



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE
ESTAFA**

Autor: Pablo Portela Alonso

5º E·3D

Derecho Penal

Tutora: Susana Cuadrón Ambite

Madrid

Junio 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL	4
3. EL ARTÍCULO 31BIS EN EL CÓDIGO PENAL DE 2015	7
3.1 Los problemas de la responsabilidad vicarial en los delitos de estafa.....	12
3.1.1 <i>El problema la falta de personalidad de las penas</i>	13
3.1.2 <i>El problema del bis in ídem, relacionado con la tutela judicial efectiva</i>	14
3.1.3 <i>El problema de culpabilidad</i>	17
4. COMPLIANCE: LOS PROTOCOLOS DE CUMPLIMIENTO	20
4.1 Objetivos del <i>compliance</i>	22
4.2 Problema de presunción de inocencia y carga de la prueba en la exención por <i>Compliance</i>	26
4.3 El problema de la falta de igualdad en el <i>compliance</i>	28
5. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE ESTAFA	30
5.1 El delito de estafa propio e impropio.....	31
5.2 La acción y omisión en los delitos de estafa.....	33
5.3 Tipicidad e imputación objetiva	36
5.4 La culpabilidad de las personas jurídicas en los delitos de estafa	40
5.4.1 <i>Teorías de la culpabilidad en la RPPJ</i>	41
5.4.2 <i>La culpabilidad en las tentativas de estafa</i>	46
5.5 Las penas impuestas a personas jurídicas condenadas por delitos de estafa	49
6. CONCLUSIONES.....	50
7. BIBLIOGRAFÍA.....	52

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo final de grado es una investigación teórica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) en los delitos de estafa. La elección de la RPPJ en el delito de estafa se debe a varios factores.

Los delitos de estafa en las PJ perjudican la confianza en el comercio, dañan el tráfico jurídico, y así a la sociedad en su conjunto. Por ello es especialmente pertinente hacer una investigación de la nueva RPPJ aplicada específicamente a los delitos de estafa.

Además, la RPPJ es un tema novedoso en el derecho penal, ya que por primera vez nuestro ordenamiento se desvincula del tradicional aforismo *societas non potest delinquere*.

En parte por dicha desvinculación, la aplicación de los preceptos que instauran la RPPJ en el artículo 31bis, ha traído problemas y consiguientes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Los ejemplos más notables siendo las primeras sentencias fundamentales en materia de RPPJ: la STS 514/2015 del 2 de septiembre, y sobre todo la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo el día 29 de febrero de 2016. Ambas, entre otras varias más recientes que consolidan (no siempre) sus fundamentos, son citadas a lo largo de este trabajo, que incorpora también doctrina para razonar las aportaciones personales que se van realizando.

La composición del trabajo se realiza con la siguiente estructura. En primer lugar, se abordan las reformas del Código Penal del 2010 y 2015, comentando los artículos 31bis1a y 31bis1b CP y explicando algunos problemas que identifica la doctrina. A continuación, se entran a valorar los protocolos de *compliance* como causas de exención de la RPPJ, instauradas en los artículos 31bis2, 31bis4 y 31bis5 CP. Por último, teniendo en cuenta todo lo anterior, se encajan los elementos de acción, tipicidad, y culpabilidad en la RPPJ por delitos de estafa. Para analizar los artículos y ajustarlos en los elementos del delito se traen a colación las fuentes mencionadas como sentencias relevantes del Tribunal Supremo, entre

otras. Las interpretaciones jurisprudenciales se van completando con algunas de las referencias doctrinales más importantes sobre la materia.

2. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL

Los preámbulos de las leyes son el modo de explicar a los agentes y sujetos del derecho el sentido gramatical y teleológico de las mismas. Así, persuaden, en este caso, que en la incorporación de la RPPJ al derecho penal se contienen exigencias justas e imparciales que merecen respetuoso acatamiento¹. Es por ello que para comenzar a explicar la RPPJ en este apartado, se hace mención en varias ocasiones a los preámbulos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la Ley Orgánica 1/2015, de 10 de marzo, por las que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El apartado séptimo del preámbulo del CP de 2010 da la principal razón de la inclusión de la RPPJ en el CP. “Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas²”.

Los principales instrumentos internacionales a los que hace referencia el preámbulo emanan de los distintos organismos de la Unión Europea. En el 1988 se materializó la Recomendación nº. R (88) 18, del 20 de octubre, del Consejo de Europa, relativa a la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades.

Después, el gran paso que da el Derecho de la UE a la hora de atribuir responsabilidad penal a las PJ es en 2008, mediante la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente, mediante el derecho penal. Como consecuencia de la citada directiva, “cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que a las personas

¹ García Maynez, Eduardo. Algunas reflexiones sobre la doctrina Platónica de los preámbulos en las leyes. *Diánoia*, vol. 34, no. 34, 1988.

² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Preámbulo. BOE número 152.

jurídicas se les puedan exigir responsabilidades por determinadas infracciones, pudiendo serles impuestas sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias”³.

Además de esta directiva de 2008, el fondo y sobre todo la forma de la legislación española de RPPJ se entiende por las numerosas Decisiones Marco tomadas desde los años 90 hasta la actualidad. Se pueden dividir los tipos de responsabilidad establecidos para distintos ámbitos de actuación en dos categorías. Por una parte, actuaciones delictivas “cometidas en su beneficio por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica”⁴. Por otro lado cuando “la falta de vigilancia o control (por parte de la persona jurídica) haya hecho posible que una persona física sometida a su autoridad (la de aquel que ostenta un cargo directivo) cometa infracciones”⁵.

Estas dos corrientes de imputación de responsabilidad, que se venían utilizando para regir ámbitos y supuestos específicos distintos (según la materia), se generalizan y son las formas de responsabilidad general que se incorporan en el CP español. En la reforma el legislador establece de forma general una “doble vía para la RPPJ”⁶. La doble vía es la concurrencia de dos tipos distintos de imputación, los mismos dos tipos por los que se optaba, según la materia, en las distintas Decisiones Marco citadas en el párrafo anterior.

La doctrina definió las dos vías de responsabilidad: una de responsabilidad vicarial/heterorresponsabilidad/responsabilidad por representación/responsabilidad por el hecho ajeno, y otra de responsabilidad autónoma/autorresponsabilidad/responsabilidad por

³ De la Cuesta Arzamendi, José L. y Pérez Machío, Ana I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados*.

⁴ Decisión Marco 2000/383/JAI artículo 8.1, Decisión Marco 2001/413/JAI artículo 7.1, Decisión Marco 2002/946/JAI artículo 2.1

⁵ Decisión Marco 2004/757/JAI artículo 6.2, Decisión Marco 2002/475/JAI artículo 7.2, Decisión Marco 2001/413/JAI artículo 7.2, Decisión Marco 2008/841/JAI artículo 5.2.

⁶ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Preámbulo. BOE número 152

el hecho propio de las PJ. Y estas definiciones son lógicas ya que incluso en los preámbulos de las reformas se explicitaban, como ya se ha citado, dos formas muy claras pero muy distintas de imputación de la RPPJ. Se explicaran estas dos vías con sus consiguientes definiciones al hablar de los artículos 31bis1a y 31bis1b CP a continuación.

La RPPJ del CP de 2010 generó confusión y fue objeto de amplia crítica, que se analizará minuciosamente adelante, por académicos y profesionales del Derecho Penal. Sin entrar en detalles aún, se pueden discernir dos posiciones iniciales sobre la doble vía de RPPJ.

La primera se muestra a favor de que existan dos formas de imputar responsabilidad compatibles entre sí, ya que tratan distintos sujetos activos afectos distintos: los administradores de una PJ, y aquellos sometidos a la autoridad de los administradores de una PJ. Incluso se podría considerar una solución garantista que acapara una mayor cantidad de supuestos de perturbación de un bien jurídico protegido relacionados con una PJ.

La segunda posición se muestra más crítica con la legislación, principalmente por que el establecimiento de dos cauces para la RPPJ implica que sea necesario matizar para cada fase de análisis del delito las consideraciones según nos encontremos ante un supuesto proveniente de un cauce o el otro. Esta situación puede ser dañina para la seguridad jurídica en la medida que los magistrados tengan que recurrir a resoluciones más subjetivas y casuísticas. Y este casuismo puede llevar a perder la necesaria eficiencia y celeridad en la justicia y en el derecho penal. A esto, podríamos sumar un último comentario. ¿Por qué incorporar dos vías de responsabilidad que incorporen dos tipos de sujetos activos, cuando se podría legislar un tipo único que incorporase todos los sujetos activos relacionados con una PJ?

La doctrina mayoritaria se posiciona en la segunda posición, pero no principalmente por las razones expuestas, sino por que considera que los problemas de la heterorresponsabilidad son demasiados.

La heterorresponsabilidad, también llamada responsabilidad vicarial, significa que existe responsabilidad penal de un sujeto (PJ) por la actuación de otro (en el caso de la RPPJ, una persona física que ostenta cargo directivo, es decir, un administrador). Es por ello que no habrá personalidad de las penas, según el cual un sujeto solo debe responder penalmente por delitos propios (y no ajenos). Además, nos podríamos encontrar con problemas de *non bis in idem*, ya que este principio prohíbe la duplicidad de sanciones penales respecto de unos mismos hechos. Por último, la responsabilidad por el hecho ajeno tiene complicado encaje en el elemento de culpabilidad del delito, por el cual no puede haber delito sin voluntad, es decir, dolo o imprudencia. Se entran a valorar estos problemas tras comentar el artículo 31bisCP.

Ante las críticas recibidas, se realiza una nueva modificación del CP en 2015. Antes de empezar a analizar las críticas doctrinales a las vías de RPPJ que se mantienen con el CP de 2015, se comentan las disposiciones que la incorporan.

3. EL ARTÍCULO 31BIS EN EL CÓDIGO PENAL DE 2015

La RPPJ vigente se instaura en el artículo 31bis 1CP: que versa de la siguiente manera:

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 misma⁷.

De aquí se puede deducir del sentido gramatical del articulado, que en el supuesto que un administrador de una PJ cometa un delito, esta PJ será responsable penal. Como se decía, la doctrina ha denominado este tipo, uno de responsabilidad vicarial, heterorresponsabilidad,

⁷ Código Penal. Artículo 31bis1a

o responsabilidad por el hecho ajeno. El artículo es claro cuando expresa “las personas jurídicas serán penalmente responsables: de los delitos cometidos...por sus representantes...por aquellos autorizados para tomar decisiones...u ostentan facultades de organización y control”. Por tanto la actuación de un sujeto que cumpla alguna de estas condiciones conllevará la responsabilidad penal de una PJ, que será responsable por hechos ajenos.

Además, también supondrá responsabilidad penal la comisión de un delito por personas sometidas a la autoridad de los administradores, es decir, el resto de personas que integran la persona jurídica. Como se mencionaba, la doctrina ha denominado este segundo tipo, uno de responsabilidad autónoma:

1. En los supuestos previstos en este Código, 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 los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso⁸.

Es razonable que se considere que en este artículo 31bis1b, a diferencia del anterior citado 31bis1a, se instaura un delito un delito con autorresponsabilidad (o responsabilidad autónoma, o responsabilidad por el hecho propio) ya que en el tipo se añade una condición (afecta a la PJ de forma independiente) a la actuación delictiva de una persona física: el “incumplimiento grave” de “los deberes de supervisión, vigilancia y control” de la PJ. Por tanto además de la actuación de una persona física, en la PJ debe existir un incumplimiento grave del control en las actividades u operaciones de las personas físicas actuantes que la integran. Es así como el incumplimiento grave se establece como un hecho propio, el de incumplir gravemente con deberes de control, y por tanto el régimen delictivo de las PJ, uno de autorresponsabilidad, o responsabilidad de un hecho propio.

⁸ Código Penal. Artículo 31bis1b

Respecto a la exención de la responsabilidad, la norma es consistente al establecer dos regímenes para la exoneración según el tipo del delito sea el 31bis1a o 31bis 1b, en los artículos 31bis 2 y 31bis 4, respectivamente. Para la responsabilidad derivada de delitos cometidos por administradores, es decir, delito con responsabilidad vicarial del 31bis1a:

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

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

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

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

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

Y después, para la responsabilidad derivada de delitos cometidos por el resto de personas afectas a la persona jurídica, es decir, delito con responsabilidad autónoma del 31bis1b:

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

La configuración de la RPPJ (y su exoneración) de esta manera es lo que da pie al establecimiento de los llamados sistemas de *Compliance*. El *Compliance* es una herramienta para garantizar la exención de la RPPJ, y que debe cumplir con los requisitos de los citados artículos 31bis 4CP y 31bis 2CP. De esta forma, el legislador incentiva a las personas jurídicas a instaurar “modelos de organización y gestión que resulten adecuados para prevenir delitos⁹” o “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y

⁹ Código Penal. Artículo 31bis 4.

control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión¹⁰”, entre otros requisitos dispuestos en el artículo 31bis 5.

Del preámbulo del CP de 2015 se entiende que el legislador considera que con esta reforma aclara las dudas y calma las críticas del mundo jurídico. Especialmente, llama la atención que el legislador considera errónea la corriente mayoritaria doctrinal (estos autores se van citando a lo largo del trabajo) que habla de la existencia una vía de responsabilidad vicarial. El artículo 31bis 1a CP es claro cuando habla de “los delitos cometidos...por sus representantes¹¹” en referencia a la imputación de RPPJ por delitos que puedan cometer los representantes de PJ o figuras análogas. Aquí vicarial hace referencia a que a efectos de responsabilidad, una PJ sustituye a la persona física actuante. O dicho de otra manera, la PJ es responsable por hechos ajenos: si determinada persona física realiza actuaciones delictivas.

El tercer apartado del preámbulo de esta reforma señala que se “lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del <<debido control>>, cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal. Al matizar el “debido control” en el CP vigente, como se decía, el legislador considera “con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”¹².

Es verdaderamente sorprendente que manteniendo el artículo 31bis 1a CP el legislador considere que no existe la responsabilidad vicarial. Es importante recordar que a diferencia del 31bis1b, el 31bis1a CP no hace mención alguna al “debido control” (deberes de control, supervisión o vigilancia). El 31bis1a CP únicamente tipifica responsabilidad por hechos ajenos.

¹⁰ Código Penal. Artículo 31bis 2, 1ª.

¹¹ Código Penal. Artículo 31bis 1a

¹² La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Preámbulo.

Una posibilidad es que sopese que la instauración de la exención por “debido control” de forma general (en 31bis2 y 31bis4 CP) convierte el tipo del 31bis 1a CP en superfluo o incluso sobrante. Pero si es así, ¿por qué no se elimina el 31bis 1a CP? Al fin y al cabo, las acciones que justifican la imputación de RPPJ se encuentran en el 31bis 1a y 31bis 1b. Si el legislador pretende tipificar como delito la ausencia del “debido control” (y no como exención, la existencia del “debido control”) estaríamos hablando de que la RPPJ se funda únicamente en delitos de omisión (del “debido control”). Es clave recordar que si bien el 31bis 1a (responsabilidad vicarial) no menciona las palabras “debido control”, el 31bis 1b (responsabilidad autónoma) si lo hace. Estas reflexiones se desarrollan al analizar la acción u omisión en la RPPJ por tipos de estafa.

En cualquier caso, con esta reforma, hoy vigente, el legislador se reafirma en su intención: de hacer a las personas jurídicas susceptibles de ser responsables de alguna conducta tipificada como delito, y de hacerlo (quizás sin darse cuenta) a través de un tipo de responsabilidad autónoma (es decir, por el hecho de incumplir los deberes de supervisión o vigilancia) y otro por representación o vicarial.

La única justificación razonable podría ser aquella que induce a la Unión Europea a establecer la responsabilidad vicarial para determinados supuestos en materias de especial protección. Cabe decir que las Decisiones Marco de la UE relacionadas con los delitos de estafa (véanse materias de delitos informáticos, cohecho, o los delitos relativos a los consumidores y el mercado) también varían en las formas de imputación penal, algunas son de autorresponsabilidad y otras de heterorresponsabilidad. La gran diferencia de estos textos con el CP, es que en la normativa comunitaria cada actuación delictiva lleva aparejada un tipo de RPPJ, y en el CP simplemente hay dos tipos de RPPJ generales para todas las actuaciones delictivas. Esta técnica legislativa lleva a que se instaure de forma general la responsabilidad vicarial (o por el hecho ajeno) en el 31bis 1a, lo cual ha sido objeto de varias críticas.

3.1 Los problemas de la responsabilidad vicarial en los delitos de estafa

A continuación se enumeran distintos principios básicos del derecho penal que la doctrina identifica como vulnerados con la instauración del tipo del 31bis1a CP con imputación por responsabilidad por representación, o vicarial.

El mero hecho de que se hayan tenido que constituir en varias ocasiones Plenos Jurisdiccionales en materia de RPPJ demuestra la gran cantidad de temas polémicos y debatibles. Es difícil incluso ordenar y estructurar un trabajo como este, porque todos los elementos del delito (y críticas) están estrechamente relacionados. La magistratura ha comenzado a realizar una importante labor de purificación del derecho supliendo la pobre técnica del legislador. La unificación de doctrina está siendo necesaria y efectiva para cerrar argumentos jurídicos en el pleno, de forma que no caigan en cascada los problemas del derecho positivo, y no resulte vulnerada la seguridad jurídica. Más seguridad jurídica acelera la litigiosidad y justicia, y es positivo para el correcto funcionamiento del derecho. Sin embargo, el sentido gramatical de los artículos 31bis 1a (heterorresponsabilidad) y 31bis 1b (autorresponsabilidad) dificultan la consolidación de criterios únicos en la RPPJ.

Como explican Molina Blázquez y Landecho Velasco, los principios informadores del Derecho Penal constituyen verdaderos límites materiales necesarios al *ius puniendi* del Estado. El derecho penal es especialmente sensible ya que es el paradigma del monopolio de la fuerza del Estado. “De aquí se derivan las precauciones de todo género de las que hay que revestir su empleo, si no se quiere dejar al ciudadano (o en este caso la persona jurídica) desarmado ante un Estado todopoderoso¹³”.

En este sentido se expresa el Tribunal Supremo: “...ya se optara por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento habrá de estar basado en los principios

¹³ Molina Blázquez, C. y Landecho Velasco, C., *Derecho penal español. Parte general*, Editorial Tecnos 10ª Edición, Madrid, 2018.

irrenunciables que informan el derecho penal¹⁴”. Sobre esta cita es importante resaltar que al contrario que la mayoría de la doctrina, el Tribunal Supremo no descarta explícita y directamente la imputación vía heterorresponsabilidad. Una consideración más que razonable, ya que es lo que expresa gramaticalmente el artículo 31bis 1a CP. Pero la realidad es que este tipo de responsabilidad por el hecho ajeno tiene difícil encaje en el derecho penal por algunos problemas que se enumeran a continuación.

3.1.1 El problema la falta de personalidad de las penas

El problema de la personalidad de las penas es especialmente afecto a la vía de heterorresponsabilidad del artículo 31bis 1a, ya que responderá la PJ por acciones de una persona física.

Como explican Gómez Lanz y García Obregón, “...es cuestionable la constitucionalidad de este sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto atañe al cumplimiento de personalidad de las penas”¹⁵. Indican que el quebrantamiento de este principio constitucional es inherente a cualquier imputación de responsabilidad por hecho ajeno: como el artículo 31bis 1a CP sobre la RPPJ.

Se podría argumentar que dada la responsabilidad fiduciaria y reforzada de la que gozan los administradores afectos al 31bis 1a en el tráfico jurídico, se podría transferir la personalidad de la pena impuesta a la persona física a una PJ, a través de una ficción jurídica. Sin embargo el uso de este tipo de ficciones jurídicas en el derecho penal es cuestionable, y ninguna sentencia hasta ahora ha explicitado un argumento similar. En resumen, el quiebre de la personalidad de las penas en la RPPJ por el artículo 31bis 1a parece ser inevitable. Así se explican algunas críticas a la vía de heterorresponsabilidad.

¹⁴ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Recurso número 514/2015 del 2 de septiembre.

¹⁵ Gómez Lanz, J. y Obregón García, A., *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*. Editorial Tecnos 2ª Edición (adaptada a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica el Código Penal), Madrid, 2016.

La valoración del modelo de autorresponsabilidad del artículo 31bis 1b CP es distinta, ya que en estos supuestos de imputación no se quiebra el principio de la personalidad de las penas. Cabe mencionar la Sentencia de conformidad dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2016, una de las primeras tras la reforma del CP de 2015. Esta resolución es particularmente interesante ya que ninguna persona física resulta condenada, o siquiera acusada en el proceso¹⁶. Aquí, como en otras sentencias del TS posteriores que se irán citando, la condena de una persona física no es condición necesaria para la imputación de una RPPJ. Por ello la mayor parte de la doctrina considera que en la jurisprudencia “se realza el principio de autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de la responsabilidad penal de las personas físicas¹⁷”.

En lo que atañe al principio de personalidad de las penas, debería optarse por un sistema claro y directo de imputación sin necesidad de recurrir a ficciones jurídicas. Pero para ello será necesario hacer una comprobación de la actuación (u omisión) de una persona jurídica partiendo de una definición de acción u omisión como manifestación de la personalidad de la PJ. Estos razonamientos se exploraran en los apartados 4.2 y 4.4.

3.1.2 El problema del *bis in idem*, relacionado con la tutela judicial efectiva

Una de las primeras resoluciones judiciales que señala más problemas del artículo 31bis 1a CP tras la reforma del CP es la Sentencia de la Sección Sexta de la AP de Zaragoza del 22 de septiembre de 2016, donde se absuelve a una sociedad unipersonal por la concurrencia de *bis in idem*¹⁸. La imputación por responsabilidad vicarial implica la posibilidad de que PJ y persona física puedan ser condenadas por el mismo supuestos de hecho, con el consiguiente riesgo de *bis in idem*.

¹⁶ Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 8ª. Recurso número 94/2016 de 14 de diciembre.

¹⁷ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017. Página 152.

¹⁸ Audiencia Provincial de Zaragoza. Sección Sexta. Número de recurso 18/2016 del 22 de diciembre de 2016.

Las personas jurídicas solo pueden actuar a través de personas físicas, por eso siempre en principio, parecería presupuesto necesario para la existencia de un delito de PJ. De hecho, la actuación delictiva de una persona física es un elemento del tipo tanto del artículo 31bis 1a como del 31bis 1b.

Sin embargo como se irá señalando más adelante, hay diversas resoluciones judiciales, como la ya citada en el apartado anterior, que condenan a personas jurídicas y no a personas físicas (en ocasiones incluso sin imputarlas). En los supuestos de estafa, es común recibir órdenes de superiores de realizar operaciones ilegales sin que las personas físicas actuantes tengan siquiera consciencia de la ilegalidad de sus actos. Este supuesto se podría utilizar como contrapartida del argumento que la responsabilidad vicarial del 31bis 1a no puede evitar caer en el *bis in idem*.

La CFGE advierte del mayor riesgo de incurrir en un quebrantamiento directo del principio *non bis in idem* cuando se tratan delitos de PJ de pequeño o mediano tamaño. “El riesgo de incurrir en *bis in idem* es especialmente alto en el caso de las pequeñas empresas...tanto en los casos apuntados que se identifican con el hecho de conexión del art. 31bis 1ª...como cuando la responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados se sustenta en la falta de control de sus responsables (art. 31bis 1ºb)¹⁹”. No es del todo coherente igualar el riesgo de *bis in idem* en supuestos del 31bis 1a y 31bis 1b, ya que mientras en el primer tipo puede existir confusión entre el administrador actuante y la persona jurídica dado su estatuto de representación legal y fiduciaria, en el segundo tipo es más sencillo desvincular la actuación de una persona física meramente relacionada o integrante de la PJ y los hechos propios (cumplimiento o no de deberes de control y vigilancia) de la PJ.

El supuesto paradigmático para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones imputadas en este tipo de cuestiones es el de fallos casacionales donde se aprecia quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva por problemas de representación en

¹⁹ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

relación a la duplicidad de sanciones. Si bien no se trata un *bis in idem* de fondo, los problemas procesales aluden a la igualdad o incluso confusión entre personas físicas y personas jurídicas en un proceso, que llevan a la duplicidad condenatoria de dos sujetos (PJ y persona física) por los mismos hechos. Desde la entrada en vigor del Código Penal de 2015, se han constatado numerosos problemas de representación, donde en un mismo proceso eran imputados una persona física que a su vez es representante a efectos mercantiles de una persona jurídica. De esta forma surgen numerosos conflictos de interés²⁰. Esta situación suscita importantes críticas de técnica jurídica al legislador. El Tribunal Supremo ha fallado sobre estos supuestos en varias ocasiones.

Por ejemplo, en el Pleno Jurisdiccional del TS de 29 de febrero de 2016. Se debate la indefensión de la PJ al coincidir el representante de persona física y jurídica imputada. Para este tipo de situaciones advertidas, ya comenzado el proceso judicial, los magistrados coinciden en que se solucionará con: “la repetición, cuando menos, del Juicio oral, a fin de que la persona jurídica fuese representada por alguien ajeno a cualquier conflicto de intereses procesales con los de la entidad”²¹.

Además, a partir de este pleno jurisdiccional, la jurisprudencia ha confirmado “la incompatibilidad *ab initio* de una misma dirección letrada para personas físicas y jurídica involucradas”²². Algo que parece un punto de partida razonable, pero que sin embargo se llegó a promulgar por los numerosos casos de imputación de RPPJ por el 31bis 1a. Hay dos razones por la cual no hay problemas de *bis in idem* ni confusión de PJ y persona física en el tipo del 31bis1b. Primero porque la persona física actuante no es representante fiduciario o legal de la PJ, por lo que es más fácil discernir entre sujetos y por tanto los hechos atribuidos a cada uno. Segundo porque en el 31bis1b se incluye la condición “incumplimiento grave de deberes de supervisión, control...” por lo que los hechos por los que se enjuicia a la persona física (actuación delictiva) y PJ (falta de debido control) son distintos. A pesar de las

²⁰ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017. Página 62.

²¹ Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal. 29 de Febrero de 2016. Número de Resolución 154/2016.

²² Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal. 29 de Febrero de 2016. Número de Resolución 154/2016.

apercibimientos de la jurisprudencia sobre este problema en el 31bis1a, se han continuado produciendo supuestos donde se confunden los sujetos y se duplican las penas.

Así, habitualmente en estos casos la PJ y persona física imputadas tienen estrecha relación y equiparación, lo que lleva no solo a un posible *bis in idem*, también a la vulneración de la tutela judicial efectiva de la PJ. Ejemplo de ello es la STS 123/2019, de 8 de marzo:

... se aprecia un déficit relevante en las condiciones en las que la persona jurídica compareció y pudo desarrollar su defensa en el plenario, y no solamente por no haber sido adecuadamente citada la persona especialmente designada para su representación en la causa penal, sino también porque fue representada procesalmente por la misma procuradora y defendida por el mismo letrado que actuaban en representación y defensa de otro acusado con el que se había apreciado la existencia de intereses contrapuestos, lo que en el caso, dadas las circunstancias, bien pudo haber causado un déficit en la defensa²³.

Como dice Gomez-Jara, esta situación “aparece con excesiva reiteración en la práctica”²⁴. La responsabilidad vicarial establecida por el artículo 31bis 1a conlleva que, al responsabilizarse a la persona jurídica por la actuación de un administrador persona física, choquen en el mismo proceso dos intereses divergentes, materializados en la misma persona y muchas veces, representación o tutela judicial. Especialmente en empresas de pequeñas dimensiones la persona jurídica podrá consistir en una fórmula para la actuación en el tráfico jurídico, véase por ejemplo, una sociedad unipersonal.

Y si bien la jurisprudencia recalca la importancia y necesidad de evitar *bis in idem* o problemas procesales relacionados con la representación, parece inevitable que la heterorresponsabilidad del 31bis 1a siga provocando estos problemas, donde se enjuicia por los mismos hechos a una persona física y una PJ con los mismos representantes procesales.

3.1.3 El problema de culpabilidad

²³ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 8 de marzo de 2019. Número de resolución 123/2019

²⁴ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017. Página 62.

La culpabilidad es un elemento clave en el derecho penal tradicional. Tiene relación con la personalidad de las penas, y como hemos visto, en el caso de las personas jurídicas el tema se dificulta. De acuerdo con el inamovible principio de culpabilidad, no hay delito sin dolo o imprudencia. La adaptación del elemento de culpabilidad a la RPPJ es uno de los temas que más discrepancias suscita.

Sobre la teoría jurídica del delito Gomez Lanz y Obregón García señalan que “la valoración negativa del injusto penal culpable tiene que ver con el reproche que se formula al autor de esa conducta previamente desvalorada por haber querido realizarla.”²⁵

Naturalmente, es difícil discernir la voluntad de una PJ. Incluso, es discutible si es que las PJ tienen la capacidad de tener o expresar voluntad. Para resolver el problema de culpabilidad con el artículo 31bis 1a habría que trazar una ficción jurídica e igualar las condiciones delictivas de un administrador o representante persona física a las de la persona jurídica representada. Esta solución, ya comentada anteriormente, no parece la más razonable en el derecho penal. De alguna forma, se ha de encajar la culpabilidad en la persona jurídica como ente autónomo, sin necesidad de hacer mención a las particularidades de la voluntad de la persona física relacionada.

Es ilustrativa de este punto la importante STS 514/2015 del 2 de septiembre. Como dice Gómez-Jara, resumiendo los fundamentos de derecho del Tribunal Supremo:

las sentencias condenatorias de personas jurídicas deberán contener una fundamentación específica respecto de la propia persona jurídica que no se aparte del principio de culpabilidad...como reverso de la moneda, la inexistencia de responsabilidad de la persona física no implica la exención de la responsabilidad de la persona jurídica²⁶.

²⁵ Gómez Lanz, J. y Obregón García, A., *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*. Editorial Tecnos 2ª Edición (adaptada a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica el Código Penal), Madrid, 2016.

²⁶ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017. Página 48.

En esta sentencia, la primera en materia de RPPJ del Tribunal Supremo, se revoca una condena por estafa a una PJ basada en el artículo 31bis 1a CP al no poder probarse la autorresponsabilidad de la misma. Y la mayoría de la jurisprudencia apunta en este sentido. La STS 1470/2019 del 8 de mayo parece consolidar que el fundamento de la culpabilidad de una PJ debe basarse en un análisis autónomo e independiente al de la actuación de la persona física relacionada, algo que no es posible con la imputación por el artículo 31bis 1a, que no hace referencia a las medidas y deberes de control en una PJ.

...las sentencias de esta Sala, número 514/2015, de 2 de septiembre y número 154/2016 , caracterizan este nuevo tipo de responsabilidad penal a partir de los siguientes presupuestos: a) Es exigible un juicio de culpabilidad específico sobre la actuación de la persona jurídica ... la doctrina de esta Sala estima que la sanción penal de la persona jurídica debe venir justificada por la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos en la empresa o, como dice la STS 221/2016, de 16 de marzo , el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en "aquellos elementos organizativos-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de la empresa"²⁷.

Sin embargo, otras recientes se han apartado de la necesidad de formular una responsabilidad autónoma específica a la PJ, dado que, como se ha constatado, el artículo 31bis 1a no hace mención a la necesidad de que existan defectos estructurales, falta del debido control, u otros factores que justifiquen la responsabilidad autónoma de las PJ. Por tanto en delitos del 31bis1a no existe ningún elemento típico que haga referencia a la responsabilización por hechos o voluntades propias (como el “incumplimiento grave de...” del 31bis 1b). Un ejemplo de una reciente sentencia que se aparta de la necesidad de formular un juicio de culpabilidad específico a la PJ es la STS 279/2019 del 7 de febrero de 2019:

... D. Luis Carlos mantuvo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Nos encontramos por ello ante uno de los delitos del artículo 31 bis 1. a) del Código Penal , que algún sector de la doctrina denomina de "directivos", frente al tipo de los de "empleados" a que se refiere la letra b del artículo 31 bis.1 del citado Código Penal . Lo que excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales²⁸.

²⁷ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 8 de mayo de 2019. Número de resolución 234/2019.

²⁸ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 7 de febrero de 2019. Número de resolución 742/2018.

Esta sentencia no explicita si en los supuestos del 31bis1a CP no es necesario realizar un juicio de culpabilidad. Asumiendo que no, significa que entiende, mediante una ficción jurídica, la culpabilidad de la PJ igual que el de la persona física actuante. Esta solución no parece la más adecuada, pero existen pocas alternativas aplicando estrictamente lo dispuesto en el 31bis1a CP.

Más adelante se trata el elemento de culpabilidad en relación a la RPPJ no solo por el tipo de imputación del 31bis 1a, también el 31bis 1b. Como se ha citado antes, el legislador explica en el preámbulo del CP de 2015 que pone fin a las críticas del 31bis CP, muchas de ellas en relación con la culpabilidad, matizando el debido control de las organizaciones como forma de exención de la responsabilidad. Por ello se intuye que los artículos 31bis2 y 31bis4 CP serán claves para determinar la culpabilidad y consiguiente responsabilidad (o no) de las PJ.

La referencia de tanto 31bis1a como 31bis1b a las exenciones de 31bis2 y 31bis4 CP podría eliminar los problemas comentados sobre la responsabilidad vicarial si este tipo de imputación se termina determinando por el *compliance*, y la existencia de un debido control en las PJ. Es especialmente importante rescatar del 31bis5 CP el apartado 2º donde se habla de “el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica”. Con ello, la ley deja claro que la voluntad, y por tanto culpabilidad, estará relacionado más con los protocolos de cumplimiento que con la voluntad de las personas físicas en sus actuaciones delictivas. Esta interpretación podría lograr, en principio, superar los problemas de culpabilidad de la responsabilidad vicarial explicados en este apartado, sin perjuicio de todo lo que se viene diciendo sobre el artículo 31bis1a CP.

4. COMPLIANCE: LOS PROTOCOLOS DE CUMPLIMIENTO

El Código Penal enumera los requisitos de un sistema de *compliance* como causa de exención de la responsabilidad penal (es decir, en relación a los artículos 31bis2 y 31bis4 ya detallados) en el artículo 31bis5 CP.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

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

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

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

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Este artículo asienta las bases para la implantación e incorporación del *compliance* en las personas jurídicas. En resumen, unos protocolos de cumplimiento han de instaurar un código ético particular al ámbito de actuación de una PJ. Los protocolos deben actualizarse periódicamente y deben tener suficientes recursos materiales y humanos para comprobar constantemente su funcionamiento. Para la exención de delitos de estafa sería necesario que existiese un código ético claro y comprensible que previniese actuaciones defraudatorias en las operaciones de la PJ. También, que adjunto al código ético hubiera suficientes mecanismos de control y sanción no solo para prevenir estafas, también para identificarlas rápidamente y evitar daños mayores a los bienes jurídicos protegidos.

Para ello, en la práctica las PJ han incluido en sus estructuras pequeños departamentos de cumplimiento (organismos de vigilancia) liderados por un *compliance officer*, que sirven para formar una cultura empresarial adecuada estableciendo las medidas necesarias (véase sanciones, control de decisiones, o ejecución del código ético).

4.1 Objetivos del *compliance*

El llamado modelo de *compliance* es el eje sobre el cual, en la práctica, gravita todo el sistema de RPPJ. Fundamentalmente, se incentiva a toda PJ a llevar a cabo programas de cumplimiento. Independiente de las circunstancias que rodeen los hechos delictivos y la imputación de responsabilidad, la implantación diligente del *compliance* es motivo legal para la exención de responsabilidad. Un objetivo de la implantación del *compliance* en el artículo 31bis5 era eliminar las dudas interpretativas en relación a la responsabilidad vicarial (y sus problemas inherentes). Si la verdadera RPPJ subyace de la inexistencia de protocolos de debido control adecuados, entonces se consigue igualar estos protocolos a la voluntad de la PJ (solucionando problemas de culpabilidad) y además separar la actuación delictiva de una persona física y la actuación (en relación al *compliance*) de una PJ. De esta forma, como se ha comentado, superaría importantes críticas en materia de RPPJ. En la práctica, se ha de valorar entonces los protocolos de cumplimiento de una PJ, de forma independiente a los hechos que hayan llevado a la imputación, sea por el tipo del 31bis 1a o 31bis 1b CP.

Además del incentivo legal penal para implantar sistemas de *compliance*, existen razones desde la perspectiva económica para que las personas jurídicas realicen este tipo de programas. Por ejemplo, en la “eficiencia operativa derivada de la mejora de procesos y de la menor dedicación a reparación de incumplimientos (...ahorro de costes derivados de pleitos, sanciones, indemnizaciones, pérdida de facturación o contratos públicos...), o en garantizar la continuidad del negocio y sostenibilidad basada en el cumplimiento de inversores, accionistas, y fondos activistas”²⁹. Además, la instauración del *compliance* “mejora la posición de la persona jurídica en operaciones de financiación (y refinanciación) y en concursos públicos y privados³⁰”. Una política de *compliance* diligente constituye una garantía reforzada para presentes y futuros clientes, inversores, y otros agentes económicos de la sociedad. Sin embargo, cabe decir que el riesgo reputacional (y de posible desaparición)

²⁹ Ribas, X., “25 argumentos a favor del *compliance*” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Página 47.

³⁰ Ribas, X., “25 argumentos a favor del *compliance*” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Página 47.

que corren las personas jurídicas que se vean involucradas en tramas de estafas no se reduce por *compliance* tras la comisión de este tipo de delito. No solo por la entidad y gravedad del delito, también porque un juez o magistrado tendrá que valorar la suficiencia de los protocolos de debido control y por tanto una PJ no se libraría de la repercusión mediática relacionada con el delito. Es por ello que se podría justificar que existiesen sistemas para comprobar un correcto *compliance* previa a la imputación de una PJ en un proceso.

El modelo de *compliance*, intrínsecamente unido a la RPPJ, también se desarrolla por razones de política criminal. Autores como Ribas mencionan el efecto disuasorio (recordamos que la palabra “disuasoria” se utilizaba en la ya citada Directiva del 2008) que tiene la mera publicidad de implantación de programas de cumplimiento o la designación de áreas de responsabilidad para toda la actividad de la persona jurídica.

Estas razones de prevención, disuasión, desincentivo son las más notables para los casos de delitos de estafa. Más allá de la futura exoneración o no de la RPPJ, los programas de *compliance* ayudan a eliminar el riesgo de comisión de defraudaciones en el tráfico económico, así siendo efectivos en la protección del patrimonio, bien jurídico protegido. Hace hincapié en esta idea la STS 1210/2019 del 9 de abril:

no podemos concluir que la carencia de estos programas provoca la exoneración de responsabilidad en casos de estafa por haber sometido a la propia empresa a la autopuesta en peligro que desplaza el "engaño bastante" a la víctima del delito, pero sí hay que insistir en que estos programas de *compliance* reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotegerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos de falsedad de documento mercantil y estafa³¹.

Y la protección de los bienes jurídicos protegidos será mayor en la medida que los protocolos de cumplimiento se implanten en las distintas PJ, donde por la actividad que desarrollan existe riesgo de defraudación en las operaciones. Este tipo de argumentos deberían servir para que el legislador se plantee dar incluso más importancia a los protocolos de cumplimiento, incluso incorporando la falta de *compliance* como elemento del tipo (y no

³¹ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 9 de abril de 2019. Número de resolución: 192/2019

como exención). Un comienzo sería añadir las palabras “debido control” al tipo del 31bis1a CP. Comenta Gómez Doñate que: “la tendencia actual, no únicamente en la materia que nos ocupa, el *Compliance*, sino en muchísimos otros campos es el de unificación de criterios”³². La implantación de un sistema de *compliance* a la altura de los más altos estándares en las PJ en España tendrá como consecuencia el relativo atractivo del panorama inversor, económico o financiero frente a otros marcos legales sin exigencias del derecho penal a las personas jurídicas. Si bien el *Compliance* no es una exigencia (se podría argumentar que sí lo es en los casos del 31bis1b), el Código penal y la responsabilidad social y ética de las empresas también incentivan activar protocolos estrictos.

Siendo los modelos de *compliance* causa de exención de la responsabilidad, no es baladí plantearse la implantación del *compliance* de forma fraudulenta. La autora Gómez-Doñate identifica tres tipos de maniobras efectuadas por una PJ con intención de crear una apariencia de control: *fake compliance* o *make-up compliance* y coartadas corporativas³³.

La identificación y definición de estos supuestos denota la efectividad del *compliance* en los aspectos técnico-legales (requisitos de idoneidad y eficacia previstos en el artículo 31bis) y de política criminal.

Además, un modelo de *compliance* ha de incluir necesariamente un código ético y también un comité ético. Como explica Elisabet Escayola, “un código ético debe reflejar como se toman decisiones, cómo se comporta la organización, cómo actúa una entidad con su entorno (empleados, accionistas, proveedores, clientes), y cuáles son sus valores”³⁴. En otras palabras, el código ético determina la personalidad de la persona jurídica y el marco de actuación de sus *stakeholders*. Además un código ético cumple una función cuasi-normativa de autorregulación. Si bien es cierto que los delitos de estafa se deberían poder identificar, y

³² Gómez Doñate, P. “Modelo de prevención y control” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Página 70.

³³ Gómez Doñate, P. “Modelo de prevención y control” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Página 69.

³⁴ Escayola Maranges, E. “Código Ético” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Página 97.

sancionar internamente sin necesidad de un código ético, la incorporación de un código trae los beneficios de la positivización y publicidad de los estándares de actuación en la PJ. Además, será de especial utilidad un código ético para la implantación de sistemas de *whistleblowers* útiles a la hora de descubrir rápida e internamente la realización de actividad reprochable. Y esto será positivamente valorado, como indica la Circular FGE 1/2016.

Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de la pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo³⁵.

Por último cabe estudiar la efectividad del *compliance* en los supuestos de delitos de estafa con herramientas tecnológicas. Como explica Eloi Font:

Este contexto de absoluta efervescencia tecnológico-digital y que los expertos han bautizado como la “Revolución Industrial 4.0” las empresas tradicionales no pueden aplazar el proceso de digitalización al que se ven abocadas ni pueden ignorar los riesgos jurídicos inherentes...los componentes tecnológicos y/o digitales forman parte de la mayoría de productos o servicios que las empresas comercializan y aparecen nuevos modelos de negocio³⁶.

En este contexto, la adopción de un programa estricto de *Compliance* junto con medidas de control como auditorías de seguridad son incrementalmente importantes. El *Compliance* irrumpe en las personas jurídicas cumpliendo una función de protección importantísima y efectiva, ya que es dinámica y pragmática. El *Compliance* se puede adaptar, por ejemplo con mucha más facilidad que el legislador, a nuevas circunstancias y contextos donde los bienes jurídicos protegidos como el patrimonio se están convirtiendo cada vez más vulnerables.

En resumen, la implantación de protocolos de cumplimiento parece ser efectiva en la protección de bienes jurídicos y la eliminación de riesgos de actuación delictiva.

³⁵ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Página 64.

³⁶ Capítulo del libro: Font, E. “Sector tecnológico-digital” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 759.

Aún así, el *compliance* en los delitos de estafa trae consigo algunos problemas que son importantes señalar: el de presunción de inocencia, y el de falta de igualdad.

4.2 Problema de presunción de inocencia y carga de la prueba en la exención por *Compliance*

Un gran problema de la RPPJ, como indica la Circular FGE 1/2016 es que:

Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa³⁷.

En otras palabras y como se comentaba anteriormente, la mera ocurrencia de un hecho delictivo ya es indicio prácticamente decisivo de que una PJ no puede acogerse a la exención de responsabilidad por razón del artículo 31bis2 CP. Más aún en delitos de estafa, que perturban gravemente el tráfico jurídico y deterioran automáticamente la confianza de la sociedad en una PJ.

En relación a la exención, parte de la doctrina que considera que la carga de la prueba en la RPPJ se debe invertir. También otros textos como la CFGE entienden que la inversión es una herramienta correcta para el caso de responsabilidad de personal jurídicas.

Puede argumentarse que la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial de la prueba indiciaria.

Algunas de las sentencias que se expresan en este sentido son en el ámbito estatal la STS 487/2014³⁸, y la STC 202/2000³⁹. En el marco de la Unión Europea, las resoluciones del

³⁷ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Página 65.

³⁸ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Resolución número 487/2014 de 9 de junio.

³⁹ Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Sentencia 202/2000 del 24 de julio. BOE núm 203, de 24 de agosto de 2000.

TEDH de 1 de marzo de 2007, *Geerings c. Holanda*⁴⁰; y de 23 de septiembre de 2008, *Grayson & Barnham c. Reino Unido*⁴¹. La argumentación en estas resoluciones es similar: en la medida que las pruebas se encuentran bajo el dominio de la PJ, tiene sentido que sean estas quienes hayan de encontrar las pruebas para soportar sus argumentos.

Como dice Gómez Tomillo, “solo cabe que tal carga (de la prueba) concierna a quien alegue la ausencia de defecto organizativo, esto es, a la persona jurídica misma.”⁴²”

Sin embargo, la necesidad de la inversión de la carga de la prueba hace cuestionar la validez del modelo de RPPJ. Esta argumentación la podemos encontrar en el ya citado Pleno Jurisdiccional del 29 de febrero de 2016, que mantiene el deber de la parte acusatoria de probar la inexistencia de protocolos de *Compliance* adecuados para la exención de responsabilidad. Llama la atención un Voto Particular que insiste en lo contrario, al igual que la Circular FGE 1/2016, y las otras sentencias comunitarias citadas:

...dicho resultado no solo constituye una suerte de *probatio diabolica* al tener que probar un elemento negativo y ser de más fácil prueba por la defensa, además no se compadece con la tradición del Alto Tribunal que asigna la carga probatoria de las eximentes a quien las aduce.⁴³

Seguramente exista un punto intermedio, por el cual la parte acusatoria realiza el grueso de la labor probatoria, y la persona jurídica únicamente tendrá que incidir sobre los el cumplimiento de requisitos como la idoneidad de los protocolos de *Compliance* (via indicadores, *checklists*, o pruebas de su rápida identificación y sanción de los hechos delictivos, por ejemplo)⁴⁴.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera. Número de aplicación 30810/03. 23 de marzo de 2007.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Números de aplicación 19955/05 y 15085/06. 23 de diciembre de 2008.

⁴² Gómez Tomillo, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Editorial Aranzadi 2ª Edición (actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴³ Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal. 29 de Febrero de 2016. Número de Resolución 154/2016.

⁴⁴ Antón Teixido, J. “Indicadores y reporting” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 349.

Por un lado es coherente que una PJ acusada haya de alegar y probar motivos de exención como el *compliance*. Pero por otro, como se ha venido comentando, el *compliance* no solo es una causa de exención. También es un elemento del tipo en el artículo 31bis1b donde ha de concurrir defecto estructural de la PJ e “incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control debido⁴⁵”.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo:

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia...el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015⁴⁶.

Con todo esto, volvemos a la problemática inicial sobre la heterorresponsabilidad del artículo 31bis 1a y la autorresponsabilidad del artículo 31bis 1b. Si un delito de estafa se comete por el administrador (31bis1a) de una PJ pareciera que lo correcto sería la inversión de la carga de la prueba para las causas de exención. Pero, si un delito se comete por otra persona relacionada con la PJ (31bis1b), pareciera que lo correcto sería la acusación por razón de defecto estructural, es decir, ineficacia e inidoneidad del *compliance*, con su consiguiente carga probatoria.

Así pues, volvemos a la problemática inicial de la doble vía para la RPPJ: es necesario matizar siempre la solución, algunas formas de forma casuística. Y como ya se ha dicho, el casuismo es ineficiente porque resta celeridad a la justicia y daña la seguridad jurídica.

4.3 El problema de la falta de igualdad en el *compliance*

⁴⁵ Código Penal

⁴⁶ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. 16 de marzo de 2016. Número de resolución 221/2016.

En relación a la falta de igualdad en las exigencias del *compliance*, lo más importante es mencionar el régimen especial del que gozan las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. Siendo especialmente relevante ya que la mayoría de estafas afectas a la RPPJ se producen en el ámbito de actuación de personas jurídicas pequeñas.

En materia de *compliance* como causa de exención: “Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5...” Además, “3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.⁴⁷” También, se especifica que “el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona a las dimensiones de la persona jurídica⁴⁸”.

Es más que debatible que se adopte una interpretación de igualdad material, y no igualdad formal ante la ley. El derecho penal especialmente tendría que tratar a los sujetos de derecho de forma exactamente idéntica.

Sin embargo, una argumentación contraria parece más coherente, teniendo en cuenta la discriminación que pudieran sufrir PJ de pequeño tamaño por su falta de recursos suficientes para implantar protocolos de cumplimiento, por ejemplo, con *compliance officers* que vigilen la observancia de detallados códigos éticos. Exigir los mismo a partes inherentemente distintas podría suponer discriminación, también en el derecho penal. Así lo resalta parte de la doctrina⁴⁹.

⁴⁷ Código Penal. Artículo 31bis 3.

⁴⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

⁴⁹ Rey Martínez, F. Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018. Revista de Derecho Político N.º 100, septiembre-diciembre 2017, págs. 125-171

La Circular FGE 1/2016 explica que el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas “está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresa”⁵⁰. Este texto comenta que aún con la indulgencia que permite el artículo 31bis3, las exigencias de *compliance* son demasiado grandes para las personas jurídicas más pequeñas. La palabra ‘adaptación’ de los requisitos formales de cumplimiento a las PJ de pequeñas dimensiones denota subjetividad en los criterios para determinar la exención de RPPJ. Teniendo esto en cuenta, el *compliance* para la prevención y exoneración de la PJ en defraudaciones, más comunes en PJ de pequeño tamaño y con pocos recursos financieros y humanos, puede quedar en entredicho. Más aún porque esta adaptación puede suponer que se obvien disposiciones legales como la del 31bis2 2ª, que obliga a que exista un ente autónomo de control en las PJ para la exención de RPPJ.

A pesar de todo, no parece haber problemas graves de igualdad en la exención por *compliance*. Únicamente resisten dudas acerca de la inversión de la carga de la prueba, que variará según la imputación por el tipo del 31bis 1a (inversión) o 31bis 1b (sin inversión). También se ha de valorar este último punto, que explica por qué el *compliance* no es una herramienta fácilmente aplicable y efectiva en PJ de pequeño tamaño.

Para completar la valoración de la RPPJ todavía es necesario analizar la RPPJ en los delitos de estafa encajándolo en los elementos teóricos del delito. Si bien el *compliance* como causa de exención es positivo para prevenir e identificar delitos, aún persisten algunos problemas relacionados con el encaje de la RPPJ en los elementos tradicionales de la acción, la tipicidad, y la culpabilidad.

5. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE ESTAFA

Como se ha visto, tanto las disposiciones del 31bis1, como las del 31bis2, 31bis4, y 31bis 5, referidos al *compliance* acarrear algunos problemas. Hasta ahora se ha tratado de

⁵⁰ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

navegar el sistema de RPPJ de forma más general. A día de hoy la RPPJ sigue siendo una novedad poco asentada en el derecho penal, y así, como ya se ha constatado, es objeto de varias críticas de la doctrina y consideraciones de la jurisprudencia, algunas ya mencionadas. Una cita de la STS221/2016 del 16 de marzo ilustra a la perfección la situación actual:

En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, solo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema⁵¹.

Con todo ello, esta última sección 4ta tratará la cuestión de la RPPJ en los delitos de estafa en particular desde el estudio de tres elementos básicos del delito: la acción y omisión, la tipicidad e imputación objetiva, y por último la culpabilidad. En cada una de estas partes se exploran distintas interpretaciones y se determina una posición personal sobre el tema.

5.1 El delito de estafa propio e impropio

El punto de partida básico para analizar los elementos de la RPPJ en los delitos de estafa es el artículo 248 CP.

Artículo 248⁵².

1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

⁵¹ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. 16 de marzo de 2016. Número de resolución 221/2016.

⁵² Código Penal. Artículo 248.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

Del sentido gramatical del texto se pueden identificar los elementos típicos del delito propio de estafa: 1-el ánimo de lucro en el sujeto activo (se abordará más adelante en lo referido al dolo), 2-la realización de un engaño por el sujeto activo con el adjetivo bastante, 3-la producción de un error en otro, y 4-la realización de un acto de este otro en perjuicio patrimonial propio o ajeno. Estos tres últimos puntos hacen referencia a las características de la acción u omisión típica.

Como lo resume el Tribunal Supremo, el engaño típico en la estafa no es una mentira simple: ha de ser “antecedente, causante, y bastante”⁵³. Cabe mencionar que como se viene señalando en textos como la CFGE, el mero hecho que la estafa se haya consumado, especialmente cuando el sujeto imputado es una PJ, casi siempre será indicio suficiente de que el engaño ha sido bastante⁵⁴.

Además, se incorporan al tipo en el artículo 248.2 supuestos de delitos de estafa impropio. Estos responden en gran medida a la necesidad de garantizar la protección de los bienes jurídicos protegidos ante las nuevas herramientas tecnológicas (hay mención explícita de artificios o programas informáticos, utilización de datos en tarjetas o cheques) existentes para la realización de actuaciones desvaloradas que no se integran estrictamente en el delito de estafa propio del artículo 248.1 CP.

Como se concretará más adelante, el contexto digital actual puede convertirse en una herramienta tremendamente peligrosa para la comisión de delitos. Parte de la sociedad menos familiarizada con la tecnología es especialmente vulnerable a engaños y defraudaciones que se realizan por internet, valiéndose para realizar estos engaños, de datos personales que son obtenidos legal o ilegalmente.

⁵³ Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. Número de recurso: 1842/2014. 17 de febrero de 2015.

⁵⁴ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Y este tipo de situaciones es creciente. De acuerdo con la Memoria de la Fiscalía (2019) y un estudio sobre la ciberdelincuencia del Ministerio del Interior en 2018 se abrieron más de 22.000 procedimientos por delitos valiéndose de las tecnologías y la comunicación en redes⁵⁵. Los datos también indican que de los ciberdelitos conocidos de estafa informática, únicamente un 67,9% fueron esclarecidos⁵⁶.

El tipo de estafa impropio es eficiente en la incorporación del RPPJ ya que refuerza la protección de BJP ante nuevas herramientas y formas de cometer delitos de estafa.

Pero sin perjuicio de la necesidad de un modelo de RPPJ para la evitación de estafas en el ámbito de la cibercriminalidad (artículo 248.2CP), la gran mayoría de estafas que ha tratado la jurisprudencia en materia de RPPJ se subsumen en la estafa propia del artículo 248.1CP.

5.2 La acción y omisión en los delitos de estafa

Es complicado hablar de la acción como elemento del delito en aquellos de los que se constituyen responsables las personas jurídicas. Una persona jurídica no tiene capacidad de acción *per se*, al no ser un ser humano con un cuerpo humano. De los tipos de imputación de responsabilidad, el modelo autónomo podría considerarse un supuesto de omisión punible. Por otro lado, en el modelo de responsabilidad por representación la acción de la persona jurídica, por medio de una ficción jurídica, es el de la acción de la persona física. Teniendo esto último en cuenta, como dice Gómez Tomillo en referencia al artículo 31bis 1a, “la ley

⁵⁵ Memoria elevada al Gobierno de España prestada al inicio del año judicial 2019 por la Fiscal General del Estado. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/index.html. Consultado en fecha: 26 de diciembre de 2019.

⁵⁶ Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Gabinete de Coordinación y Estudios. Estudio sobre la cibercriminalidad en España 2018. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/Informe+2018+sobre+la+Cibercriminalidad+en+Espa%C3%B1a.pdf/0cad792f-778e-4799-bb1f-206bd195bed2>. Consultado en fecha 26 de diciembre de 2019.

española, ignorando por completo el criterio de quienes niegan a las personas jurídicas capacidad de acción, parece inequívocamente otorgársela⁵⁷”.

Si bien es cierto que parte de la doctrina niega la capacidad de acción a las personas jurídicas, otra parte emplea varios argumentos convincentes para otorgársela. El autor C. Roxin define la acción como “manifestación de la personalidad”⁵⁸. Esta definición ilustra lo entendido por acción en el marco de ambas vías de RPPJ. Si son pocos los que dudan las PJ realizan acciones, son menos que dudan que una PJ puede tener, y manifestar personalidad. Y esta personalidad no es únicamente teórica, sino que evoluciona en la medida que la PJ desarrolla su actividad. Se podría decir que la personalidad *de iure* son los estatutos, que identifican una sociedad y rigen su funcionamiento, como determina la LSC⁵⁹. Algunas contenidos obligatorios de los estatutos son el modo de organizar la administración de la sociedad (número de administradores y plazo de duración del cargo) o los modos de deliberar y adoptar acuerdos⁶⁰. Estos dos pueden tener relación con los ya estudiados protocolos de *compliance*. De igual forma, se podría argumentar que el código ético y los protocolos de cumplimiento son manifestaciones de la personalidad de una PJ. La personalidad *de facto* pueden ser las actuaciones de las personas físicas que teóricamente habrían de reflejar los estatutos y el código ético. Es importante recordar que la personalidad no es un elemento susceptible de ser típico por sí solo. La clave está en determinar una actuación delictiva como manifestación de la personalidad, evidenciado por la omisión de los deberes de control y vigilancia de la persona física que comete realiza actuaciones delictivas.

Aunque una persona física debe realizar algún tipo de acción u omisión

⁵⁷ Gómez Tomillo, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Editorial Aranzadi 2ª Edición (actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁸ Roxin, C. *Derecho penal. Parte general, Tomo I*. Editorial Civitas Edición 1ª, 2014.

⁵⁹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Artículos 22 y 23.

⁶⁰ García de Enterría, J. e Iglesias Prada, J., “La fundación de las sociedades de capital” en (coord.). Luisa Aparicio, M., *Lecciones de derecho mercantil*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2018. Página 413.

para que una persona jurídica sea penal responsable, tal y como dispone el artículo 31ter del CP, como ya se ha constatado, la declaración de responsabilidad penal de la persona física no es imprescindible para la punición de la PJ.

Pero en la gran mayoría de supuestos el procedimiento penal irá dirigido tanto contra la persona física actuante como contra la PJ a la que representa o por la que tendría que haber sido controlado.

El régimen de imputación de omisiones a personas físicas (y jurídicas) es el de los delitos de comisión por omisión y de la omisión impropia. A la hora de analizar los supuestos de omisión, Gómez Tomillo hace hincapié en la posición de garante de las personas jurídicas y el alcance de dicha posición⁶¹. La posición de garante se consigue por ley, contrato o injerencia. Por tanto, está basada en la obligación o el deber de actuar de cierta forma, o en la creación de un riesgo para los demás y la posibilidad y responsabilidad de mitigarlo. El autor habla de “una especie de doble posición de garantía” (personas física y jurídica), y concluye que las personas jurídicas pueden ser responsables por omisión perfectamente. Es importante recordar que el 31bis1b menciona explícitamente como elemento típico el “incumplimiento grave de deberes de control, vigilancia...”. Y por incumplimiento, se puede entender la omisión de cumplimiento.

En el caso de los delitos de estafa la posición de garante se hace aún más patente, ya que las el elemento del engaño se realizará valiéndose de la confianza general de los consumidores o clientes en los mercados, las PJ, y las relaciones con ellas.

Se puede argumentar que las víctimas de estafa operan en el mercado presumiendo la veracidad y seguridad que deberían ofrecer las PJ en determinado marco legal. Por esta razón, es especialmente grave que una PJ se valga de esta confianza (posiblemente otorgada por el mero hecho de ser PJ y no física) en el tráfico jurídico para desarrollar su actividad de forma criminal.

⁶¹ Gómez Tomillo, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Editorial Aranzadi 2ª Edición (actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por tanto apreciar la omisión como forma habitual de aparición de los delitos de las personas jurídicas es coherente ya que a efectos prácticos, la imputación por el modelo de responsabilidad penal autónoma es un reproche penal por el incumplimiento de las exigencias mínimas de cumplimiento, la falta de desarrollo de protocolos o la inadecuada cultura o personalidad ética de la persona jurídica. También se podrá imputar responsabilidad en forma de acción en cuanto a que los deficientes protocolos de debido control son una manifestación de la personalidad (acción) delictiva de la PJ.

Sin embargo y contrario a esta interpretación, la jurisprudencia ha recalcado que no cabe condenar a las PJ por delitos de tipo omisivo. Así lo ilustra a siguiente cita de la STS 757/2019 del 8 de marzo:

La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. ... Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos⁶².

Si bien no hay duda acerca de la condición necesaria de una actuación delictiva de una persona física para la RPPJ, no deja de sonar paradójico que una PJ no se condene por un delito de omisión, pero sí “por una participación a través de una omisión”. Por ello la postura de este trabajo se mantiene: en la RPPJ se producen delitos de omisión. Esto sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 31bis1a CP.

5.3 Tipicidad e imputación objetiva

La cuestión de la tipicidad es fundamental ya que es la expresión directa del principio legalidad en el derecho penal. El artículo 31bis del CP contiene disposiciones que atribuyen responsabilidad de forma clara por una de (o) las dos causas generales (o tipos de imputación)

⁶² Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 8 de marzo de 2019. Número de resolución 123/2019

que se vienen definiendo. Por tanto en principio parece haber concordancia con *nullum crimen, nula poena, sine praevia lege penali stricta et scripta*.

A pesar de esto, la naturaleza de las PJ en el derecho penal, como instrumento para la puesta en peligro de bienes jurídicos, requiere que la valoración realizada sobre su responsabilidad (y expresión de la personalidad) sea en ocasiones cualitativa y subjetiva. Esto dependería de cuál de los dos modelos de responsabilidad penal es el pertinente al caso.

En los delitos de estafa sería posible para los supuestos del 31bis 1a) realizar la imputación de una persona jurídica con criterios completamente objetivos. A modo de ejemplo, observando datos de las transferencias de dinero y verificando el grado de representación de la persona física conexas a los hechos en registros mercantiles y documentos mercantiles, legales, y formales de la persona jurídica que establezcan que es administrador o representante fiduciario.

En desacuerdo con esto, la jurisprudencia, que ha consolidado la responsabilidad autónoma de las PJ, niega esta posibilidad de imputación con responsabilidad objetiva. Así lo explica la STS 1470/2019 del 8 de mayo, citando las dos sentencias fundamentales que ya se han citado en este trabajo:

...las sentencias de esta Sala, número 514/2015, de 2 de septiembre y número 154/2016, caracterizan este nuevo tipo de responsabilidad penal a partir de los siguientes presupuestos: ...b) el fundamento de la responsabilidad penal no es objetivo...⁶³.

En los supuestos del 31bis 1b) realizar la imputación de PJ se convierte en una tarea más abstracta, relacionada con la valoración de los sistemas de cumplimiento, la personalidad ética de la sociedad, o la instauración de sistemas que eviten situaciones gravosas para las posibles víctimas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido refiriendo a estos casos como la apreciación de defectos estructurales. Así lo ilustra la STS1077/2020 del 19

⁶³ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 8 de mayo de 2019. Número de resolución 234/2019

de mayo: “...no es posible un régimen de responsabilidad objetiva, su fundamento reside en la falta de control y de vigilancia⁶⁴.”

Independiente de esto, para que concurra algunos de los tipos (sea 31bis 1a o 31bis 1b) debe existir alguna actuación de una persona física relacionada con la PJ, y es aquí donde pueden haber discrepancias sobre la (a)tipicidad de determinados supuestos por razón del sujeto físico cuya actuación fundamenta la instrucción relacionada con una PJ.

Hay diversas posiciones en la doctrina sobre el grado de vinculación necesario entre la personas físicas actuantes con la PJ para poder determinar responsabilidad. El estándar *rondeat superior* civilista entiende que se puede trazar la responsabilidad a una persona jurídica con un hecho de conexión realizado por cualquier empleado, socio, o miembro de la misma, en su nombre o favor⁶⁵. Entre estos autores se incluyen Richard Gruner y Kathleen Brickey. El modelo de autorresponsabilidad del artículo 31bis1b responde a este punto de vista, aunque no en la totalidad de supuestos⁶⁶.

Otra corriente, *identification theory* (incluyendo autores como Silvina Bacigalupo) entiende que una persona jurídica solamente podrá ser responsable por hechos realizados por representantes legales, formales o estrictos de la persona jurídica⁶⁷. De acuerdo con esta corriente, el mayor indicio de representatividad (y por ende responsabilidad) se podría encontrar en los estatutos de la persona jurídica, o en una relación fiduciaria. El modelo vicarial del artículo 31bis1a responde mejor a esta corriente⁶⁸.

⁶⁴ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 19 de mayo de 2020. Número de resolución 165/2020

⁶⁵ Gruner, R. Corporate Criminal Liability and Prevention. ALM Properties, Inc. Law Journal Press. New York, 2004.

⁶⁶ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017.

⁶⁷ Bacigalupo, S. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Editorial Bosch, S.A 1ª Edición. Madrid 1998.

⁶⁸ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017.

En el caso de las estafas, y por razones de política criminal (que al fin y al cabo es el área del derecho penal donde interactúan estas teorías) lo más adecuado para exigir RPPJ es que la persona física conexas al hecho no necesitara ser representante estricto de las primeras. Inherentemente la conexión requerida de los hechos a la persona física actuante es menor en el modelo de autorresponsabilidad. De esta forma, el modelo del 31bis 1b es más garantista, englobando los supuestos con hechos de conexión más claros y directos. Se podría argumentar que cambiando algunas palabras para incorporar a los administradores, el artículo 31bis 1b) engloba los supuestos del 31bis 1ª, así enmarcando el modelo de responsabilidad vicarial (altos representantes) en el modelo de autorresponsabilidad (como si las personas físicas responsables fueran empleados). Aunque es cierto que con la actual separación y doble vía, los supuestos de responsabilidad vicarial constituyen una situación “más antijurídica” o reprochable para la persona jurídica, con los efectos más lesivos que tendría una condena.

La Circular 1/2016 FGE recuerda que:

...la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito⁶⁹.

Para verdaderamente promover e incentivar una cultura de cumplimiento y un sentido de responsabilidad social (además de, obviamente, legal) en las PJ, debería ser posible que estas sean responsables por los hechos de cualquier empleado, representante, o incluso cliente. De esta forma se previenen más los injustos penales, y se protegen más adecuadamente los bienes jurídicos.

En la Ley española el grado de representación directa necesario para la responsabilidad es relativamente bajo. “El modelo español, por una parte parece acomodarse al más alto estándar *respondeat superior*, en la medida en que acepta que los actos de cualquier trabajador por debajo de quien realmente posee capacidad de decisión social

⁶⁹ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

determine la responsabilidad de la empresa”⁷⁰. La doctrina coincide en que la provisión del artículo 31bis 1b, incluyendo como criterios de imputabilidad defectos de control y supervisión, obliga a considerar persona física conexas a todos los colaboradores de la persona jurídica⁷¹.

La coexistencia de dos modelos, el del 31bis 1a y el del 31bis 1b, (y la exención por igual con el requisito del *compliance*) por la que opta el legislador da pie a que el ámbito de responsabilidad (las personas físicas conexas) sea amplio. La asimetría entre PJ y físicas (y por tanto los medios que tienen a su disposición) es notable. La amplitud debería caracterizar el ámbito de la RPPJ para la adecuada protección de los bienes jurídicos protegidos en el marco de su interacción en el tejido social. Desde este punto de vista, la mejor forma de evitar perjuicios mayores y mantener la seguridad jurídica es imponiendo una imputación valorativa basada en una autorresponsabilidad garantista, donde el defecto estructural que imputa el delito a una PJ puede quedar en evidencia por la actuación de cualquier persona (sea o no empleado o socio de la PJ) relacionada con la misma. Si bien la imposibilidad de imputar a una PJ con responsabilidad objetiva es algo criticable, sería consecuencia de la consolidación de un sistema de autorresponsabilidad de las PJ.

5.4 La culpabilidad de las personas jurídicas en los delitos de estafa

El ánimo de lucro exigido en los delitos de estafa obliga a otorgar la capacidad de voluntad a las PJ. Sin embargo, este ánimo de lucro típico no es general, sino particular en relación a la actuación delictiva de la persona física conexas. En el tráfico jurídico y en el ámbito de actuación de las personas jurídicas se producen enormes cantidades de negocios jurídicos y relaciones contractuales. Además, las sociedades mercantiles siempre tendrán como objetivo el lucro. Hasta aquí, no existe gran problemática con la subsunción de la voluntad en la RPPJ. El problema puede surgir en la efectividad de la RPPJ en los delitos de

⁷⁰ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017.

⁷¹ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017.

estafa por la interpretación de la jurisprudencia del ánimo de lucro típico. El Tribunal Supremo se ha reiterado, por ejemplo, en la atipicidad de supuestos con ánimo de lucro sobrevenido, o dolo *subsequens*⁷².

[...] toda vez que el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado. [...]. El ardid, argucia o treta en que consiste el engaño y el correspondiente ánimo engañoso, han de surgir inicialmente, a diferencia del dolo civil que tiene carácter *subsequens*, apareciendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución⁷³.

Podría resultar problemático que la jurisdicción penal no se ocupase de estos supuestos, que se podrían presumir más habituales en el seno de una PJ. Dado, primero; la asimetría cotidiana entre un sujeto activo PJ y un sujeto pasivo, y segundo; la presumible habitualidad de este tipo de situaciones, el modelo de RPPJ sería más efectivo si también llegase a incorporar estos supuestos. De todas formas, la aplicación de esta postura conllevaría determinar el ánimo de lucro en distintos momentos de una línea temporal. Si la voluntad de una PJ se esgrime por sus protocolos de debido control y cumplimiento, sería verdaderamente difícil apreciar dolo *subsequens*, es decir, cambios en la voluntad de la PJ día a día o mes a mes.

Se parte de la base que al analizar la culpabilidad de las PJ se debe atender a la voluntad de la persona jurídica, manifestada a través de la idoneidad y eficacia de programas de debido control, antes de la ocasión de actuaciones delictivas de la persona física relacionada.

5.4.1 Teorías de la culpabilidad en la RPPJ

⁷² Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. Número de recurso: 1233/2017 con fecha 5 de abril de 2018.

⁷³ Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. Número de recurso: 1233/2017 con fecha 5 de abril de 2018.

En la interpretación de la RPPJ que se viene agraciando, la voluntad proviene de los defectos estructurales de una PJ manifestados por medio de los programas de cumplimiento, y que por tanto la RPPJ trata delitos de omisión e imprudentes. En esta interpretación, también cabe considerar algunos supuestos como acciones dolosas, en la medida que la personalidad de la PJ, evidenciado en los estatutos o en comunicaciones entre empleados, sea cuasi-delictiva (cabe decir que este supuesto resulta difícil de imaginar). Con esta interpretación, los supuestos típicos del 31bis1aCP se acercarán más al dolo, mientras los supuestos típicos del 31bis1bCP se acercarán más a la imprudencia. Esta reflexión se desarrolla más adelante.

Sin embargo es importante señalar que si la personalidad de una PJ se considera directamente delictiva, o instrumental para la comisión de delitos, esta no podrá ser sujeto de la RPPJ. Así lo ilustra la STS 736/2019 con fecha 5 de marzo de 2019.

la sociedad meramente instrumental, o "pantalla", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 del Código Penal⁷⁴.

Lo más lógico, pues, es que las manifestaciones de la personalidad de una PJ se valorasen observando su código ético, o escudriñando la imprudencia en la debida vigilancia y control de sus operaciones y actividades ordinarias.

Por contrario a una postura que valora las manifestaciones de personalidad de una PJ, parte de la doctrina considera que se debe de realizar un análisis de la culpabilidad de la persona física, y que este por representación sea el de la persona jurídica.

...se entiende la culpabilidad, cuando el delito es cometido por una persona jurídica, como defecto de organización, y tal defectuosa organización será mayor, más reprochable,

⁷⁴ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 5 de marzo de 2019. Número de resolución 108/2019

cuando la conducta del concreto sujeto físico que actúa sea intencional, que cuando sea imprudente⁷⁵.

Esta parte de la doctrina parece referirse exclusivamente al tipo del 31bis 1^aCP.

También existen teorías que niegan la culpabilidad. Rechazan que la culpabilidad sea un elemento del delito cometido por personas jurídicas. Estas despiertan críticas por razón del principio de igualdad. Parece inadecuado que por razón del sujeto se haya de obviar un ámbito del delito central como la culpabilidad. Sobre este tema la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, citando la STC 59/2008, de 14 de mayo, incide en que “la culpabilidad es un principio estructural del Estado de Derecho”⁷⁶.

Feijoo Sánchez identifica tres modelos de interpretación de la culpabilidad en la RPPJ: 1. Por del hecho de conexión, 2. Culpabilidad por defecto de organización, o 3. El modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica (falta de cultura empresarial de cumplimiento en la legalidad). Advierte que:

los diversos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se podrían llegar a considerar como contradictorios en sentido estricto, sino más bien que operan como capas de cebolla o muñecas rusas. El último de ellos es más exigente y garantista en cuanto a la RPPJ que el segundo y éste que el primero⁷⁷.

Esta es la hipótesis que mejor encaja con la visión de este trabajo sobre la RPPJ en los delitos de estafa. El tercer modelo de interpretación engloba los otros dos. Este tercer modelo es más afecto al artículo 31bis 1b, lo que significa que esta disposición podría englobar también la del 31bis 1a. Como se viene mencionando en distintos textos interpretativos como la Circular FGE 2016, el delito por hecho de conexión con el administrador (31bis 1a) es un clarísimo indicio de la falta de cultura de cumplimiento legal. Más aún en supuestos típicos como los de la estafa. De hecho, la realización de una estafa

⁷⁵ Gómez Tomillo, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Editorial Aranzadi 2^a Edición (actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

⁷⁶ Sentencia 59/2008, de 14 de mayo. Pleno del Tribunal Constitucional. BOE número 135, del 4 de junio de 2008.

⁷⁷ Feijoo, B. Fernández, B. y Gómez-Jara, C. *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi Edición, Madrid, 2012.

por un administrador no solo deja en evidencia la falta de cultura del cumplimiento, también hará necesario indagar acerca de la naturaleza de la actividad habitual de la PJ.

Una opción es interpretar el dolo o la imprudencia de la expresión de personalidad de la persona jurídica (que es la actuación de la persona física) mediante una ficción jurídica, en coherencia con la teoría de los actos como manifestación de la personalidad de la persona jurídica. Si seguimos este método, habitualmente existirá dolo en los casos del artículo 31bis 1a) e imprudencia en los casos de los artículos 31bis 1b). La falta de diligencia (definición cuasiperfecta de la imprudencia) es otra forma de entender las carencias en materia de debido control, supervisión, o cumplimiento. Por tanto, sería una forma adecuada de solucionar dificultades técnico jurídicas inherentes al trato de figuras más abstractas como las PJ. Se entiende así el reproche de culpabilidad mayor en los casos del artículo 31bis 1a) y menor (aunque con más variación) en los casos del 31bis 1b). Desde la perspectiva político-criminal esto tiene sentido ya que se incentiva, primero que los representantes y supervisores no realicen conductas reprochables y, segundo, que implanten una verdadera cultura moral y normativa de cumplimiento en la persona jurídica (objetivo que ya consiguen realizando la primera cuestión). Esto es especialmente pertinente para defraudaciones como las estafas.

Para aceptar estos postulados, habría que asumir que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas actual es (en parte) vicarial (de forma similar a la corriente de la *teoría de representación*), cosa a la que el legislador, como expresó en el preámbulo de la última modificación del Código Penal, se opone frontalmente, pese a que el sentido gramático de la ley indique lo opuesto.

En este sentido cabe mencionar la Sentencia 141/2017 de la Sección 1ª de la AP de Huesca, del 20 de noviembre. Es especialmente relevante porque trata un delito de estafa por el que se imputa a 3 personas jurídicas involucradas y una persona física trabajadora en una de ellas. En el caso del supuesto, los administradores ordenaban realizar facturas falsas derivadas de pólizas de seguro simuladas para que determinado banco abonase una retribución. Este engaño, que es elemento central de toda estafa, se hacía en perjuicio de

distintas entidades financieras. En la sentencia se condena a dos personas jurídicas, y ninguna física, con la siguiente explicación:

El fundamento de la responsabilidad se halla básicamente...en la ausencia de medidas de control o prevención para evitar la comisión del delito, siempre en el contexto de una empresa que normalmente desarrolla su actividad dentro de la legalidad y en la que una de las varias personas que la integran (representante, administrador, o empleado) comete un hecho punible⁷⁸.

En otras palabras, la resolución da a entender que la culpabilidad de las personas jurídicas es independiente de la culpabilidad de las personas físicas. Únicamente depende de la existencia o ausencia de programa de *compliance*, con los requisitos de idoneidad y eficacia. Tras la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, este falló reiterando la condena a la sociedad mercantil implicada, y haciendo suyo el argumento citado *supra*⁷⁹.

Al entender la acción de una persona física como la expresión de la personalidad de una PJ, lo correcto sería atribuir culpabilidad (reproche a la voluntad de la PJ) por haber permitido tal expresión de personalidad lesiva para bienes jurídicos protegidos. No necesariamente deberían coincidir el dolo de una persona física, con el grado de inevitabilidad de una expresión de personalidad. En esta idea se concuerda con K. Tiedemann y Gómez Tomillo que entienden "...la culpabilidad de las personas jurídicas, guarda relación con el fenómeno de las *actiones liberae in causa*, donde se sanciona por la falta de cuidado, no cuando acaece el hecho, sino en un momento anterior⁸⁰". En otras palabras, la mayoría de delitos en la RPPJ, como se viene diciendo, serán omisiones imprudentes.

Por el contrario, parece que la Fiscalía adopta la corriente de culpabilidad en el punto de conexión por representación vicarial. Dado que su primera conclusión en la CFGE sobre la modificación del Código Penal es la siguiente: "La LO 1/2015 mantiene el fundamento

⁷⁸ Audiencia Provincial de Huesca. Sección 1ª. Resolución número 141/2017 del 20 de Noviembre.

⁷⁹ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Recurso número 262/2018 del 7 de febrero de 2019.

⁸⁰ Gómez Tomillo, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Editorial Aranzadi 2ª Edición (actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación⁸¹”. Es difícil imaginar conductas imprudentes defraudatorias en personas físicas. Sin embargo es argumentable que una persona jurídica podría ser imprudente a la hora de supervisar e implementar los programas de control para prevenir la realización de delitos de estafa.

También, podría ser imprudente a la hora de poseer determinados bienes, programas, o productos informáticos afectos al artículo 248.2 del Código Penal. En cuanto a los programas informáticos con capacidad de ser altamente dañinos para determinados bienes jurídicos protegidos (como la intimidad, la seguridad, o el orden público), es lógico que personas jurídicas se hagan responsables de su fabricación, que siempre será dolosa, (en cuanto a que es el producto de varias personas físicas dentro del ámbito de una persona jurídica que aportan cada uno valor añadido), o incluso posesión (el régimen de posesión de propiedad intelectual o productos intangibles es igual en personas físicas que jurídicas). La cuestión de la posesión, creación, o distribución de programas informáticos en las estafas se está convirtiendo más relevante a medida que avanzan las posibilidades tecnológicas y crece la ciberdelincuencia.

Para determinadas situaciones peligrosas o herramientas con alta capacidad de perturbar los bienes jurídicos protegidos como estos, el Derecho Penal adelanta el momento de intervención penal tradicional.

5.4.2 La culpabilidad en las tentativas de estafa

En la RPPJ cabe tanto la responsabilidad por delitos consumados como por tentativas de delito. Como se comenta, el adelantar el momento de intervención penal es una

⁸¹ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

herramienta efectiva para garantizar la seguridad. En especial, aquellas situaciones de puesta en peligro a través de medios de tecnologías digitales de determinados bienes jurídicos protegidos. Algunos autores como Goodman enfatizan la vulnerabilidad de la sociedad ante la intensiva ingesta y clasificación de datos de la era digital⁸². “Además de aprovechar las vulnerabilidades existentes de los medios tecnológicos para la comisión de delitos, los cibercriminales hacen uso de estos mismos medios para conseguir el anonimato que les asegure al máximo su impunidad⁸³”. Por la existencia de este tipo de riesgos, el régimen de adelantamiento del momento de intervención debería ser igualmente utilizado para imputar RPPJ en tentativas, además de penalizar la posesión de determinados programas utilizados para cometer delitos.

La cuestión de la tentativa es más que relevante en los delitos de estafa. Con simples correos electrónicos se realizan intentos de estafas a personas especialmente vulnerables a diario. Esto suscita la duda ¿hasta qué punto se puede intervenir penalmente al autor de una comunicación cuyo contenido engaña a otra a realizar (de la forma más realista y detallista, o más descarada y absurda), por ejemplo, grandes transferencias de dinero a determinada cuenta bancaria? Ante todo, la dificultad yace en determinar una de las frases que dispone el artículo 250: qué es un “engaño bastante para inducir”⁸⁴.

De forma coherente, como se viene diciendo, el hecho de que la tentativa de estafa se haya consumado es un grandísimo indicio de que el engaño fue *bastante para inducir*.... Esto también es cierto para determinar la RPPJ.

Por la confianza especial de la que gozan las PJ en el tráfico, es lógico que los criterios para determinar una estafa en grado de tentativa se tornen más favorables a las víctimas. Así lo considera la STS 1210/2019 del 9 de abril:

⁸² Goodman, M. Los delitos del futuro. Editorial Ariel. Madrid, 2015.

⁸³ Del Hoyo Manene, A. “Delitos tecnológicos: riesgos y controles” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Página 641.

⁸⁴ Código Penal. Artículo 250.

Señala la recurrente que no es creíble que una suma tan elevada haya pasado desapercibida para los socios. Pero si se altera la realidad documental pueden ocurrir estas circunstancias, si ello lo asociamos, además, con la ausencia de programas de cumplimiento normativo de compliance ad intra al que ya nos referimos en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 y 365/2018 de 18 Jul. 2018, Rec. 2184/2017 , dado que si existe una ausencia de control interno hacia las personas que tienen conferidas poder de dirección o materialización de actividades relevantes en una empresa existe el riesgo que, bajo el abrigo del abuso de las relaciones personales existentes se lleven a cabo actos de firmas en blanco...⁸⁵

Además de que las condiciones de los delitos de estafa cometidos en el seno de PJ gocen de una interpretación más garantista, otras sentencias han incluso llegado a desligar la RPPJ de todas las interpretaciones que se vienen analizando.

En este sentido se pronuncia la STS 827/2016, del 3 de noviembre, que confirma la condena a una PJ como autora penalmente responsable de un delito de estafa procesal en grado de tentativa⁸⁶. Como explica Gómez-Jara, crítico con la sentencia, “una cuidada lectura de la resolución (STS827/2016) arroja como resultado que no se cita en ninguna ocasión el artículo 31bis CP; tampoco se hace referencia al delito corporativo como déficit estructural de la persona jurídica...por su falta de cumplimiento de la legalidad”⁸⁷. En un futuro, esta resolución podría dar pie a condiciones más laxas de imputabilidad también en delitos consumados

En conclusión, la forma de encaje de la culpabilidad en el modelo de RPPJ es compleja y debatible. Esto se debe a la pobre técnica legislativa, que obliga a justificar la culpabilidad en dos modelos de responsabilidad 31bis1a y 31bis1b CP, muy distintos, de forma algo distinta. Si bien se ha tratado de encontrar una solución única a la determinación de culpabilidad o de imputación objetiva en la RPPJ, siempre habrá que matizar las conclusiones según se trate con la heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad de las PJ.

⁸⁵ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 9 de abril de 2019. Número de resolución: 192/2019

⁸⁶ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Resolución número 827/2016. 3 de noviembre de 2016.

⁸⁷ Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017. Página 147.

5.5 Las penas impuestas a personas jurídicas condenadas por delitos de estafa

Cuestión distinta es si la RPPJ en los delitos de estafa logrará calmar, eliminar, o desincentivar la actividad delictiva. Para discurrir sobre esto el primer indicio estará en la efectividad de las penas aplicables a PJ, en la medida que estas sean más, o menos, disuasorias.

Como indica el articulado, en el régimen de determinación de las penas será potestativo el general aplicable a las personas jurídicas del artículo 33.7CP, y preceptivo en proporción a la cantidad defraudada. La determinación potestativa de penas del artículo 33.7CP b) a g) dota de gran efectividad a la RPPJ en los delitos de estafa. Esto se debe a que, como se ha ido desglosando, hay algunas cuestiones subjetivas que deben considerar los magistrados que instruyen y condenan los supuestos de hechos típicos. Los delitos de estafa derivan de una relación previa. Esta puede ser más cercana (imaginémonos el encargado de un comercio local y de confianza), o menos (por ejemplo, cuando el sujeto pasivo es receptor de un correo electrónico o mensaje de texto). A la misma vez, un engaño puede ser más artificioso, o menos. En resumen, la discrecionalidad del juez se puede dar por razones como las ya comentadas relaciones entre la víctima y la PJ, el desamparo económico causado, o la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, entre otras.

Algunas penas del 33.7CP son las siguientes:

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

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años⁸⁸.

Dada la posibilidad de imponer una o varias de estas penas, el modelo de RPPJ, desde una perspectiva político-criminal, también parece ser efectivo en los delitos de estafa.

La determinación de las penas de personas jurídicas condenadas también se realiza con los criterios del artículo 66bis Código Penal. El más importante a destacar es: “el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control, o su necesidad para prevenir continuidad de la actividad delictiva o sus efectos⁸⁹”. Aún sin entrar a estudiar el artículo 31bis que instaura el RPPJ, estas disposiciones cobran sentido ya que el reproche y desvalor pronunciado lógicamente ha de ser mayor en estos casos, y como se explicaba antes, la actuación delictiva de un administrador o representante fiduciario de una PJ denota defectos estructurales más graves, una imprudencia en el debido control mayor, y en definitiva una cultura del cumplimiento deficiente en la PJ.

En resumen, las penas impuestas a las PJ parecen ser de suficiente entidad como para incentivar a las PJ a adoptar programas de *compliance* efectivos lo cual parece ser el objetivo último del artículo 31bis CP.

6. CONCLUSIONES

Respecto a la regulación actual de la RPPJ en España cabe señalar las siguientes reflexiones:

1. La existencia de dos vías para la RPPJ, las de los artículos 31bis1a y 31bis1b tiene explicación en la normativa que ha ido promulgando la UE. La fuente de los problemas es que al contrario que el legislador comunitario, el legislador nacional decide generalizar para todos los supuestos de hecho la responsabilidad por el hecho ajeno y responsabilidad por el hecho propio. Así diferenciando entre la tipicidad de

⁸⁸ Código Penal. Artículo 33.7

⁸⁹ Código Penal. Artículo 66bis.

cada uno según las características que tiene el sujeto persona física actuante dentro de la PJ en el delito.

2. Una forma de encajar la responsabilidad vicarial del 31bis1a CP en la teoría del delito es mediante ficciones jurídicas, donde se igualan las condiciones de actuación de la persona física a las condiciones bajo las cuales se responsabiliza a la PJ. Esta interpretación encuentra algún respaldo en la doctrina, pero no en las sentencias más trascendentales de la jurisprudencia.
3. En la jurisprudencia se consolida la autorresponsabilidad como fundamento preferido de la RPPJ. Es completamente procedente, y así se posiciona la mayoría de la doctrina, ya que se solucionan varios problemas de la RPPJ. Sin embargo el sentido gramatical del artículo 31bis1a conlleva que inevitablemente continuarán existiendo condenas a PJ por heterorresponsabilidad.
4. La exoneración de responsabilidad a través del *compliance* tiene varias virtudes desde la perspectiva política-criminal. Sin embargo, no es suficiente para evitar que se recurra a la heterorresponsabilidad en algunos supuestos de hecho, ya que la mera actuación delictiva de un representante fiduciario de una PJ suele ser indicio suficiente para determinar que no cabe exoneración por razón de *compliance*. Además, el sistema de *compliance* está pensado para las grandes empresas, siendo poco efectivo para prevenir delitos de estafa.
5. El legislador debería solucionar todos los problemas eliminando el 31bis1a e incluyendo a los representantes fiduciarios o administradores como sujetos actuantes típicos en el 31bis1b (la jurisprudencia del Tribunal Supremo intenta consolidar la responsabilidad autónoma del 31bis1b en la RPPJ, y esta modificación legislativa terminaría por hacerlo). Así se podrían consagrar soluciones y criterios únicos como estos:
 - a. La RPPJ es un delito de omisión del debido control, deber que nace de la posición de garante y especial confianza de las PJ en el comercio y tráfico jurídico.
 - b. Estas omisiones serán imprudentes, ya que si fueran dolosas, la sociedad sería instrumental para la comisión de delitos, y por tanto no afecto a la RPPJ sino a la disolución automática. Las omisiones son pequeñas

manifestaciones de la personalidad de la PJ, que quedan en evidencia por la falta de vigilancia y supervisión en la actuación de una persona física relacionada, en el sentido amplio, con la PJ.

6. La RPPJ en los delitos de estafa no varía de la RPPJ en otros tipos de delito. No ha resultado necesario realizar matices únicos pertinentes solo a los delitos de estafa. La problemática se mantiene en la esfera de la RPPJ.
7. El sistema de punición de las PJ es adecuado para los delitos de estafa dadas las posibilidades de matizar o modular las penas al supuesto de hecho acaecido. De esta forma, la pena se ajusta siempre al nivel de reproche que merece la PJ responsable. Por tanto los artículos 33.7 y 66bisCP son valorados positivamente.

7. BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Constitución Española. BOE número 311 de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE número 152.

Código Penal. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE número 77.

Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. BOE número 261.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE número 283.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE número 161.

Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente, mediante el Derecho Penal

Recomendación nº. R(88)18, del 20 de octubre, del Consejo de Europa, relativa a la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades

2000/383/JAI: Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro

2001/413/JAI: Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo

2002/475/JAI: Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo

2002/946/JAI: Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares

2004/757/JAI: Decisión marco del Consejo, de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas

2008/841/JAI: Decisión marco del Consejo, de 24 de octubre de 2008 , relativa a la lucha contra la delincuencia organizada

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. Resolución número 487/2014 de 9 de junio.

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. Recurso número 514/2015 del 2 de septiembre.

Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 29 de Febrero de 2016. Número de Resolución 154/2016.

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. Resolución número 827/2016 del 3 de noviembre.

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 7 de febrero de 2019. Número de resolución 742/2018.

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. Recurso número 262/2018 del 7 de febrero de 2019.

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 5 de marzo de 2019. Número de resolución 108/2019

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 8 de marzo de 2019. Número de resolución 123/2019

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 9 de abril de 2019.
Número de resolución: 192/2019

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 8 de mayo de 2019.
Número de resolución 234/2019

Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sección Primera. 19 de mayo de 2020.
Número de resolución 165/2020

Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Sentencia 202/2000 del 24 de julio. BOE núm
203, de 24 de agosto de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera. Número de aplicación
30810/03. 23 de marzo de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Números de aplicación 19955/05
y 15085/06. 23 de diciembre de 2008.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava. Recurso número 94/2016 de 14 de
diciembre.

Audiencia Provincial de Zaragoza. Sección Sexta. Número de recurso 18/2016 del 22 de
diciembre de 2016.

Audiencia Provincial de Huesca. Sección Primera. Resolución número 141/2017 del 20 de
noviembre.

Obras doctrinales:

Antón Teixido, J. “Indicadores y reporting” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez
Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 349-
389.

Bacigalupo, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, S.A 1ª
Edición. Madrid 1998.

Bajo Fernández, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Editorial Universitaria
Ramón Areces. Madrid 2004.

Casado López, M. “Elaboración y gestión de mapas de riesgos mediante Excel y una
aplicación informática” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum
Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 271-291.

Casanovas, A. *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Editorial
Aranzadi. Pamplona 2017.

Cuesta Arzamendi, José L. y Pérez Machío, Ana I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados*.

Del Hoyo Manene, A. “Delitos tecnológicos: riesgos y controles” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 639-669.

Escayola Maranges, E. “Código Ético” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 97-121.

Faus Santasusana, R. y Gámez Serracabrera, A. y Aguiló Casanova, C. “Governance y Compliance en Private Equity y entidades de inversión” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 735-756.

Feijoo, B. Fernández, B. y Gómez-Jara, C. *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi Edición, Madrid, 2012.

Font, E. “Sector tecnológico-digital” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 759-765.

García Maynez, Eduardo. *Algunas reflexiones sobre la doctrina Platónica de los preámbulos en las leyes*. Diánoia, vol. 34, no. 34, 1988.

García de Enterría, J. e Iglesias Prada, J., “La fundación de las sociedades de capital” en (coord.). Luisa Aparicio, M., *Lecciones de derecho mercantil*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2018. Páginas 409-427

Gómez Doñate, P. “Modelo de prevención y control” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 51-72.

Gómez Lanz, J. y Obregón García, A., *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*. Editorial Tecnos 2ª Edición (adaptada a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica el Código Penal), Madrid, 2016.

Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Editorial Aranzadi 1ª Edición, Pamplona, 2017.

Gómez Tomillo, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Editorial Aranzadi 2ª Edición (actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Gruner, R. *Corporate Criminal Liability and Prevention*. ALM Properties, Inc. Law Journal Press. New York, 2004.

Molina Blázquez, C. y Landecho Velasco, C., *Derecho penal español. Parte general*, Editorial Tecnos 10ª Edición, Madrid, 2018.

Mir Puig, S. *Derecho penal. Parte general*, 5ª Edición, 2008. Página 7.

Ribas, X., “25 argumentos a favor del compliance” en (coords.) Gómez Doñate, P. y Pérez Guillamón, J. *Practicum Compliance 2020*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2019. Páginas 33-48.

Roxin, C. *Derecho penal. Parte general, Tomo I*. Editorial Civitas Edición 1ª, 2014.

Van Weezel, A. *Coautoría en delitos de organización en: El funcionalismo en derecho penal*. Santiago 2003.

Otras fuentes:

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

Asociación Española de Normalización. UNE 19601:2017. *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*.