

**TEMA DE
DEBATE:
ACTIVIDAD
EMPRESARIAL
Y FORMA
JURÍDICA:
ALGUNAS
CUESTIONES
ECONÓMICAS
BÁSICAS**

Una (otra) aproximación al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Juan de Dios Cárdenas Gálvez

Resumen: En este artículo se analizan las implicaciones del nuevo régimen de responsabilidad penal de las corporaciones, implantado en nuestro país en 2010 y perfilado en 2015, a través, en ambos casos, de la reforma del Código Penal.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas; Código Penal; “compliance” penal.

Códigos JEL: G32; K14; K49.

“Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó”, Génesis, 1.27

1. ...Y creó el hombre a las personas jurídicas

Aviones que vuelan solos, coches que se conducen y aparcan solos, gasolineras que atienden solas a sus clientes, fábricas que fabrican productos solas; drones que entregan a domicilio todo tipo de pedidos, ciberasistentes domésticos que se encargan de las tareas cotidianas... Los continuos avances tecnológicos en robótica e inteligencia artificial han superado lo que hace no tanto tiempo era pura ciencia ficción.

Y aun así, a día de hoy no encontrará el lector una creación humana que se asemeje más a su creador que las personas jurídicas.

En efecto, los paralelismos son más que notables. Desde la concepción del colectivo como algo en sí mismo diferenciado de la suma de los individuos que lo conforman, el ser humano se ha encargado sin descanso de atribuir vida a ese ente colectivo, confiriéndole una personalidad propia y distinta de la de sus miembros, una denominación propia y una identificación exclusiva que le distinga de todos los demás antes de su misma especie, capacidad propia para obrar, asumiendo derechos y obligaciones por y para sí, y pudiendo exigir de la misma forma que una persona física el respeto de esos derechos, así como soportar la exigencia de cumplimiento de sus propias obligaciones; le ha atribuido incluso derechos morales, reconociendo su dignidad y tutelando su honor y reputación. Hoy las personas jurídicas nacen con su constitución formal; pueden adquirir nuevos activos y aprobar ampliaciones de capital para crecer y fortalecerse; pueden unirse con otras personas jurídicas a través de fusiones o establecer relaciones más esporádicas y limitadas en el marco de una *joint venture*, o separarse mediante operaciones de escisión; pueden a su vez constituir otras entidades en las que participar y formar grupos de empresas asimilables a la familia humana; cuentan con mecanismos como el concurso para tratar de superar los momentos de mala

salud financiera; y ponen fin a su existencia en este mundo mediante su liquidación y extinción.

Sobre el papel, las diferencias entre personas físicas y jurídicas se han ido difuminando progresivamente.

Y este proceso de difuminación ha dado un importante paso -en modo alguno exento de controversia, en la medida en que ha supuesto cruzar líneas que llevaban siglos marcadas en nuestro ordenamiento- con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que implica la atribución a las mismas no solo de capacidad de obrar sino de cometer delitos, con la implicación que ello conlleva en cuanto a la apreciación de culpa. Nace así la sociedad delincuente.

Hace poco leía un artículo sobre esta cuestión en el que el autor afirmaba con cierta sorna que pocos asuntos habían despertado tanto interés en el ámbito científico, atendiendo a la inabarcable producción de trabajos al respecto -muchos de ellos excelentes-, y tan poco en la opinión pública. Posiblemente tenga razón. De momento.

2. Ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El análisis de esta cuestión debe partir necesariamente del aforismo clásico “societas delinquere non potest” (de inevitable referencia en cualquier trabajo, por modesto que sea, sobre esta materia), la sociedad no puede delinquir. La propia naturaleza de la persona jurídica, que no deja de ser una ficción creada por el Derecho con un propósito bien definido y con un mecanismo de toma de decisiones completamente supeditado a la voluntad particular de los integrantes de su órgano de administración, la hacía esencialmente incompatible con principios elementales del derecho penal como la imputabilidad, fundado en criterios esencialmente subjetivos como la culpa (“nulla poena sine culpa”, si se nos permite acudir de nuevo a los clásicos). La

concepción tradicionalmente antropocéntrica del *ius puniendi* y ese componente de reproche moral a las más graves conductas humanas, unido a su carácter restrictivo de ultima ratio del ordenamiento jurídico, que inspira el fundamental principio de intervención mínima, justificaba el tradicional rechazo a considerar a las personas jurídicas como autoras materiales de conductas delictivas y por ello responsables criminales. El marco sancionador de las personas jurídicas, por otro lado, quedaba sólidamente cubierto desde el derecho administrativo o, en los casos más graves, con las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal y la responsabilidad civil solidaria o subsidiaria de la empresa en determinados casos.

Las discusiones, sin embargo, se han mantenido durante décadas entre nuestros autores penalistas, enfrentándose posiciones dogmáticas con otras inspiradas en un decidido pragmatismo y en razones de política criminal. Y así hasta que mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se terminó dando entrada en nuestro ordenamiento a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin duda un auténtico hito jurídico, una revolución conceptual en un campo tan relevante como el derecho penal, que, como apuntábamos, hasta el momento ha pasado más bien desapercibido al gran público.

La mencionada Ley Orgánica 5/2010 introdujo un nuevo artículo 31 bis en el Código Penal, en el que pretendía concretarse la regulación de este nuevo régimen de responsabilidad, fundado en la incorrecta actuación de los administradores de la sociedad o de las personas dependientes de ellos. La regulación, sin embargo, no terminó de ser afortunada, generando infinidad de dudas entre los operadores jurídicos, por lo que desde la doctrina científica más reconocida se exigió con insistencia una nueva actuación del Legislador que permitiera clarificar aspectos esenciales del nuevo sistema.

Estas exigencias fueron finalmente atendidas y el 30 de marzo de 2015 se aprobó la Ley Orgánica 1/2015, que introdujo una notable modificación del artículo 31 bis y añadió los artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies, que contribuyen a completar la regulación del novedoso régimen legal.

Así, de conformidad con el artículo 31 bis del Código Penal, las personas jurídicas podrán ser encontradas penalmente responsables:

a) “de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un

órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”;

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

Esta configuración legal planteó una primera gran duda entre los principales operadores jurídicos, dando buena muestra del complicado encaje que presenta la cuestión en nuestro ordenamiento. Y es que, ¿configura la Ley un sistema de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial o por transferencia, en el que se hace responsables a las personas jurídicas por las actuaciones delictivas de terceras personas (sus representantes legales o autorizados para tomar decisiones en su nombre o que ostenten facultades de organización y control; y quienes estén sometidos a éstos)?; ¿o de alguna manera se mantiene el respeto al principio de responsabilidad personal que ha regido históricamente el derecho penal, configurando un sistema de autorresponsabilidad o responsabilidad personal por el hecho propio?

La Fiscalía General del Estado se decantó por la primera opción, expresándolo abiertamente en la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015: “la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica”.

Sin embargo, poco más de un mes después de dictarse la indicada Circular la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó la sentencia 154/2016 de 29 de febrero -cuyo ponente fue precisamente el posterior Fiscal General del Estado, hoy tristemente fallecido, D. José Manuel Maza Martín-, en la que pronunciándose por vez primera acerca de esta materia

“tan novedosa como compleja” -en palabras del propio Tribunal- destaca las dificultades que plantearía en la práctica del enjuiciamiento un sistema de responsabilidad por transferencia y, negando que tenga cabida en nuestro sistema un régimen penal de responsabilidad objetiva, concluye, contradiciendo el criterio de la Fiscalía General, que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad propia.

Criterio posteriormente confirmado en la sentencia 516/2016 de 13 de junio (en el sentido en que quedó aclarada mediante Auto de 28 de junio de 2016) y en la 668/2017 de 11 de octubre, que afirmaba que “La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica”.

Así, la responsabilidad penal de la persona jurídica no sería la consecuencia inevitable de la comisión de un delito por sus administradores o personas de especial vinculación con la misma que hubieran actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su directo o indirecto beneficio, sino del hecho de que tales delitos se hayan podido cometer por no haber ejercido la persona jurídica el debido control en su ámbito de actividad. “El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. (...) la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”, sostiene el Tribunal Supremo.

El debido control se configura, así, como el concepto sobre el que se hace pivotar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, penalizando la quiebra de ese deber de vigilancia y control por parte de la persona jurídica, a la que, siguiendo las modernas directrices sobre responsabilidad social corporativa y buena gobernanza empresarial, se atribuye un especial deber de vigilancia, una exigencia de cuidado respecto de su actividad y de las personas que intervienen en la misma, tanto administradores como trabajadores. De esta manera, la efectiva comisión de un delito será

castigada no tanto por la comisión de un ilícito penal por los responsables de la persona jurídica en su beneficio directo o indirecto como por no haber dispuesto los medios oportunos para evitarla. No podemos dejar de insistir en que se trata de un planteamiento que derriba muchos principios generales sólidamente asentados en nuestra tradición penalista y que precisará de larga y profunda pedagogía para poder asimilarlo.

3. Alcance limitado del nuevo régimen penal

Con todo, la introducción de este régimen en nuestro ordenamiento no ha sido tan amplia como podía haber sido: a diferencia de otros sistemas de nuestro entorno (el francés, por ejemplo), el Legislador ha configurado un sistema cerrado en el que la responsabilidad de las personas jurídicas se limita a un elenco concreto de tipos delictivos, de tal manera que las personas jurídicas únicamente podrán ser condenadas como autores de un delito en aquellos casos en que expresamente se prevea tal posibilidad en el Código Penal; en caso contrario, aun concurriendo el resto de elementos para la imputación, se produciría una falta de tipicidad y la persona jurídica no podrá ser condenada.

Hoy por hoy, se incluyen entre los delitos que pueden cometer las personas jurídicas las estafas y fraudes, las insolvencias punibles, el blanqueo de capitales, la financiación ilegal de partidos políticos, los delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal, contra la salud pública, contra el medio ambiente, el tráfico de influencias o el cohecho, por citar solo algunos.

Fuera de los delitos específicamente contemplados en el Código, las personas jurídicas no podrán ser declaradas autoras de ningún otro delito. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la posibilidad de apreciar su responsabilidad civil o de adoptar medidas accesorias en los términos previstos en el artículo 129 del Código Penal al que anteriormente hicimos referencia.

Y se manifiesta también ese carácter limitado con el que el Legislador ha concebido este régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el hecho de que no se extiende de forma general e indiscriminada a todo tipo de personas jurídicas, sino que expresamente excluye al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público y a aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. A título informativo es interesante

señalar que desaparecen de este grupo de personas jurídicas excluidas del régimen de responsabilidad penal los partidos políticos y los sindicatos, que sí aparecerían excluidos en la inicial regulación de 2010; ¿un guiño a la sufrida ciudadanía?

4. Penas aplicables a las personas jurídicas delincuentes

En cuanto a las penas que dispone el nuevo régimen para castigar los delitos cometidos por las personas jurídicas, el artículo 33.7 del Código Penal contiene un catálogo adaptado a las especiales circunstancias de las mismas. Con arreglo a este precepto, los delitos cometidos por las personas jurídicas serán castigados con las siguientes penas:

- a) Multa.
- b) Disolución de la persona jurídica.
- c) Suspensión de actividades por plazo no superior a cinco años.
- d) Clausura de locales y establecimientos por igual plazo.
- e) Prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- 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 no superior a quince años.
- g) Intervención judicial.

En la imposición de las penas los Tribunales deberán ponderar con cautela los efectos que las mismas puedan provocar, principalmente, sobre la situación de los trabajadores de la persona jurídica.

5. La luz entre las tinieblas: los programas de prevención de delitos

Al mismo tiempo que define este escenario francamente preocupante para la persona jurídica, que como hemos visto queda expuesta a gravísimas penas en el caso de ser encontrada responsable de un delito, el Legislador ofrece a las protagonistas del nuevo sistema un mecanismo para garantizar su tranquilidad: el establecimiento en el seno de la empresa de medidas preventivas encaminadas a la evitación de la comisión de delitos, al que se atribuye nada menos que una eficacia exoneradora de la responsabilidad penal. Aun concurriendo los elementos típicos, la persona jurídica

no será declarada responsable de delito si acredita haber implementado de forma eficaz “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”; los populares planes, o protocolos, o modelos de prevención de delitos que han hecho del *Compliance* penal, con razón, una de las disciplinas en auge en el sector jurídico en los últimos tiempos.

Corresponde al órgano de administración su adopción, así como el encargo de seguimiento del mismo a un órgano específico con facultades suficientes para su control y supervisión, admitiendo el Legislador, consciente de la realidad de la inmensa mayoría de las empresas de nuestro país, que estas tareas de supervisión puedan ser asumidas por el propio órgano de administración en aquellas personas jurídicas que puedan presentar cuentas anuales abreviadas.

Para surtir sus trascendentales efectos protectores, estos modelos deben reunir una serie de requisitos, recogidos en el apartado 5 del artículo 31 bis:

- a) Identificar las actividades en las que puedan cometerse delitos; el llamado mapa de riesgos.
- b) Establecer protocolos para la adopción de decisiones y ejecución de las mismas.
- c) Disponer modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de delitos.
- d) Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, configurando mecanismos adecuados para ello (canal de denuncias) que garanticen el anonimato del denunciante para incentivar su colaboración y evitar represalias.
- e) Establecimiento de un régimen disciplinario adecuado.
- f) Realización de verificaciones periódicas que adapten el modelo a la realidad particular de la persona jurídica y perfeccionen su eficacia.

Requisitos que deben completarse con lo específicamente establecido en la Norma española UNE 19601 publicada por la Asociación Española de Normalización (AENOR) el pasado 18 de mayo de 2017.

Teniendo en cuenta los efectos favorables de la implantación de este tipo de modelos y los graves

riesgos a los que se expone la persona jurídica en caso de no disponer de los mismos, no cabe duda de que en un corto periodo de tiempo apenas habrá ninguna persona jurídica que carezca de un modelo de prevención de delitos. Ni la entidad ni sus administradores pueden permitirse las consecuencias de carecer de uno.

6. A modo de conclusión

El régimen jurídico que de forma escueta hemos tratado de describir en estas páginas apenas ha dado sus primeros pasos en nuestro ordenamiento. Los pronunciamientos judiciales, esenciales para la consolidación del sistema, son aún escasos, y sigue existiendo división entre la doctrina en cuanto a la verdadera viabilidad de esta figura en un ámbito tan restrictivo y escrupuloso como es el Derecho Penal. Aún tendrá que pasar algún tiempo para poder valorar de forma crítica, cuando se asiente la polvareda, el mayor o menor acierto del Legislador. Aunque sin duda habrá quien dé por bien empleado el sacrificio de principios esenciales del Derecho Penal clásico si ello contribuye a extender una mayor cultura ética y de cumplimiento en el ámbito corporativo.

El tiempo dirá.

Referencias bibliográficas

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

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

Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. J., y Gómez-Jara Díez, C., “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Aranzadi, 2016.

Zugaldía Espinar, J. M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos”, Tirant Lo Blanch, 2013.

