152 (BOE 23 de junio de 2010)
- 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, n. 312 (BOE 28 de diciembre de 2012)
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, n. 77. (BOE 31 de marzo de 2015)
- Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, n. 119-1 (Boletín Oficial de las Cortes Generales 15 de enero de 2007)
- Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, n.245 (BOE 11 de octubre de 2011).
- Dictamen del Consejo de Estado, del 27 de junio, ref. 358/2013 (BOE 27 de junio de 2013)
- Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. (ICAM, 1 de junio de 2011)
- Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas físicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, ref. FIS-C-2016-00001. (BOE, 22 de enero de 2016)
- Informe de la OCDE del Grupo de Trabajo del 14 de diciembre del año 2012 en virtud de la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, “La Convención Anticohecho de la OCDE y el Grupo de Trabajo sobre Cohecho” (disponible en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Anti->

[Bribery Convention and Working Group Brief ESPA%C3%91OL.pdf](#); última visita 28/04/20)

- ISO 37001 “Sistemas de gestión antisoborno”
- UNE-ISO 19600 “Sistemas de gestión de compliance”
- Decreto legislativo 231/2001, de la Cámara de diputados, del sistema italiano, n. 140 (disponible en <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>; última consulta 26/04/20)

ANEXO II. JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, n. 154/2016, de 29 de febrero (versión electrónica – base de datos El Derecho. Ref. EDJ 2016/10795). Fecha de la última visita: 27/04/20.
- Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, n. 742/2018, de 7 de febrero (versión electrónica – Vlex España). Fecha de la última visita: 26/04/20.