



Facultad de Derecho

Exigencias para la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Reforma de septiembre de 2013

Autor: Ignacio Pérez Cimarra

Prof. Coordinador: Javier Gómez Lanz

Madrid
Abril 2014



Resumen

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una de las cuestiones que mayor debate ha suscitado en el Derecho penal español durante los últimos 30 años. Sin duda han sido muchas las teorías que durante este tiempo han intentado justificar o criticar las diferentes opciones legislativas que se han ido adoptando en cada momento, y todas ellas han dado lugar a una extensa literatura doctrinal sobre la cuestión. Todavía no se ha llegado a una conclusión clara sobre cuál es el modelo ideal que debe imperar en la regulación, y ello hace que nos encontremos en un momento de interinidad en el que el actual régimen penal no es más que una versión temporal y poco depurada. El objeto de este trabajo en este sentido no es tanto profundizar sobre una discusión cuya complejidad y contenido exceden el propósito de un trabajo de estas características, sino la de realizar un sucinto y estructurado estudio sobre las diferentes posiciones presentes en la doctrina penal y en la legislación, con especial énfasis en el régimen vigente, para concluir analizando el proyecto de ley de reforma del Código Penal que actualmente se encuentra en proceso de tramitación en el Parlamento.

Palabras clave: *Responsabilidad penal, persona jurídica, autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, defecto de organización, administrador, organización, cultura empresarial.*

Abstract

The corporate criminal liability has been one of the most controversial topics in the Spanish Criminal Law during the last 30 years. Many theories have tried to justify and criticize the various legislative options adopted over this period, resulting in an extensive doctrinal literature about the issue. However, we have not reached yet a clear conclusion about which is the ideal model that should prevail in the regulation, creating a time of provisional legal systems where the current regime seems to be temporary and not definitive. Consequently, the object of this work is not to theorize within a discussion whose complexity exceeds the purpose and content of a work of this kind, but to make a concise and structured study of the different positions taken by the doctrine and the legislation, with special emphasis on the current regime, in order to conclude by analyzing the bill amendment of the Criminal Code that is being currently processed in the Parliament.

Key words: *Criminal Liability, legal entity, identification model, derivative model, organizational liability, manager, organization, corporate culture.*



INDICE

I- INTRODUCCIÓN	4
II- LAS DISTINTAS POSTURAS IDEOLÓGICAS EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	7
II.1- Modelos de responsabilidad “por atribución”	7
II.2- Modelo de responsabilidad por el hecho propio	8
III- EL MODELO VIGENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LA LO 5/2010	13
III.1- El modelo de responsabilidad recogido en el art. 31 bis CP	15
III.1.1- La responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos cometidos por los administradores	16
III.1.2- La responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por un subordinado	19
III.3- Tratamiento del principio <i>non bis in idem</i>	23
IV- EL NUEVO PROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	27
IV.1- Presentación del nuevo art. 31 bis: estructura y contenido	28
IV.1.1-Presupuesto General de responsabilidad	28
IV.1.2-Supuestos de exención de la responsabilidad	30
IV.1.3-Modelos de prevención de delitos	32
IV.2-La interpretación doctrinal y teórica detrás de la reforma	34
IV.2.1- El modelo de atribución de responsabilidad: la continuidad estructural en el antiguo 31 bis 1 CP	34
IV.2.2- La definitiva introducción de la autorregulación y del <i>compliance</i> : hacia la construcción de un modelo de autorresponsabilidad	39
IV.2.3- La ampliación del ámbito material de la responsabilidad criminal	45
V- CONCLUSIONES: EL FIRME PASO HACIA EL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD	46



ANEXO - EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS HASTA LA LO 5/2010	51
Anexo.1- El modelo tradicional en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Situación previa al CP de 1995	51
Anexo.2- La aprobación del CP de 1995 y el progresivo advenimiento de un cambio en el modelo	55
Anexo.3- La introducción del art. 31.2 CP y del art. 369.2 CP (LO 15/2003)	57



I- INTRODUCCIÓN

La persona jurídica, como sujeto de derecho distinto de las personas físicas, supone una de las aportaciones del Derecho que más calado han tenido en la sociedad humana y contemporánea. Su origen se remonta hasta la época de los romanos y su concepción ha evolucionado hasta su inclusión en el actual marco jurídico, empezando por el Código Civil, y siguiendo por las distintas ramas del Derecho, hasta constituirse en una de las piedras angulares de nuestro ordenamiento jurídico presente.

Esta figura se caracteriza fundamentalmente por la atribución de dos condiciones: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, que la hacen apta para generar y asumir derechos y obligaciones de la misma manera que cualquier otro sujeto de derecho. Esta atribución supone, por tanto, su integración en el tráfico jurídico, lo cual ha sido justificado en la dogmática jurídica a partir de distintas teorías¹. Entre ellas destacan la *teoría de la ficción* (la personalidad jurídica no es más que una ficción legal, un reconocimiento por ley de un instrumento técnico-jurídico que materialmente no existe), *la teoría orgánica* (defendida por GIERKE, en la que se asume que las corporaciones tienen una realidad orgánica única amparada por el derecho natural y manifestada por la voluntad colectiva y el organismo social), *la teoría de la realidad técnica* (tiene un carácter ecléctico de las dos anteriores) y, por último, las *tesis formalistas y analíticas* (defendidas por KELSEN y basadas en la construcción de la personalidad a partir del lenguaje jurídico con un enfoque pragmático).

Independientemente de su justificación teórica, la realidad es que la persona jurídica permite, a las personas que la dirigen y controlan, desarrollar actividades y actos, a través de un ente interpuesto, que repercuten diariamente y de forma externa en la vida de otros sujetos. Será este ente interpuesto el que aparezca como centro de imputación de las relaciones jurídicas nacidas a raíz de dichos actos. Ello ha supuesto obvias consecuencias en el ámbito social, dada la potencial capacidad de cometer conductas reprochables, desde un punto de vista moral y social, cuyo tratamiento debiera entrar, por consiguiente, dentro del alcance material del Derecho penal. Sin embargo, la solución que tradicionalmente se ha venido dando a esta situación era la convicción de

¹ ALBADALEJO GARCIA, M., “*La persona jurídica*”, Bosch, Barcelona, 1961, pp.7 y ss.



que el *ius puniendi*, en su formulación clásica, solo era aplicable a personas naturales como verdaderos autores de los actos punibles, y en consecuencia, nunca atribuible a personas jurídicas, dando lugar al principio *societas delinquere non potest*².

Durante los últimos 15 años, este viejo principio ha experimentado un rápido declive ante la necesidad de regular un fenómeno creciente y cada vez más importante, como es el poder de las corporaciones³. A este respecto, uno de los ordenamientos más avanzados en este ámbito sea, probablemente, el de los Estados Unidos, en parte por la debilidad que tradicionalmente ha tenido la figura del Estado en este territorio, y en parte por constituir el origen de algunos de los sujetos empresariales más importantes del mundo. Por el contrario, la regulación de los países europeos sobre el fenómeno corporativo ha resultado más tardía e imperfecta, principalmente porque no ha sido necesaria la instauración de una responsabilidad colectiva habida cuenta del pequeño tamaño medio de los integrantes de nuestro tejido empresarial (carecíamos de gigantes empresariales y el aparato público era eficiente).

En este sentido, el paso de la empresa fordista, basada en un único centro de producción, a un modelo de empresa deslocalizado fruto de la globalización, así como el surgimiento de problemas de regulación del comportamiento de las corporaciones, han hecho que se produzca una americanización del Derecho penal. La consecuencia ha sido el nacimiento de una exigencia de autorregulación y control en las personas jurídicas, sobre los riesgos asociados a la comisión de delitos por parte de sus agentes, con el fin de conseguir una mejor vigilancia de aquellas conductas sociales a las que las autoridades tienen peor acceso⁴.

Por consiguiente, las nuevas exigencias regulatorias, diseñadas desde las mismas instituciones europeas y con el apoyo de los distintos estados miembros de la UE, han obligado a buscar respuestas a complejos problemas en la teoría tradicional del delito sobre la capacidad de acción, la culpabilidad o la pena no personal, sin ofrecer en

² Las sociedades no pueden delinquir

³ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal” en A.A.V.V “*El derecho penal económico en la era de la compliance*”, Tirant Lo Blanch, Madrid 2013, *passim*.

⁴ *Ídem* nota 2



ningún caso razones concluyentes con las que zanjar la discusión. Surge el debate, pues, sobre cual es el modelo de responsabilidad más apropiado en el régimen legal vigente.

Muchos autores han aducido que el encaje legal o constitucional de la responsabilidad colectiva ha sido siempre relegado a un segundo plano en favor de los beneficios prácticos que esta regulación supone⁵. Entre ellos, NIETO MARTÍN opina que la sanción a entidades con personalidad permite aumentar la probabilidad de castigo de conductas reprochables a personas físicas relacionadas con las mismas, que serían difícilmente descubribles de otro modo⁶. Asimismo, considera que la responsabilidad colectiva permite corregir los fallos del mercado representados por aquellos participantes que se benefician mediante infracciones, fomentando una producción socialmente responsable.

Si bien es cierto que lo anterior facilita, en términos generales, la consecución de la finalidad preventivo-general que pretende el Derecho penal, en cualquier caso, no puede caerse en el principio maquiavélico de que el fin justifica los medios. Resulta por ello, en palabras de este autor⁷, necesario justificar la tendencia legislativa actual sobre una responsabilidad colectiva dentro del marco constitucional actual, y de los principios y garantías que operan en el ámbito del *ius puniendi*.

En este escenario, y dicho lo anterior, procedemos en las siguientes paginas a analizar brevemente la evolución legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en especial dentro del Código Penal (CP en adelante) de 1995 y de la última reforma de la LO 5/2010, para aproximarnos a la forma de entender esta figura jurídica y los cambios que el nuevo proyecto de ley de septiembre de 2013 puede traer consigo.

⁵ En NIETO MARTÍN, A., “*La responsabilidad penal de..., op. cit.*,” y MIRAS MARÍN, N “El concepto de personas jurídicas penalmente responsables”, *Anales del Derecho* nº 28, Universidad de Murcia 2010, pp.219-235

⁶ Pensemos aquí aquellos casos en los que no se conoce el autor material físico del delito, pero si la empresa o persona jurídica bajo el que se enmascara. Se considera que sancionando a la persona jurídica, se fomenta una conducta de persecución y responsabilidad dentro de la misma que hace salir a la luz a los culpables.

⁷ NIETO MARTÍN, A., “*La responsabilidad penal de..., op. cit.*,” *passim*



II- LAS DISTINTAS POSTURAS IDEOLÓGICAS EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La doctrina jurídico-penal se ha mostrado siempre dividida a la hora de afrontar la pregunta acerca de si son las personas jurídicas las que realizan propiamente “hechos” delictivos, o de si por el contrario únicamente deben responder por los hechos delictivos de sus integrantes. Así, las respuestas han dado lugar a distintos enfoques teóricos, que en términos generales han oscilado entre dos patrones: un modelo de responsabilidad por atribución de un hecho cometido por alguna persona física relacionada con la organización (*Zurechnungsmodell*) y otro de responsabilidad por un hecho propio de la persona jurídica como tal (*originare Verbandshaftung*)⁸. Ambas posturas tienen su origen en el Derecho alemán, precursor de la dogmática jurídico-penal continental en esta cuestión, si bien en ambos casos existen problemas de encaje con nuestra teoría clásica del delito⁹.

II.1- Modelos de responsabilidad “por atribución”

Este modelo presupone la comisión de un hecho delictivo íntegro por parte de alguna de las personas físicas situadas en el seno de la persona jurídica, y en su formulación original, específicamente radicadas en su órgano de control o representación. De este modo, la comisión del hecho punible por el sujeto individual supone la transferencia de responsabilidad en último término a la persona jurídica, en tanto que se presume que debido a la relación funcional existente entre ambos, los actos de una lo son también de la otra (bien sea por acción o por omisión).

Dicha configuración es la que encontramos en algunos de los códigos normativos extranjeros, como el OWiG o ley alemana de infracciones de orden, o en la “*identification doctrine*”¹⁰ anglosajona. Sin embargo, en ambos casos, se plantea la idea del acto punible como un único hecho típico, que afecta a ambas personas, física y

⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*”, CPC, 1994, pp. 613 y ss.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “*Evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Barcelona, 2011, pp. 129-148

¹⁰ WELLS., “*Corporations: Culture, risk and Criminal liability*”, *clr*, 1993, pp. 551 y ss., 559; CLARKSON., “*Kicking Corporate Bodies and Damning their souls*”, en *Mlr* 59, julio de 1996, pp. 557 y ss., 560., citados por SILVA SÁNCHEZ, J.M.



jurídica, en la medida en la que la voluntad de una, la física, es lo suficientemente importante en su estructura como para conformar en último término la voluntad de la otra y hacerla responsable.

En consecuencia, esta teoría considera que los elementos objetivos del delito (acción, tipicidad, y antijuridicidad) están perfectamente presentes en el hecho cometido, tanto en la persona física como en la jurídica (hecho ajeno). No obstante, surge en este último sujeto la cuestión de cuál es el título de imputación aplicable¹¹, pues la atribución efectiva de un comportamiento específico a la empresa, sin poder justificar de forma convincente su culpabilidad, implica una mera imputación objetiva que choca con los límites del *ius puniendi*.

Como veremos más adelante, el legislador español ha optado por este modelo hasta ahora, siendo defendido por nuestra jurisprudencia en aras de justificar su validez constitucional, tanto en el ámbito administrativo¹² como posteriormente en el penal. Aun así, no son pocos los obstáculos teóricos que hacen que esta postura tenga un difícil encaje dogmático, que aprovecharemos para narrar con ocasión de la descripción del modelo legal actual en las siguientes páginas.

II.2- Modelo de responsabilidad por el hecho propio

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por el hecho propio¹³ pretende superar ciertas objeciones que el modelo de atribución había suscitado. En este

¹¹ La pregunta que aquí cabría hacerse es si son transferibles los elementos subjetivos de las personas físicas a la jurídica.

¹² Cabe aquí resaltar especialmente la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Constitucional, de 19 de diciembre de 1991 (RTC 1991/246), relativa a la imposición de sanciones administrativas a personas jurídicas, y que determina que “ (...)La Constitución Española consagra sin duda **el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal** (...) Este principio de culpabilidad **rige también en materia de infracciones administrativas**, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta **inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa**. (...) **Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas**, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que **ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas**. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Evolución ideológica de la...*op.cit.*”, pp. 129-148



sentido, se consideraba que el modelo de heterorresponsabilidad adolecía de un problema fundamental de compatibilidad con el principio de personalidad de las penas y de culpabilidad, al tratarse de una responsabilidad a todas luces carente de elemento subjetivo. Asimismo, y de modo concreto, el modelo anterior implicaba incongruencias en tres tipos de casos: cuando el hecho punible era cometido por un sujeto que no pertenecía a la estructura jerárquica de la sociedad (de modo que no podía predicarse la conexión de voluntades entre ambos sujetos), cuando aun habiendo un acto típico y antijurídico, su autor físico era desconocido y cuando este último no era culpable.

Frente a estas situaciones, diferentes autores constructivistas¹⁴, fundamentalmente alemanes y anglosajones, presentan este modelo alternativo de responsabilidad de las personas jurídicas que no requiere una transferencia o atribución propiamente dicha de la responsabilidad derivada de un hecho ajeno cometido por una persona física en el seno de la misma. Por el contrario, se concibe la idea de que es la propia empresa la que comete el injusto penal, hecho sobre el que se predicen los elementos del delito de forma autónoma. El fundamento reside en que en muchos casos resulta imposible individualizar las conductas punibles cometidas por una empresa. Ello se debe a que las grandes compañías operan de forma tal que las decisiones no son tanto criterios individuales como prácticas y procedimientos generalizados y estructurales. Es en estos supuestos donde autores, como GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁵, han defendido que debería ser responsable la propia compañía como ente, y no como instrumento de la persona física.

No obstante, esta postura, pese a que evita conculcar *a priori* el principio de personalidad de las penas, no está carente de problemas en su forma de concebir el injusto desde el punto de vista estructural de sus cuatro elementos fundamentales (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Quizás el problema sea de carácter más ontológico: se trata de distinguir si las personas jurídicas se conciben como personas¹⁶, o como meras cosas o instrumentos (tal y como recoge FEIJÓO SÁNCHEZ¹⁷). Esto va a desempeñar un papel fundamental, como veremos más adelante, a la hora de considerar si las consecuencias jurídicas asociadas a sus actos son

¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, en *Política Criminal*, nº5, Madrid 2010, pp. 455-474

¹⁵ *Ídem* nota anterior

¹⁶ *Ídem* nota anterior

¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La persona jurídica como sujeto de imputación” en A.A. V.V. “*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Thomson Aranzadi, Navarra 2012, pp. 49-65.



penas en sentido íntegro, o por el contrario medidas de seguridad, cuasi-penas, consecuencias accesorias u otro tipo de sanción extra penal.

Profundizando someramente en las críticas que este modelo de responsabilidad más heterodoxo ha recibido, autores como KOHLER¹⁸ o MIR PUIG¹⁹ consideran que el principal problema reside en el concepto de acción. Defienden que la personas jurídicas, como entidades carentes de autoorientación, no son sujetos activos a ojos del Derecho penal, pues de considerarse centros de imputación, sus hechos deberían ser susceptibles de valoración, lo que supone atribuirles a estos entes una autoconciencia y libertad como prerequisites básicos para el posterior juicio de reprochabilidad que supone la culpabilidad.

Es en esta culpabilidad, como expresión de la conciencia del sujeto, donde encontramos el mayor problema, y donde todas las discusiones sobre la materia acaban conduciendo. En la medida en que no se puede dirigir un juicio de reproche a un sujeto si este no es libre y consciente, está claro que no puede predicarse la culpabilidad clásica en los actos de las personas jurídicas como se ha venido haciendo hasta ahora. Por ello, distintos autores han ido presentando conceptos alternativos de culpabilidad, entre los que destacan los siguientes²⁰:

- *El concepto funcional de culpabilidad*, promovido fundamentalmente por JAKOBS²¹, afirma que la concurrencia de responsabilidad es fundamental para restablecer la vigencia de la norma vulnerada mediante el injusto penal. Para ello se parte de la base de que las personas jurídicas son capaces de poner en cuestión la vigencia de la norma con sus actos, y que por ello necesitan recibir una pena al no poder ser restituida la situación anterior mediante la simple condena de las personas físicas intervinientes. El problema, sin embargo, vuelve a ser considerar la culpabilidad como concepto completamente despersonalizado y puramente consecuencialista.

¹⁸ KÖHLER, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, 1997, p. 562 citado por SILVA SÁNCHEZ, JM

¹⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*. Tirant Lo Blanch, Barcelona 1998, p. 51 y ss.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Evolución ideológica de la...”, *op.cit.*, pp. 129-148

²¹ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 183-184



- *La doctrina de la culpabilidad por defecto de organización u “Organisationsfehler”*, defendida fundamentalmente por TIEDEMANN²², considera que el fundamento para imponer consecuencias jurídicas a los actos de las personas jurídicas reside en la estructura organizacional que motiva la comisión del injusto. Se trata, por tanto, de una especie de culpabilidad derivada del incumplimiento de los deberes organizativos por parte de los miembros representativos de la persona jurídica, en una suerte de culpa *in vigilando*. No obstante, algunos autores como SILVA SÁNCHEZ²³ y SCHÜNEMANN²⁴ consideran que este modelo de culpabilidad no es más que una variante última del modelo de responsabilidad por el hecho ajeno, basándose en dos motivos principales. Por un lado, consideran que el defecto de organización sería más bien un dato objetivo y no subjetivo, que no constituye un hecho o acción como tal, y que en todo caso vendría debido a un hecho previo de una persona física encargada de la vigilancia o coordinación del desarrollo de actividades de la empresa. Por otro lado, el defecto de organización como elemento de la culpabilidad solo podría venir justificado, en su opinión, si se puede constatar que es posible una estructura organizacional alternativa y efectiva. En consecuencia, resulta imposible diferenciar una culpabilidad autónoma a raíz de este concepto, y en consecuencia, no es defendible una responsabilidad propia.

- *El estado de necesidad para los bienes jurídicos y la peligrosidad*, propuesto por SCHÜNEMANN, supone negar que la imposición de consecuencias jurídicas a las personas jurídicas pueda basarse en el concepto de culpabilidad, y para ellos concibe un modelo alternativo donde la sanción imponible a la compañía se justifica en la necesidad de compensar la actitud criminal del grupo y de contrarrestar la generación de peligros que el actual colectivo supone²⁵. Esta doctrina se acerca más a la dogmática de JAKOBS que al concepto subjetivo de culpa presente en los actuales códigos normativos.

²² TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1997, pp. 97-126

²³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Evolución ideológica de...op. cit.”, pp. 129-148

²⁴ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en “Hacia un Derecho Penal económico europeo/Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann”, Arroyo Zapatero, Madrid, 1995, pp. 565 ss.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Evolución ideológica de la discusión ..op. cit.”, pp. 129-148



De estas soluciones expuestas se ha hecho eco de manera especial la dogmática jurídica de países fundamentalmente anglosajones, al configurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre el concepto de *compliance*²⁶. Es especialmente importante en este aspecto la base conceptual creada por TIEDEMANN, en la cual se han basado autores como LAUFER²⁷ o SIEBER²⁸ y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU, en su nuevo entendimiento de la responsabilidad empresarial²⁹ (aunque ya desde 1909 reconoció tal posibilidad³⁰).

Esta doctrina jurisprudencial es el fruto del surgimiento de nuevas posturas dogmáticas, fundamentalmente reunidas en torno a los conceptos de *culpabilidad corporativa proactiva* (la culpabilidad se determina en función de la razonabilidad de los pasos tomados por la organización interna de la sociedad para prevenir el delito), la *culpabilidad corporativa reactiva* (la culpabilidad se determina en función de la razonabilidad de los pasos tomados por la organización para descubrir el delito), *la culpabilidad por la ética empresarial* (la culpabilidad deriva de la ética corporativa, la cultura y la personalidad corporativa), y la *culpabilidad por la política corporativa* (la intencionalidad de la corporación se basa en las decisiones y las oportunidades que son comunicadas a través de la política corporativa)³¹.

En conclusión, todas estas alternativas constatan una realidad, que poco a poco se asienta más en el Derecho penal continental, y que ya ha sido asimilada por el anglosajón: en el ámbito de la culpabilidad de las personas jurídicas, resulta imposible aplicar una concepción clásica del concepto, y por tanto se hace necesario recurrir a enfoques constructivistas. Dichas posturas promueven que la culpabilidad de las corporación, si bien no es igual a las de las personas físicas, debe resultar

²⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdeF, Madrid 2010, pp. 430-438.

²⁷ LAUFER S, W. *Corporate Bodies and Guilty Minds: The failure of corporate criminal liability*, The University of Chicago Press, Estados Unidos 2006, p. 38 y ss.

²⁸ SIEBER, U. “Programas de “compliance” en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en NIETO MARTÍN, *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant Lo Blanch, 2013, *passim*.

²⁹ DOYLE, C. *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, Congressional Research Service, 2013, pp. 1-34

³⁰ Ver al respecto el caso *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, (1909), donde el Tribunal Supremo americano ya reconocía la posibilidad de que las personas jurídicas fueran responsables de ciertos delitos

³¹ *Idem* cita 26



funcionalmente equivalente. Se trata, por lo tanto, de un enfoque de fines más que de principios.

III- EL MODELO VIGENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. LA LO 5/2010

El régimen de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en nuestro país ha experimentado una importante evolución desde sus inicios, donde se rechazaba categóricamente la posibilidad de penar a un sujeto jurídico bajo el principio *societas delinquere non potest*, hasta el régimen actual, donde se reconoce por primera vez a las personas jurídicas como sujetos capaces de ser criminalmente responsables. Debido al número limitado de páginas del que disponemos, hemos preferido explicar este proceso paulatino en el anexo I, de recomendada lectura, con el fin de ajustarnos a los requisitos establecidos.

En el año 2010, España se unió a la tendencia imperante en otros países europeos de reconocer en sus legislaciones por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Alemania con el OWiG, Austria con la reforma entrada en vigor en 2006, y Suiza tras la reforma de su Código Penal en 2003). Así lo reconocía la exposición de motivos del texto, al decir “*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*”. El resultado fue la reforma del CP contenida en la LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de dicho año.

En este nuevo marco jurídico, no solo se reconoce plenamente y por primera vez una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que también se derogan los anteriores artículos 31.2 y 369.2 CP, cuya concepción había sufrido duras críticas doctrinales. Dicha decisión, justificada con el desarrollo de normativa de la UE en la misma línea³², constituía una respuesta clara al incremento de hechos delictivos

³² Sirva de ejemplo entre otras las Decisiones marco 2005/222/JAI relativa a ataques contra sistemas de información o la 2992/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, donde se reconocen medidas necesarias para reconocer las responsabilidades penales de personas jurídicas.



perpetrado por empresas durante los últimos años, y ante el cual la aplicación del Derecho administrativo sancionador y la aplicación de penas sobre las personas físicas últimas habían quedado obsoletos.

La finalidad última de la reforma era fomentar que se impusiesen conductas en el propio seno de la persona jurídica que evitasen la comisión de hechos delictivos por los sujetos que la integran. Se trataba de una especie de obligación de adoptar medidas de *compliance* de modo análogo al modelo imperante en los países anglosajones.

Sobre esta reforma, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado ha marcado una línea interpretativa oficial pero algo cuestionada. En ella se señala que el modelo de responsabilidad contenido en el texto continúa siendo fundamentalmente vicarial, donde la responsabilidad de la persona jurídica sigue “*derivando de un hecho realizado por las persona física*”, si bien modificado la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad directamente imputables a la persona jurídica y no así a la persona física³³.

Frente a dicha concepción han aparecido numerosas posturas críticas tanto doctrinales como jurisprudenciales. Nosotros vamos a hacernos eco de ellas, tomando como referencia los argumentos del catedrático NIETO MARTÍN, junto con otros, dado su extenso conocimiento sobre la materia en cuestión. De este modo, se trata de buscar un sentido de la norma, paralelo y extensivo con respecto a aquel defendido expresamente por el legislador, y que como veremos constituye el germen del proyecto que actualmente está en trámite parlamentario.

Para poder tener una verdadera conciencia del alcance de esta nueva regulación, resulta conveniente hacer un detallado análisis del texto en las siguientes líneas, contraponiendo las dos posturas antes mencionadas.

³³ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. *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*



III.1- El modelo de responsabilidad recogido en el art. 31 bis CP

Quizás lo primero que debemos estudiar para comprender el alcance de este nuevo régimen sea el hecho punible que recoge, pues constituye la base de este nuevo modelo y viene contenido en el actual art. 31 bis, en su apartado primero. De la literalidad de este artículo se reconocen dos modelos diferenciados de imputación, situados en cada uno de los párrafos del apartado inicial. En el primero, se establece que cuando la persona física comete un delito a título de administrador de hecho o de derecho, la persona jurídica responde de forma directa en caso de que dicho hecho haya sido realizado en provecho suyo y por cuenta y nombre de la misma. En el segundo, si la persona física que infringe actúa como sometida a las personas físicas mencionadas anteriormente (subordinado), se exige además que se demuestre una especie de *culpa in vigilando* por parte de los administradores de hecho o de derecho. Esto ha hecho que surjan diversas opiniones doctrinales acerca de cual es el modelo de responsabilidad al que nuestro legislador verdaderamente se ha acogido³⁴, y que ambos supuestos se estudien por separado.

En principio, la literalidad del texto y la interpretación de la Fiscalía General del Estado abogan porque el art. 31 bis CP configura un modelo de responsabilidad vicarial. Esta afirmación no nos ofrece excesivas dudas en el caso de los delitos cometidos por los administradores de hecho o de derecho, en la medida en que se atribuye el hecho delictivo cometido por la persona física, en su elementos objetivo y subjetivo, a la persona jurídica, con sus respectivas consecuencias jurídico-penales.

No obstante, el segundo apartado, al hacer referencia a un concepto de culpabilidad completamente autónomo y basado en el defecto de organización, hace que nos planteemos una suerte de autorresponsabilidad no reconocida literalmente por el legislador en el artículo. Como veremos, algunos apuestan por concebir un tipo penal específico para la persona jurídica, basado en la responsabilidad por el hecho propio, la

³⁴ Pues alguno autores como NIETO MARTÍN defienden aquí un sistema de autorresponsabilidad basado en una culpabilidad propia en el sentido organizacional que TIEDEMANN había definido, como veremos más adelante.



falta de medidas organizacionales adecuadas, y no en la atribución del delito cometido por la persona física³⁵.

Procedemos, pues, a interpretar y analizar ambos supuestos y sus diversas interpretaciones:

III.1.1- La responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos cometidos por los administradores

La configuración de este tipo de responsabilidad se corresponde *a priori* con un modelo vicarial mucho más en línea con las medidas que venía conteniendo el CP antes de la reforma. No obstante, en el marco de una interpretación sistemática del texto, se producen también aquí algunas pequeñas divergencias interpretativas con respecto a la doctrina, si bien mucho menos relevantes que en el caso posterior.

El contenido básico del precepto ha sido desmenuzado por la Fiscalía General del Estado en la circular 6/2011. En ella se considera que las actuaciones constitutivas de delito tienen que proceder de los representantes legales y administradores, de hecho o de derecho, cuando actúen en el ámbito aparente y competencial de la persona jurídica, así como provecho suyo. En consecuencia, se distinguen tres requisitos³⁶:

- *Que el delito sea cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica.* Se trata de un concepto impreciso, que hace referencia al contenido del mandato de representación del gestor en la persona jurídica. De este modo se exige que el empleado haya realizado el hecho delictivo dentro de la actividad propia de la empresa, esto es, en el ejercicio de su rol corporativo, pues es este mismo el que la persona jurídica tiene obligación de controlar. No obstante, no se puede determinar *a priori* y rígidamente la capacidad de responder de la persona jurídica en función exclusivamente del contenido de los deberes de los dirigentes. Debe por ello hacerse una valoración casuística acerca de si la

³⁵ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010” en *Revista Xurídica Gallega*, nº63, 2009, pp. 47-70

³⁶ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. *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.*



actuaciones del administrador suponen una desviación efectiva o no de los fines materiales comprendidos en su papel dentro de la corporación.

- *Que el delito se cometa en provecho de la persona jurídica.* El órgano fiscal entra a interpretar el concepto de “provecho”, descartando desde un principio su vertiente subjetiva (convicción del administrador de que actúa favoreciendo a la persona jurídica) a favor de una más objetiva (exigencia de la constatación de un beneficio). El argumento aportado es que si el legislador hubiera buscado un elemento subjetivo en el precepto, así lo habría hecho constar expresamente en la ley, además de que dicho elemento resultaría excesivamente complicado de probar. Predomina, por lo tanto, la interpretación objetiva del concepto en el que se hace necesaria una constatación la idoneidad de la acción, *ex ante* y *ex post*, sin que sea condición necesaria la capacidad de valorar económicamente el beneficio obtenido por la sociedad(art. 54.2º CP).

- *Que el delito sea cometido por parte de sus representantes legales o administradores.* En este sentido, se consideran análogos tanto los administradores de derecho como los de hecho³⁷, siempre y cuando se constituyan como verdaderos órganos de gobierno, con el fin de no lograr así la impunidad en base a meros formalismos³⁸.

³⁷ A este respecto conviene atender a lo dispuesto sobre que se considera administrador de hecho por la jurisprudencia, en sentencias como las números 774/2005 de 2 de junio, 480/2009 de 25 de mayo y 986/2009 de 13 de octubre, ambas del Tribunal Supremo, con ocasión de la aplicación y exégesis del art. 31 CP.

³⁸ En lo referente a los sujetos activos del precepto, no cabe duda de que el concepto de administrador de derecho a que se refiere el párrafo lo es conforme a la ley mercantil. No obstante, más dudas genera el concepto de administrador de hecho, pues a pesar de ser una figura utilizada en varios preceptos del CP, su significado no es equivalente en todos ellos, y en algunos casos es más estricto que en otros. Así las cosas, la dogmática ha considerado, a partir de la finalidad de esta norma, que deben ser sujetos con un alto grado de autonomía empresarial y poder de dirección y control, que en consecuencia resultan difíciles de controlar.

Según NIETO MARTÍN, en este ámbito conceptual de los administradores de hecho cabe distinguir tres tipos de sujetos. El primero es el personal de alta dirección, los cuales se encargan principalmente de gestionar y controlar la actividad de la sociedad, incluso si su función opera en divisiones o departamentos autónomos dotados de una línea superior de supervisión(caso de directores generales de una gran empresa). El segundo son los administradores que operan de forma escondida a través de representantes o testaferros, y el tercero son los administradores de una empresa matriz con respecto a la filial.



Algunos autores han entrado a hacer pequeñas matizaciones sobre esto elementos, destacando de nuevo la línea de NIETO MARTÍN³⁹. Para él, tal y como esta redactado el precepto, la atenuante del art. 31 bis 4b)⁴⁰, conexas con el concepto de culpabilidad organizacional propia de la empresa, resulta de aplicación no solo para los supuestos de delitos cometidos por los sometidos sino también para los de los administradores. En consecuencia, considera que si estos sistemas de prevención son circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de la empresa para ambos delitos, entonces no podemos afirmar la existencia de un modelo vicarial para este supuesto concreto, pues resultaría incompatible con la idea de responsabilidad por el hecho ajeno (debería restringirse en dicho caso únicamente al supuesto de los subordinados).

Sin embargo, el mismo autor también considera a los administradores, como primera línea jerárquica de una corporación, capaces de cometer delitos con mayor autonomía y menores controles organizativos que el resto de los empleados. De ello se presume que su comportamiento influye y contagia al resto de la organización, adquiriendo una relevante responsabilidad ética. En este sentido, el modelo vicarial guarda una lógica cierta, basada en la estrecha relación que existe entre el modo de actuar de la empresa y el modo de actuar de sus dirigentes, de modo tal que la culpabilidad de unos empaña la culpabilidad de la otra a la hora de cometer un hecho delictivo.

Se puede afirmar, por tanto, que el art. 31 bis 1 contiene una suerte de presunción de culpabilidad de la persona jurídica para el caso de comisión de delitos por sus administradores, presunción basada en la existencia de una conexión orgánica de voluntades entre ambas. Sin embargo, en opinión de NIETO MARTÍN, con el fin de hacer más someros los efectos lesivos y propiamente inconstitucionales de dicha presunción, se otorga una oportunidad de atenuar la culpabilidad a través de métodos organizativos efectivos de previsión y evitación de delitos⁴¹.

³⁹ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las... op. cit., pp. 47-70

⁴⁰ Entre las circunstancias atenuantes exclusivas para las personas jurídicas contenidas en el propio art. 31 bis, el apartado 4d) se refiere a “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.”

⁴¹ Ídem nota 39



Frente a ello, otra parte de la doctrina representada por GALAN MUÑOZ⁴² aboga por cuestionar el carácter vicarial y defender la independencia de responsabilidades en el modelo contenido en este primer apartado, dando varios argumentos al respecto. En primer lugar, porque no es necesario identificar a la persona física o administrador culpable para que se impute un delito a la persona jurídica, y en segundo lugar, porque la culpabilidad del representante no es condición necesaria para determinar la culpabilidad de la persona jurídica, de modo tal que si concurre una exención de la culpabilidad en la primera, la segunda puede seguir siendo condenada. En tercer lugar, las agravantes genéricas (art.22 CP) de la persona física no afectan a la persona jurídica. Y por último, y no menos significativo, la muerte de la persona física no impide la responsabilidad de la persona jurídica.

Aun así, esta postura no es mayoritaria y algunos, como DÍEZ RIPOLLÉS⁴³, defienden que estos últimos supuestos de desconexión entre la efectiva punición de la persona física y la de la persona jurídica no responden tanto a una ausencia de modelo vicarial, sino a lo que el llama una “accesoriedad limitada de la participación”, en la que no se exige acción alguna a la persona jurídica y en la que no es posible presumir una capacidad de responsabilidad aislada de la persona jurídica sobre la física.

III.1.2- La responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por un subordinado

Moviéndonos ahora al segundo supuesto, en aquellos casos en los que es un sometido de los administradores de la persona jurídica quien comete un delito, la comisión del hecho delictivo se demuestra, no mediante la efectiva realización del delito por la persona física, sino cuando los citados responsables de la empresa no han ejercido el “debido control” para evitar su comisión. Esto es lo que dice la literalidad de la ley y así lo reconoce también la Fiscalía General del Estado, con el inherente problema sobre que se considera “debido control”. No obstante, parte de la doctrina ha mostrado sus discrepancias.

⁴² GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 15, 2011, pp. 171-217

⁴³ DÍAZ RIPOLLES, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, 2012, pp. 1-31



Empezando esta vez por la interpretación doctrinal, autores como NIETO MARTÍN⁴⁴, DE LA CUESTA ARZAMENDI⁴⁵ y GALÁN MUÑOZ⁴⁶ consideran que se trata de un delito basado en el análisis de la organización como tal, determinando la concurrencia del “debido control” a partir de las medidas adoptadas por la sociedad y sus responsables en aras a la prevención de delitos. Esta visión, quedaría apoyada por la existencia de la atenuante específica ya mencionada del art. 31 bis 4d), que se basa en la adopción previa al juicio oral de medidas apropiadas para prevenir y descubrir delitos futuros. Constituiría, por tanto, una circunstancia modificativa de la responsabilidad basada en la persona jurídica como sujeto propio del delito, y no como instrumento del administrador o derivada de la relación entre ambos⁴⁷.

En consecuencia, en opinión del primer autor, resulta preferible interpretar que el CP establece, en este apartado, un modelo de imputación basado en dos culpabilidades independientes y autónomas para cada sujeto: la culpabilidad clásica del sujeto físico y la culpabilidad por defecto de la organización para el sujeto jurídico (en línea con la teoría constructivista). El resultado se materializa en la imposición de una doble condena, en la persona física y en la persona jurídica, que no viola el principio de *non bis in ídem* al basarse en fundamentos distintos.

Para sostener su argumento, el autor profundiza apelando a lo recogido en el art. 31 bis 3, donde se reconoce que no existe traslado de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física a la jurídica. En su opinión, estas circunstancias no son interrelacionables precisamente porque están fundamentadas en culpabilidades distintas, hasta el punto de que es posible que, aun siendo la persona física eximida de responsabilidad, la persona jurídica siga siendo condenada como culpable. Se configura así un indicio claro de la autorresponsabilidad de la persona jurídica⁴⁸, propio de un

⁴⁴ *Ídem* nota anterior

⁴⁵ OBREGÓN GARCIA, A y GÓMEZ LANZ, J., ”Responsabilidad Penal de ...op.cit., *passim*

⁴⁶ GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétéro y la autorresponsabilidad” en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 15, 2011, pp. 171-217

⁴⁷ *Ídem* nota anterior

⁴⁸ NIETO MARTÍN, A. “La responsabilidad penal de las ...op.cit., pp. 47-70



modelo de responsabilidad por el hecho propio, mucho más beneficioso y apropiado a su entender en términos teleológicos y de política criminal⁴⁹.

Dicho lo anterior, para NIETO MARTÍN⁵⁰ la imposición de una responsabilidad penal va a depender de demostrar que en la persona jurídica concurren una serie de elementos, algunos similares a los reconocidos en el caso anterior: 1) *Que el delito se cometa en nombre o por cuenta de la persona jurídica*, 2) *Que el delito se haya cometido en su provecho*, 3) *que la empresa carezca de medidas de organización propicias para evitar la comisión de hechos delictivos en su seno* y 4) *que el delito se cometa por personas sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior*

Definidos los dos primeros, es en el tercer punto donde radica la principal diferencia con el supuesto anterior, y donde mayor discrepancia existe entre parte de la doctrina y la Fiscalía General del Estado. A pesar de que el precepto hace referencia a una ausencia de “debido control” por parte de los administradores, para NIETO MARTÍN⁵¹ y GÓMEZ-JARA DÍEZ⁵², su constatación se muestra mediante una inexistencia de medidas propicias. El baremo a utilizar para valorar dicha idoneidad organizativa no es absoluto sino que dependerá de las circunstancias de cada caso, atendiendo especialmente al tamaño de la corporación y a la probabilidad que tiene de cometer actos delictivos. Por tanto, es necesario que el juez determine cuál es el nivel de diligencia apropiado en cada empresa para el análisis de riesgos y la estructura de la empresa, como valoración directa del carácter culpable del sujeto.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en su circular 6/2011⁵³ coincide *grosso modo* con los elementos recogidos por NIETO MARTÍN, a excepción de este último sobre las medidas organizativas de la sociedad. El órgano aquí se limita a reconocer

⁴⁹ Considera el autor que este modelo lleva a mejores resultados prácticos, pues en pequeñas empresas, la vaguedad del concepto de debido control supone el reproche sencillo a los administradores responsables por cualquier tipo de comportamiento delictivo cometido en su seno. Se configuraría de este modo una especie de obligación de vigilancia personal, que en nada beneficiaría a las empresas pequeñas, y si a las grandes, donde es fácil alegar la falta de contacto entre los sujetos físicos.

⁵⁰ *Ídem* nota 48

⁵¹ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las ...op.cit., pp. 47-70

⁵² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de todas ...op. cit., pp. 455-474

⁵³ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. *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*, pp. 29-55



como requisito la ausencia de un “debido control” por parte de los sujetos físicos reconocidos en el párrafo primero, pero no de la sociedad como tal.

A lo largo de su documento, el órgano fiscal interpreta que la ley establece simplemente un deber de fiscalización que incumbe a los superiores jerárquicos en relación con sus subordinados, pero sin hacer necesaria la efectiva implementación de un código específico de medidas preventivas o de *compliance*. Se tiene meramente que demostrar una omisión, ya sea de forma directa o indirecta a través de las subsecuentes delegaciones, que constituya una infracción del deber de vigilancia establecido por ley, o lo que es lo mismo, una *culpa in vigilando* por parte de los gestores.

A este respecto, la Fiscalía General discrepa estableciendo expresamente que el concepto de “debido control” no debe reconducirse al de *política corporativa* o *organización empresarial* como fundamentos de imputación o de determinación de la culpabilidad de la sociedad. Por el contrario, tales conceptos solo son útiles a efectos de determinar las responsabilidades de sujeto concreto que ocupa una posición en tal organigrama⁵⁴. El hecho de que exista una atenuante específica relativa a tal elemento en el art. 31 bis 4d), no hace sino demostrar eventuales vías de defensa de las corporaciones con las que prevenir delitos, que muestran un interés que hace menos responsable a la persona jurídica. Aun así, para el órgano fiscal, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta se presumen sobre la forma de actuar particular de los miembros gestores de la corporación, independientemente de si se ajusta o no a una guía o programa de cumplimiento o prevención.

Establecida la divergencia interpretativa previa, solo cabe hacer referencia al cuarto requisito mencionado por NIETO MARTÍN y definido por la Fiscalía, sobre los sujetos activos comisores de la conducta y sometidos al control de los gestores. En este punto, la Circular⁵⁵ concibe a estos sujetos como colaboradores de la persona jurídica, pero sin necesidad de estar vinculados laboralmente a ella. A este respecto, figuras como el arrendamiento de servicios cualificarían a efectos de sometimiento.

⁵⁴ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad op. cit., pp. 29-

55

⁵⁵ *Ídem* nota anterior



En suma, no solo NIETO MARTÍN, sino gran parte de la doctrina (vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ⁵⁶, MORILLAS CUEVA⁵⁷, CARBONELL MATEU⁵⁸ y GALÁN MUÑOZ entre otros) diverge con respecto a la interpretación de la Fiscalía y considera que el legislador ha optado por introducir un modelo de responsabilidad propia de la persona jurídica, acompañado por un modelo ciertamente híbrido o *tertium genus* para los delitos cometidos por los administradores. Así, en el primer caso, las diversas pruebas sirven para reafirmar que el CP optó por un modelo de responsabilidad propia y no vicarial, pues de lo contrario, las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física se traspasarían también a la persona jurídica. En el segundo supuesto, se trata de concebir dos delitos distintos, en la persona física y en la jurídica, de una forma interrelacionada.

En este sentido, algunos autores han llegado a comparar este régimen con el concepto de punibilidad⁵⁹, o tipicidad, en la medida en que la realización de un comportamiento delictivo por una persona física resulta una condición objetiva necesaria para que surja responsabilidad en la persona jurídica. Piensan que, en realidad, toda la construcción dogmática se ha basado en una serie de elementos del delito, autónomos de modo tal que debiera ser posible predicar la existencia de delito y de culpabilidad por defecto de organización de la persona jurídica con independencia de que esta se muestre a través de un hecho delictivo por parte de sus integrantes.

III.3- Tratamiento del principio *non bis in idem*

Este principio consagrado en el art. 25 CE ha supuesto sin duda otro de los principales obstáculos dogmáticos. En este sentido, la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010 implica la imposición de dobles condenas, por un mismo acto típico y antijurídico, sobre dos sujetos distintos. Sin embargo, ello ha producido que muchos críticos de la postura constructivista, entre ellos la Fiscalía General del Estado, consideren que, habida cuenta de la identidad funcional que en

⁵⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de ...op. cit., pp. 455-474

⁵⁷ MORILLAS CUEVA, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” Anales del derecho, nº29, Murcia 2001, pp. 1-33

⁵⁸ CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 101, 2010, pp. 7-12.

⁵⁹ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las... op.cit., pp. 47-70



muchos casos se produce entre ambos sujetos, en realidad se produce una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento que implica una vulneración de esta garantía.

No obstante, si procedemos a analizar el problema de forma sistemática, resulta conveniente señalar el art. 31 bis 2, que señala “*Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos*”. Como se puede observar, y comulgando con la línea de NIETO MARTÍN⁶⁰, se trata de una suerte de compensación de sanciones para aquellos casos en los que por un mismo hecho se le impone a ambos sujetos una pena de multa. Con ella, el CP trata de resolver por vía casuística los mencionados problemas de aplicación del *non bis in idem* que resultan frecuentes en la práctica, dándoles una cierta discrecionalidad a los jueces para adaptarse a las circunstancias

El sentido del precepto viene dado por la necesidad que se venía dando en la práctica. Hasta este momento, la línea jurisprudencial mayoritaria del TC y del TS ha considerado en el ámbito administrativo sancionador y en el penal, que la imposición de una pena de multa en una persona física y una persona jurídica no conculca el principio del *non bis in idem* en la medida en que no concurre la identidad de sujeto. Un ejemplo de este discurso lo podemos encontrar en la STS de 11 de Octubre de 2005 (RJ 2004/7890) que cita:

*“(...) la misma jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción – penal y administrativa– en los supuestos en que (...), esté justificado el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración (...) En todo caso, se ha dicho por el Tribunal Constitucional, que **no es posible apreciar la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, que se erigen en presupuestos de la interdicción constitucional de incurrir en «bis in idem» al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma (...)**”*

⁶⁰ *Ídem* nota anterior



La aprobación de la nueva reforma del CP con su art. 31 bis suponía, sin embargo, el introducir plenamente esta conclusión en el ámbito íntegramente penal, desde el mismo momento en que ya no se consideraban solo multas administrativas para las personas jurídicas, sino penas pecuniarias del Derecho penal en sentido pleno. Ello no ha obstado para que la jurisprudencia y gran parte de la doctrina⁶¹ siga considerando que no existe ningún problema de *bis in ídem*, al no producirse tampoco en este nuevo supuesto la identidad de sujeto⁶². La lógica subyacente deriva de que si a la persona jurídica la consideramos como ficción a efectos jurídicos para la mayoría de las reglas legales existentes, entonces debe mantenerse también a efectos penales, pues de lo contrario se estaría utilizando un doble baremo no justificado.

Por su parte, NIETO MARTÍN⁶³ y GÓMEZ TOMILLO⁶⁴ consideran que el nuevo modelo implica un aumento de tono en términos de duplicidad de sanciones, para cuya mitigación se introdujo este precepto a modo de solución pragmática del problema. Si bien es cierto que en las empresas grandes y medianas, donde existe un aparato relativamente diferenciado de organización interna, es fácil convenir que las personas intervinientes (física y jurídicas) son sujetos distintos, no ocurre lo mismo con las pequeñas empresas familiares, donde los socios son reducidos y cumplen multitud de funciones incluida la propia administración. Es aquí donde la norma adquiere pleno sentido para el autor, pues el juez, mediante las pruebas periciales pertinentes, tiene que hacerse consciente de la conexión existente *in fine* entre ambos sujetos físico y jurídico y aplicar una moderación de la pena para evitar un *bis in ídem* material, cuando la estructura organizacional no pueda ser claramente diferenciadora entre ambos entes.

Dicha apreciación, sin embargo, solo resultaría de aplicación para el caso de imposición de penas de multa, pues solo aquellas son explícitamente mencionadas en el CP. En este sentido, el NIETO MARTÍN⁶⁵ considera como un error la postura del legislador, pues de reconocerse la posibilidad de conculcación del *non bis in ídem* en una sanción

⁶¹ OBREGÓN GARCIA, A y GÓMEZ LANZ, J., "Responsabilidad Penal de ..op. cit., *passim*

⁶² En línea con la jurisprudencia, la persona física y jurídica no pueden considerarse un mismo ente ni siquiera en aquellos casos en los que exista un solo empleado y sea un mero formalismo

⁶³ NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las...op. cit., pp. 47-70

⁶⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 95 y ss.

⁶⁵ NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las...op. cit., pp. 47-70



pecuniaria, con más razón debiera reconocerse dicha infracción y moderarse la pena en casos de mayor entidad, como en las sanciones privativas de libertad.

IV- EL NUEVO PROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Tras un primer anteproyecto de ley en abril de 2013, el pasado día 4 de octubre el Gobierno español presentó en el Congreso de los Diputados el proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el CP de 1995. Se trata de una reforma ambiciosa que intenta responder a la necesidad de mejorar confianza en la Administración de Justicia, deteriorada durante los últimos años, mediante un marco legal actualizado que introduce nuevas consecuencias jurídico penales para diversos delitos, y nuevas formas de configurar diversos conceptos. Asimismo, se intenta garantizar un sistema legal con “resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”⁶⁶. Esto último constituye, en mi opinión, una búsqueda de soluciones ante la reciente decisión de del TEDH de Estrasburgo, en relación con la ilegalidad de la Doctrina Parot por la falta de previsibilidad de las penas con su aplicación.

Entre las novedades del proyecto, destaca la introducción de la prisión permanente revisable para delitos de excepcional gravedad, el nuevo sistema de medidas de seguridad con un ámbito de aplicación ampliado para la libertad vigilada, la revisión del delito continuado, la modificación del régimen de suspensión y sustitución de penas privativas de libertad, y la supresión de determinados tipos de faltas. Se tratan todas ellas, y en singular la primera, de medidas con un alto calado que implican una importante desviación con respecto al régimen actual, y que en consecuencia están generando una cierta polémica en los círculos sociales y políticos.

Sin embargo, en términos de dogmática jurídica, también resulta muy relevante la modificación del régimen penal de las personas jurídicas, que tan solo llevaba en vigor desde el año 2010, y cuya nueva redacción está llamada a resolver las dudas que se hubieran podido plantear sobre el anterior. Se trata de una respuesta exigida desde

⁶⁶ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Exposición de motivos. Párrafo I.



numerosos ámbitos del Derecho, con el fin de aportar luz y claridad a un sistema de responsabilidad que cada vez se asimila más al presente en otros ordenamientos jurídicos a nuestro alrededor. Así lo recoge la propia exposición de motivos del Proyecto, en su apartado III, que dice lo siguiente:

“Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

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

Sobre esta última modificación vamos a centrar las próximas páginas de nuestra exposición, con el propósito de entender el alcance del nuevo régimen penal propuesto, y sus diferencias con el modelo actual. Sin duda la motivación planteada parece ponerse en línea con las posturas doctrinales explicadas *supra*, que abogaban por un modelo de responsabilidad propio y no vicarial, pero que no habían sido apoyadas ni desde la Fiscalía General ni por las palabras literales del legislador.

Por último, a pesar del carácter todavía preliminar de esta regulación dada su condición de proyecto de ley, conviene apuntar que, dada la mayoría absoluta que el grupo popular ostenta en el Congreso de los Diputados, hemos de considerar como muy probable la definitiva aprobación del texto y su entrada en vigor en un futuro próximo. En consecuencia, nos parece oportuno considerar su repercusión desde un punto de vista más que probable.

IV.1- Presentación del nuevo art. 31 bis CP: estructura y contenido

La renovación del texto del art. 31 bis viene contenida en el artículo único, punto vigésimo del proyecto, y pasa a tener un contenido más complejo y extenso que la



versión actual. En él se diferencian cinco subapartados, que abarcan parte de los preceptos ya reconocidos, pero también incluye otros nuevos y deja fuera elementos hasta ahora recogidos en el precepto, como las circunstancias modificativas y los supuestos de no sujeción a la responsabilidad.

Estos últimos pasan a incluirse en los nuevos artículos 31 *ter*, 31 *quater* y 31 *quinquies*, reconocidos en los puntos vigésimo primero y siguientes del artículo único del proyecto, y que modulan respectivamente los supuestos de responsabilidad, introduciendo las circunstancias atenuantes especiales aplicables a este tipo de supuestos, y determinando los sujetos no susceptibles de responsabilidad. No obstante, dado el limitado espacio del que disponemos, vamos a centrarnos fundamentalmente en el primer artículo mencionado.

IV.1.1-Presupuesto general de responsabilidad

El propuesto art. 31 bis comienza estableciendo:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

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

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

Como se puede ver, sigue manteniéndose en términos generales el mismo supuesto de hecho que en el actual art. 31 bis de la LO 5/2010. No obstante, se omite por un lado la referencia expresa al administrador de hecho o de derecho, presente en la actual



redacción, para pasar a referirse a una figura de sujeto activo más amplia, como puede ser cualquier sujeto autorizado a tomar decisiones por la sociedad, o con poderes organizativos dentro de la misma.

Por otro lado, es destacable la omisión de la anterior referencia al “deber de control” en los supuestos de delitos cometidos por los subordinados a los sujetos del apartado primero. Recordemos que según el CP vigente, la base de la responsabilidad penal de la persona jurídica está en gran medida fundamentada por este concepto de “debido control” de los administradores o representantes legales sobre los sujetos activos del delito sometidos a ellos dentro de la entidad. Como se puede observar, esta construcción se mantiene en el texto propuesto para el artículo, pues al utilizarse el pronombre “por aquellos” y no “por aquella”, se deja fuera de dudas que el citado control se predica sobre las personas físicas y no sobre la persona jurídica⁶⁷.

Conviene recordad que este “debido control” resultaba un concepto jurídico indeterminado, sin definición legal ni interpretación por parte de jueces y tribunales (el retraso que sufre actualmente la Administración de Justicia ha hecho prácticamente imposible conocer sentencias de casos posteriores a 2011), que durante los años posteriores a la LO 5/2010 fue muy criticado por sectores doctrinales⁶⁸ ante la falta de certeza en su aplicación. En este contexto, el nuevo artículo pasa a explicitar más este término, como deber de supervisión, vigilancia y control que no constituye un baremo objetivo y constante, sino evaluable caso por caso en función de las particulares circunstancias presentes. Esta delimitación se completa asimismo a partir de la interpretación sistemática del resto del artículo.

⁶⁷ Esta clarificación ya fue subrayada por el propio Consejo de Estado en su informe al respecto del Anteproyecto de ley.

⁶⁸ Varios, entre ellos GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “*Fundamentos modernos de la...op. cit.*”, pp. 430-438 y NIETO MARTÍN, A., “*La responsabilidad penal...op. cit.*”, pp. 47-70



IV.1.2-Supuestos de exención de la responsabilidad

a) Para los delitos cometidos por los representantes legales o personas autorizadas

El artículo, en su punto segundo, recoge un supuesto de exención para los supuestos del apartado a), que queda sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones, como son:

1º) 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;

2º) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;

3º) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

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

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

Tal y como se exponen, se tratan todas ellas de medidas relativas a modelos o parámetros de funcionamiento y organización, producidos y ejecutados en el momento de comisión del delito o con carácter previo, e íntimamente relacionadas con el deber de control. Parece de ello entenderse que la concurrencia de cualquiera de ellas, escenificadas fundamentalmente bajo supuestos de existencia de protocolos de evitación de conductas delictivas, supone una causa de exención o ausencia de culpabilidad que impide imputar la responsabilidad a la persona jurídica, o atenuarla en caso de no apreciarse de forma íntegra.

Sin embargo, la determinación de qué constituye un “*ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control*” sigue suponiendo un concepto relativo, donde la jurisprudencia deberá entrar a valorar los supuestos concretos, estableciendo que se entiende como tal. En cualquier caso, la idea es establecer una línea de



separación entre el administrador, directivo o representante diligente que ejerza unas adecuadas funciones de evitación de delitos, con respecto a aquel otro cuya actitud imprudente o negligente permita de forma causal y probable la comisión de conductas reprochables por sus sometidos.

b) Supuesto especial para empresas de reducida dimensión

El punto tres del artículo pasa a introducir un novedoso régimen especial para las empresas de pequeñas dimensionas, definidas como aquellas que *“según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”*. Se trata de un tipo penal en blanco en el que se produce una remisión a la normativa mercantil, concretamente al Real Decreto Legislativo 1/2010, donde se recoge el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital (TRLSC). En este sentido, el art. 258 TRLSC reconoce con carácter general la posibilidad de presentar cuenta de resultados abreviada a *“las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:*

- a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.*
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.*
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta”*

Finalmente, hemos de entender, por tanto, que se trata de una mitigación de los requisitos de responsabilidad para estos supuestos, en la medida que se reconocen facultades de supervisión a efectos del art. 2 al propio órgano de Administración. Su fundamento probablemente venga motivado, como a hemos tenido oportunidad de mencionar en ocasiones anteriores, a la duplicidad de roles funcionales que ejercen los socios y consejeros en relación con las labores de dirección organización.



c) Para los delitos cometidos por los sometidos a los órganos de la persona jurídica

Por su parte, el apartado cuatro del art. 31 bis reconoce un supuesto de eximente de la responsabilidad para la persona jurídica en los supuestos de la letra b) del apartado 1, o séase, de los delitos cometidos por los sometidos a la autoridad de los representantes (recordemos que el art. 2 reconocía una eximente parecida pero para los casos de delitos cometidos por los propios representantes). Dicho supuesto se basa en si la persona jurídica *“antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido”*. Sin duda este precepto guarda una conexión ineludible, al igual que el del punto 2, con lo que analizamos a continuación.

IV.1.3-Modelos de prevención de delitos

El hecho de que la propuesta de redacción del CP contenga un apartado específico para regular esta cuestión subraya la importancia que los modelos de prevención de delitos tienen en el nuevo régimen como elemento determinante de la responsabilidad, y eventualmente de la culpabilidad del sujeto societario. De este modo, el apartado quinto del art. 31 fija una serie de exigencias que deberán ser cumplidas por las medidas de control organizacional a efectos de reconocerse como causa de exención de la responsabilidad criminal. Así dicho precepto dispone como requisitos:

- “1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
- 2. 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. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
- 4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
- 5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.”*



Como se puede observar, el precepto se hace eco de las prácticas y modelos del llamado *compliance* que han venido generalizándose durante los últimos años tanto en las grandes empresas como en los ordenamientos jurídicos de otros países, especialmente en el ámbito anglosajón. En él se realiza un especial hincapié en la capacidad del sistema para identificar y sancionar la comisión de delitos, haciendo para ello referencia a elementos como la obligación de informar sobre posibles riesgos y de disponer de los recursos financieros necesarios.

La oportunidad de las medidas no se debe valorar, sin embargo, de forma objetiva o absoluta, sino en relación con *“la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo”*. Se trata de otra adaptación que la ley hace para diferenciar los casos de las grandes empresas, con niveles organizativos definidos y desarrollados, de las medianas y pequeñas empresas, mucho más diversas y desestructuradas. En cualquier caso, se establece como límite general que los modelos de prevención de delitos requieran: *“a) de una verificación periódica del mismo 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; y b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.”*

En conclusión, podemos afirmar que la nueva regulación propuesta para el art. 31 *bis* está más centrada en los conceptos de control, supervisión y vigilancia, al propugnar sus carencias como elementos determinantes de la responsabilidad criminal de la corporación. En sus sucesivos subapartados se realiza una concreción de estos términos en forma de medidas específicas. De esta manera, parece pretenderse que el debido control deje de ser un concepto ciertamente indeterminado para pasar a definirse como el cumplimiento de la obligación de establecer modelos efectivos de identificación y prevención de delitos en el seno de las personas jurídicas, por parte de aquellos que actúan y están autorizados a tomar decisiones en su nombre. Se trata por ello de un importante avance, en línea con el modelo de responsabilidad por el hecho propio, y de la teoría de la culpabilidad por defecto de organización defendida por TIEDEMANN⁶⁹.

⁶⁹ TIEDEMANN, K., *“Responsabilidad penal de ...op. cit., pp. 97-126*



IV.2-La interpretación doctrinal y teórica detrás de la reforma

Tal y como exponía ya el Consejo de Estado en su dictamen de 27 de junio de 2013⁷⁰, el proyecto de reforma del CP propone dos cambios fundamentales: por un lado, el diseño de un modelo de atribución de responsabilidad, basado en el perfeccionado concepto de debido control, y por otro la ampliación de su ámbito de aplicación a sujetos antes exentos, como las sociedades mercantiles estatales. En nuestro trabajo vamos a centrarnos principalmente en la primera, analizando el art. 31 bis como delimitador del elemento sobre el que se construye el nuevo régimen penal⁷¹.

Conviene reseñar que la incorporación tardía del art. 31 bis al anteproyecto de ley de ha provocado que instancias, como el Consejo Fiscal o el Consejo General del poder judicial, no hayan podido pronunciarse al respecto en sus respectivos informes, al haber sido realizados con anterioridad. La consecuencia de ello ha sido que a día de hoy, únicamente disponemos en relación con este modelo del informe del Consejo de Estado como principal guía de referencia doctrinal emitida por un organismo público⁷².

IV.2.1- El modelo de atribución de responsabilidad: la continuidad estructural en el antiguo art. 31 bis 1 CP

La reforma planteada en el texto del proyecto quizás no supone un cambio tan revolucionario en términos de política criminal como el que supuso la LO 5/2010, al introducir por primera vez una responsabilidad diferenciada y autónoma para las personas jurídicas. Por el contrario, se mantiene la estructura fundamental del modelo actual en la nueva redacción el art. 31 bis 1, por lo que no podemos añadir mucho a lo ya discutido por la doctrina hasta ahora. El nuevo artículo vuelve a contener un mecanismo de atribución de responsabilidad basado en dos vías: la comisión del delito por un representante de la persona jurídica, y la comisión de un delito por personas

⁷⁰ Dictamen del Consejo de Estado n° 358/2013 sobre el “*Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”

⁷¹ Cabe destacar aquí la escasez de fuentes con las que hemos contado a la hora de realizar nuestro trabajo, pues dado lo novedoso del proyecto, pocos artículos doctrinales de relevancia han sido publicados hasta el momento.

⁷² De acuerdo con este órgano, esta situación constituye una omisión del procedimiento correspondiente censurada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de mayo de 2013.



físicas sometidas a la autoridad de los primeros con su aquiescencia y omisión de control.

Se trata, todavía, de una configuración que deja muchas dudas a efectos dogmáticos, pues no se llega a concretar si se trata de un modelo de responsabilidad propia o vicarial a partir exclusivamente de la literalidad de sus líneas. En este sentido, algunos autores, como FEIJÓO SÁNCHEZ⁷³ y DÍAZ GÓMEZ⁷⁴, han considerado que esta forma de diseñar el precepto en realidad no fundamenta propiamente la responsabilidad penal, sino que únicamente sirve para generarla en atención a las acciones u omisiones de los responsables primeros de la persona jurídica.

Aun así, entre las bondades del nuevo artículo destaca la mayor claridad conceptual, diferenciándose en subapartados cada uno de los supuestos. Así, con respecto del primero, relativo a la responsabilidad por los actos cometidos por los representantes legales de la persona jurídica y asimilados, se configuran tres elementos principales que cualifican la atribución⁷⁵:

- a) *Los delitos han de cometerse “en nombre o por cuenta” de la sociedad*, del mismo modo que en el actual 31 bis. Ello implica la exclusión de supuestos en los que las personas físicas actúan en el ámbito de lo privado y particular, fuera de los poderes que le fueron otorgados.
- b) *La acción realizada tiene que repercutir en beneficio de la persona jurídica, ya sea de forma directa o indirecta*. El nuevo texto anula y sustituye aquí el término “provecho”, presente en la anterior redacción del artículo, y sobre el que no existe una interpretación unívoca por la doctrina⁷⁶. Algunos lo han

⁷³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y RODRIGUEZ MOURULLO, G., “Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)”, Aranzadi, Navarra 2011, pp. 65-142.

⁷⁴ DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas”, REDUR II, diciembre 2013, pp. 149-158

⁷⁵ DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto ...” *op. cit.*, pp. 149-158

⁷⁶ El Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto en cuestión recuerda que “la expresión “provecho” tiene una diversidad de acepciones que incluyen tanto la finalidad de una determinada acción (actuar para conseguir un beneficio) como su resultado económico positivo para el actor, por lo que el citado término podría ser interpretado “de acuerdo con esta segunda acepción de “beneficio económico” conseguido”



considerado por ello vago, que no aporta ninguna relevancia cualitativa⁷⁷, mientras que otros sugirieron ya en el primer borrador de dicho texto eliminar tal requisito por no resultar realmente útil a efectos de atribución⁷⁸.

- c) *Los sujetos activos tienen que ser los representantes legales o “aquellos...autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*. Como ya se señalaba en la parte descriptiva del artículo, esta redacción trata de suplantar el término “administrador de hecho”, lo que según el Consejo de Estado implica una mayor inseguridad jurídica, al no existir como ocurría una antes una interpretación jurisprudencial consolidada al respecto.

Por otro lado, según DÍAZ GÓMEZ⁷⁹, en relación con el segundo supuesto, relativo a la responsabilidad por los actos cometidos por los sometidos a los representantes legales, diferenciamos cuatro elementos fundamentales:

- a) *Que el delito se haya cometido por cuenta de la persona jurídica correspondiente*
- b) *Que se realice en beneficio directo o indirecto para la misma, sustituyéndose de nuevo el termino anterior “en provecho”*
- c) *Que el delito sea cometido por aquellos sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el primer apartado*. Aunque en el nuevo artículo sigue sin concretarse cual es la condición que debe de reunir el sujeto activo en este segundo supuesto, la lógica nos hace pensar en los trabajadores y todos aquellos que por su actividad o relación jurídica, tengan la condición de empleados y representantes no incluidos en el enunciado primero.

⁷⁷ BACIGALUPO SAGESSE, S., “Comentarios al art. 31 bis” en A.A.V.V “Comentarios al Código Penal”, Lex Nova, Valladolid 2010, pp. 269-275

⁷⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009 citado por BACIGALUPO SAGESSE, S. “Comentarios al ... op. cit., pp. 269-275

⁷⁹ DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto ...” op. cit., pp. 149-158



d) *Que la comisión sea debida al incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control respecto de aquellos.* En este punto, el proyecto de ley difiere del previo anteproyecto, donde se exigía que el incumplimiento de dichos deberes de control fuera grave⁸⁰, lo cual ha sido considerado por el Consejo de Estado⁸¹ como un aumento del ámbito punitivo sobre la persona jurídica

En consecuencia, si bien el proyecto en este artículo no se pronuncia sobre el modelo de atribución de la responsabilidad, el hecho de que las conductas punibles sean reconducidas, en todo caso, a la actividad de los representantes legales o “administradores de hecho”, nos hace pensar más un reproche a la actuación de la persona física encubierta detrás de la sociedad. Se trataría de penar, como se ha venido haciendo hasta ahora, la *culpa in vigilando* y la falta de diligencia, más allá de la propia acción delictiva del propio personaje. Ello hace que autores como DÍAZ GÓMEZ⁸² se mantengan aquí en la tesis de una responsabilidad vicarial, sin perjuicio de las matizaciones contenidas en los apartados siguientes del proyecto.

Sin embargo, a partir de una interpretación sistemática del conjunto del precepto, podríamos llegar a la conclusión contraria. Si bien es cierto que la regla originaria limitativa de responsabilidad aquí contenida no habla en ningún caso de la persona jurídica como sujeto activo responsable, comisor directo de la conducta, es en los apartados siguientes donde esta adquiere autonomía y se configura a nuestro parecer como propia.

El Consejo de Estado sitúa la redacción del art. 31 bis 1 en línea con las decisiones marco de la UE sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en ámbitos sectoriales. En ellas se exige que los Estados miembros dispongan de un régimen que garantice que la persona jurídica sea responsable cuando exista una falta de control por parte de sus responsables durante la realización de conductas sancionadas por los sometidos a su autoridad. Dicha exigencia se halla presente en Decisiones como la

⁸⁰ La redacción contenida en el anteproyecto rezaba “(...) *las personas jurídicas serán penalmente responsables: (...) b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos el deber de controlar su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*”

⁸¹ Dictamen del Consejo de Estado nº 358/2013 sobre el “*Anteproyecto de ley orgánica...op. cit., passim*”

⁸² DÍAZ GÓMEZ, A., “*Novedades del Proyecto ...*” *op. cit.*, pp. 149-158



relativa a la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia⁸³, la de lucha contra de la corrupción en el sector privado⁸⁴, y la de lucha contra la explotación infantil⁸⁵ entre otras.

En este sentido, la conexión de la norma con la regulación europea al efecto es tal, que su huella queda plasmada en las modificaciones realizadas entre el anteproyecto y el proyecto definitivo. En este último se omite de la redacción el requisito propuesto en el anteproyecto de incumplimiento grave de los deberes de vigilancia o control por los representantes, pues las decisiones europeas al efecto no exigen de forma necesaria con tal carácter⁸⁶, y por que deducimos algunos lo han considerado como una restricción demasiado estricta para penar conductas igualmente lesivas.

Aun así, no hay que olvidar que la voluntad del legislador ha sido libre y facultativa a la hora de penar dichas conductas en la figura de la persona jurídica. Si bien las decisiones europeas exigen que la responsabilidad se concrete con “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”⁸⁷, ello en ningún caso nos dirige de forma exclusiva al ámbito penal. Seguirían siendo validas políticas sancionadoras propias del Derecho administrativo, en la medida en que resulta más adecuado para sancionar una serie de supuestos que, de acuerdo con el principio de mínima intervención del derecho penal, no revisten la suficiente gravedad como para ser objeto del mayor reproche jurídico.

Lo ideal, tal y como propone el órgano asesor del Estado, sería el cumplimiento del marco europeo mediante una combinación sancionadora adecuada entre ambos Derechos, donde solo las casos más graves sean objetos de castigo penal. Esto es a lo que el anteproyecto probablemente tendía, pero que la última modificación ha cambiado, dando más capacidad al ámbito penal.

En cualquier caso, esta apreciación sobre el mayor o menor grado de cumplimiento de la propuesta regulación con el proyecto europeo supone un matiz menor. Lo que queda

⁸³ Ver, en este sentido, el art. 5.2 de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008

⁸⁴ ver, en este sentido, el, el art. 5.2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003

⁸⁵ ver, en este sentido, el art. 6.2 de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003

⁸⁶ En este sentido se pronuncio ya el Consejo de Estado en el dictamen al Anteproyecto.

⁸⁷ Dictamen del Consejo de Estado n° 358/2013 sobre el “*Anteproyecto de ley orgánica...op. cit., passim.*”



claro en relación al primer apartado del art. 31 bis es que se mantiene invariada la estructura básica del actual texto, corregida en ciertos conceptos con visos a dar una mayor objetividad interpretativa, pero sin determinar claramente cuál es el tipo de responsabilidad criminal que se predica hacia la persona jurídica.

IV.2.2- La definitiva introducción de la autorregulación y del *compliance*: hacia la construcción de un modelo de autorresponsabilidad

Si en el anterior apartado denunciábamos una falta de claridad respecto del modelo de responsabilidad elegido, las dudas parecen disiparse en los siguientes subapartados del nuevo artículo. Entre ellos, el que supone la novedad más importante es el 31 bis 2 y 4, que reconoce un causa de exención y no sujeción a la responsabilidad criminal en base a la adopción de programas de prevención de delitos. Dicha causa, basada en un comportamiento o actuación post delictiva, se desarrolla en el apartado siguiente, donde se recogen los requisitos necesarios para tener tal condición eximente.

Tal y como apuntábamos al describir la reforma operada por la LO 5/2010, esta causa se perfilaba ya en el art. 31 bis actual como una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, que muchos profesionales del Derecho empezaron a interpretar y concebir como elemento determinante a la hora de determinar la efectiva culpabilidad de la persona jurídica. Ello hizo que rápidamente se generalizasen los llamados programas de *compliance* o cumplimiento, que ante todo suponen una nueva vía de negocio para los grandes despachos, y que se constituye ahora en referente de eventuales responsabilidades. Se cumple así, podríamos decir, con una recomendación generalizada por parte de estos expertos para implantar un sistema, ya vigente en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano o el inglés, y cuya efectividad y establecimiento dependerá, entre otros, de la capacidad económica del sujeto.

Yendo por partes, una de las primeras cuestiones que llaman la atención de este apartado, tal y como expone DÍAZ GÓMEZ⁸⁸, es que la circunstancia opera como eximente solo en casos en los que se haya adoptado las medidas preventivas con

⁸⁸ DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto ...” *op. cit.*, pp. 149-158



carácter previo a la comisión del delito⁸⁹. Se corrige con ello algunos inconvenientes presentes en la regulación actual del art. 31 bis 4d), principalmente derivados de la exigencia de que, para la apreciación de la atenuante, dichas medidas hayan sido establecidas “*antes del comienzo del juicio oral*” y no del propio delito. Ello la convertía en una circunstancia cómodamente apreciable por los tribunales⁹⁰ y conveniente para la empresa, pero de discutible oportunidad en términos de dogmática jurídica, al no ser identificable fácilmente el elemento del delito este sobre el que actúa dicha minoración de la responsabilidad⁹¹.

En esta misma línea, más paradigmático resulta aún el hecho de que la presencia de un mecanismo de prevención y *compliance* previo a la propia comisión de delitos no constituye, en la legislación actual, ningún tipo de situación diferencial a efectos de responsabilidad con respecto a aquella entidad que lo adopta una vez cometido pero con anterioridad a la apertura del juicio oral. Ello, de forma indirecta, desincentiva el propio sentido de la norma, al permitir a la sociedad prescindir del mecanismo y adoptarlo únicamente una vez tenga conocimiento de la denuncia. Además, coloca en una situación de injusticia y desapremio a aquellas empresas responsables, que invirtiendo de forma voluntaria en este tipo de mecanismos, luego no ven retribuida su actuación de forma especial.

En consecuencia, la nueva reforma apuesta por la autoaplicación de programas de cumplimiento y prevención de delitos adquiere una relevancia mayor, como solución a los problemas mencionados⁹². Dicha autorregulación supone adoptar una serie de normas propias que garanticen un debido control⁹³ sobre los actos cometidos en el seno de la persona jurídica, de modo tal que exista una probabilidad cierta y significativa de evitar ilícitos penales. Se trata de motivar e incentivar a las empresas a llevar a cabo una

⁸⁹ Así lo expresa claramente el propuesto artículo al decir “*la persona jurídica quedara exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado (...)un modelo de organización (...) adecuado para prevenir delitos (...)*”

⁹⁰ Habida cuenta de la escasísima jurisprudencia de la que a día de hoy disponemos sobre responsabilidad criminal de las personas jurídicas, debido al poco tiempo que lleva todavía la norma en vigor.

⁹¹ Se podría discutir, como hicimos en líneas anteriores, si resulta una minoración de la culpabilidad del sujeto, o si se trata de un comportamiento delictivo posterior al delito y por tanto no susceptible de tal consideración a priori. Por otro lado, resultaría también arriesgado considerar que repercute sobre el bien jurídico afectado, restituyéndolo, pues dependerá del caso concreto cual es el afectado por el delito. Solo bajo la idea de que el orden público aquel lesionado, podríamos considerar que se trata de esta última posibilidad (concepto de Jakobs)

⁹² DÍAZ GÓMEZ, A., “*Novedades del Proyecto ...*” *op. cit.*, pp. 149-158

⁹³ Utilizando la terminología todavía presente en el CP



adecuada gestión de la actividad, en términos de legalidad, haciéndolas participes de las consecuencias jurídicas en caso contrario⁹⁴.

Para ello, la vía elegida son unos programas que, aunque nuestro país todavía no tiene la tradición de otros en su utilización, sí que llevan aplicando en las grandes corporaciones de forma progresiva desde hace algún tiempo, con diverso nombres y entidad: códigos de conducta, de buen gobierno, reglamento interno, y en especial, los programas de prevención de blanqueo de capitales y de riesgos laborales, etc. Se trata de programas de carácter privado, hasta ahora asumidos voluntariamente⁹⁵ por los sujetos, y principalmente por motivos reputacionales.

Autores como NIETO MARTÍN⁹⁶ y ORTIZ DE URBINA⁹⁷ ya discutieron de forma previa a la reforma el concepto de autorregulación, si bien es una figura nueva que todavía no ha sido completamente explorada por la doctrina penal española. Aun así, según DÍAZ GÓMEZ⁹⁸ y NIETO MARTÍN⁹⁹, ello no implica que se trate de una figura completamente ajena al ordenamiento jurídico español, pues ciertos supuestos autorregulatorios están presentes actualmente en regulaciones tales como la de lucha contra blanqueo de capitales, riesgos laborales o medio ambiente¹⁰⁰. Sin embargo, si que es cierto que la legislación penal, más allá de interpretaciones *extra legem* realizadas por algunos autores¹⁰¹, no había reconocido la autorregulación en tales términos, con la subsecuente consecuencia de un cambio de configuración en la forma de concebir la responsabilidad

Desde el punto de vista dogmático-jurídico, la mencionada novedad sin duda pretende superar algunas de las incoherencias del modelo anterior, concebido como vicarial por

⁹⁴ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel Monografías, Madrid 2008, pp. 212 y ss.

⁹⁵ En este punto conviene señalar también el caso de las sociedades cotizadas, donde el Código de Buen gobierno o Código Conthe incita a estas entidades a adoptar una serie de mecanismos de responsabilidad social corporativa guiados por una serie de directrices. Sin embargo, su carácter voluntario y no vinculante le hace tener restar entidad, si bien su no adherencia requiere de justificación.

⁹⁶ NIETO MARTÍN, A., “*La responsabilidad penal ...op. cit., Passim.*”

⁹⁷ KUHNER, L., MONTIEL, J.B. y ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons (2013) pp. 263-268

⁹⁸ DÍAZ GÓMEZ, A., “*Novedades del Proyecto ...*” *op. cit.*, pp. 149-158

⁹⁹ NIETO MARTÍN, A., “*La responsabilidad penal de ...op. cit.*”, pp. 212 y ss.

¹⁰⁰ Se trata de programas de carácter privado, exigidos en algunos casos por ley para actividades concretas que tratan de evitar delitos concretos cometidos normal o necesariamente a través de una persona jurídica

¹⁰¹ Sirva aquí mencionar como ejemplo a NIETO MARTÍN, A. “*La responsabilidad ..op. cit.*”, pp. 47-70



la Fiscalía general, de responsabilidad por el hecho propio por autores como NIETO MARTÍN¹⁰² o DE LA CUESTA ARZAMENDI¹⁰³, y en cualquier caso con cierta naturaleza intermedia entre ambos regímenes. Si consideramos que el legislador ha regulado un verdadero sistema de autorresponsabilidad, cuya ausencia permite predicar el llamado defecto de organización propugnado por TIEDEMANN¹⁰⁴, sin duda nos acercamos, ya sí, a un modelo más propio de la responsabilidad propia y no vicarial. Se trata de una configuración normativa en la que es posible determinar la culpabilidad de la persona jurídica e imputarla con respecto a sus propias actuaciones, y no exclusivamente a la de terceros en condición de personas físicas actuantes en su seno.

Para DÍAZ GÓMEZ¹⁰⁵, es esta nueva concepción de culpabilidad propia la que precisamente ha llevado al legislador a proponer una corrección de la incoherencia previa en el ámbito de las circunstancias modificativas y los programas de *compliance*. De este modo, si la existencia de un programa preventivo posterior podía atenuar la responsabilidad de la persona jurídica, uno anterior necesariamente debería eximirla, por actuar, directamente y en el momento de la comisión, en la propia culpabilidad del sujeto. Se trataría de una interpretación más conforme con el principio de culpabilidad y el principio de personalidad de las penas, así como cumpliría mejor con la finalidad preventivo especial y general de la pena.

En esta misma línea, GÓMEZ-JARA DÍEZ,¹⁰⁶ ya en 2006, consideraba a los modelos de autorregulación como un aspecto clave en el diseño de la responsabilidad de la persona jurídica, y necesario para configurarla como autónoma. Se busca con ellos crear un concepto constructivista de culpabilidad, fundamentado en la propia empresa y su organización como sistema social autopoietico (compuesto por comunicaciones), que deje atrás modelos de heterorresponsabilidad viciados de numerosas objeciones descritas en páginas anteriores. Para este autor, un modelo de autorresponsabilidad similar al que el proyecto parece plantear tiene sin duda importantes ventajas dogmáticas y político criminales, entre ellas, la creación de una cultura y una operativa

¹⁰² NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad ..op. cit., pp. 47-70

¹⁰³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL., “Responsabilidad penal de las personas...op. cit., passim.

¹⁰⁴ TIEDEMANN, K., “Responsabilidad penal de las personas...op. cit., pp. 97-126

¹⁰⁵ DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto ...” op. cit., pp. 149-158

¹⁰⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 8 2006, pp. 05:1-05:27



empresarial que contribuya a la vigencia de la norma penal, y la final sumisión de la persona jurídica al Derecho como sujeto propio¹⁰⁷.

Dicho lo anterior, habida cuenta del carácter fundamentalmente privado sobre el que se sostiene la nueva exigencia de mecanismos de control de prevención de delitos, la ley se detiene a detallar las circunstancias que deben darse para que opere la causa de exención. De este modo, los apartados dos y cuatro del artículo pasan a concretar las condiciones que deben de cumplirse para dar lugar a la exención, diferenciando en función de si la persona física autora del delito es un empleado o un administrador o representante. Por su parte, el art. 31 bis 5 concreta en relación con los apartados anteriores cuáles son los requisitos específicos que los modelos de organización y gestión para la prevención deben de cumplir en todo caso para ser válidos a efectos de apreciación de la eximente.

En este sentido, el proyecto resulta más exigente con los delitos cometidos por los representantes legales que cuando los autores primarios son los sometidos a estos, en cuyo caso solo es necesaria la presencia de un sistema adecuado de prevención. Así, en el primer caso no es solo necesaria la referida presencia de un modelo de organización idóneo, sino¹⁰⁸ también: que exista un mecanismo de prevención adecuado, que exista un órgano de autónomo encargado de su cumplimiento, que no se produzca una omisión en las funciones de vigilancia y que el delito sea cometido de forma elusiva al modelo. La falta de alguno de estos factores elimina de todo punto la exención, aunque abre la puerta a una atenuación de la pena (art. 31 bis 2 parr.2º)

Esta diferenciación obedece a la distinta situación de poder e influencia en la formación de voluntad de la sociedad que tienen unos sujetos y otros. Se considera que los representantes legales y autorizados, al actuar en nombre de la sociedad, ocupan puestos que, por su naturaleza, empañan la diferenciación teórica entre ambos sujetos y permite una más fácil evasión de posibles sistemas organizativos, desarrollando su actividad en

¹⁰⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ aquí también considera los beneficios de incluir a la organización empresarial como sujeto del discurso público, de forma que mediante su capacidad de opinión, contribuyen a la formación de las normas sociales. Sin embargo, a nuestro parecer, si bien es cierta la afirmación, no encontramos una argumentación suficiente en su artículo para establecer la conexión con el modelo de responsabilidad objeto del debate.

¹⁰⁸ DÍAZ GÓMEZ, A., “*Novedades del Proyecto ...*” *op. cit.*, pp. 149-158



un ámbito de libertad más amplio¹⁰⁹. Asimismo, se intenta motivar actitudes de ejemplaridad por parte de las cúpula empresarial sobre el resto de la entidad, de forma similar a lo propugnado por GÓMEZ-JARA DÍEZ¹¹⁰ sobre la creación de una cultura empresarial que promueva el cumplimiento de las normas. La cuestión que se nos plantea, aun así, es si la diferencia ontológica en la posición de estos sujeto es tal, que justifica la radical variación de exigencias de imputación para las personas jurídicas entre un supuesto (el de los delitos cometidos por los trabajadores) y otro (el de los actos cometidos por los representantes).

Es precisamente esta filosofía la que, según DÍAZ GÓMEZ¹¹¹ también ha guiado entre otras la propuesta del nuevo artículo en relación con los requisitos establecidos para la adecuación de los modelos de organización y gestión preventivos de delitos. Entre las condiciones contenidas en el art. 31 bis 5, destaca la capacidad de identificación de actividades susceptibles de concurrir en delitos, establecimiento de procedimientos adecuados para la adopción de decisiones y ejecución de las mismas, disponibilidad de recursos financieros propicios para impedir la comisión de delitos, deberes de información y establecimiento de un sistema sancionador sobre los incumplimientos de las medidas preventivas. En todas ellas se respira un espíritu similar al presente en los códigos de conducta, basado en la existencia de estándares de conducta, políticas de comunicación sobre dichos estándares y adopción de medidas reactivas, como ocurre en cualquier otra norma jurídica, pero con la ventaja de su adaptación a la actividad concreta de la persona jurídica, a través de objetivos y prioridades propios.

Finalmente, cabe hacer un apunte especial en relación al régimen para empresas de reducida dimensión recogido en el art. 31 bis 3 del proyecto. Dicho supuesto trata de adaptar las exigencias autorregulatorias contenidas en los apartados adyacentes a casos que, por lo limitado de los recursos, capacidades y personal, constituyen un serio obstáculo para la continuidad de su actividad y la legalidad de su negocio. En consecuencia, se mitiga el requisito recogido en el párrafo 2º del art. 31 bis 2¹¹² permitiendo que dichas funciones de supervisión sean asumidas por el órgano de

¹⁰⁹ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad ..op. cit., passim.

¹¹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial ...op. cit., pp. 05:1-05:27

¹¹¹ DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto ...” op. cit., pp. 149-158

¹¹² En él se exige una supervisión del modelo de prevención “por un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control”



administración, de modo tal que no sea necesaria la creación de ninguna estructura organizativa *ad hoc*, que represente un coste adicional a la empresa¹¹³.

Aunque se trata de una consideración importante por parte de la ley a esta realidad de las PYMES, no hay que perder de vista el hecho de que un programa de *compliance* de las magnitudes que en el CP se requieren sigue resultando caro e inasequible en la mayor parte de los casos. Se trata de obligar al sujeto a cumplir *a priori* con una regulación que supone coste privado, incurriendo de lo contrario en responsabilidad. Como se puede observar, se da la paradoja de que en ambos casos el particular “sale perdiendo”.

IV.2.3- La ampliación del ámbito material de la responsabilidad criminal

Además de la introducción de los modelos de prevención, la otra gran modificación que introduce el proyecto es la extensión de los sujetos sobre los que puede recaer la responsabilidad criminal. Hasta ahora, la LO 5/2010 limitaba el ámbito de la responsabilidad criminal del art. 31 bis a los sujetos con personalidad jurídica propia, excluyendo inicialmente en su punto cinco a los partidos políticos y los sindicatos. Sin embargo, tras la LO 7/2012¹¹⁴, se modificó el precepto y se incluyen como susceptibles de responsabilidad estos dos últimos sujetos ante las reclamaciones sociales por los casos generalizados de corrupción.

El proyecto de ley, en su art. 31 *quinquies*, pasa a incorporar el texto formulado en esta ley, ampliando el supuesto también para las sociedades mercantiles públicas¹¹⁵ con respecto a ciertas penas determinadas de multa e inhabilitación para recibir subvenciones y ayudas publicas¹¹⁶. Esta modificación es aplaudida por autores como DÍAZ GÓMEZ¹¹⁷ y QUINTERO OLIVARES¹¹⁸, ya que permite así poner en igualdad

¹¹³ En línea con lo dicho por GÓMEZ LANZ, J. En las comparecencias para informar en relación con el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (num. Exp. 219/000574)

¹¹⁴ de modificación del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social,

¹¹⁵ Se entiende como tal aquellas sociedades que tienen participaciones en su capital de más del 50% procedentes de fondos públicos

¹¹⁶ El artículos además continúa diciendo “*Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.*”

¹¹⁷ DÍAZ GÓMEZ, A., “*Novedades del Proyecto ...*” *op. cit.*, pp. 149-158



de régimen a las sociedades mercantiles públicas y privadas, además de poner fin a una suerte de vacío legal aprovechado para la comisión de delitos durante años.

V- CONCLUSIONES: EL FIRME PASO HACIA EL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD

La evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido cambiante, polémica, no carente de dificultades y, ante todo, reflejo de una realidad cada vez más clara: la progresiva importancia que las sociedades y corporaciones tienen en nuestra sociedad, y el poder del que disponen a la hora de hacer valer y cumplir la norma jurídica. Ello se ha traducido en la imperiosa necesidad de adaptar gradualmente la norma jurídica a las nuevas circunstancias, con la finalidad de integrar dentro del Derecho penal, como mecanismo de control social más represivo y gravoso, una serie de conductas cada vez más relevantes.

Este proceso de cambio ha sido largo y complejo, dando lugar a construcciones dogmáticas diversas que intentan justificar la capacidad de imputación de las personas jurídicas con el fin de conseguir el control y reproche jurídico a sus actos lesivos. El resultado ha pasado por dos estadios o etapas: la de considerar un modelo de responsabilidad basado en los actos de otros sujetos, integrantes de la persona jurídica, pero distintos de la misma (lo que hemos venido llamando responsabilidad vicarial), y la de construir un concepto de acción y de responsabilidad completamente autónomos y diferenciados, que supongan una ficción pero que se adapten más al marco constitucional y dogmático del que ahora disponemos (lo que hemos llamado responsabilidad por el hecho propio)

La LO 5/2010 reconoce esta situación y opta por el primer esquema, creando un modelo de atribución del injusto al sujeto societario en función de los actos cometidos por sus administradores y los sometidos a estos, en un diseño que trata de evitar complejas construcciones sobre culpabilidad¹¹⁸. Esta idea, sin embargo, ha implicado trasladar una compleja y depurada construcción teórica del delito, basada en el injusto tradicional, a

¹¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad penal de los partidos como personas jurídicas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 859, 2013, *passim*

¹¹⁹ Aunque conviene recordar también los avances realizados en el ámbito del derecho administrativo sancionador y en el propio CP de 1995 con la reforma de 2003, que generaron una suerte de transición hacia la citada introducción



los nuevos sujetos jurídicos, lo cual da lugar a un modelo inadecuado, excesivamente complejo y poco práctico a efectos político criminales¹²⁰.

Ante tal situación, el legislador se ha planteado una revisión parcial del modelo vigente sin haber transcurrido siquiera 4 años desde la introducción del primer art. 31 bis. Dicha reforma se ha planteado precisamente desde un ámbito que, habiéndolo tímidamente introducido el art. 31 bis actual en su apartado 4 de atenuantes, había servido a muchos autores¹²¹ para justificar la idea de que el modelo realmente sugería la autorresponsabilidad: la de los programas de prevención de comisión de delitos. Gran parte de la práctica profesional lo concibió ya como un guiño sobre la verdadera *ratio legis* de la norma y lo abrazó como elemento diferenciador y clave para predicar la responsabilidad diferenciada de la misma, construyendo un concepto de culpabilidad en torno a ella.

Quizás todavía no podamos afirmar en voz alta la asunción completa del constructivismo de la culpabilidad y de la autorresponsabilidad, pero sin duda avanzamos a pasos de gigante hacia la asimilación de la culpabilidad por defecto de organización propuesto por TIEDEMANN¹²². Es este régimen el que finalmente ha preferido el legislador y parece que se va a imponer en nuestra regulación penal. Probablemente, la razón por la que los sistemas de organización y prevención de delitos han imperado sea su conveniencia práctica, pues constituyen el único modo de reconocer una acción de la persona jurídica distinta de la de sus integrantes, sobre la que cernir el necesario reproche penal a las conductas que con ella se realizan.

No solo es de destacar el hecho de que el nuevo proyecto reconozca este elemento como causa de exención de la responsabilidad, sino que la nueva tipificación del art. 286 del citado proyecto castiga al administrador por la omisión de implantar los citados sistemas de prevención. En consecuencia, se convierte en un imperativo absoluto, bajo la palanca de un delito de omisión, que va a suponer un cambio corporativo de primera

¹²⁰ Realmente el sistema no incentiva a nuestro parecer nada de forma directa, sino que sirve más bien para hacer partícipes solidarios a las personas jurídicas como instrumentos de los que se sirve el autor físico en la comisión de sus delitos.

¹²¹ A ZUGALDÍA ESPINAR y NIETO MARTÍN entre otros, tal y como se recoge en páginas anteriores.

¹²² TIEDEMANN, K., “Responsabilidad penal de las personas...*op.cit.*, pp. 97-126



magnitud, y que nos hace tender a modelos como el inglés o el italiano, ya experimentados en este ámbito.

En nuestra opinión, todo este cambio no está carente de aspectos discutibles. De la misma forma que elogiamos la ampliación del ámbito de aplicación material de la nueva norma a sujetos antes exentos de responsabilidad como los partidos políticos¹²³, consideramos que elevar a delito la ausencia de un órgano y un sistema de prevención de delitos puede resultar en cierto modo excesivo, pues aplicar la literalidad de la norma nos llevaría a penar a un alto porcentaje de las pequeñas y medianas empresas de nuestro país. Resulta difícil creer que dicha omisión constituya una conducta de entidad suficiente como para ser merecedora de un desvalor y reproche jurídico tal como para imponer penas privativas de libertad sin necesidad de resultado concreto¹²⁴.

Lo que sin duda sí que consideramos acertado es la introducción de un modelo efectivo de responsabilidad cuyos elementos determinantes de imputación alejen las dudas previas y ofrezcan una mayor seguridad jurídica sobre cuando una sociedad debe ser penada. Consideramos que la exigencia de medidas de *compliance* como elemento definitorio de responsabilidad tiene importantes beneficios político-criminales. Haciendo nuestros los argumentos de NIETO MARTÍN¹²⁵, se trata de fomentar una nueva cultura corporativa donde la evitación de delitos esté institucionalizada y más separada de comportamientos individuales y puntuales, cuyo control resulta discutible y en muchos casos no definitorio de la forma de actuar societaria.

A nuestro parecer, la teoría clásica del delito no debe erigirse como un “dogma de fe”, sino que debe adaptarse a las necesidades económicas y sociales de nuestro entorno, configurando un concepto de injusto adecuado a las circunstancias del sujeto societario. La acción y la culpabilidad no son más que conceptos normativos y dogmáticos creados

¹²³ Últimamente muy en el foco de conductas y actuaciones reprobables, en muchos casos en el límite de la legalidad y de la propia moralidad. A nuestro parecer, la ejemplaridad como valor debería estar más presente en el ordenamiento jurídico sancionador (quizás no penal), con el fin de incentivar una actuación más apropiada por los mismos

¹²⁴ Únicamente se exige en el art. 286.6 del propuesto en el proyecto de reforma que se “*dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida*”.

¹²⁵ NIETO MARTÍN, A., “*La responsabilidad penal de las... op.cit.*”, pp. 47-70



por el legislador penal atendidas las circunstancias de un momento determinado y, por lo tanto, susceptibles de modificación en tanto que no conforman realidades objetivas.

En este sentido, el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace a la corporación como sujeto capaz de actuar en el tráfico jurídico supone atribuir a estos sujetos una serie de beneficios que necesariamente debe ser contrapuesta con otra serie de obligaciones y responsabilidades, entre ellas las relacionadas con el ámbito penal. Todo ello sin perjuicio de mantener una dogmática jurídico penal tradicional para las personas físicas, que hasta ahora ha demostrado ser beneficiosa y operativa.

Ante todo lo que se trata es de crear un Derecho penal pragmático y útil a los fines sociales, dónde el excesivo garantismo teórico no constituya un obstáculo al fin último de esta rama jurídica: mejorar la convivencia social. La decreciente capacidad del Estado por regular ciertos comportamientos originados en el seno de las empresas, su creciente importancia como núcleos de poder y convivencia, y su importante carácter como centro de creación de riesgos nos sugieren que esta finalidad del Derecho penal está más garantizada con la introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas que sin ella.

En cualquier caso, y para concluir, lo que queda claro es que el principio de *societas delinquere non potest* ha quedado ya superado y que nos encontramos en un momento de cambio hacia un modelo de integración de la persona jurídica como sujeto de Derecho pleno, sometido a todas sus consecuencias jurídicas y penales. Probablemente el texto contenido en el proyecto de ley no sea la versión definitiva que module los futuros regímenes político criminales al respecto, pero sin duda, a mi juicio, supone una importante evolución hacia un modelo más perfecto, del que todavía seguimos buscando la fórmula mágica.



Anexo



ANEXO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS HASTA LA LO 5/2010

Anexo.1- El modelo tradicional en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Situación previa al CP de 1995

A partir del s. XIX, la mayoría de los ordenamientos europeos, incluyendo el español, abogaron por el establecimiento de un régimen penal sancionador que únicamente operaba sobre las personas físicas o naturales. Se generalizó el principio *societas delinquere non potest*, el cual relegaba el papel de las personas jurídicas como responsables de sus actos al ámbito estrictamente civil¹²⁶. Son varias las razones que explican la prevalencia de este principio en el sistema penal continental, y más especialmente en el español, pero quizás la principal sea la propia concepción de persona jurídica y de responsabilidad penal imperantes en el momento.

Partiendo como base de la *teoría de la ficción* de SAVIGNY¹²⁷, resulta imposible dar una igualdad de trato a las personas físicas y a las personas jurídicas, ya que estas segundas son en última instancia una mera ficción jurídica, a su vez constituida por multitud de personas físicas que realmente realizan los actos voluntarios típicos y antijurídicos. Por ello mismo, desde la misma revolución francesa, se define la responsabilidad penal como una responsabilidad individual de aquel sujeto físico capaz de actuar libre y voluntariamente, y ser responsable de las consecuencias. Se trata de reducir la responsabilidad únicamente a aquellos sujetos con conciencia y voluntad, entendidas desde el punto de vista biológico y real. Es esta la visión que aún impera entre algunos expertos penalistas, entre ellos MIR PUIG¹²⁸ o MUÑOZ CONDE¹²⁹, quien afirma que:

“(…)solo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de acción penalmente relevante” (...). “Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad,

¹²⁶ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las ...op. cit., pp. 47-70

¹²⁷ VON SAVIGNY, F.K., “System des heutigen römischen Rechts” citado por BACIGALUPO, S., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Bosch, Barcelona 1998, pp 37-101.

¹²⁸ MIR PUIG, S. “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en A.A.V.V “Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón”, 2003, pp. 741-764

¹²⁹ MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte general”, Tirant lo Blanch, Madrid 2010, pp. 213-231



entendida como facultad psíquica de las persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos que los penales”

De este extracto, en consecuencia, extraemos tres argumentos fundamentales, que sustentan la posición tradición de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas¹³⁰:

- *La ausencia de capacidad de acción de las personas jurídicas*, en tanto que no son capaces como tales de cometer actos voluntarios entendidos estos como “respuesta mediada por los centros cerebrales que rigen los aspectos cognitivo y afectivo-emocional del sistema nervioso”¹³¹ (concepción causalista). La persona jurídica no tiene voluntad en sentido ético, sino solo ficticio. Pese a que algunos teóricos alemanes como VON LISZT¹³² intentaron defender la posibilidad de acción de las personas jurídicas (a partir del concepto de personalidad orgánica de autores como GIERKE), la idea de acción aparecía siempre asociada en última instancia a la de conciencia, lo cual ha hecho concebir como prácticamente incompatible esta idea de forma fehaciente¹³³
- *La ausencia de culpabilidad*, como elemento tripartito del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), en tanto que no es posible hacer merecedora a una construcción legal del juicio de reproche propio del injusto penal y derivado de la exigencia de una conducta distinta. Esta idea es prevalente en la teoría jurídica del delito sobre la que se basaban nuestros códigos penales anteriores.¹³⁴

En este sentido, autores como HAFTER¹³⁵ consideran que la voluntad de la persona jurídica no es más que la voluntad agregada de todos los individuos que la componen, a modo de unidades orgánicas, y que, por tanto, resulta exigible la punibilidad no solo de la persona individual que actúa detrás de la jurídica, sino

¹³⁰ OBREGÓN GARCIA, A y GÓMEZ LANZ, J., “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas” en *Elementos Básicos del Derecho Penal: Parte General*”, Tecnos, Madrid 2010, *passim*.

¹³¹ OBREGÓN GARCIA, A y GÓMEZ LANZ, J., “Responsabilidad Penal de ... *op.cit.*, *passim*.

¹³² VON LISZT, F., “*Lehrbücher des deutschen Reichsrechtes*” Berlin 1881, Tomo VII a través de BACIGALUPO; S., “*La responsabilidad penal de ...op.cit.*, pp. 37-101.

¹³³ BACIGALUPO, S., “*La responsabilidad penal de...op.cit.*, pp 37-101.

¹³⁴ Ver apartado sobre los modelos de responsabilidad por el hecho propio

¹³⁵ HAFTER, E. “*Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*” Berlin 1903, pp 40 y ss, a través de BACIGALUPO, S., “*La responsabilidad penal de...*” *op.cit.*, pp 37-101



también de esta última al existir una doble punibilidad. Esta tesis fue más tarde rebatida por BUSCH¹³⁶, que consideraba injustificada una culpabilidad común de la sociedad sobre el delito, habiendo actores o socios de la persona jurídica no culpables. En consecuencia, para él solo tiene sentido hablar de culpabilidad colectiva si existe una unanimidad de culpas, pudiéndose predicar de todos y cada uno de los miembros físicos de la persona jurídica.

Otros autores como SALDAÑA¹³⁷, consideraban que, tomando la idea de FEUERBACH sobre la voluntad, esta solo puede darse con conocimiento, y dicho conocimiento solamente es predicable en el seno de una persona física, en tanto que la persona jurídica no puede conocer en el sentido etimológico y ontológico del término.

- *El principio de personalidad de las penas*, ya que no es posible imputar una pena por el hecho ajeno. Este principio, garantía fundamental del *ius puniendi*, impide pues establecer una responsabilidad objetiva (la imposición de una pena por la mera producción de un daño derivado causalmente del actuar de una persona jurídica) en la que se transmitan las consecuencias punitivas de una conducta típica y antijurídica de una forma colectiva a un conjunto de individuos que pueden no ser culpables individualmente del injusto.¹³⁸

A pesar de todo ello, si bien es cierto que ni la legislación penal previa al CP de 1995 ni la jurisprudencia del momento aceptaba por estas razones la responsabilidad como tal de las personas jurídicas, el legislador español intentó, durante el periodo democrático posterior a la promulgación del CP de 1973, poner solución a algunos de los problemas de imputación ocasionados por las organizaciones empresariales. Ello dio lugar a la figura de “actuar en nombre de otro”, recogida en el art. 15 bis de dicho texto e introducida en la reforma parcial del CP mediante la LO 8/83.

¹³⁶ BUSCH, R., *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, 1997, pág. 50 y ss. a través de BACIGALUPO, S. “La responsabilidad ...op.cit., pp. 37-101

¹³⁷ SALDAÑA, Q., “Capacidad criminal de las personas sociales” Reus, Madrid 1927 a través de BACIGALUPO, S., “La responsabilidad...”op. cit., pp. 37-101

¹³⁸ OBREGÓN GARCIA, A y GÓMEZ LANZ, J., “Responsabilidad Penal de ... op. cit., passim.



Este artículo establecía de forma general las condiciones de la responsabilidad de los órganos o representantes de las personas jurídicas en aquellos delitos especiales propios que se fundamentan en la condición de deber especial que tiene el autor. Con ello se intentaba cerrar las posibles lagunas punitivas que surgían cuando el autor de dichas conductas era única y formalmente la persona jurídica, librando así de responsabilidad al sujeto físico que infringe el deber¹³⁹.

Sin embargo, el art. 15 bis CP no suponía en ningún caso una ataque al principio *societas delinquere non potest*, en la medida en que no reconocía ni una eventual capacidad de acción, ni una capacidad de culpabilidad de la persona jurídica. Se trataba más bien de una regulación sobre la propia figura de la representación, y muestra de ello era su inspiración en el § 14 del Código Penal alemán (StGB)¹⁴⁰, el cual se refería a la representación de otra persona natural. Se trataba de una responsabilidad individual del sujeto, y no colectiva de la persona jurídica, pues tal y como se extrae la literalidad del precepto :

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

Esta concepción de responsabilidad individual y no de la persona jurídica fue asimismo corroborada por la propia doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 30 de Noviembre de 1990 (RJ 1990/9269), donde se menciona claramente que :

“ El concepto jurídico de autor abarca, en un sentido amplio, a todo el que causa el resultado típico y en su sentido estricto o restrictivo al que realiza la acción típica. La reforma de 1983 introduce el artículo 15 bis que complementa y perfila el contenido del artículo 14 del Código Penal individualizando la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la figura del que actuare como directivo o encargado de un órgano de gestión o en representación legal o voluntaria de la misma.

¹³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de ...op. cit.*, pp 430-439

¹⁴⁰ OBREGÓN GARCIA, A. y GÓMEZ LANZ, J.,” *Responsabilidad Penal de ... op.cit., passim.*



La responsabilidad le viene atribuida por su capacidad decisoria en torno a los actos que constituyen el núcleo del tipo delictivo que se le imputa o incrimina. (...)”

Quedaban, pues, con este régimen sin resolver los problemas generados en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Anexo.2- La aprobación del CP de 1995 y el progresivo advenimiento de un cambio en el modelo

La creciente popularidad de las alternativas propuestas por la dogmática jurídica durante los años previos a la publicación del CP, en especial con las contribuciones de autores como TIEDEMANN¹⁴¹ o ZUGALDÍA ESPINAR¹⁴², que defendían la concepción de una responsabilidad penal autónoma para las personas jurídicas, supuso una importante influencia en la forma de concebir esta responsabilidad, pues se empezó a considerar posible la imputación real de las personas jurídicas bajo una justificación que quebrase el tradicional principio de que las sociedades no delinquen¹⁴³.

A esto se le añadió además la introducción de un nuevo régimen administrativo sancionador en el año 1992 con la aprobación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), el cual confirmaba el cambio de línea a la hora de concebir que las personas jurídicas podían ser objeto de multas administrativas como resultado de sus sanciones. A pesar de que muchos pudieran negar la identidad ontológica entre esta rama del Derecho y el Derecho penal en sentido estricto, no cabe duda de que ambas, como manifestación del *ius puniendi*, guardan una estrecha relación¹⁴⁴. A esto se le añadía la existencia de actividades ilícitas en las que la diferencia entre la infracción administrativa y el delito era meramente cuantitativa. En consecuencia, el reconocimiento de una responsabilidad de la persona jurídica para cometer infracciones constituía un indicio claro o una forma indirecta de reconocer su capacidad de imputación penal.

¹⁴¹ TIEDEMANN, K., “Responsabilidad penal de ...op. cit., pp. 97-126

¹⁴² ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas” en *Cuadernos de política criminal* n°53, 1994, pp. 613-627

¹⁴³ OBREGÓN GARCIA, A. y GÓMEZ LANZ, J.,” *Responsabilidad Penal de ..op.cit passim*

¹⁴⁴ Cabe hacer mención a la ya citada STC de 19 de Diciembre de 1991 (RTC 1991/246), al establecer que “ (...) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”



La redacción originaria del nuevo CP no contenía en ninguno de sus artículos una previsión clara de injusto en la que la persona jurídica fuera un sujeto responsable. No obstante, no solo el art. 31 CP mantenía la regulación de actuar en nombre de otro del antiguo art. 15 bis CP y la extendía (se establecía la imputación a los administradores de hecho de una persona jurídica), sino que el art. 262 CP, acerca de la alteración de precios en concursos y subastas públicas, establecía para las personas jurídicas intervinientes penas de inhabilitación especial¹⁴⁵. Ello suponía, para ZUGALDÍA ESPINAR¹⁴⁶, una prueba clara del cambio de modelo, y el consecuente reconocimiento de una responsabilidad penal sobre tales sujetos. Aun así, la mayoría de los tribunales y de la doctrina no siguieron estos pasos y lo concibieron como una extrañeza o excepción dada por el legislador.

Quizás, el artículo que mayor cambio supuso en este momento fue la introducción de las llamadas “*consecuencias accesorias*” recogidas en el nuevo art. 129 CP. Dicho precepto, localizado seguidamente al comiso, recogía consecuencias jurídicas destinadas a las asociaciones, sociedades, fundaciones y empresas con el fin de prevenir “la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma”. Entre estas consecuencias destacaban la clausura de empresas, sus locales o establecimientos, la disolución de la sociedad, la prohibición de realizar actividades y la intervención de la empresa entre otras¹⁴⁷.

La inclusión de este artículo implicó numerosas discusiones en torno a la naturaleza de dichas medidas. Algunos autores, como ZUGALDÍA ESPINAR¹⁴⁸ o BACIGALUPO SAGGESSE¹⁴⁹, consideraban que se trataba propiamente de penas específicas para las personas jurídicas, en la medida en que requerían los requisitos sustantivos de aquellas, estaban legalmente previstas y constituían verdaderas respuestas a un hecho delictivo de carácter preventivo general. No obstante, otros autores, como DE LA CUESTA

¹⁴⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 26, 2011

¹⁴⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas”, en *Revista del poder judicial*, nº 46, Madrid 1997, pp. 327-342

¹⁴⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “*Responsabilidad penal de las...op.cit., passim*”

¹⁴⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “*Las penas previstas en el artículo ...op.cit., pp. 327-342*”

¹⁴⁹ BACIGALUPO, S., “*La responsabilidad penal de...op.cit., pp 37-101*”



ARZAMENDI¹⁵⁰ o SILVA SÁNCHEZ¹⁵¹, abogaron por considerarlas fuera del concepto de pena, y mantener el principio tradicional de irresponsabilidad de las personas jurídicas, posición que imperó en la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia¹⁵².

Los argumentos fundamentales son varios: por un lado, la propia localización del precepto está fuera del catálogo de penas recogido en el CP (art. 33 CP) y cerca de figuras como el comiso, que hacían identificar a las personas jurídicas como un instrumento del delito y no un sujeto de la infracción penal, considerando su presupuesto de aplicación y la terminología empleada en el CP. Por otro lado, si bien algunos autores optaron por subsumirlas en el concepto de medidas de seguridad¹⁵³ (lo cual suponía reconocer implícitamente la capacidad de acción de las personas jurídicas y su peligrosidad criminal), la mayor parte de los autores optaron por una tercera vía y reconocer una naturaleza singular a este tipo de consecuencias jurídicas: se trataba de una consecuencia penal de la comisión de un delito derivada de la propia peligrosidad de las empresas a partir del hecho cometido por las personas físicas en su seno¹⁵⁴.

Anexo.3- La introducción del art. 31.2 CP y del art. 369.2 CP (LO 15/2003)

La falta de claridad del concepto del art. 129 CP hizo que las medidas en él contenidas no fuesen muy bien acogidas en un primer momento. Este periodo se vio, sin embargo, superado con la introducción de la LO 15/2003, que implicó un nuevo paso en el tratamiento de la persona jurídica como sujeto susceptible de imputación. Esta modificación del CP implantaba el nuevo art. 31.2 CP, que reconocía una responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica con respecto al administrador de hecho o de derecho que hubiera actuado en su nombre, sin concurrir en él (y sí en la entidad) “las condiciones, cualidades o relaciones” requeridas por la correspondiente figura de delito o falta. Asimismo, también reconocía en el art. 369.2 CP una

¹⁵⁰ OBREGÓN GARCIA, A. y GÓMEZ LANZ, J.,” *Responsabilidad Penal de ..op.cit., passim*

¹⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, JM: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal” en *Manuales de formación continuada*, nº14, 2001 pp. 308 -364

¹⁵² *Ídem* nota 150

¹⁵³ MIR PUIG, S. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº6, 2004, pp. 01:1-01:17

¹⁵⁴ *Ídem* nota 150



responsabilidad en forma de multa para las personas jurídicas involucradas en el delito de tráfico de drogas, sin perjuicio de las consecuencias accesorias aplicables¹⁵⁵.

Se trataba, por tanto, de una responsabilidad por primera vez directa y solidaria¹⁵⁶, atribuida a la comisión de una serie específica de delitos especiales, en los que la falta de concurrencia de ciertos requisitos en la figura del autor físico (por actuar por medio de una persona jurídica interpuesta) determinaban de otro modo su impunidad. En este sentido, se trataba de una suerte de mecanismo en el que la persona jurídica en cuyo nombre se actuara respondía de forma solidaria del pago de la multa impuesta al sujeto físico culpable¹⁵⁷.

Esta medida fue muy discutida por la doctrina, en dos puntos fundamentales. El primero era la falta de claridad del concepto, pues constituía una mezcla de responsabilidad civil y penal, que no cumplía con el principio de personalidad de las penas. Se asemejaba a una especie de instrumento con el que asegurar patrimonialmente la responsabilidad civil derivada del delito¹⁵⁸, asumiendo para ello reglas propias del ámbito civil de atribución de una consecuencia jurídica. Otros problemas presentes eran el carácter solidario de la medida, pues no se aclaraba del todo cómo eran sus reglas de funcionamiento para el pago de la deuda (si por ejemplo la persona que pagase podía repetir contra la otra la cuota correspondiente), o si dicha responsabilidad era anterior o posterior a la personal subsidiaria propia por impago de multa¹⁵⁹.

¹⁵⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “*Responsabilidad penal de...op.cit. passim*”

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “El art. 31.2 de Código Penal” en *InDret* nº 343, Barcelona 2006, *passim*.

¹⁵⁷ OBREGÓN GARCIA, A. y GÓMEZ LANZ, J.,” *Responsabilidad Penal de ..op.cit. passim*

¹⁵⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “*Responsabilidad penal de...op.cit. passim*”

¹⁵⁹ *Ídem* nota 157



Bibliografía

- ALBADALEJO GARCIA, M., “*La persona jurídica*”, Bosch, Barcelona, 1961
- ANGULO PORTOCARRERO, J.C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Legal* n° 127, Perú, 2004
- APARICIO MORGADO, J., “*Vigencia actual del aforismo latino “societas delinquere non potest”*” Noticias Jurídicas, 2008
- BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998
- BACIGALUPO SAGESSE, S., “*Comentarios al art. 31 bis*” en A.A.V.V “*Comentarios al Código Penal*”, Lex Nova, Valladolid, 2010
- CARBONELL MATEU, J. C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 101, 2010
- CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen n° 358/2013 sobre el “Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”*
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000065)*
- DANNECKER, G., “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista penal* n°7, 2001
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 26, 2011
- DÍAZ GÓMEZ, A., “Novedades del Proyecto de reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas”, en *REDUR*, n° 11, 2013
- DÍAZ RIPOLLES, JL., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret*, n°1/2012, 2012



- DOYLE, C., *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, Congressional Research Service, 2013
- DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad penal de personas jurídicas” en A.A.V.V., *Memento experto de la reforma penal Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2010
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y RODRIGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2011
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La persona jurídica como sujeto de imputación” en A.A. V.V. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2012
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO., *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.*
- GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad” en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 15, 2011
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdeF, 2010
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 8, 2006
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, en *Política Criminal*, nº5, 2010
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.



- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997
- KUHLE, L., MONTIEL, J.B. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013
- LAUFER S, W., *Corporate Bodies and Guilty Minds: The failure of corporate criminal liability*, The University of Chicago Press, Estados Unidos, 2006
- MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1998
- MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº6, 2004
- MIR PUIG, S., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en A.A.V.V., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2003
- MIRAS MARÍN, N., “El concepto de personas jurídicas penalmente responsables” en *Anales del Derecho*, nº 28, 2010
- MORILLAS CUEVA, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anales del derecho*, nº29, Murcia, 2001
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2010
- NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista Xuridica Gallega*, nº63, 2009
- NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal” en A.A.V.V “*El derecho penal económico en la era de la compliance*”, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel Monografías, Madrid, 2008
- NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, en *Revista de Política Criminal*, nº 5, 2008



- OBREGÓN GARCIA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *Elementos Básicos del Derecho Penal: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2012
- QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad penal de los partidos como personas jurídicas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 859, 2013
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Manual de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2010
- SÁNCHEZ BERNAL, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Cuadernos de Tomás*, nº4, 2012
- SIEBER, U., “Programas de “*compliance*” en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en NIETO MARTÍN (Dir.), *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2013
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Manuales de formación continuada*, nº14, 2001
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, 2008
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “El art. 31.2 de Código Penal” en *InDret* nº 343, Barcelona, 2006
- SCHÜNEMANN, B., “*La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*”, en “*Hacia un Derecho Penal económico europeo/Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*”, Arroyo Zapatero, Madrid, 1995
- TIEDEMANN, K., “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, 1997
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas” en *Cuadernos de política criminal*, nº53, 1994



- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas” en *Revista del poder judicial*, nº46, Madrid, 1997