

unir

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DE LA RIOJA

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el Ejercicio de la Abogacía

La calificación dogmática del 'debido control' como elemento del delito de la persona jurídica

Trabajo fin de máster presentado por:
Marta Martínez-Almeida de Navasqués

Titulación: Máster en el Ejercicio de la
Abogacía

Área jurídica: Derecho penal
Director: Aitor Martínez

Madrid
10/12/2018

Firmado por: Marta Martínez-Almeida de Navasqués

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	2
RESUMEN	4
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
DESARROLLO	7
I. <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i> : ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	7
I.1. <i>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i>	9
I.2. <i>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</i>	11
I.3. <i>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</i>	12
I.4. <i>Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i>	14
II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL ARTÍCULO 31 BIS CP.	16
II.1. PRIMERA PARTE: EL DELITO DE LA PERSONA FÍSICA	17
II.2. LA FALTA DEL ‘DEBIDO CONTROL’ Y LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE	21
II.3. PERSEGUIBILIDAD DE LA PERSONA FÍSICA	26
II.4. ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA.....	27
II.5. ENTIDADES EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	27
II.6. LAS PENAS APLICABLES A LA PERSONA JURÍDICA	28
III. LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS EN JUEGO DENTRO LA TEORÍA DEL DELITO.....	30
III.1. ACCIÓN Y OMISIÓN.....	32
III.2. TIPICIDAD	32
III.3. CULPABILIDAD	34
III.4. PUNIBILIDAD	35
IV. EL “DEBIDO CONTROL”: ¿ELEMENTO TÍPICO, ELEMENTO DE CULPABILIDAD O EXCUSA ABSOLUTORIA DE PUNIBILIDAD DENTRO DEL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA?.....	36
V. IMPLICACIONES PRÁCTICAS: LA CARGA DE LA PRUEBA, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD.	45
OPINIÓN PERSONAL	50
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	54
FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS	55

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

BOE - Boletín Oficial del Estado
CP - Código Penal
LO - Ley Orgánica
STC - Sentencia del Tribunal Constitucional
STS - Sentencia del Tribunal Supremo
TC - Tribunal Constitucional
TS - Tribunal Supremo

TÍTULO: LA CALIFICACIÓN DOGMÁTICA DEL “DEBIDO CONTROL” COMO ELEMENTO DEL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA**RESUMEN**

La novedosa responsabilidad penal de la persona jurídica, introducida en el 2010 y desarrollada más tarde en el 2015, ha supuesto un cambio casi revolucionario en nuestro sistema penal, agitando algunos de sus principios más fundamentales y, aparentemente, estables.

La redacción que en el 2010 se dio al artículo 31 *bis* generó diversas dudas en cuanto a la exacta delimitación del delito de la persona jurídica. ¿En qué consistía realmente? La reforma del 2015 intentó mejorar la redacción técnica y disipar así algunas de sus dudas. No supuso a pesar de ello un remedio absoluto, pues aún persiste la discusión: ¿qué papel juega realmente el programa de cumplimiento en el delito de la persona jurídica? Con ocasión de su primer pronunciamiento real sobre la cuestión en el 2016, el Tribunal Supremo se decantó, por ocho votos a siete, a favor de su caracterización como núcleo de la tipicidad del delito de la persona jurídica.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal de la persona jurídica, culpabilidad, programa de cumplimiento.

TITLE: THE DOGMATIC CATEGORY OF THE “DUE SURVEILANCE” AS ELEMENT OF THE CRIMINAL CORPORATE LIABILITY

ABSTRACT

The novelty of the criminal corporate liability introduced in 2010 and then further developed in 2015 has had an almost revolutionary impact on our criminal system, agitating some of its most fundamental and, apparently, stable principles.

This criminal corporate liability as it was worded in 2010 had left many doubts as to the precise definition of the corporation’s offence. What was it really about? The 2015 amendment intended to improve the technical phrasing of the offence and this way clear some of the doubts. However, it was not as total solution as it was meant to be. There is still a pending question: which is exactly the role of the compliance program in the corporation’s offence? In their first pronouncement in 2016, the Supreme Court opted, eight votes to seven, for the characterization of this compliance program as core element of the corporation’s offence.

KEY WORDS: *criminal corporate liability, culpability, compliance program.*

INTRODUCCIÓN

Tal y como afirman algunos autores en la doctrina penal “[e]xisten nuevas situaciones y nuevos retos que no encuentran una acogida satisfactoria en los planteamientos del pasado. Y el Derecho penal es un prisma paradigmático a través del cual estudiar tal proceso de cambio”¹.

Este trabajo pretende, precisamente, abordar las consecuencias jurídicas –a raíz de su más reciente introducción en el Derecho penal– de un aspecto tan relevante del cambio social como es el cada vez más denotado protagonismo de la persona jurídica en todos los ámbitos sociales.

Más concretamente, el objeto de investigación de este trabajo gira en torno a la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la calificación dogmática del llamado “debido control” como elemento del delito de la persona jurídica. Es decir, ¿cómo encaja en la construcción del delito de la persona jurídica la obligación esta que tiene de controlar que no se cometan delitos en su seno y a su favor?

Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo en su famosa Sentencia 154/2016, de 29 de febrero², en la que se decantó, por ocho votos a siete, a favor de la consideración de este “debido control” como elemento específicamente típico del delito de la persona jurídica. En contra de este encaje típico, los siete magistrados del voto particular, en cambio, optaron por su determinación como elemento excluyente de la culpabilidad. La Fiscalía se sumó también al debate a través de su Circular 1/2016³, en la que defiende la clasificación del “debido control” como excusa absolutoria de punibilidad para la persona jurídica.

Si bien la controversia en un plano abstracto y puramente doctrinal podría parecer estéril, el interés de este trabajo es aclarar las diferentes posturas adoptadas por los agentes jurídicos y entrar así posteriormente a valorar la que nos parece más acertada, ya que en el futuro es evidente que nuestro ordenamiento deberá cerrar una respuesta unívoca al respecto. Y es que están en juego aspectos prácticos y de tan notoria relevancia como a quién corresponde la carga de la prueba -de este “debido control”- o hasta qué punto ciertas posturas del debate

¹ GOENA VIVES (2017:31).

² STS 154/2016, de 29 de febrero (Roj: STS 613/2016).

³ 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.

irrumpirían en nuestro sistema penal tradicional arrasando con el principio de autorresponsabilidad.

La elección del tema planteado como objeto de nuestra investigación viene amparada por un amplio paraguas de motivos: desde lo estimulante de la discusión doctrinal y el engarce de sus categorías, hasta la relevancia práctica de sus conclusiones.

Ha sido igualmente un factor determinante el haber disfrutado de la posibilidad de cursar no solo este Máster en el Ejercicio de la Abogacía en la UNIR sino también, paralelamente, el Máster de Derecho Penal impartido por la Universidad Autónoma de Madrid y su extraordinario departamento de Derecho Penal.

Se añade a todo esto, por último, la oportunidad que representa conocer y tratar desde sus más controvertidos inicios una novedosa materia de tan amplia aplicación práctica como ha resultado ser esta responsabilidad penal de la persona jurídica.

En el desarrollo de nuestro trabajo comenzamos, para situarnos en contexto, con un breve repaso de tres cuestiones fundamentales: los antecedentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal español, la regulación actual y, en tercer lugar, las categorías dogmáticas clave dentro de la teoría del delito que interesan para el debate. Armados con los conceptos teóricos necesarios, abordamos en el cuarto apartado las posturas fundamentales en esta discusión doctrinal y jurisprudencial. El quinto apartado, a continuación, analiza las consecuencias prácticas de las diferentes posturas y deja así, para el sexto apartado, nuestra opinión personal al respecto en forma de conclusiones.

DESARROLLO

I. *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*: ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La posibilidad de exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, algo que ahora nos puede parecer habitual —e incluso lógico y de justicia en determinadas ocasiones—, no ha sido ni mucho menos una constante en nuestro derecho. Todo lo contrario. Una de las máximas de nuestro sistema penal venía hasta ahora recogida en el consabido latinismo *societas delinquere non potest*. Y es que la persona jurídica no se consideraba sujeto del Derecho penal, su potencial ingreso en la autoría delictiva resultaba, nos atrevemos a decir, inimaginable. La novedosa reforma de nuestro Código Penal (en adelante CP) en el año 2010 termina con esto y abre el camino a una desafiante adaptación de nuestro Derecho penal a esta realidad de la persona jurídica.

Las categorías doctrinales manejadas en el ámbito penal para componer la teoría del delito impedían —y, en mi opinión, aún lo hacen— el engarce natural de la persona jurídica en su esquema: la acción típica, antijurídica y culpable de la persona física parece encontrar seguidos obstáculos en su traslado a la persona jurídica. Yendo incluso más allá, si entráramos a los fines de la pena —y más específicamente a la prevención general negativa como amenaza de un mal—, la persona jurídica no podría en sí misma verse compelida por ella.

No debemos tampoco perder de vista un argumento clave en todo este proceso de equiparación entre la persona física y la jurídica a efectos de su responsabilidad penal: la persona jurídica es una creación pragmática de nuestro ordenamiento, que siempre actuará por medio de las personas físicas que la componen. El elemento psicológico de la persona física y su relación directa con los fines de la pena, así como el principio de culpabilidad de nuestro derecho penal, tenderán por naturaleza a ser siempre algo ajeno, o cuando menos controvertido, en su traslado a la persona jurídica. Este es precisamente el origen de muchas de las renuencias doctrinales en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica en España⁴.

⁴ “En efecto, hasta la eclosión expansiva del fundamentalismo político criminal que imputa a la persona jurídica unas ficticias capacidades de acción, de culpabilidad, y de soportar una pena —o cualquier otra “sanción” en sentido estricto—, en la Dogmática jurídico penal auténtica que hoy se ve amenazada de demolición por aquél y por otros fundamentalismos, independientemente de la orientación metodológica que se siguiera —causalista naturalista, neokantiana, o finalista—, se rechazó la responsabilidad penal de la persona jurídica por la sencilla —pero por sí sola más que suficiente— razón de que, como demuestra y prueba con toda certeza la teoría general de la persona jurídica, en el substrato de ella están ausentes absolutamente todos los elementos materiales reales que configuran los objetos de todas y de cada una de las valoraciones jurídico penales —

El legislador y la jurisprudencia, acunados por esta discusión doctrinal de fondo, han ido intentado dar solución a todo ello en estos últimos ocho años, buscando no solo su corrección teórica sino la mejor interpretación a efectos prácticos.

Para ilustrar ordenadamente esta introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento hacemos en este apartado un breve repaso por la sucesiva regulación penal sufrida en nuestro país en este ámbito. Pasamos así a enumerar y brevemente comentar las cuatro leyes más relevantes, precedentes y regulación actual, en el ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica –teniendo en cuenta que esta, como tal, no se introduce hasta la tercera que veremos, la reforma del 2010–.

Vamos a comprobar, con las sucesivas legislaciones en la materia, que a nuestro legislador nunca se le ha ocurrido, hasta 2010, tratar a la persona jurídica como potencial sujeto responsable de la comisión de delitos. Ha entendido que, efectivamente, las personas físicas que forman parte de ella son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal y que

- i) el patrimonio social podría servir para respaldar futuras responsabilidades civiles subsidiarias de los trabajadores a su cargo,
- ii) cuando la persona jurídica fuera empleada como instrumento delictivo y su estructura se aprovechara para de alguna forma favorecer los efectos del delito, el derecho penal no podría ignorarlo y
- iii) por la actuación de las personas físicas que la integran la persona jurídica no podía quedar excusada del cumplimiento de sus deberes.

Hasta aquí, cuestiones razonables y en muchos casos necesarias.

El salto del 2010 refleja sin embargo prisas mal gestionadas e incluso, nos atrevemos a decir, cierto rastro demagógico detrás de estas últimas. La mejor expresión de nuestras sospechas sobre el irresponsable recurso político a la normativa penal de manera simbólica estos últimos años viene recogida por GOENA VIVES cuando sentencia:

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— necesarias para la constitución del concepto del delito y para soportar la pena. Esto es así porque en Derecho penal los objetos tanto de las valoraciones categoriales constitutivas del supuesto de hecho delictivo, como de las determinantes del sí y de la medida de la intervención punitiva, tienen un substrato psicológico y sensible que sólo está presente en el ser humano y completamente ausente en la llamada persona jurídica”, GRACIA MARTÍN (2016:8).

“Desde que vio la luz en 1995, el llamado "Código Penal de la democracia" ha ido aproximándose cada vez más a un Derecho policial con el que responder a los reclamos de una sociedad que reclama seguridad a cualquier precio. Es indudable que se trata de una rama del ordenamiento con una fuerte carga simbólica. Ahora bien, ¿lo convierte eso en el instrumento idóneo para satisfacer cualquier demanda social?”⁵.

No es solo cuantitativa la transformación de la legislación penal referida a las personas jurídicas, sino cualitativa; ya no es cuestión de cuántas normas o de cuánta extensión se pudieran encontrar sobre la cuestión en el Código Penal, sino de la revolución conceptual que traen consigo. Un ejercicio tal de transformación no puede introducirse a la ligera ni por motivos estrictamente políticos, y, si ha sido largamente reflexionado por los mejores profesionales en el campo, así debe parecerlo, como mínimo tributo a la extraordinaria relevancia normativa de una materia como la penal.

Comentamos y analizamos a continuación las sucesivas reformas en la materia.

I.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁶

En el Código Penal de 1995, el llamado Código de la Democracia, dos son los artículos relevantes en el entorno de las personas jurídicas y la responsabilidad penal que entonces podía rodearlas a ellas o a sus más altos cargos -como administradores o representantes-. Estos dos artículos son el 31 y el 129 CP, que a continuación comentamos.

Es importante tener en cuenta que, si bien el Código de 1995 recogía en estos dos artículos, como ya advertíamos, menciones relevantes a las personas jurídicas en el ámbito penal, nada tenía que ver con la posibilidad de exigirles responsabilidad penal por la comisión de un delito *propio*.

El artículo 31 CP, que hoy en día se mantiene, hace explícita referencia al “administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica” pero también al que actúa “en nombre y representación legal o voluntaria de otro”. No es este un artículo propiamente de la persona jurídica, ni de hecho es exclusivo de ella, a pesar de que la entidad tiene en él un papel determinante. Este artículo permite, para los casos de delito especial –aquellos en los que deben concurrir en el sujeto activo del delito determinadas circunstancias o cualidades para poder atribuírsele su autoría–, evitar la impunidad cuando se cometan por quienes no cuentan

⁵ GOENA VIVES (2017:31).

⁶ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

con aquellas cualidades requeridas por el tipo. Es un artículo previsto para evitar la impunidad de ciertas conductas bajo el argumento de la falta de elementos del tipo en el sujeto activo.

Un ejemplo clásico de esta situación viene dado precisamente por la persona jurídica y los delitos que de alguna manera se le atribuyen pero que, naturalmente, son ejecutados en última instancia por una persona física. El delito fiscal, por citar un ejemplo, habla de quien defraude a la Hacienda Pública teniendo una obligación fiscal particular. En el impuesto de sociedades el obligado tributario es la persona jurídica, la entidad, si bien, lógicamente, esta actúa por medio de sus administradores. Este artículo 31 CP evita que los mencionados administradores, en este supuesto, se escuden en la ausencia de la cualidad de obligado tributario en su persona para excluirse como posible autor del delito y garantizar la impunidad de su acción. Un buen ejemplo de esto lo podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2000⁷, que resume muy acertadamente el propósito de este artículo 31 CP y hace especial mención al caso de los delitos fiscales.

Como vemos, este artículo 31 CP no atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica sino que se cerciora de que, cuando esta última pudiera ser calificada como autor de algún delito ya previsto, no permanezca impune bajo la falsa careta de la persona física que en su nombre actúa. Dicho lo cual, podría incluso identificarse este artículo 31 CP con la conocida teoría del levantamiento del velo⁸; teoría que pretende corregir ciertos actos de abuso de derecho por quienes se amparan en una norma, ficción jurídica o concepto legal –como sería la personalidad jurídica– para bordear otro precepto.

⁷ La citada sentencia establece, en su fundamento jurídico tercero: “El vigente artículo 31 CP, cuyo antecedente era el 15 bis introducido por la Ley de Reforma de 25-6-1983 (RCL 1983, 1325, 1588 y ApNDL 2364), constituye una regla complementaria de la autoría fijada en el artículo 28 del mismo Texto que tiene por objeto, en aras de preservar el principio de legalidad, delimitar la existencia de posibles autores en aquellos casos en que por tratarse de delitos especiales se exige la concurrencia de determinadas condiciones o cualidades para ser considerado autor de los mismos. El caso paradigmático era el de las personas jurídicas y quien debía responder penalmente de sus actos ilícitos, constituyendo recurso habitual la apelación a dicha personalidad con el objeto de eludir las personas físicas partícipes e integrantes de las mismas su propia responsabilidad penal, resultando por ello una regla extraordinariamente útil, aplicable especialmente a delitos de naturaleza patrimonial o económica en los que es preciso discernir quién es el «verdadero dueño de la voluntad social», que salva en todo caso el principio de legalidad mencionado”.

⁸ Para comprender la teoría del levantamiento del velo hay que recordar que la ficción de la personalidad jurídica ha provocado una clara distinción ficticia entre esta última y las personas físicas que la componen. Esta separación entre socios y sociedad puede resultar peligrosa cuando se aprovecha por determinados actores en el tráfico jurídico. En palabras de Sánchez Huete, “el levantamiento del velo es una doctrina antiformalista que pretende evitar ficciones fraudulentas. Así, puede suceder que se cree y utilice una persona jurídica de forma instrumental, con la finalidad de eludir responsabilidades”, SÁNCHEZ HUETE (2008:34).

El artículo 129 CP, en segundo lugar, sí que hacía expresa y clara referencia a las personas jurídicas como destinatarias de la norma en este Código de 1995. En este 129 CP se establecían una serie de medidas a imponer a la propia persona jurídica, “*consecuencias accesorias*”, como la disolución, suspensión de actividades o la clausura de locales, para los casos que así previera el Código y con el objetivo exclusivo de evitar la continuidad delictiva en la entidad o los efectos del delito cometido por la persona física dentro de la persona jurídica o a partir de ella.

I.2. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁹

Con la reforma de 2003 el artículo 129 CP de consecuencias accesorias para las personas jurídicas permanece inalterado; no así el artículo 31 CP, que ve incorporado un apartado segundo. Se impone con él la responsabilidad solidaria y directa de la persona jurídica cuando el autor persona física –en cuyo nombre o por su cuenta actuaba– fuera condenado a pena de multa. El legislador de 2003 pretendía con esto asegurar que la pena de multa impuesta al autor del delito, cometido por cuenta o en nombre de la persona jurídica, tuviera el respaldo del patrimonio social.

Siguiendo la reflexión de GOENA VIVES, “de acuerdo con la Exposición de Motivos de la mencionada LO 15/2003, el legislador pretendió abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. A pesar de ello, la mayoría de autores afirmó que “el art. 31.2 era en realidad un supuesto de responsabilidad civil” y que, de cualquier forma y a pesar de aquella otra opinión que sostenía que se trataba en realidad de un aseguramiento de una deuda de derecho público, “quedaba claro que más que una pena *stricto sensu*, lo dispuesto en el art. 31.2 era una atribución de responsabilidad patrimonial a una persona jurídica por el hecho de otro”¹⁰.

Hasta aquí toda la actividad normativa del legislador en materia de responsabilidad de las personas jurídicas nos parece razonable. Es natural, en nuestra opinión, aprovechar el capital social para permitir que el perjudicado por el delito de la persona física pueda acudir a una fuente más segura de resarcimiento que el patrimonio de esta última, que a todas luces tendría muchos más visos de poder resultar insuficiente y, por ende, no proceder a la reparación de la víctima. Al fin y al cabo, si la persona física actuaba en nombre o por cuenta de la persona

⁹ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

¹⁰ GOENA VIVES (2017:40).

jurídica, resulta aceptable presumir que la persona física perjudicada suponía el patrimonio social de alguna manera detrás del negocio jurídico en cuestión. Como responsabilidad solidaria de la que se trata, ofrece siempre la posibilidad de repetición por parte de la sociedad a la persona física condenada, por lo que la ventaja que introduce es sencillamente trasladar el conflicto de perseguir el patrimonio de la persona física a la persona jurídica en cuyo seno se ha delinquido.

La existencia ya por aquel entonces de la responsabilidad civil subsidiaria –exigible en el mismo proceso penal– además de la responsabilidad penal de los administradores de hecho, derecho y representantes de la persona jurídica –artículo 31 CP–, hizo reflexionar a cierto sector de la doctrina sobre si realmente era necesaria esta incursión en tierra hostil mediante la regulación en nuestro país de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹¹.

I.3. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹²

En esta reforma de 2010 y respecto a la regulación ya existente: el artículo 31 CP vuelve a su origen y desaparece su apartado segundo, al tiempo que el 129 CP se transforma y pasa de contemplar las medidas accesorias para las personas jurídicas a, en su lugar, las medidas aplicables a entidades que *carecen* de personalidad jurídica.

Sobre la regulación incorporada *ex novo*: hace su aparición finalmente el famoso 31 *bis* CP, y derrota con ello definitivamente aquella conocida máxima *societas delinquere non potest*. Desde este momento la persona jurídica puede ser reclamada en sede penal por responsabilidad delictiva propia en los supuestos contemplados expresamente en el Código Penal y de acuerdo con los requisitos y condiciones del artículo 31 *bis* CP. De manera resumida y con la intención de ayudar a la posterior comprensión de las modificaciones en la reforma del 2015, recapitulamos el contenido de este 31 *bis* CP del 2010.

El primer apartado contempla, en sus dos párrafos, la condición para la responsabilidad penal de la persona jurídica de la concurrencia de delito por parte de la persona física en su seno y a su favor. La imposibilidad de dirigir el procedimiento contra la persona física o su no individualización es independiente y no supone obstáculo para la exigencia de responsabilidad a la persona jurídica, según el apartado segundo. De la misma manera que no

¹¹ Se pronuncian a este respecto MARTÍNEZ PUERTAS-PUJOL CAPILLAS (2015:26).

¹² BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

obsta la responsabilidad de la persona jurídica, según el apartado tercero, la concurrencia de circunstancias que modifiquen la culpabilidad de la persona física o su fallecimiento. El cuarto apartado trata las atenuantes que le son aplicables a la persona jurídica y deja para el quinto la mención de aquellas entidades que no estarán sujetas a este régimen de responsabilidad de la persona jurídica contemplado en el artículo 31 *bis* CP. Como nota de avance y para favorecer un esquema comprensivo de tan detallada regulación, hacemos notar ahora que estos apartados 2 y 3 –juntos–, 4 y 5 serán extraídos en el 2015 a sendos artículos 31 *ter*, *quater* y *quinquies* CP.

Sobre la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica antes de esta reforma se pronuncia el propio Tribunal Supremo en el 2001:

“en el modelo tradicional seguido por el ordenamiento español para determinar la responsabilidad de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, presidido por el principio *societas delinquere non potest*, los responsables penales son necesariamente sujetos individuales, concibiéndose la acción penalmente relevante como un comportamiento humano voluntario y la culpabilidad como un reproche personal por no haber obrado de otro modo”¹³.

Tan de sorpresa como a la doctrina parecen coger a la jurisprudencia los obstáculos de aplicación teórica y práctica de esta responsabilidad, y el Tribunal Supremo comienza a identificar las lagunas de la tan esperada introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sospechando ya de su futuro encaje en la tradicional teoría del delito. Podemos adelantar ya aquí que esta idea de acción penalmente relevante y culpable -como comportamiento humano personalmente reprochable- es uno de los argumentos esenciales que apoyan nuestra opinión personal sobre la cuestión.

Veremos también más adelante que el Tribunal Supremo sin embargo, a partir de la siguiente reforma del 2015, se adapta interpretativamente a los cambios introducidos por el legislador, y así entra de forma escueta al fondo sobre el conflicto para solucionarlo haciendo titular de los mismos derechos y garantías de la física a la persona jurídica.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 2052/2001, de 7 de noviembre de 2001 (Roj: STS 8687/2001).

I.4. Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁴

Esta reforma del 2015 es clave, en su proceso de comparación con la del 2010, para la comprensión de la discusión mantenida por el Tribunal Supremo –en su seno y con otros agentes jurídicos– sobre la naturaleza de los programas de *compliance* como elementos del delito de la persona jurídica. No nos corresponde aquí entrar al detalle de la interpretación del artículo 31 *bis* reformado –de esto se ocupa el siguiente apartado de nuestro trabajo–, pero sí queremos hacer notar la presencia de cambios sustanciales respecto al 31 *bis* introducido por el legislador del 2010¹⁵.

En este 31 *bis* del 2015, los apartados 2 y 4 son modificados y el 5 incluido para clarificar un aspecto fundamental de esta responsabilidad penal de la persona jurídica: la delimitación del “debido control” mencionado en el 31 *bis* del 2010, en todo caso condicionado a las dimensiones de la persona jurídica –mención específica del apartado 3–. Se hace así presente la tan reclamada mejora técnica de la legislación de este elemento esencial en el delito de la persona jurídica –el “debido control” reflejado en el programa de *compliance*–, de manera que se distingue esta exigencia para el caso del delito cometido por los representantes o administradores –exigencia plasmada en el apartado 2– y para el supuesto de que el delito de la persona física provenga de alguno de los empleados sometidos al control de estos primeros –apartado 4–. Con el objetivo de evitar dejarse cuestiones clave en el tintero y al arbitrio de las interpretaciones de los órganos judiciales, el apartado 5 pretende concretar los requisitos necesarios para la aceptación de un programa de cumplimiento como exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.

La Fiscalía General del Estado acierta, en nuestra opinión, cuando en su Circular 1/2016 aclara respecto de esta reforma del 2015:

“el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica” (página 2).

¹⁴ BOE núm. 77, de 31/03/2015.

¹⁵ Para un análisis descriptivo-comparativo de ambos 31 *bis* –del 2010 y el 2015–, ver MANZANARES SAMANIEGO (2015:56).

Veremos que no se trata tanto de reformar el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica como de satisfacer el reclamo de la doctrina, dividida por las posibles interpretaciones que del texto de 2010 se habían ido extrayendo, proveyendo de un intento de mejora técnica de redacción¹⁶. Baste aquí de momento su mera descripción para dejar, por motivos de orden, todo su análisis crítico al apartado que sigue.

¹⁶ Ver en este sentido AGUDO FERNÁNDEZ-JAÉN VALLEJO-PERRINO PÉREZ (2016:24).

II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL ARTÍCULO 31 BIS CP.

Una vez que hemos hecho un breve recorrido por el origen de la normativa actual, en este apartado entramos a analizar en profundidad la esencia y ramificaciones de la responsabilidad penal de la persona jurídica según la configuró el legislador del 2015.

Lo primero que hemos de notar, a título de comentario preventivo, es que nos vamos a encontrar con un único –y extenso– artículo para la regulación de los aspectos fundamentales de esta materia y sucesivos artículos que buscan concretar diversas ramificaciones de esta responsabilidad. El mencionado artículo único 31 *bis* CP pretende, en sucesivos apartados, no perder detalle de una regulación novedosa que exigía, ya desde la reforma del 2010, una mayor concreción en varios de sus términos. Siendo uno de ellos, precisamente, la expresión del “debido control” que se le exigía a la persona jurídica en la prevención de futuros delitos en su seno y a su favor.

Así, el legislador, buscando dar la mayor satisfacción al principio de legalidad en una materia naciente, llegó a insertar en el Código Penal un artículo de una extensión comparable poco menos que con la del delito fiscal del 305 CP, conocido entre otros aspectos por su extensión. La novedad y complejidad de la materia, abonadas con la que nos parece una extensión exagerada para un artículo único, desembocan en una lectura algo farragosa de la norma. En un texto como el Código Penal debería ser imprescindible –conscientes a pesar de ello de la dificultad tremenda de esta tarea– que, contra la tendencia de estos últimos años, sus artículos fueran claros y concisos, que no precisaran una segunda o incluso tercera lectura para su comprensión.

La exigencia del principio de legalidad penal de una ley cierta, concreta, ha de medirse satisfacer con precaución: que nuestro acertado empeño en concretar la regulación no se convierta, paradójicamente, en un obstáculo para su comprensión. Prevenidos así con la idea de que se trata de una regulación extensa y algo compleja, tratamos en este apartado de diseccionar cada uno de los aspectos esenciales del artículo -sin perder nunca de vista el conjunto–.

A modo de resumen diremos que el 31 *bis* CP en sus cinco apartados se encarga de establecer la base del delito de la persona jurídica en la condición del delito de la persona física en su seno y a su favor, realizado por la falta del debido control de la propia persona jurídica. El

artículo 31 *bis* CP advierte así a la persona jurídica de que será responsable penalmente si una persona física comete, en su seno y en su provecho, un delito cuya comisión se ha visto favorecida precisamente porque omitió su deber de vigilar que eso no ocurriera. La perseguibilidad –e incluso identificación– de la persona física por su delito, las atenuantes de la persona jurídica o las entidades excluidas de este régimen de responsabilidad, son las ramificaciones que el 31 *ter*, *quater* y *quinquies* CP se encargan de desarrollar. En un último subapartado veremos muy brevemente cómo, en un escalón final, el artículo 33.7 CP recoge las posibles penas a imponer a la persona jurídica.

II.1. PRIMERA PARTE: EL DELITO DE LA PERSONA FÍSICA

El artículo 31 *bis* CP en su apartado primero desarrolla la condición fundamental de la que partir para poder empezar a plantearse la responsabilidad de la persona jurídica: el previo delito de una persona física en su seno y a su favor.

Este primer elemento del delito de la persona física es fuente casi inagotable de debate en cuanto a su papel determinante de la atribución a la persona jurídica de una responsabilidad propia o por el hecho ajeno, autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad. Muchos autores se preguntan si hacer depender la responsabilidad de la persona jurídica sobre el delito de la persona física no hace depender directamente a su vez esta última sobre un hecho ajeno.

FEIJOO SÁNCHEZ aclara este punto de una manera con la que, adelantamos, coincidimos plenamente: “que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos”¹⁷. Para elaborar esta afirmación pone de relieve lo que ocurre –de alguna manera extraordinariamente parecida– en el caso de la accesoriedad en la participación o las posiciones de garante. En ambos casos hay un hecho responsable de otro y sin embargo un tercero que viene a relacionarse, que presenta conexión con este hecho, y que en ese sentido, también se ve involucrado. Ahora bien, a este tercero no se le responsabiliza en su caso por el delito del otro –el autor que roba un bolso o el hijo que lesiona otro niño–, sino por su propia aportación en el primer caso al delito del autor o su indebida pasividad ante el delito del hijo. No es materia de este apartado entrar en detalle sobre el debate, pero podemos ir avanzando que, además del programa de cumplimiento, la otra cara de la moneda y parte del binomio en la discusión doctrinal y jurisprudencial es precisamente este delito de la persona física. Hasta

¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ (2015:79).

cierto punto ambos dependen el uno del otro para su calificación, pues de lo contrario servirían recíprocamente para poner de manifiesto la potencial incoherencia del sistema.

El mismo artículo 31 *bis* 1 CP distingue a su vez dos posibilidades en cuanto a la posición de esta persona física como miembro de la persona jurídica: puede delinquir un representante o cargo con facultades de organización y control –como podría ser el caso de un administrador–, o bien, un empleado sometido a la dirección de estos primeros. Ambos casos se corresponden, respectivamente, con las letras a) y b) que componen este primer apartado del artículo 31 *bis* CP.

EL ARTÍCULO 31 *BIS* 1. A)

En su redacción actual, el artículo 31 *bis* 1 en su apartado a) reza lo siguiente:

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

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

Tres podríamos decir que son las notas más relevantes de este primer apartado:

- (i) la comisión del delito “*en nombre o por cuenta*” de la persona jurídica;
- (ii) la cualidad del delito de que se realice en “*beneficio directo o indirecto*” de la persona jurídica;
- (iii) que la persona física sea un “*representante legal*” o alguien con “*facultades de organización y control dentro de la misma*”.

En cuanto a la primera, conviene matizar ese “*en nombre o por cuenta*” de la persona jurídica. Esta es la cualidad del delito que identificamos con cometerlo *en el seno* de la persona jurídica. Al final, aunque a la persona jurídica le otorgamos identidad propia, actuar en el tráfico le resultaría imposible sin la materialización de sus actos por medio de la acción de las personas físicas que la componen. Poniendo un ejemplo, el administrador de

SOCIEDAD S.A., cuando contrata con la Administración una obra pública de construcción de una autopista lo hace naturalmente en calidad de administrador de la sociedad, que es la que cuenta con los medios para asegurar el buen fin de dicha autopista, y no a título particular. Actúa en nombre de SOCIEDAD S.A., actúa en su seno, amparado por la realización de actividades propias del objeto social de la entidad.

Sobre la intención de apertura del cuadro de sujetos encuadrables en esta categoría por parte de la reforma del 2015 se pronuncia también FEIJOO SÁNCHEZ:

“La nueva formulación con la LO 1/2015, que mantiene la original referencia al representante legal, pero prescinde del concepto de administrador, deja claro que se ha querido abarcar un círculo de personas más amplio que el de los representantes legales y administradores, extendiéndolo a personas que pueden tener gran capacidad de decisión e importantes facultades de gestión dentro de la empresa aunque no se correspondan sus competencias con las propias de los administradores de sociedades mercantiles como, por ejemplo, el personal de Alta Dirección subordinado a los administradores”¹⁸.

En lo que respecta a la orientación del delito en *“beneficio directo o indirecto”* de la persona jurídica, no es más que una pretendida garantía lingüística buscada por el legislador para asegurar la inclusión de cualquier tipo de beneficio imaginable para la persona jurídica: no es necesario que sea específicamente económico y además signifique que aumentan los ingresos transformando así la cuenta de resultados en positiva. El beneficio puede no ser económico de manera directa: puede asegurar una mejor posición en el mercado, una situación privilegiada respecto a los competidores por el conocimiento de cierta información, una mejor imagen de marca, mayor notoriedad... Y si el beneficio es económico, bien podría manifestarse, por ejemplo, en una disminución del gasto por cualquier vía alternativa.

A este respecto se pronuncia la Circular de la Fiscalía 1/2016 recalcando el hecho de que esta sustitución del elemento “en su provecho” por “en su beneficio directo o indirecto” no significa que se pervierta la naturaleza objetiva de la conducta de la persona física en cuanto a su tendencia a conseguir dicho beneficio –no como intención del sujeto sino como capacidad de la acción–. Tampoco es necesario, en segundo lugar, que se obtenga efectivamente el beneficio. En resumidas cuentas, basta con que la conducta de la persona física, incluso sin quererlo ni obtenerlo, genere un potencial beneficio para la persona jurídica.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ (2015:89).

El tercer elemento notable de esta letra a) del primer apartado del 31 *bis* es la principal diferencia con la subsiguiente siguiente letra b). La persona física que comete el delito no es cualquier persona física, tiene una posición, cualidades o poderes particulares como representante de la persona jurídica, por lo que se mueve en su más alto nivel de organización y control.

EL ARTÍCULO 31 *BIS* 1. B)

Continuando con este primer apartado, la letra b) establece:

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

Nos encontramos con que dos de las condiciones del apartado anterior se repiten:

- (i) el delito de la persona física ha de ser cometido “en el ejercicio de las actividades sociales” –lo que podríamos relacionar con la idea de que el delito se cometa en el seno de la persona jurídica, lo que en el apartado a) se correspondería con “en nombre y por cuenta de la persona jurídica”–;
- (ii) el delito se realiza en “beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica.

Vistos en el apartado anterior nos remitimos a su explicación para trasladarla al presente.

Es necesario, por el contrario, realizar un comentario sobre el tercer requisito de la posición de la persona física dentro de la jurídica: si en la letra a) se hacía referencia a aquellos con facultades de representación, control y organización, esta letra b) será de aplicación para los casos en los que el delito lo cometa un empleado sometido justamente a estas facultades de organización y control de los representantes y administradores. De ahí el inciso: “quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior (...)”.

Llaman la atención las dos últimas líneas de esta letra b), que nos introducen en el núcleo de la discusión de este trabajo: el artículo nombra por primera vez el llamado –en la regulación de 2010– “debido control” que, en el desarrollo de 2015, queda aquí como “los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad”.

Para comprobar la responsabilidad de la persona jurídica en esta letra b) no bastará entonces con verificar que el delito se ha cometido por un empleado –sometido a la organización y control de los altos mandos–, en beneficio de la persona jurídica y además en su seno –en el desarrollo de las actividades sociales–. Todo ello ha debido ser posible, ha debido venir facilitado, por el incumplimiento de la persona jurídica de unos específicos deberes de previa supervisión y control, tendentes, precisamente, a evitar la comisión de estos delitos. La persona física delinque en el seno de la jurídica porque la última incumple su deber de supervisar.

Esta categorización que hacemos del delito de las personas físicas como condición objetiva del delito de la persona jurídica no está tan clara para la Fiscalía General del Estado que, en su Circular 1/2006, advierte sobre este apartado primero:

“Pues bien, 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”¹⁹.

Para la Fiscalía el propio delito de la persona física es exactamente coincidente con el de la persona jurídica, originando así un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno, de heterorresponsabilidad. No podemos compartir esta opinión y más adelante ofreceremos las razones para ello.

II.2. LA FALTA DEL ‘DEBIDO CONTROL’ Y LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

La última mención de la letra b) en el apartado 1 hace referencia, como hemos visto, a una supuesta obligada actividad de supervisión, vigilancia y control por parte de la persona

¹⁹ (página 5).

jurídica. Este elemento es el que se encargan de desarrollar los siguientes apartados –2 al 5– del mismo artículo 31 *bis*.

Los apartados 2 y 3 del artículo 31 *bis* CP insertan esta actividad de control en el delito de aquellos con funciones de representación, organización y control –la letra a) del apartado primero–. Veremos que en el caso de estos altos mandos, la salvación de la persona jurídica en términos de responsabilidad penal vendrá de la mano siempre de unas condiciones adicionales en la comisión del delito de la persona física en su huida de esta vigilancia. No cualquier despiste de esta supervisión es válido como eximente de responsabilidad.

El artículo 31 *bis* 4 CP es, junto con el anterior artículo 31 *bis* 2 CP, fundamental en la confusión generada alrededor de la calificación dogmática de estos deberes de supervisión, vigilancia y control y tiene su enganche con el delito cometido por la persona física cuando esta es un empleado. La exigencia de control en el caso del delito de los de abajo se menciona en primer lugar en el artículo 31 *bis* 1 b) CP y se desarrolla o recuerda en este artículo 31 *bis* 4 CP; mientras que la vigilancia en el delito de los de arriba viene contemplada a lo largo del artículo 31 *bis* 2 CP.

El artículo 31 *bis* 5 CP cierra el tema de lo que en el 2010 se llamaba el “*debido control*” –ahora identificado con los programas de *compliance*– con un listado de los requisitos que deben reunir los modelos de organización para resultar acordes con el estándar que el Código Penal reclama para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.

EL ARTÍCULO 31 *BIS* 2

Si en el apartado 1 a) se contempla el delito de la persona física con facultades de control o representación como condición para siquiera plantear la responsabilidad penal de la persona jurídica, en este apartado segundo aparecen aquellas condiciones que, por el contrario, podrían eximir –expresión de la que nace la discordia, punto clave en la discusión– a la persona jurídica de su responsabilidad penal.

Los modelos de vigilancia y control para la prevención de los delitos son la clave de esta exención de la persona jurídica, si bien, como hay hemos mencionado, para el caso del delito de los representantes y administradores el Código exige alguna condición añadida. Esto es lo que estipula el apartado 2 del artículo 31 *bis* CP:

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

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

En el supuesto de que uno de los sujetos del párrafo 1 a) –representantes legales o aquellos con facultades de organización y control– cometiera un delito a favor de la persona jurídica actuando en su seno, ¿qué debería hacer la propia persona jurídica para eliminar su posible responsabilidad? Según este artículo 31 *bis* 2 CP sería necesario, de manera esencial, un programa de cumplimiento –condición 1^a–. En relación con este programa de cumplimiento el Código exige que hubiera previsto medidas de prevención, vigilancia y control de la comisión de ese tipo de delitos dentro de la organización y, además, que esas medidas se hubieran ejecutado de manera eficaz. Tan eficazmente se ha debido ejecutar que –condición 3^a– la persona física que comete el delito ha debido hacerlo burlando “fraudulentamente” este modelo. El programa de cumplimiento no debe quedarse en un mero código programático de buena conducta sino que, para eximir de responsabilidad, debe haber sido concretado en medidas reales y eficaces y, en el caso del delito de los representantes y administradores, precisamente por su influencia y poder en la organización, el Código viene a decir que solo se creará que la persona jurídica ha cumplido su deber si queda claro que, a pesar de las muy buenas medidas tomadas, no se le hubiera podido pedir nada más ante la elaborada

maquinación de la persona física. Ha sido tan elaborada la huida de la persona física de la vigilancia de la persona jurídica, que no se le podría haber pedido más a esta última.

La condición 2ª exige que este eficaz modelo de cumplimiento, que tan fraudulentamente se ha saltado la persona física, tenga su correspondiente órgano ejecutor, autónomo, con la específica función de supervisar su eficacia. Sobre esta segunda condición surgió un pequeño debate a partir de la interpretación que la Fiscalía hizo de este requisito en su Circular 1/2016, en el que sostenía que el mismo órgano de cumplimiento que dimanaba de la administración para vigilar la comisión de delitos por los empleados, debía ser el que tuviera las funciones de vigilancia sobre los propios administradores.

La condición 4ª, en último lugar, refiriéndose a este órgano de vigilancia de los apicales advierte, abundando un poco sobre lo ya dicho, que no será suficiente el modelo de cumplimiento para eximir a la persona jurídica si este órgano ha llevado a cabo un “ejercicio insuficiente de sus funciones”. Todo este apartado 2 del artículo 31 *bis* tiene la única intención de advertir: el poder de los representantes y administradores es tan notorio en la organización, que no sería difícil para ellos saltarse su propia vigilancia. En el caso del delito de los de arriba, por tanto, el estándar de vigilancia que se va a exigir es mucho más elevado que para el delito de los de abajo.

EL ARTÍCULO 31 *BIS* 3

Este apartado tercero está dedicado a las empresas de tamaño reducido. Legalmente encajarían en esta categoría aquellas a las que el Plan General de Contabilidad permitiera presentar cuentas anuales abreviadas.

Encuentra apoyo en la doctrina esta afirmación cuando afirma NIETO MARTÍN que “[a]unque existe un considerable grado de estandarización en la estructura y contenido de los programas de cumplimiento, estos varían según el tamaño y la actividad de cada empresa”²⁰.

Para estas empresas de tamaño reducido, el Código permite que el órgano encargado de la vigilancia de los representantes y administradores se sustituya por la figura de los propios administradores. Es decir, que en las pequeñas empresas los propios administradores cumplen

²⁰ NIETO MARTÍN-LASCURAÍN SÁNCHEZ-BLANCO CORDERO-PÉREZ FERNÁNDEZ-GARCÍA MORENO (2015:26).

con la obligación de llevar a término la mejor aplicación del programa de *compliance* en los supuestos de delito por parte de todos aquellos que actúen en representación de la persona jurídica o que gocen de facultades de organización dentro de la misma.

EL ARTÍCULO 31 BIS 4

El artículo 31 *bis* 2 recogía la condición de exención de la persona jurídica en el caso del delito por parte de sus representantes legales o administradores. La misma condición, haber adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización previo a la comisión del delito de la persona jurídica, es el requisito indispensable para eximir a la persona jurídica de responsabilidad penal en caso de que el delito de la persona física se atribuya a alguno de los empleados –las personas indicadas en la letra b) del apartado 1–.

Al igual que el artículo 31 *bis* 2, cuando este programa y funciones de vigilancia y control pueda ser solo acreditado de manera parcial, si bien no eximirá por completo de responsabilidad a la persona jurídica, el Código le reconoce efectos atenuantes.

EL ARTÍCULO 31 BIS 5

El último apartado de este artículo 31 *bis* es precisamente el que define la pieza central del esquema de responsabilidad y exención de la persona jurídica y, por ende, la clave de alguna manera de la discusión sostenida por el Tribunal Supremo –también por otros agentes jurídicos–, sobre este “*debido control*” de la reforma del 2010 que queda plasmado y especificado en la figura del llamado programa de *compliance*.

Lo primero que hace este artículo 31 *bis* 5 es recordar que los requisitos que enumera son referidos a los programas de *compliance*, mencionados estos últimos en la condición primera del artículo 31 *bis* 2 y en el apartado 4.

Según los seis requisitos listados en este quinto apartado, un programa de *compliance* que pretenda ajustarse a la legalidad y servir suficientemente como puente de liberación para la persona jurídica, deberá, en primer lugar, identificar lo que podríamos llamar las áreas de peligro. Solo cuando la entidad reconozca las actividades que podrían ser fuente de futuros delitos en su organización, podrá esta proceder a establecer los lógicos protocolos de actuación, exigidos por el segundo requisito. Para nada serviría todo esto, en cambio, si no

pudiera pasarse del papel a la acción, si la persona jurídica no destinara los necesarios recursos económicos para llevar a cabo todas estas buenas intenciones. El cuarto apartado o requisito aprovecha para recordar que todo este modelo debe ser puesto en funcionamiento y constantemente vigilado por un órgano especialmente designado para ello que, entre otras cosas, –según el quinto requisito– será el responsable de aplicar las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento de las medidas de prevención. Este modelo de *compliance* no es una realidad estática e inamovible, todo lo contrario: es un apéndice de la organización que debe cambiar, según el sexto requisito de este artículo 31 *bis* 5, cuando la persona jurídica lo haga y debe permanecer en periódica revisión, especialmente cuando se den infracciones relevantes de su normativa.

II.3. PERSEGUIBILIDAD DE LA PERSONA FÍSICA

El artículo 31 *ter* concreta una característica fundamental, sobre todo a efectos prácticos, de la responsabilidad de la persona jurídica: no está ligada a la necesaria individualización de la persona física responsable, a la posibilidad de dirigir el procedimiento contra esta última, a la concurrencia de circunstancias que afecten a su culpabilidad o al hecho incluso de que hubiera fallecido. La incapacidad de dirigir el proceso contra la persona física por cualquier motivo no obsta para reconocer y exigir la responsabilidad penal de la persona jurídica si se acredita su delito.

En este sentido incluso la Fiscalía, partidaria clara de un sistema de responsabilidad vicarial, reconoce en su Circular 1/2016 que este artículo y el posterior representan un importante elemento de atribución de autonomía a la responsabilidad de la empresa:

“No obstante reconocer en el art. 31 bis 1º un modelo de responsabilidad vicarial de la persona jurídica, existen también en los siguientes apartados de este precepto y en los arts. 31 *ter* y 31 *quater* importantes elementos que atribuyen una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa (...)”²¹.

Conviene señalar para no confundir posturas que, muy a pesar de este parcial reconocimiento, la Fiscalía no llega sin embargo a desembocar a raíz de ello en una rectificación favorable a la autorresponsabilidad de la persona jurídica. En su misma Circular 1/2016 aclara:

²¹ (página 8).

“Todo estos elementos matizan el modelo de heteroresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio (...)” (página 9).

II.4. ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA

La persona jurídica, al igual que la persona física en el artículo 21 CP, cuenta con una serie de circunstancias atenuantes de su responsabilidad, tasadas y recogidas en el artículo 31 *quater* CP. Esta lista cerrada comprende cuatro posibilidades.

La primera es la paralela a la atenuante de confesión de la persona física –antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella–; la segunda requiere de una verdadera colaboración con aportación de pruebas decisivas en el procedimiento –en cualquiera de sus momentos–; la tercera es análoga a la clásica atenuante de reparación del daño; y la cuarta, por último, permite la atenuación si la persona jurídica actúa a modo de previsión para futuras ocasiones estableciendo las medidas pertinentes para la prevención de delitos en su seno –estas medidas se requieren implementadas antes del juicio oral–.

GOENA VIVES reflexiona de manera muy particular sobre el papel que estas atenuantes de la persona jurídica representan en la configuración de su responsabilidad, en apoyo de la tesis que defiende la inadecuación de equiparar completamente a personas jurídicas con físicas en el sistema penal:

“Se trata de uno de los aspectos que mejor refleja la complejidad del nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. La previsión de un catálogo específico de atenuantes para empresas manifiesta cierta reticencia por parte del legislador a asimilar totalmente a las personas jurídicas al resto de sujetos penalmente imputables”²².

II.5. ENTIDADES EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

Dentro de la categoría de persona jurídica existen numerosas clases, y no todas ellas están incluidas en este régimen de responsabilidad penal del artículo 31 *bis* CP. Para aclarar esta

²² GOENA VIVES (2017:32).

cuestión, el artículo 31 *quinquies* CP hace expresa mención a determinadas entidades en sus dos apartados.

El primer apartado de este artículo 31 *quinquies* CP va dedicado a excluir de manera genérica a todas aquellas organizaciones o entidades de derecho público o administrativas. Menciona expresamente al Estado, las Administraciones territoriales e institucionales, así como Organismos Reguladores y Entidades Públicas empresariales.

El apartado segundo va dirigido a las Sociedades mercantiles públicas que ejecutan políticas públicas. En su caso quedarán limitadas las penas que les pueden ser impuestas, bien a la multa o bien a la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores. Una importante mención en la última frase de este apartado hace referencia a aquellos casos en los que el juez aprecie que la forma jurídica ha sido creada con el expreso propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. En este último caso, la limitación de este apartado segundo para las Sociedades mercantiles públicas queda sin efecto y todos los tipos de penas le son imponibles.

II.6. LAS PENAS APLICABLES A LA PERSONA JURÍDICA

Sobre las penas que se pueden aplicar a la persona jurídica en primer lugar es importante tener en cuenta que, recogidas en el artículo 33.7 CP, vienen listadas de manera cerrada.

En segundo término, de todas ellas –siete posibles penas–, la multa, recogida en primer lugar, es la única obligatoria en caso de delito de la persona jurídica. Quedan así las demás como potestativas y, evidentemente, siempre que el Código contemple su posible imposición para el delito en concreto. Sobre estas penas potestativas, en cada delito de prevista comisión por la persona jurídica –el Código debe mencionar esta responsabilidad expresamente– la norma penal ofrecerá una serie de penas a imponer. La discrecionalidad propia del órgano juzgador a la hora de concretarlas vendrá limitada por unos criterios generales de decisión recogidos en el artículo 66 *bis* CP. Estos tres criterios generales para la imposición o no de las penas potestativas a la persona jurídica son, en resumidas cuentas, la peligrosidad futura de la empresa, su relevancia social y la posición que la persona física que ha delinquido ocupa dentro de la entidad.

En tercer lugar, respecto a la duración de las penas conviene mencionar que nunca podrán superar el plazo de cárcel que le correspondería a la persona física por su delito y que además algunas tienen un límite concreto impuesto en el propio artículo 33.7 CP. Así, por ejemplo, no podrán superar los dos años la pena de suspensión de actividades, la clausura de locales o la intervención judicial. Mientras tanto, quince años es el límite máximo para la prohibición de actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito –en caso de que esta sea temporal, pues el Código ofrece la posibilidad de que resulte definitiva– y para la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o contratar con el sector público.

III. LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS EN JUEGO DENTRO LA TEORÍA DEL DELITO

El Derecho penal, tanto en su definición como en su ejecución, es el ámbito propio del Estado en el que se revela su poder sancionador por excelencia. Mediante el Derecho Penal no solo se establece aquellas acciones que consideramos socialmente más reprobables, sino que en su ejecución muestra, correlativamente, el que es su ámbito punitivo de mayor calado. La necesidad de explicación de la pena resulta así corolario evidente de una lógica que impone a un elevado poder una innegable necesidad, igual de elevada, de su racionalidad y control. Si como Estado se va a atribuir el máximo castigo posible a un individuo, más vale que, en aras de la democracia en la que inserto mi actuación, obtenga para ello una justificación suficiente y adecuada.

El poder coactivo y restrictivo del Derecho penal, la limitación que impone a derechos fundamentales –la libertad es solo uno de ellos–, requiere de quien está en poder de determinar su ámbito de actuación un ejercicio de responsabilidad y ponderación, ponderación que debe hacerse según los valores sociales propios del momento, sin duda, pero sin relegar a un segundo plano los fundamentales principios del edificio jurídico-penal que preservan su estructura–. El principio de proporcionalidad juega aquí un papel fundamental, si bien no presente en nuestra Carta Magna, sí definido por jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Constitucional.

Ahora bien, además de la finalidad y funciones de la pena que abanderan su justificación, la gravedad del castigo reclama un protagonismo indudable de la seguridad jurídica que, para su concreción, demanda a su vez una definición clara y exacta de aquellas acciones que vamos a considerar dignas del castigo. Dicho de otra manera, la pena es importante esencialmente por su gravedad, de manera que no se puede imponer por cualquier motivo; pero también esta gravedad hace necesario garantizar la certeza de aquellas situaciones en las que uno puede verse afectado por ella. De estas situaciones de posible imposición de pena habla precisamente el delito, que se inserta así como figura preeminente en el Derecho penal, con su específica caracterización como nexo entre el sujeto y la pena.

La teoría del delito nace de esta manera para explicar los argumentos que nos llevan, como sociedad, a declarar que una conducta determinada merece insertarse en este ámbito penal, en el conjunto de acciones u omisiones que nos parece que merecen el mayor reproche y la más dura sanción que el Estado puede asociarles.

Así, dicho lo anterior, la teoría manejada hasta ahora por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia ha definido el delito como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

La configuración doctrinal del concepto de delito ha sido especialmente intensa en el siglo XX, con varias teorías relevantes. La distinción entre estas teorías tiende a dirimirse en el tratamiento que cada una ofrece de los elementos objetivos y subjetivos del delito, es decir, los elementos propios de la acción o la omisión y los que califican al sujeto al que se atribuye dicha acción. Entre estas teorías nos interesa sobre todo, por motivos de claridad y orden en su exposición, aquella que se denomina causal o clásica. Esta teoría causal o clásica sitúa los elementos objetivos en la antijuridicidad, mientras que los subjetivos guardan relación con la culpabilidad.

Este orden en las categorías dentro de la teoría del delito viene orientado por una precisión del hecho desde lo más genérico y abstracto, aplicable al mayor número de casos, hacia lo más concreto y personal del hecho y los sujetos que específicamente intervienen en él. La superación de las categorías objetivas nos permite entrar al análisis de lo subjetivo; superado el qué, nos adentramos entonces en el quién. Unidos todos estos elementos como predicado de una conducta, activa u omisiva, ofrecen la composición del delito.

Conviene notar, por tanto, que es esta una teoría ordenada, la sucesión de sus categorías no es ni mucho menos aleatoria. De tal importancia es este orden, de hecho, que condiciona interpretaciones de otras fundamentales nociones en relación al delito, como la atribución de su autoría –con la teoría de la accesoriedad limitada– o la aplicación de conceptos como el error o instituciones como las medidas de seguridad.

De manera sintética podríamos extraer el fundamento de la teoría del delito en la exigencia de una acción u omisión de la que podamos predicar (i) que es contraria a derecho –requisito asociado a la antijuridicidad– e (ii) imputable a una persona –culpabilidad–. Una conceptualización clara de las fundamentales categorías de la teoría del delito resumiría quizás la acción en un movimiento o pasividad corporal con efectos, la tipicidad vendría a ser una pura descripción del hecho y la culpabilidad un nexo psicológico entre el autor y el hecho.

Hemos ido adelantándolo en apartados anteriores, pero es aquí donde con más motivo conviene recordar que esta teoría está orientada a la atribución de responsabilidad a una persona física. Responsable de sus actos por su conocimiento y control de estos, es a esa

voluntad individual a la que se le puede en particular exigir una conducta contraria a la realizada y que debería haber sido ajustada a derecho. Este es precisamente el origen del choque dogmático con los intentos de atribuir una potencial autoría delictiva a la persona jurídica. Así lo percibe también GALÁN MUÑOZ:

“Esta teoría, al haber nacido y haber sido desarrollada atendiendo a las características que definían y caracterizaban los comportamientos realizados por las personas físicas que el Derecho penal tradicional sancionaba, planteaba irresolubles problemas a la hora de ser aplicadas a las personas jurídicas”²³.

III.1. ACCIÓN Y OMISIÓN

Para poder hablar de delito va a ser imprescindible contar con una acción u omisión, algún tipo de actividad o pasividad corporal de los que posteriormente predicar un carácter contrario a derecho.

Lo verdaderamente relevante en este primer nivel de análisis lo encontramos en las llamadas causas de ausencia de acción; mientras que sobre la definición de acción ha existido tradicionalmente una encendida discusión en la doctrina, es sin embargo pacífico el elenco de supuestos en los que esta acción no se produce. La falta de acción relevante para el Derecho penal puede justificarse por la ausencia de (i) su elemento material como movimiento corporal, o bien (ii) por la ausencia de una voluntariedad –que nada tiene que ver aquí con la voluntad del dolo de primer grado– como elemento psíquico de la acción.

Nos encontramos en el primer caso cuando tratamos comportamientos animales, fenómenos naturales o incluso actos meramente internos en las personas –un ejemplo paradigmático y, a mi juicio, de extraordinaria relevancia actual, es el de la conocida máxima que nos recuerda que “el pensamiento no delinque”–. Propias del segundo caso son aquellas situaciones en las que el sujeto está inconsciente o, estando consciente, su movimiento no es voluntario: es el caso de la fuerza irresistible, los movimientos reflejos y los estados de plena inconsciencia.

III.2. TIPICIDAD

Tal y como hemos dicho más arriba, recordamos que de la acción u omisión que estemos tratando se deben predicar una serie de cualidades para que esta se pueda considerar delictiva. La primera de ellas es su tipicidad, dentro del genérico bloque de la antijuridicidad. A grandes

²³ GALÁN MUÑOZ (2017:23).

rasgos, la antijuridicidad de una conducta implica que se pone con ella en peligro o se lesionan bienes jurídicos sin que exista para esto una justificación en la preservación o salvaguarda de intereses superiores.

Es clave para la comprensión de la tipicidad el previo concepto de bien jurídico. Los bienes jurídicos, a pesar de su denominación, no son generados por el ordenamiento, se corresponden más bien con todas aquellas realidades que nos resultan de valor en la convivencia social o el desarrollo personal: desde la vida o la integridad física hasta el patrimonio o el honor. Estos bienes preexistentes en nuestra sociedad se califican de jurídicos cuando reciben la especial protección del ordenamiento por su inestimable valor para nosotros. De esta manera, el delito de homicidio está dirigido a proteger el bien jurídico de la vida, el delito de lesiones la integridad física, el delito de estafa salvaguarda el patrimonio, los delitos de injurias el bien jurídico del honor personal...

La implicación o significado más directo de la tipicidad es que la acción o la omisión de la que hablamos está contemplada en la ley penal –derivado necesario del fundamental principio de legalidad penal–. Consideramos, como sociedad, que se trata de un acto –o una ausencia del mismo– dañino para alguno de estos bienes jurídicos que pretendemos proteger. Lo suficientemente lesivo como para merecer un castigo penal en su caso, una actuación del Estado, como hemos dicho, en el ámbito punitivo propio de mayor calado. Este significativo poder punitivo del Estado es el núcleo de la exigencia de una ley previa como postulado del principio de legalidad. El tipo penal asegura la vigencia formal del principio de legalidad mediante la descripción de los elementos objetivos y subjetivos del delito. Recibe también el nombre de tipo de injusto precisamente por la valoración negativa escondida detrás del mismo.

Precisamente, un elemento fundamental en la comprobación de la tipicidad de una conducta es la revisión de su encaje en todos los elementos del tipo penal. De hecho, en muchas ocasiones la posible ambigüedad, el significado discutido de algunos de estos elementos de los tipos penales, son los que llevan a distintas interpretaciones de los delitos. Un ejemplo claro y que puede resultar interesante a estos efectos es la famosa discusión llevada al Tribunal Supremo sobre el concepto de “defraudar” en los delitos fiscales²⁴. Delimitar el

²⁴ En su STC 120/2015, de 10 de mayo, el Tribunal Constitucional enmendó en cierto modo la plana al Supremo en cuanto a los supuestos típicos que se podrían previsiblemente incluir en el delito fiscal del artículo 2015 del Código Penal. El Tribunal Supremo venía incluyendo en este concepto de “defraudar” tanto los supuestos de fraude a la ley tributaria como los supuestos de simulación. Para el Tribunal Constitucional estos casos de fraude

significado del tipo puede ser una tarea interpretativa compleja, no exenta de un especial deber de argumentación en muchas ocasiones.

El siguiente escalón en la teoría del delito tras la tipicidad es el propio de la antijuridicidad, en el que se engloban todas las causas de justificación, tales como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento del deber, oficio o cargo, o incluso en ocasiones el consentimiento. En este trabajo no entraremos más en profundidad en este apartado de la teoría del delito, con la intención de centrarnos exclusivamente en las categorías que nos serán útiles a la hora de comprender y participar del debate sostenido por el Tribunal Supremo y la Fiscalía.

III.3. CULPABILIDAD

Analizadas las cualidades de la acción u omisión en cuanto a su tipicidad y antijuridicidad –esta última como ausencia de causas de justificación–, la siguiente categoría en la teoría del delito pretende entrar al análisis del sujeto concreto del que se predica dicha acción u omisión.

El principio de culpabilidad en nuestro sistema penal implica, entre otras cosas, que la pena que se imponga al individuo vaya precedida de una adecuada atribución de responsabilidad: castigamos a una persona por su acción u omisión, porque exigimos en su caso una conducta alternativa a la que ha tenido lugar. Para poder exigir al sujeto esa conducta alternativa realizamos un juicio de reproche; el individuo debía estar en condición de (i) conocer lo que hacía y (ii) controlar lo que hacía. No se le puede atribuir responsabilidad, y por tanto no se le puede imponer pena, a quien no era verdadero conocedor de lo que realizaba o, conociendo lo que hacía, no lo controlaba. Estos dos factores de conocimiento y control conforman lo que se denomina imputabilidad de un sujeto. El reverso, naturalmente, excluye la culpabilidad. Entran aquí en juego las causas de inimputabilidad, recogidas en el artículo 20 del Código Penal, tales como la minoría de edad, la intoxicación plena por drogas o alcohol o las alteraciones desde la infancia.

a la ley tributaria, por no suponer engaño alguno u ocultación, más propia e inherente a la simulación, no debían ser calificados como supuestos delictivos. Esta misma tesis, aunque algo más abierta, viene confirmarse en su STC 129/2008, de 27 de octubre, rechazando sin embargo en esta ocasión las alegaciones del recurrente en amparo que, al abrigo de la anterior sentencia de 2005 pretendía que se declarase vulnerado su derecho a la legalidad al haber calificado como delito fiscal un supuesto de compraventa de una sociedad con bases imponibles negativas pendientes de aplicación. El Tribunal Constitucional confirmó su tesis en cuanto a la exclusión del fraude a la ley tributaria como “defraudación” en el sentido penal, si bien recordó que en este caso el razonamiento del Tribunal Supremo de ninguna manera podía considerarse sorpresivo, pues tal compraventa societaria había sido calificada de simulación y, por tanto, plenamente encuadrable en el delito fiscal.

El principio de culpabilidad, sin embargo, no termina aquí. Además de imputable, la conducta del sujeto debe tener ciertos rasgos para interesar al derecho penal: debe haber sido imprudente o dolosa. Los artículos 5 y 10 del Código Penal establecen que no hay pena sin dolo o imprudencia. Ambas categorías son una expresión diferente del conocimiento y voluntad de la persona en su actuación y, mientras que el dolo es la forma más grave de la culpabilidad y siempre es punible, la imprudencia, forma menos grave de la culpabilidad, lo es solo cuando así lo prevea el Código. El dolo implica fundamentalmente el conocimiento de los elementos del tipo, así como de la existencia de la prohibición —el elemento volitivo que tradicionalmente se relaciona con esta categoría es propia únicamente del llamado dolo de primer grado, en realidad—; mientras que la imprudencia implica una indebida falta de diligencia, consciente o inconsciente —se asocia en última instancia con la ausencia del deber de cuidado que le era exigible al sujeto—.

Esta es precisamente la categoría más problemática en lo que respecta a la adaptación dogmática de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la teoría del delito; además de nuestra opinión, los diferentes apartados de este trabajo van elaborando sobre la mencionada problemática de adaptación.

III.4. PUNIBILIDAD

Una de las cosas que debemos tener seguras es que: si tenemos una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, podemos decir que hay delito. Ahora bien, en determinados casos y por motivos pragmáticos muchas veces, esos delitos quedan sin pena, sin castigo. Están amparados en esos casos por una excusa absolutoria de punibilidad. Ninguna de estas circunstancias afecta a la lesividad del hecho o su imputabilidad a un sujeto: hay delito, pero este no se castiga.

Un ejemplo puede ser el de la excusa absolutoria que exonera de pena en los casos de encubrimiento entre parientes. La esencia de esta excusa absolutoria es la presunción de que entre ciertos parientes existe un vínculo afectivo que impide su exigencia de colaboración con la Administración en la persecución de los delitos cometidos por sus familiares.

Conviene precisar que, al ser circunstancias objetivas que no afectan al tipo ni conforman la prohibición, el error sobre ellas es irrelevante: el sujeto puede o no conocerlas porque en cualquiera de los casos su aplicación se guiará por la única concurrencia de sus requisitos objetivos.

IV. EL “DEBIDO CONTROL”: ¿ELEMENTO TÍPICO, ELEMENTO DE CULPABILIDAD O EXCUSA ABSOLUTORIA DE PUNIBILIDAD DENTRO DEL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA?

Desde la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica a nuestro Código Penal se hizo evidente la relevancia que adquiriría a efectos interpretativos la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. Una figura novedosa como esta, ya no como nuevos responsables de delitos incorporados al Código Penal, sino como potencial sacudida de los cimientos del edificio jurídico-penal, iba a necesitar de una urgente intervención quirúrgica del máximo intérprete de la norma penal, una operación a corazón abierto que pusiera nombre a cada uno de sus órganos y permitiera al resto de agentes jurídicos el empleo de un mapa conceptual bien definido.

Surgieron varias cuestiones de necesaria intervención interpretativa: los principios aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal, el papel de su representante legal y los posibles conflictos de intereses, la admisibilidad de los sistemas de *compliance* como causa de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica... Uno de ellos, clave a efectos de prueba y sin duda paradigmático en cuanto a la futura aplicación de esta nueva responsabilidad, era la definición exacta del delito de la persona jurídica: ¿qué elementos lo componen realmente? De incluir en él o no determinadas circunstancias dependería muy probablemente toda la concepción del sistema de atribución de responsabilidad, la consiguiente prueba y, en definitiva, las probabilidades de éxito de la defensa de la persona jurídica o la tendencia a su impunidad. Que el delito de la persona jurídica sea igual a A o se componga de A + B, no nos puede resultar indiferente y solo el Tribunal Supremo podía decirnos con seguridad cuáles serían desde entonces los términos exactos de la ecuación.

La discusión que aquí analizamos tiene que ver precisamente con la inclusión o no del “debido control”, manifestado en los programas de *compliance*, como elemento natural del tipo delictivo de la persona jurídica o bien su planteamiento como excusa de ausencia de culpabilidad –casi paralela a las clásicas causas de inimputabilidad–. Nos jugamos en ello las funciones de la pena pero también, y así nos gustaría que constara expresamente, la inteligencia y justicia de nuestro sistema penal.

Muy probablemente con todo esto en mente, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ello en la ya famosa STS 154/2016, de 29 de febrero, con el Magistrado D. Manuel Maza Martín como ponente. Prueba de esta conciencia de especial deber

interpretativo en tan novedosa materia es el párrafo introductorio que se inserta previo a la resolución de los recursos presentados por las personas jurídicas condenadas en instancia:

“Llegados a este punto y no sólo para completar el análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica, respetuosa con el derecho de ésta a la presunción de inocencia, sino también **a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja**²⁵, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad el mismo, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones”.

Las precisiones a las que el Tribunal Supremo se refiere en el párrafo más arriba transcrito vienen expresadas a continuación en el mismo fundamento jurídico octavo. Con la intención de sentar unas bases de análisis que resultarán claves para el resto de la interpretación normativa, en un pequeño párrafo que parece casi querer pasar desapercibido, el Tribunal Supremo declara algo de relevancia tal como que a las personas jurídicas les serán de aplicación los mismos principios, derechos y garantías constitucionales que amparan a las personas físicas. En palabras del propio Tribunal:

“De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, **ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.**”

Vista la escueta introducción que realiza el Tribunal Supremo antes de entrar verdaderamente en materia –qué es o no delito de la persona jurídica–, lo siguiente que hacemos es situarnos en contexto, si bien, en nuestra opinión, los hechos de la sentencia no parecen quizás los más

²⁵ La negrita es nuestra.

apropiados para una primera cátedra en profundidad de esta responsabilidad de la persona jurídica.

Se planteó ante la Audiencia Nacional una causa por delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes y un supuesto delito de blanqueo de capitales relacionado con esta actividad ilícita de tráfico de estupefacientes. La persona física al mando empleaba para la consecución de sus fines a otras personas físicas, pero también la estructura de algunas persona jurídicas como TRANSPINELO S.L. e ITSA. Estas entidades realizaban la función de gestionar actividades de importación y exportación de máquinas en cuyo interior se transporta la cocaína. La sentencia de instancia condenó a varias de las personas físicas involucradas, así como a las personas jurídicas TRANSPINELO S.L., GEORMADRID MACHINERY S.L. e ITSA. Condenó a pena de disolución y multa a las dos primeras y a multa con prohibición de realizar actividades comerciales en España durante cinco años a la última. En lo que aquí nos interesa, las tres personas jurídicas interpusieron recurso.

Siguiendo con el fundamento jurídico octavo encontramos dos párrafos absolutamente claves para la comprensión de la postura final adoptada por el Tribunal Supremo en cuanto a los elementos del delito de la persona jurídica y, más concretamente, la categoría doctrinal de los programas de *compliance*.

En uno de estos párrafos el Tribunal Supremo hace alusión a la “ausencia de una cultura de respeto al Derecho” y deja clara su relevancia a efectos de constatar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se puede leer entre líneas que el Tribunal Supremo considera que esta cultura de respeto al Derecho vendría respaldada por el desarrollo de formas concretas de vigilancia y control de sus directivos y subordinados.

“Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), **ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho**, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas 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, tendentes a la evitación de la

comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.

Es interesante notar que el texto del artículo 31 *bis* CP en ningún momento menciona este elemento de “cultura de respeto al Derecho” pero más adelante en la resolución del recurso la sentencia hará referencia a este concepto introducido en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado. El texto literal reza:

“No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la "cultura ética empresarial" o "cultura corporativa de respeto a la Ley" (pág. 39), "cultura de cumplimiento" (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 *bis* CP”.

Más allá de esta introducción del elemento de “cultura de respeto al Derecho”, no contento con ello, el Supremo precisa a continuación –en el segundo de estos párrafos de especial relevancia– una característica fundamental para entender el delito de la persona jurídica: la ausencia de esta nombrada cultura no queda del todo despejada con la mera existencia de un modelo de *compliance* que cumpla los requisitos de los apartados 2 y 5 del artículo 31 *bis* CP. Si bien estos modelos pueden indudablemente dar lugar a la concurrencia de la eximente prevista, parece que el Tribunal Supremo quiere dar a entender que son dos cosas diferentes: está por un lado el modelo de *compliance* y, por otro, la “cultura de respeto al Derecho”.

A raíz del comentario sobre esta eximente que supone un modelo de organización y gestión según los requisitos del Código Penal, el Tribunal Supremo aprovecha para dejar sentada su postura sobre la caracterización de este elemento como parte del delito de la persona jurídica. Dudosa le resulta su consideración como excluyente de la culpabilidad, a continuación pasa de puntillas por su posible catalogación como causa de justificación, para incluirlo finalmente como elemento del tipo objetivo. El Supremo –al menos ocho de sus nueve magistrados²⁶–

²⁶ Los ocho magistrados a favor de la tipicidad fueron: los Excmos. Sres. D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Julián Sánchez Melgar, D. José Ramón Soriano Soriano, D. Manuel Maza Martín, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Luciano Varela Castro, D. Perfecto Andrés Ibáñez.

tiene claro que la ausencia de medidas de control y vigilancia integrarían el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, luego, su ausencia, debe formar parte del tipo²⁷. Este es el razonamiento en la resolución del recurso:

“Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado²⁸ puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”.

La primera conclusión clara que extraemos es que el modelo no deja cabida a que pueda entrarse a valorar una posible responsabilidad futura de la persona jurídica sin el delito de la persona física. La segunda consecuencia inmediata que se puede extraer es que no basta, sin embargo, con este delito de la persona física para completar los elementos del tipo del delito de la persona jurídica. Sería además requisito la ausencia de un programa de *compliance* real y efectivo. Ya no tratamos, por tanto, con un sistema vicarial de responsabilidad; la persona jurídica cuenta con su propio delito, con un rasgo característico de su injusto más allá de aquel de la persona física.

Sobre este sistema vicarial de responsabilidad, y más concretamente sobre su pecado por exceso y por defecto, se pronuncia FEIJOO SÁNCHEZ cuando dice que este sistema implica que aunque la empresa no haya actuado conforme a “las expectativas jurídicas, sufra las consecuencias sin tal culpable individual. Pero también conduce, en segundo lugar, a una

Los siete magistrados del voto particular partidarios del programa de cumplimiento como exención de culpabilidad fueron: Excmos. Sres. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo Del Arco y D. Joaquín Giménez García.

²⁷ En este sentido: “La reforma ha confirmado la idea de que la responsabilidad de las personas jurídicas está basada en un defecto de organización, excluyéndose la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando ex ante la persona jurídica disponía de un buen modelo de organización y gestión, con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos, esto es, un buen programa de *compliance*, que permita demostrar que en el seno de la organización de la persona jurídica se ha cumplido con el debido control exigido para la evitación de riesgos penales, por lo que ni hay infracción de deber, ni defecto de organización de la persona jurídica que permita basar su responsabilidad (art. 31 bis 2)”, AGUDO FERNÁNDEZ-JAÉN VALLEJO-PERRINO PÉREZ (2016:36).

²⁸ La negrita es de nuevo nuestra.

excesiva responsabilidad penal cuando tiene como consecuencia que todo delito individual sea definido como un delito corporativo”²⁹.

En su dilema sobre esta calificación de los programas de *compliance*, el Tribunal Supremo aprovecha para mencionar la postura de la Fiscalía y descartar la posición de esta última en cuanto a considerar la tenencia de un programa de cumplimiento como posible excusa absolutoria de la persona jurídica.

“Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, **la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una "excusa absolutoria", vinculada a la punibilidad**, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una "excusa absolutoria" ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción”.

Y es que, como ya hemos mencionado en el apartado 2.1 *El delito de la persona física*, la Fiscalía se pronuncia ya en su circular sobre la idea de una responsabilidad propia o autorresponsabilidad, rechazándola:

“Esta sugestiva interpretación no resulta conforme con el tenor literal del precepto, ni en su inicial redacción ni en la vigente. El art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas “serán penalmente responsables de los delitos cometidos” por personas físicas” (página 6).

Respecto a esta postura de la Fiscalía, que presupone un sistema de responsabilidad vicarial en cualquier caso, es especialmente pertinente la reflexión que hace de nuevo FEIJOO SÁNCHEZ cuando sostiene que “[e]n el contexto de un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad solo tendría sentido un sistema de *compliance* que consiga una prevención absoluta de los delitos, ya que en cuanto se produce este, la entidad responde”³⁰. En un sistema vicarial, la empresa respondería por el delito de la persona física en el preciso momento en el que este se produce. Si se produce el delito es porque el programa de cumplimiento era deficitario en alguno de sus aspectos teóricos o en su aplicación. Si no ha

²⁹ FEIJOO SÁNCHEZ (2015:50).

³⁰ FEIJOO SÁNCHEZ (2015:71).

cumplido su papel, y prueba de ello es el delito cometido, el *compliance* no tiene verdadera utilidad en el caso de la responsabilidad por transferencia. Habiendo delito de la persona física sería igual de “delincuente” la empresa que tenía su *compliance* pero por algún motivo este falló, y la persona jurídica que no tenía programa desde un primer momento.

Así y con todo, esta sentencia del Tribunal Supremo cuenta con el voto particular de siete de sus magistrados. De este voto particular extraemos la posición minoritariamente sostenida por el Alto Tribunal.

Recapitulando, la mayoría del Supremo hemos visto que encuadra esta cultura de respeto al Derecho como elemento típico y nuclear del delito de la persona jurídica. La Fiscalía lo considera, sin embargo, una excusa absolutoria de punibilidad. Ahora bien, en el voto particular nos encontramos con la tercera posibilidad: la tenencia de un programa de cumplimiento supone para estos magistrados una exención de culpabilidad de la persona jurídica.

La primera aclaración de este voto va dirigida a manifestar su desacuerdo con el hecho de haber procedido en la sentencia de la mayoría a resolver cuestiones que “*no ha(n) sido materia de debate en este procedimiento*”. En opinión de estos siete magistrados, el proceder más adecuado habría sido valorar únicamente aquellos aspectos de la responsabilidad penal de la persona jurídica que se planteaban respecto de estas sociedades, sin entrar a consideraciones generales carentes de aplicación práctica en el caso enjuiciado, en el que las personas jurídicas condenadas habían sido utilizadas como instrumento del tráfico internacional de drogas.

En segundo lugar y en cuanto a la calificación de los programas de cumplimiento o el elemento de ausencia de una cultura de respeto al Derecho, estos siete magistrados difieren en su categorización como núcleo de la tipicidad del delito de la persona jurídica. Para los integrantes del voto particular esta tipicidad la define ya el legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del artículo 31 *bis* CP. La clave del delito de la persona jurídica reside en el propio delito de la persona física que la integra. Y, al mismo tiempo, sin embargo, rechazan la idea de heterorresponsabilidad de la persona jurídica. La persona jurídica es *culpable* y por eso responsable. Culpable, por supuesto, en todo lo que el concepto permite su adaptación a una realidad ficticia como es la persona jurídica.

La culpabilidad se sitúa así para la minoría en su propia culpa *in eligendo* o *in vigilando* –la de la persona jurídica, se entiende–, no haber actuado previamente con mayor diligencia en esas tareas es lo que permite o facilita el delito de la persona física a favor y en el seno de la persona jurídica. Esta falta de “debido control” pasa así de la tipicidad –como núcleo del injusto– a la culpabilidad –como justificación de reproche particular a la persona jurídica–:

“Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No pretendemos, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la "culpa in eligendo" y la "culpa in vigilando".

A pesar de las idas y vueltas sobre el tema, la conclusión definitiva es que el Tribunal Supremo, como muestra en su Sentencia 154/2016, se encuentra dividido –por ocho votos a siete– entre considerar el programa de cumplimiento y la cultura de respeto al Derecho como elemento nuclear de la tipicidad del delito de la persona jurídica o como causa de exclusión de su culpabilidad. La Fiscalía, como pone de relieve la propia sentencia del Supremo, ajena a estas dos concepciones, plantea la certificación de este debido control como excusa absolutoria de punibilidad. De esta manera ya solo con el delito de la persona física habría para la Fiscalía delito de la persona jurídica, si bien esta última podría salvarse en caso de contar con el famoso programa de cumplimiento.

A pesar de no ser objeto de este trabajo, no queremos dejar de advertir un importante rasgo del programa de cumplimiento o *compliance*. Si hay algo en lo que todas las posturas coinciden –Tribunal Supremo y Fiscalía– es en que este programa de cumplimiento, sea excusa de culpabilidad o núcleo de la tipicidad, solo cumplirá su papel si no se limita a unas meras directrices, si su función no es meramente simbólica, en expresión de FEIJOO

SÁNCHEZ, “[l]os papeles no resuelven problemas estructurales”³¹. No es suficiente en ningún caso para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica un archivador con códigos de conducta en la estantería. Se requieren medidas eficaces, incluso una planificación de la destinación de recursos financieros a hacer efectivas las medidas que el plan prevé.

Todo este planteamiento que aquí hemos realizado de las diferentes posturas no cae en balde tras la conclusión teórica ni representa sin más un afán clarificador. En el siguiente apartado vemos cómo una u otra calificación ponen en juego a quién corresponde probar la existencia o no de los nombrados programas de cumplimiento y en qué se traduce esta circunstancia en cuanto a tendencias de impunidad de la persona jurídica. Categorizar el “debido control” de la persona jurídica en uno u otro apartado respecto del delito de la persona jurídica puede conseguir que esta última, en previsión de las altas o escasas probabilidades de condena que pesen sobre ella –por razones de prueba– relaje más o menos todas sus precauciones. Influye directamente en la efectividad de prevención general negativa de la pena: tememos una amenaza no solo por la severidad de su castigo sino también por el grado de ejecución de la misma, cosa que depende de esta, en apariencia, teórica discusión dogmática.

³¹ FEJOO SÁNCHEZ (2015:71).

V. IMPLICACIONES PRÁCTICAS: LA CARGA DE LA PRUEBA, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD.

Como hemos visto en el apartado anterior, existen fundamentalmente tres opciones de clasificación dogmática del programa de cumplimiento dentro del delito de la persona jurídica: tipicidad, culpabilidad y punibilidad. En este apartado, de estas tres posibilidades nos centraremos únicamente en las dos primeras, dado que en la práctica son las que en última instancia pueden plantear consecuencias reales –al ser, como hemos visto, las sostenidas por los integrantes del Tribunal Supremo–.

Considerar el programa de cumplimiento –*compliance* o “debido control”– como núcleo típico del delito de la persona jurídica tiene su fundamental consecuencia práctica en el ámbito procesal. Como cualquier elemento del tipo delictivo, corre a cargo de la acusación su acreditación –en riguroso respeto a la presunción de inocencia, que deberá ser desvirtuada por medio de la prueba de cargo–. Si por el contrario situáramos el programa de *compliance* y la cultura de respeto al Derecho como eximente de culpabilidad, esto supondría procesalmente transmitir la carga de su prueba a la defensa. Siguiendo el ejemplo que propone el Tribunal Supremo, al igual que en el homicidio la prueba de la muerte corre a cargo de la acusación, la legítima defensa o el estado de necesidad correspondería probarlos a la defensa que los alega.

De estas consecuencias prácticas se percata ya la Fiscalía General del Estado en su mencionada Circular 1/2016 cuando señala:

“No es esta una controversia meramente especulativa o doctrinal, sino que tiene un indudable alcance práctico. Si el fundamento de la imputación es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de las letras a) y b) del apartado primero, que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro entendimiento -que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización- representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibles³².

Este es el dilema manifestado en la decisión de la mayoría y los adheridos al voto particular. Los ocho primeros abogan por una tipicidad del programa de cumplimiento que suponga la necesaria prueba de su inexistencia por parte de la acusación si pretende obtener una condena

³² (página 10).

por delito de la persona jurídica. Detrás de esta afirmación parece esconderse el temor de que exigir a la propia persona jurídica la prueba de la efectiva implementación de estas medidas en su seno suponga afirmar implícitamente su responsabilidad objetiva.

Esta mayoría se pregunta: si el delito que debe probar la acusación es sin más el de la persona física, ¿qué diferencia hay entonces entre este y el delito de la persona jurídica? Es requisito que el delito de la persona jurídica tenga un *plus* de lesividad; no querríamos que la responsabilidad de la persona jurídica lo fuera por el hecho ajeno y nos acercáramos así a los pantanosos terrenos de la tan temida heterorresponsabilidad.

Naturalmente, si este *plus* –que identificamos con la ausencia de una cultura de respeto al Derecho– lo asociamos finalmente al delito propio de la persona jurídica como parte integrante de él, no podemos pedirle a la propia persona jurídica que pruebe que sí contaba con tales medidas. Estaríamos dando por supuesto que, salvo que se demostrara lo contrario, la persona jurídica es culpable; entraría en la sala condenada, sujeta a una presunción de culpabilidad que ella misma sería la encargada de desvirtuar... Tal desgarramiento de los principios penales no debería poder ser de ninguna manera contemplado³³. Iría en contra no solo de todos los cimientos de nuestro edificio procesal-penal, sino de la primera de las afirmaciones hechas en esta misma sentencia: que la persona jurídica tiene los mismos derechos y garantías constitucionales que las personas físicas sometidas al proceso penal. Entre ellas el principio de autorresponsabilidad y la garantía de presunción de inocencia:

“Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, **lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática** o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una

³³ Nos parece especialmente acertada la reflexión de MAGRO SERVET en este sentido cuando recuerda: “Una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, no existe una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. Sería contrario a nuestra concepción sobre este principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado”, MAGRO SERVET (2016:45).

heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica³⁴, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter”.

Este empeño por justificar y construir una interpretación acorde con la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio y no de manera objetiva, viene sustentada por la deducción que hace el Tribunal del propio artículo 31 *ter* CP. Es claro para esta mayoría del Tribunal Supremo que, si la acreditación o perseguibilidad de la persona física por su delito es independiente de la responsabilidad futura de la persona jurídica, no puede ser por más motivo que la concepción de ambas personas como separadas por responsabilidades diferentes. Luego, la responsabilidad de la persona jurídica depende del delito de la persona física, pero no puede abarcarlo de manera equivalente. Y esta responsabilidad subjetiva es la que se debe salvaguardar a toda costa según los sucesivos razonamientos de este fundamento jurídico octavo.

“El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida”.

En el voto particular la posición sobre cuál de las partes es la responsable de la prueba, naturalmente, es la contraria. El régimen de prueba de las eximentes de culpabilidad obliga a la defensa cuando las alega a dejar constancia de su acreditación, de igual manera que la presunta comisión de delito sostenida por la acusación debe ser probada por esta última. Es

³⁴ A este respecto FEIJOO SÁNCHEZ (2015:99): “Puesto que el defecto estructural constituye el fundamento de la responsabilidad corporativa, el principio de presunción de inocencia obliga a que la acusación corra con la carga de la prueba”.

comprensible así la postura del voto particular cuando de ninguna forma admite la imposición de la prueba negativa de una ausencia de cultura de respeto al Derecho a la acusación, pues su categoría de circunstancia eximente lo prohíbe:

“Ahora bien no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia”.

Hemos visto que la mayoría ampara su defensa de una responsabilidad propia –y no objetiva– de la persona jurídica en la independencia que el artículo 31 *ter* CP establece entre la acreditación del delito de la persona física y el delito de la persona jurídica. Pues bien, en el caso del voto particular, los magistrados sustentan su defensa de la imposición de la carga de la prueba del *compliance* sobre la persona jurídica en el mismo artículo 31 *bis* CP, en su apartado segundo.

Este apartado sostiene que la “acreditación parcial” de estas medidas de vigilancia podrá dar lugar a una atenuante. Si el Código permite atenuar la responsabilidad de la persona jurídica cuando esta acredite –aunque sea parcialmente– la existencia y buen funcionamiento de su programa de cumplimiento, parecería lógico deducir que el propio Código Penal es el que hace recaer esta carga de la prueba desde un inicio en la persona jurídica. Tesis que se sustenta, además, en el empleo literal de la expresión “exenta de responsabilidad” al describir la posibilidad de la persona jurídica de liberarse de responsabilidad en caso de delito de uno de sus representantes o responsables si cumple con los requisitos del apartado segundo.

“Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia, que puede constatarse, por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la "inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito" en el

seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos”.

En cualquier caso, al menos de momento, la mayoría del Tribunal Supremo ha considerado que el programa de cumplimiento es un elemento típico del delito de la persona jurídica. Por otro lado, la acusación es, según fundamentales e irrenunciables principios en materia procesal penal, la encargada de probar todos los elementos integradores del tipo penal para desvirtuar con su prueba de cargo la presunción de inocencia que pesa sobre el acusado –en este caso la persona jurídica–. Todo esto significa que, tras una elaborada y profunda discusión en el plano teórico en terreno de la teoría del delito, la práctica exigirá de la acusación la tarea probatoria de la no existencia o mal funcionamiento del programa de cumplimiento.

OPINIÓN PERSONAL

La discusión doctrinal y jurisprudencial ha tocado puntos clave en esta nueva figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica: autorresponsabilidad, tipicidad y culpabilidad o funciones de prevención general de la pena, entre otros elementos.

En mi opinión sin embargo, dos son los puntos esenciales del estado de la cuestión.

En primer lugar, si consideramos a la persona jurídica como sujeto de los mismos derechos y garantías que la persona física en el proceso penal –a la STS 154/2016 me remito–, por supuesto, **la heterorresponsabilidad queda del todo descartada**. Situada a la misma altura que los tradicionales sujetos del proceso penal, resultaría inconcebible, desde el punto de vista aquí expresado, justificar de ninguna manera el hacer responsable a dicha persona jurídica por el delito de otro –en este caso, la persona física–. Así, la clasificación del programa de *compliance* como núcleo de la tipicidad del delito de la persona jurídica me parece fundamental en este caso para garantizar este respeto al principio de autorresponsabilidad. Esto significa descartar la posición mantenida por el voto particular de atribuirle carácter de eximente de la culpabilidad con la intención de justificar la atribución de la prueba del programa de cumplimiento a la propia persona jurídica.

En segundo lugar y a pesar de lo anterior, personalmente opino que nuestro primer error consiste en tratar a la persona jurídica, una ficción de nuestro ordenamiento, como una persona física. Los derechos y garantías que se le otorgan a la persona física en el procedimiento penal están justificados en la dignidad de la persona, de la misma manera que su culpabilidad la fundamentamos en el reproche que como ser libre y responsable le atribuimos cuando escoge la alternativa a derecho. La persona jurídica no tiene dignidad ni conciencia. Las personas físicas que la integran, sí.

En resumidas cuentas, si comprendemos que la persona jurídica es una ficción que hemos creado y que, como tal, no podemos atribuirle la dignidad propia de la persona física, nada nos obliga a asociarle los mismos derechos y garantías. La heterorresponsabilidad –por mucho que esto nos chirrié cuando lo escuchamos– no resultaría así un problema. Sin la necesidad de distinguir el delito de la persona jurídica del delito de la persona física que en su seno y a su favor lo comete, no resultaría una exigencia integrar el programa de cumplimiento como núcleo de la tipicidad. Quedaría vía libre para considerar la tenencia de un programa de *compliance* como eximente de la culpabilidad, a cargo en su prueba de la defensa, la propia

persona jurídica, que se verá obligada a acreditar que efectivamente no fue la ausencia de un conjunto de medidas de vigilancia y control las que favorecieron el delito de la persona física. No se impone de esta manera a la acusación la diabólica prueba de la no existencia de dicho programa en la persona jurídica y se lanza en cambio un claro mensaje de advertencia a esta última: un buen programa de cumplimiento puede ser la ansiada tabla de salvación para posibles futuros procedimientos penales y, por tanto, más valdría invertir en ello.

Con todo, creemos necesario aquí volver de alguna manera a nuestros orígenes y, no desmontar todo lo construido hasta ahora, pero sí generar conciencia de que muchas de estas conclusiones bien pueden considerarse provisionales. El propio Tribunal Supremo afirma que todo este sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica “solo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a consideración de los Tribunales uno u otro problema”³⁵.

³⁵ STS 221/2016, de 16 de marzo de 2016 (Roj: STS 966/2016).

CONCLUSIONES

La persona jurídica está presente en multitud de relaciones sociales y su cada vez más destacado papel social le confiere un protagonismo casi sin precedentes en el tráfico jurídico y económico. Resulta una figura clave en muchos aspectos de la vida diaria³⁶.

De hecho, tal es la potencial influencia y utilidad de esta ficción jurídica que hemos creado, que el legislador se ha fijado de nuevo en ella. Esta vez, de acuerdo con su más reciente y característica vocación expansiva en materia penal, el mismo legislador ha decidido limitarla –o cuando menos amenazarla– con su más poderoso instrumento coactivo: el Derecho penal. *Societas delinquere non potest* ha dado así paso precisamente a lo contrario. A partir de 2010, y de manera más técnicamente precisa desde 2015, *societas delinquere potest*.

¿Por qué nos importa este cambio? Porque la responsabilidad penal de la persona jurídica es un giro de ciento ochenta grados en nuestro sistema penal. La imposibilidad anterior de atribuirle delito alguno tenía sus razones de ser.

El acomodo de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la teoría del delito es algo de muy difícil confección. Principalmente con motivo del principio de culpabilidad, desgarrado desde el momento en el que asociamos la ficción –la persona jurídica– con la realidad de las personas físicas que la integran. Reprochamos a la persona física su delito porque es una acción u omisión lesiva de un bien jurídico que tenemos especial interés en proteger, no conseguimos justificar su actuación y además sabemos que conocía y controlaba lo que hacía. Para hacer cualquier tipo de reproche a la persona jurídica nos tendremos que dirigir en última instancia a las personas físicas que la conforman y cualquier desvío para sortear esto corre un serio peligro de resultar, por artificioso, incoherente, pudiendo dar lugar incluso a un trascendental fraude de etiquetas.

En este trabajo de definir la culpabilidad de la persona jurídica debemos preguntarnos ¿por qué la castigamos realmente? ¿Cuál es el reproche que le hacemos?– Aquí es donde entra en juego el programa de cumplimiento o *compliance*. El legislador del 2010 hablaba de un “debido control” que se imponía como exigencia a la persona jurídica. Parecía querer decirle: “no deberás ponérselo nada fácil a quien en tu seno y a tu favor pretenda aprovecharse y cometer un delito”. No estaba muy claro, sin embargo, si la exigencia era parte de su injusto

³⁶ Ver en este sentido GALÁN MUÑOZ (2017:20).

propio, si definía su delito o era en realidad un elemento más bien extraño a él. El legislador de 2015, atento a la discusión doctrinal, se propuso mejorar la redacción técnica de la materia y desarrolló un nuevo artículo 31 *bis* CP.

En ese nuevo 31 *bis* parecía –al menos según declaradas intenciones del legislador en el preámbulo de la reforma– querer dejar claro que la responsabilidad de la persona jurídica era autorresponsabilidad: plenamente respetuosa con el tradicional edificio jurídico-penal de nuestro sistema y todos sus principios rectores. Cada uno seguía siendo responsable de lo propio, y no de lo ajeno. “Lo propio” para la empresa es la ausencia de un “debido control”, traducido ahora como programa de cumplimiento, *compliance* o medidas de vigilancia y control para la prevención de delitos en el seno de la empresa.

Y sobre este “debido control”, a pesar de los intentos de mejora técnica de la redacción, el nuevo artículo 31 *bis* CP dejaba aún cierto campo a la interpretación. Tal era así que, en su primera sentencia de pronunciamiento a este respecto, en el año 2016, el Tribunal Supremo queda dividido en ocho votos frente a siete. ¿La duda? Dónde encajamos el programa de cumplimiento en el delito de la persona jurídica. La mayoría optó por su calificación como núcleo de la tipicidad del delito, mientras que los siete adheridos al voto particular lo calificaban como eximente de su culpabilidad.

De nuevo, ¿qué importancia tiene esto? Su encaje en una u otra categoría es la clave para, según las normas procesales de la carga de la prueba, asignar el deber de probar la ausencia del *compliance* a la acusación en el primer caso o la carga de probar la existencia de dicho *compliance* para la defensa.

Dejar en manos de la acusación la prueba negativa del hecho parece terreno abonado para el germen de la impunidad en muchos casos –al fin y al cabo es una prueba diabólica–. Trasladar la carga de la prueba a la defensa implicaría necesariamente la equivalencia del *compliance* con una eximente de culpabilidad y, por tanto, fuera de la tipicidad del delito. El delito de la persona jurídica sería entonces el mismo que el de la persona física: heterorresponsabilidad. Si pretendemos ser consecuentes con nuestros principios penales, parece que nos vemos obligados a, o bien poner en riesgo la eficacia de la función preventivo general de la pena para las personas jurídicas –primer caso–, o bien poner en peligro el sistema de principios de nuestro sistema penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E. -JAÉN VALLEJO, M. -PERRINO PÉREZ, Á. (2016). *Derecho Penal de las Personas Jurídicas*, Madrid, Dykinson, págs. 24 - 36.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2015). *El delito corporativo en el Código Penal español*, Pamplona, Civitas, págs. 50 - 99.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2017). *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 20-23.
- GOENA VIVES, B. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, Marcial Pons, págs. 31-40.
- GRACIA MARTÍN, L. (2016). Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pág. 8.
- MAGRO SERVET, V. (2016). *Delitos socioeconómicos*, Madrid, Lefebvre El Derecho, pág. 45.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2015). *La reforma del Código Penal de 2015*, Madrid, La Ley, pág. 56.
- MARTÍNEZ PUERTAS, L. -PUJOL CAPILLA, P. (2015). *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Pamplona, Aranzadi, pág. 26.
- NIETO MARTÍN, A. -LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. -BLANCO CORDERO, I. -PÉREZ FERNÁNDEZ, P. -GARCÍA MORENO, B. (2015). *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 26.
- SÁNCHEZ HUETE, M. Á. (2008). *El levantamiento del velo en la nueva LGT (la responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio)*, Madrid, Marcial Pons, pág. 34.

FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

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

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre:

Art. 31
Art.129

Ley Orgánica 15/2003, de 26 de noviembre:

Art.31
Art. 129

Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio:

Art.31
Art.129
Art.31 *bis*

Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo:

Art.20
Art.21
Art.31
Art.31 *bis*
Art.31 *ter*
Art.31 *quater*
Art.31 *quinquies*
Art.33.7
Art.66 *bis*
Art.129
Art.305

2000

STS 1940/2000, de 18 de diciembre (Roj: STS 9359/2000)

2005

STC 120/2005, de 10 de mayo

2008

STC 129/2008, de 27 de octubre

2016

STS 154/2016, de 29 de febrero (Roj: STS 613/2016)
STS 221/2016, de 16 de marzo (Roj: STS 966/2016)