



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA

Las Personas Jurídicas como parte pasiva del proceso penal

Universidad de Valladolid



Universidad de Valladolid

The logo for the University of Valladolid (UVa), consisting of the letters 'UVa' in white on a red square background.

UVa

1 DE JULIO DE 2015
STANISLAVA HRISTOVA HRISTOVA
DRA. MARÍA LUISA ESCALADA

Facultad de CC. Sociales, Jurídicas
y de la Comunicación

4º de Grado

INDICE

1. Introducción.	4
1.1. Del Derecho Administrativo al Derecho Penal.	6
2. Modelos de Responsabilidad:	7
2.1. El modelo de Responsabilidad Español.....	9
3. Capacidad de acción, imputación; culpabilidad: dolo e imprudencia	10
4. Titulares de la Responsabilidad Penal del art.31.bis.....	16
4.1. Derechos fundamentales atribuibles a las personas jurídicas.	19
4.2. La Relación entre persona física y persona jurídica	22
4.3. Defecto de Organización.	29
4.4. Principio NON BIS IN IDEM.....	31
5. Delitos:.....	31
6. Penas aplicables a las personas jurídicas.....	33
6.1. Atenuantes y eximentes:.....	37
7. Artículo 129 del CP: antes y después de la Reforma del CP.....	38
8. Competencia objetiva y funcional. Competencia territorial.....	40
8.1. Competencia objetiva y funcional.	40
8.2. Competencia territorial.....	41
9. La reforma del Código pena operada por LO 1/2015 de 30 de marzo.	43
10. Valoraciones personales de la Reforma.....	46
11. Bibliografía:	51

Resumen: Este trabajo tiene por objeto estudiar la creación de un nuevo sujeto pasivo del derecho penal - la persona jurídica. Ante la postura clásica, que admitía que ese rol sea desempeñado únicamente por la persona física, se aprueba la LO 5/2010, de 22 de junio, introduciendo responsabilidad vicarial para las empresas¹ y un sistema de consecuencias accesorias para los entes sin personalidad jurídica. La reforma recibió múltiples críticas por la Doctrina española lo que puso de relieve la necesidad de aclarar los conceptos penales. La respuesta legislativa fue la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, cuya finalidad es encajar la novedosa regulación en la Teoría General del Delito. Para comprender mejor la reforma se estudiarán tanto las opiniones de grandes juristas como las soluciones adoptadas en el derecho comparado. Se perfilará el concepto de persona jurídica, presentando diferentes visiones sobre esta creación ficticia, y su compatibilidad con la noción de culpabilidad penal.

Palabras claves: responsabilidad penal; responsabilidad vicarial; personas jurídicas; empresa; consecuencias accesorias; culpabilidad;



Abstract: The aim of this work is to study the creation of a new taxable person of the criminal law - the legal person. Contrary to the classical approach, which admitted that the role should be played only by the legal person, the LO 5/2010, from June the 22nd, introducing vicarious liability for companies and a system of accessory penalties for entities without legal personality. The reform received numerous criticisms by the Spanish doctrine, which in turn, emphasized the need to clear the criminal concepts. Then the legislative response was the adoption of the LO 1/2015, from march the 30th, which task is to fit the original regulation in the General Theory of Crime. For a better understanding of the reform, either the opinions of great jurists as solutions adopted inside the comparative law, are to be studied. The concept of legal person will be precised, presenting different views on this fictitious creation and its compatibility with the notion of criminal culpability.

¹En este trabajo “empresa” será utilizado como sinónimo de persona jurídica.

Keywords: criminal liability; vicarious liability, legal persons, corporation, accessory consequences, culpability

1. Introducción.

En el año 2010 se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español. La LO 5/2010, de 22 de Junio cambia el rumbo del derecho penal en nuestro país estableciendo el sistema vicarial de responsabilidad penal, convirtiendo a las personas jurídicas en auténticos responsables penales. Hasta este momento estos entes podrían ser sancionadas por el derecho administrativo, pero no podían ser responsables penales como las personas físicas, regía el principio "*societas delinquere non potest*"; éste tiene cada vez menos seguidores. El cambio apuntado trae consigo una nueva idea, pero además un debate jurídico y muchos problemas a la hora de su eficaz aplicación. Las posteriores reformas del Código Penal tienen por objeto resolver las deficiencias de la inicial regulación, aclarando conceptos y estructurando la ley penal. A partir de 1 de Julio de 2015 entra en vigor la última reforma operada por la ley LO 1/2015 de 30 de marzo, que introduce sistematiza y crea un verdadero derecho penal aplicable a las empresas.

Desde una perspectiva histórica la responsabilidad colectiva data del código Hammurabi y de la Antigua Grecia, aunque no se llegó a reconocer en Roma. Estuvo vigente en España durante la Edad Media, así como en el derecho germánico, francés y canónico. El punto de partida son las dos grandes revoluciones del siglo XIX – la francesa y la norteamericana, las cuales marcan la línea clásica de *societas delinquere non potest*.²

El desarrollo de la economía contemporánea pone en relieve la impotencia de los Estados para combatir los crímenes organizados, cuya principal herramienta es la empresa. El fenómeno llamado "*corporate power*" (sociedades más poderosas que los Estados) es cada vez más frecuente, por lo es necesario afrontar ese problema. Siguiendo la Doctrina clásica, sujeto del derecho penal podría ser solamente la persona física, pero en estas estructuras tan complejas y poderosas una persona física se convierte en un mero peón de la criminalidad organizada. La persona física seguirá siendo el principal sujeto pasivo y en ningún caso la responsabilidad de la persona jurídica tiene por objeto sustituir la de persona natural, todo lo

² La Introducción de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en la Legislación Española, Miguel Ángel Boldova Pasamar, pp.221 HAY QUE PONER EL AUTOR, LA OBRA, LIBRO EN CURSIVA, ART. ENTRE COMILLAS, AÑO Y PÁGS. TIENES QUE REHACER TODAS LAS NOTAS A PIE DE PÁGINA.

contrario, el objeto es reforzar el *ius puniendi* estatal y evitar delitos impunes. El derecho anglosajón fue pionero en el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona moral, mientras que a nivel continental este proceso tardó mucho más. Algunos importantes juristas empezaron reclamar a esta necesidad, como SELDAÑA en España, SCHÜNEMANN, HEINE y otros. El Ordenamiento Jurídico de los Estados Unidos fue el que mayor influencia tuvo para el derecho continental; los textos jurídicos que destacan son el *Sherman Act* y *Elkins Act*, si bien también se puede encontrar regulación de tal responsabilidad en normas de diverso ámbito. Sin embargo, gran importancia tiene el *Federal Sentencing Guidelines*³ y el *United States Attorney's Manual* en los cuales se definen tanto los sujetos pasivos como los principios federales de persecución de las empresas. No obstante, no existe una regulación tan exhaustiva en el plano procesal⁴

Otros países que introducen la responsabilidad penal de los entes colectivos son Los Países Bajos, Alemania, Austria, Chile, Francia, Finlandia, Italia, Suiza, Noruega y etc.

En Francia la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es exclusiva, se combina con la responsabilidad de las personas físicas, se rige por el principio de legalidad – solamente para los casos contemplados en la ley e incluyendo como titulares a todos los entes privados. El caso de Holanda es muy similar, al considerar que actúa la persona jurídica cuando lo hace una persona ¿física? en el contexto social; las normas de Holanda datan de 1953.

En la misma línea será preciso destacar que muchos convenios y normas internacionales promueven este cambio jurídico (Convenios Internacionales procedentes de la OCDE, la ONU, o el Consejo de Europa, Directivas Decisiones marco de la UE y etc.), entre los cuales podemos destacar *La Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa*, *La Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea*, *La Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre el terrorismo*, y muchas más decisiones marco de la Unión europea⁵.

³ Tiene gran influencia en el Proyecto de Reforma del CP del 21 de septiembre de 2013, sobre todo en los programas de cumplimiento y las causas eximentes introducidas por dicha reforma.

⁴ *Proceso Penal y Persona Jurídica* – Fernando Gascón Inchausti; “corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation”.

⁵ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010 – en dicha circular la Fiscalía Estatal interpreta la propia reforma efectuada, explicando tanto los motivos de la introducción de la reforma, parte de los cuales aparecen la Exposición de motivos de la LO5/2010, estableciendo una clara línea de interpretación uniforme de la nueva ley para todo el Ministerio Fiscal. En la Propia Circular se destaca el estudio realizado por el Intuitio Max – Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht) en el cual se pone de relieve que

Con fundamento en esta normativa internacional y comunitaria el Legislador decide reformar el Código Penal, introduciendo el art. 31 bis y un nuevo sujeto pasivo del derecho penal: la persona jurídica.

1.1. Del Derecho Administrativo al Derecho Penal.

La institución de la persona jurídica se crea para obrar en el tráfico jurídico y económico. Se la atribuyen tanto derecho como obligaciones, no obstante antes de la Reforma del Código Penal, el control estatal sobre estos entes podía traducirse solamente en sanciones administrativas, pudiendo añadir a éstas la responsabilidad civil contractual o extracontractual derivada del delito. No había duda en la imposición de tales sanciones por su carácter objetivo, su fundamento es la realización de un hecho o resultado contrario a las normas jurídicas, independientemente del sujeto que realiza la acción. En buena medida, los principios sancionadores del derecho administrativo coinciden con los principios del derecho penal, pero la diferencia se encuentra en la subjetividad del ilícito penal, siguiendo la Teoría del Delito.

Además de éstas, el artículo 129 del CP recogía unas consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, (después de la reforma del Código Penal, dicho artículo se modifica y estas consecuencias accesorias se aplicaran a entes sin personalidad jurídica.) Las preguntas que hace la Doctrina es ¿cómo podemos hacer responsable a un ente sin capacidad de actuación por sí mismo? ¿No son las personas físicas las que adoptan las decisiones y política de desarrollo del ente colectivo? ¿No bastaba con las sanciones administrativas? ¿Sería más eficaz el Derecho Penal para combatir los crimines organizados?

En palabras de HEINE “*Únicamente las penas pueden desplegar un resultado preventivo suficiente*”. La diferencia entre la sanción administrativa y la pena está en función de la gravedad del injusto.⁶

La Doctrina explica y defiende la imposición de las sanciones administrativas o las penas en función de su postura, los autores seguidores del principio clásico, como GARCÍA MARTIN, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, consideran que la persona

entre los años 1974 – 1985, más del 80 % de los delitos económicos se cometían a través de la figura empresarial.

⁶ Revista Penal; Sobre la Delimitación cuantitativa entre Derecho Penal Y Derecho Sancionador Administrativo

moral es incapaz de efectuar una conducta por sí misma, porque no tiene conciencia propia, consideran que las normas administrativas tienen carácter impersonal, y su incumplimiento depende únicamente de la producción del resultado injusto descrito en la norma, pero en ningún caso se pueden predicar de un ente colectivo. Las normas penales son subjetivas, dado que siempre exigen un comportamiento doloso o impudente. Estos autores concluyen que las normas que recogen las consecuencias jurídicas sin necesidad de que se dé este último requisito, en ningún caso se pueden considerar penales, por lo cual la consecuencia jurídica es una sanción administrativa y no una pena en sentido estricto.

Por otro lado está el sector defensor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde se encuentran autores como el ya citado HEINE o FIANDACA - MUSCO, quienes dicen que se trata de *“un fraude de etiquetas”* ya que la responsabilidad que el legislador define como administrativa realmente tiene *“carácter penal o parapenal”*.

En conclusión, si son sanciones administrativas o auténticas penas, dependerá de la vertiente seguida por el legislador; el debate jurídico está centrado en la posibilidad de atribución de responsabilidad penal a las personas morales o no, al fin y al cabo, independientemente de la forma que se adopte, el objetivo perseguido es uno: salvaguardar los bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico.

No me voy a extender mucho en este apartado porque me parece más interesante ver como los diferentes autores atribuyen la responsabilidad a base de debatir la capacidad de actuación por sí misma de la persona jurídica.

2. Modelos de Responsabilidad:

En este punto trataremos de ver qué forma puede adoptar la responsabilidad de la persona jurídica, la Doctrina ha definido dos grandes modelos, los cuales por sí mismos presentan algunas deficiencias:

- HETERORRESPONSABILIDAD: en este modelo de responsabilidad se conjugan la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física. Se basa en la idea de que las personas morales no tienen capacidad de actuación por sí mismas, las acciones delictivas se realizan por las personas físicas, por lo cual la responsabilidad de estas últimas se transfiere a las personas jurídicas. Lo expuesto debe ser criticado

teniendo en cuenta que se infringen dos grandes principios penales: prohibición de responsabilidad penal por hechos ajenos y el principio de personalidad de las penas. En este caso la responsabilidad se articula a través de un injusto ajeno, que será el mismo, tanto en el caso del ente colectivo como en el caso de la persona natural, infringiendo otro principio general: NON BIS IN IDEM. Tal vez, en palabras del profesor, MIGUEL ÁNGEL BOLADOVA PASAMAR, este modelo de responsabilidad será aplicable en caso de que consideremos que las personas jurídicas no son titulares de derechos fundamentales, pero como veremos más adelante en este trabajo, nuestro Tribunal Constitucional reconoce ciertos derechos fundamentales a los entes colectivos⁷.

Este modelo lo podemos encontrar en Reino Unido, en el derecho francés y en el antiguo art. 31 del CP español.

- **AUTORESPONSABILIDAD:** es el segundo gran modelo, basado en el injusto propio, es decir, la responsabilidad de la persona moral es autónoma e independiente de la responsabilidad de la persona física. El tema principal será aquí otra vez será la cuestión fundamental de este trabajo: cómo se va a atribuir tal responsabilidad de a la persona jurídica. La respuesta que se encuentra es el defecto de organización⁸, de dirección empresarial, que además se considera que puede ser doloso (preordenada) o imprudente (mala planificación). La crítica que se puede hacer a este modelo es que se debe de tratar de un hecho delictivo, y la mala organización no reúne esta condición⁹.

Este modelo de culpabilidad de la empresa fue adoptado por autores como HEINE o GÓMEZ JARA y es el implantado por los códigos penales de Austria y Suiza.

⁷ “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española” – Miguel Ángel Boldova Pasamar (Universidad de Zaragoza), Modelos de responsabilidad de la Persona Jurídica – pp. 230 -232.

⁸ En el derecho alemán es Tiedeman el que introduce el concepto de defecto de organización.

⁹ Modelos de responsabilidad – Miguel Ángel Boldova Pasamar. CUANDO SE REPITE VARIAS VECES UNA MISMA OBRA SE PONE ÍNTEGRAMENTE LA PRIMERA VEZ, Y EN LAS SUCESIVAS SE PONE *OP. CIT.* QUE SIGNIFICA OBRA CITADA

La responsabilidad de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad, Adán Nieto Martín; Resumen de “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. “ Iustel. Madrid. 2008

Con fundamento en estos dos modelos de responsabilidad surge un tercer modelo híbrido, mixto que une factores de ambos. Fue escogido por los Estados Unidos, el Estado Italiano y el Código Penal Español.

2.1. El modelo de Responsabilidad Español

El modelo español se acerca más al modelo de HETERORRESPONSABILIDAD pero presenta ciertos rasgos de autonomía; el Código Penal Español ha optado por el sistema vicarial de responsabilidad penal, es decir, por un lado tenemos la responsabilidad de las personas físicas y por otro lado está la de las personas jurídicas, la fundamental diferencia está en que la segunda no es dependiente de la primera. En este sentido, si no se puede determinar la persona física culpable, o bien no es posible su imputación, esto no libera de responsabilidad a la persona jurídica. Estamos ante un mecanismo cuyo principal objetivo es no dejar crimen impune.

Con la introducción del art. 31 bis se establece tanto la responsabilidad como el modelo seguido; nuestro legislador dice en el apartado 1 del artículo que las personas jurídicas serán penalmente responsables:

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

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

Por otro lado el artículo 31 ter introduce el elemento de autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

“1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, *aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.* Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.”

En este caso es importante resaltar que aunque se reconoce esta autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, no la podemos entender en sentido estricto, es decir, no es responsabilidad directa. En el primer apartado hemos visto como el propio artículo vincula las dos dimensiones de la persona jurídica¹⁰. Pero en el segundo sucede otra cosa, se declara responsable a la persona jurídica aun sin la identificación de la persona natural (o imposibilidad de imputación de tal persona), en este aspecto sigue presente el vínculo de autonomía porque el artículo dice que el delito “haya tenido que cometerse” por alguna de las personas físicas enumeradas, el hecho de no poder incoar un proceso frente a tales personas no destruye el nexo entre la actuación de las dos dimensiones del ente.

Dicho esto en los siguientes apartados vamos a ver como los diferentes autores resuelven el problema de la capacidad de actuación de la empresa y las exigencias del Código Penal de actuación con dolo o impudencia. También vamos a ver como la teoría que defiende encaja con la reforma penal del año 2010.

Universidad de Valladolid

3. Capacidad de acción, imputación; culpabilidad: dolo e imprudencia

Hay autores que consideran que las personas jurídicas son incapaces de actuar por sí mismas (ya hemos hablado del principio *societas delinquere non potest*) entre los cuales se encuentran el ya citado GARCÍA MARTÍN. Sin embargo, mucho más interesante e innovadoras son las teorías de los que están a favor de la responsabilidad penal de las personas morales. LAMPE describe la atribución de la culpabilidad como un “círculo vicioso” – la idea es la siguiente: las personas jurídicas son incapaces de acción, de

¹⁰ Para comprender la responsabilidad penal de las personas jurídicas habrá que comprender el concepto de persona jurídica (más adelante vamos a ver como la Doctrina y la Ley definen a este ente ficticio). Una persona moral es una creación del derecho generada para facilitar el tráfico jurídico y económico de las colectividades, podríamos definir como dimensión primaria el colectivo que opera, es el colectivo que desarrolla la actividad y establece la política del ente colectivo. Por otro lado tenemos la otra dimensión, que podríamos considerar una dimensión secundaria, que es la personalidad jurídica y es la dimensión en la que se presenta el ente en sus relaciones con terceros. Estoy hablando de dos dimensiones porque, al fin y al cabo estamos ante un ente UNITARIO, lo único que cambia es la forma de presentación, la imagen. La imagen pública la presenta la llamada por mi dimensión secundaria de la persona jurídica, mientras que el colectivo que está detrás de esta personalidad, es el núcleo operativo. El legislador lo que hace es establecer el vínculo de dependencia entre las dos dimensiones.

culpabilidad y de pena, pero solo y únicamente si estos conceptos se conciben como estrictamente humanos, en sentido de que *acción* sería un comportamiento *humano*, la *culpabilidad* como *bio-psicológica*¹¹, y *pena* – mal uso de la *libertad humana*. Pero estos mismos conceptos podrían existir también para las personas jurídicas. BRICCOLA apunta en este sentido que “*no es un problema ontológico, sino un simple problema de definición.*”¹² Otros autores consideran que, tal vez, deberíamos prescindir de las categorías tradicionales y buscar otras más apropiadas para las personas jurídicas (a mi juicio esto complicaría mucho el derecho procesal penal y crearía más confusión aún). En la misma línea NIETO MARTIN dice que el dolo y la imprudencia no son conceptos aplicables a las personas jurídicas, porque se trata de algo más simple: determinar la gravedad del defecto de organización; en este sentido compara la culpabilidad con el derecho al honor o a la intimidad - valores que emanan de la dignidad humana, por lo cual le resulta difícil predicar la culpabilidad a la empresa, resalta especialmente que el límite de tal culpabilidad sería el principio NON BIS IN IDEM, y no se debería de permitir que la doble personalidad se convierta en forma de eludir este derecho fundamental. Aunque bastante escéptico NIETO MARTIN marca cuatro corrientes diferentes para entender la culpabilidad:

- En primer lugar, estaríamos ante un delito doloso de la empresa: el entorno anima a la comisión del delito al infractor individual, al sentirse tolerado o amparado; sería el caso del CP australiano.
- La segunda corriente para el autor es la que entiende la culpabilidad como defecto de organización, dentro de la cual distingue tres variantes:
 - La culpabilidad de la empresa por defecto de organización sería una suerte de responsabilidad imprudente de la empresa, por no haber organizado sus procesos (HEINE).

¹¹ Bio - psicológica – tal y como está determinado el concepto de culpabilidad podríamos predicarlo exclusivamente a los seres humanos por su función racional. La persona física comprende y realiza las acciones porque está dotada de la “razón” y puede decidir o no realizar los hechos, además es una función biológica, mientras que las personas jurídicas son simple creación jurídica y posibilidad de llevar a cabo la función racional por sí mismas. Lo que dice Lampe es que es difícil atribuir éstos conceptos a las personas jurídicas cuando se crearon pensando en la naturaleza humana. Las empresas por si mismas tiene otra forma de actuar y decidir – no estamos ante una función racional pero mediante vías diferentes llegamos al mismo resultado – realizar actos, tomar “decisiones”, establecer la línea de desarrollo. Este proceso es muy semejante a la función racional del ser humano con la cual está dotado por su naturaleza, la conclusión es que estos conceptos podrían ser adaptados para las personas jurídicas.

¹² APROXIMACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL, - José Miguel Zugaldia Espinar; pagina 2, La capacidad de acción y de culpabilidad (penal) de las personas jurídicas.

- Ausencia de un responsable individual; en este caso se trataría de un defecto de organización, variante adoptada por el CP suizo, en caso de que no se pueda individualizar el responsable penal, responde la empresa.
 - No haber adoptado todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida.
- La tercera corriente sería culpabilidad por el carácter: la empresa es culpable por su conducción, caso de derecho penal de autor. (LAMPE). La idea de esta corriente es muy simple, el Estado no puede establecer un modelo o directriz para que las personas físicas formen su carácter, porque estamos ante un proceso natural y además en la formación del carácter personal influyen muchos factores (la educación, la religión, la coyuntura socio – política y etc.); en cambio puede hacerlo para las personas jurídicas – ya que estamos ante una creación artificial, el Estado puede establecer las directrices de formación de su “carácter”.¹³
- La cuarta y última corriente marcada por NIETO MARTIN es culpabilidad de la empresa a por su forma de reaccionar ante la comisión de un delito, en cuyo caso no existiría culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente (FISSE Y JOHN BRAITHWAITE).

Universidad de Valladolid

NIETO MARTÍN entiende la culpabilidad de la empresa solamente en el caso del defecto de organización, porque es la única forma de acción de la empresa, hasta llegar al punto de proponer algunas modificaciones del artículo para su mejor encaje y aplicación: en primer lugar remarca que para la imputación de la persona jurídica es necesario que se demuestre que el delito cometido es manifestación de la infracción continuada de los deberes de organización. En segundo lugar, el art. 31 bis distingue entre la tentativa y el delito consumado, distinción que no tiene importancia según NIETO MARTIN, porque “*en ambos casos se pone de manifiesto una organización empresarial defectuosa*”. Y en tercer lugar, da mucha importancia a la reincidencia como circunstancia agravante y en último lugar dice que la culpabilidad reactiva, el comportamiento postdelictivo tiene mayor importancia en la determinación de la pena.¹⁴

¹³ Lampe intenta construir un puente de semejanzas y diferencias entre las personas jurídicas y las personas naturales comparando su forma de funcionar y las posibilidades de control estatal. Esta postura la podemos entender en el sentido de que el estado por si no puede regular el desarrollo personal de la persona física – que además está protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero si puede hacerlo con las personas jurídicas.

¹⁴ NIETO MARTIN – La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo

Como ya he abordado anteriormente, cuando no se realiza la conducta esperada por el Ordenamiento Jurídico es cuando entra en juego *el ius puniendi* del Estado, el problema que se presenta es que entre la persona jurídica y el comportamiento esperado por el Ordenamiento Jurídico (sea acción u omisión) falta el nexo de la voluntad. Por otro lado, los entes colectivos están facultados para contraer obligaciones y formalizar contratos, lo que por sí mismo es una actividad en el campo jurídico o económico, la consecuencia lógica debería de ser la posibilidad de incumplimiento de las normas que les proporcionan poder para obrar. Los entes colectivos son capaces de cumplir normas estatales, de contraer obligaciones, actuaciones que son únicamente predicadas por las normas jurídicas porque cuando se firma un contrato- sea laboral, sea civil o de cualquiera otra naturaleza- la parte contratante es la persona jurídica, es una acción perfectamente atribuible al ente colectivo, pero parece que a la hora de atribuir tales facultades a las personas jurídicas en el campo del derecho penal nos encontramos con un problema. Tal vez por el subjetivismo del derecho penal, pero no nos tenemos que olvidar que estamos ante un sujeto que, aunque ficticio, está actuando en el tráfico jurídico y del cual dependen muchos terceros (que pueden ser personas jurídicas a su vez o personas físicas). A este respecto GARCIA MARTIN clasifica las normas en normas de conducta y normas de distribución. Las primeras son normas que imponen un comportamiento determinado por lo cual la consecuencia jurídica es la pena, mientras que las segundas atribuyen bienes y valores de carácter impersonal, así como perjuicios, gastos y riesgos. Estamos ante normas que distribuyen bienes y riesgos entre los “sujetos”, marcando lo que “debe ser”.

¹⁵Las normas de conducta y las de distribución serán destinadas a las personas físicas en todo caso, porque éstas presentan facultades para el cumplimiento, mientras que a las personas jurídicas se les pueden destinar únicamente las normas de distribución por su objetividad. Solamente en el caso de incumplimiento de una norma de este segundo tipo será posible la imposición de una pena.

El artículo 5 del Código Penal dice que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, según la Teoría del Delito, la culpabilidad necesita que el individuo conozca la pena, sea capaz de comprender las consecuencias jurídicas y se sienta motivado por la norma penal, estos requisitos son los que determinan la imputabilidad, es decir, la capacidad de ser culpable. En el caso de la persona jurídica, ésta no está dotada de esta conciencia, ni por si misma puede actuar dolosa o imprudentemente. Tenemos que tener en cuenta que las personas

¹⁵ L.Garcia Martin, “La cuestión de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Actualidad Penal*, (1993) paginas 602 - 604

jurídicas actúan mediante sus órganos por lo cual, como dice JAVIER SANCHEZ BERNAL, serán las personas físicas las que soportaran la imputación objetiva. Concluye este autor que deberíamos separar los sujetos de acción y los sujetos de imputación, no podrá hablarse de autoría de la propia persona jurídica sino de sus representantes. JAKOBS llegó a decir que las personas físicas necesitan de la mente y el cuerpo para llevar a cabo acciones, paralelamente en la empresa la conciencia (la mente) equivaldría al estatuto, mientras que el cuerpo de actuación serían los órganos; como consecuencia de todo esto, dice el autor que las actuaciones de los órganos de acuerdo con los estatutos se convierten en actuaciones “propias de la persona jurídica”.

Por otro lado SHÜNEMANN crea el concepto de “*organizada irresponsabilidad de todos*”, quiere decir que no importa en qué escalón se presenta la acción antijurídica, aunque fuera el más bajo, los órganos superiores o de organización ha obrado irresponsablemente porque no han podido detectar y evitar tal comportamiento, o tal vez debido a la mala gestión éste ha sido posible.

Como sabemos la pena es la consecuencia jurídica de una acción típica, antijurídica y culpable por lo cual, en atención a lo dicho anteriormente no habrá ningún inconveniente en aplicar penas en sentido estricto a los entes colectivos. Dicho lo anterior se presenta otro problema, el principio de legalidad y personalidad de la pena (artículo 25.1 de la CE) – muchas de las empresas se crean con el objetivo de que los socios se escondan detrás de la personalidad de la persona jurídica,¹⁶ para combatir estos posibles fraudes la Doctrina crea la herramienta del “levantamiento del velo”. Permite a los jueces descubrir la personalidad de las personas físicas. Esta práctica establecida por la jurisprudencia está en relación con el principio de indagación de la verdad material, esta teoría se convirtió en arma importante en la lucha contra la criminalidad organizada.

Hasta ahora hemos visto como diferentes autores debaten el tema de la responsabilidad, culpabilidad, formas de actuación de la persona jurídica, etc. como aplican la Teoría del Delito y convierten las empresas en sujetos de imputación.

Ahora vamos a analizar como mi teoría se ajusta a estas exigencias. Como ya he dicho, el ente colectivo es una unidad inseparable, que presenta dos dimensiones: una primaria (la

¹⁶ De Castro clasifica las personas jurídicas en perfectas e imperfectas, la primeras poseen propia y separada existencia respecto de sus elementos constituyente (serán personales o reales), existe una completa separación entre los patrimonios, mientras que las segundas son las que no presentan estos rasgos (perfectas serían las sociedades de responsabilidad limitada y la autónoma, mientras que imperfectas serían las colectivas).

colectividad de personas físicas que establecen las directrices de actuación de la empresa, llevan a cabo su actividad y la controlan) y una secundaria (es la personalidad jurídica en sí, creada para unificar la colectividad de la empresa, facilitar su actuación en el tráfico jurídico y además es la imagen que se presenta ante terceros). Es imposible que la dimensión secundaria actúe sin la primaria, la cual es el motor. Se nos plantean las mismas preguntas: ¿Cómo lleva a cabo acciones el ente colectivo? ¿No estamos ante un círculo vicioso llegando a la conclusión que solamente las personas físicas pueden llevar a cabo acciones, porque tienen conciencia y voluntad? (Remisión - nota al pie de página nº 10).

Para responder a este concepto debemos repetir la misma idea, en primer lugar estamos ante un ente unitario, cuya voluntad y conciencia se presenta por la voluntad general (en caso de personas jurídicas unipersonales sería la voluntad del único socio) es una voluntad sumaria¹⁷, es decir la actividad, los fines de la empresa se decidirán por la generalidad de personas físicas parte de la persona moral. En caso de que se trate de parte solamente de esta colectividad que haya actuado incumpliendo un deber jurídico y lo ha hecho en provecho de la persona jurídica, esto no exculpará al resto del colectivo porque no ha actuado como debidamente se esperaba: evitando la comisión del hecho delictivo, estableciendo normas internas impeditivas de este tipo de comportamiento. Otra vez llegamos a la misma solución: el defecto de organización determina la responsabilidad de la persona jurídica, sin embargo no es el único determinante, lo decisivo en este caso es que la colectividad (la dimensión primaria) actúa de forma consiente (dolosa o imprudentemente). Al no comprenderse dentro de la dimensión secundaria, la colectividad no habría actuado o no les habría sido posible llevar a cabo estas actuaciones.

La dimensión secundaria podría ser concebida como una especie de caparazón que cubre la actividad ilícita, o bien la herramienta necesaria para la comisión del delito, en cualquiera de los dos casos el injusto no se habría producido a no ser la personalidad jurídica.

Mi teoría es perfectamente compatible con la Teoría del Levantamiento del Velo, dado que para descubrir la dimensión primaria habrá que atravesar a la personalidad jurídica.

Concluyendo: en el momento en el cual se crea la figura de la personas jurídica, se crea un nuevo sujeto de derecho, el cual tiene las mismas facultades, derechos y deberes para actuar en el tráfico jurídico, puede firmar contratos y contraer obligaciones, puede

¹⁷ Concepto de voluntad sumaria no en la simple suma – véase las valoraciones personales de este trabajo

soportar las consecuencias derivadas de las obligaciones incumplidas, como cualquier sujeto obrante tiene la obligación de respetar los valores de Nuestro Ordenamiento jurídico. Si comprendemos perfectamente que una empresa puede incumplir su obligación respecto a otra empresa, o bien su empresa debe respetar los derechos laborales de sus trabajadores y está facultada para responder ante un eventual cumplimiento, pregunto ¿Por qué no podemos entender que una empresa pueda incumplir sus obligaciones ante el Estado de Derecho?

4. Titulares de la Responsabilidad Penal del art.31.bis

Partiremos de la premisa que el titular de la responsabilidad penal es aquella persona a la cual se la puede imponer una pena en sentencia judicial, es decir basta con que la persona cometa un hecho delictivo descrito en una norma penal y la consecuencia jurídica sea aplicable a tal persona, de acuerdo con los principios de legalidad e irretroactividad de las normas penales.

El art. 31bis CP en su apartado 1 dispone:

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

Dado que la propia norma no nos define el concepto de “persona jurídica” tendríamos que acudir al concepto creado por la Doctrina; nos encontramos ante una ficción abstracta, cuya definición se ha ido discutiendo durante largas décadas por los grandes juristas y economistas (no vamos a entrar en esta discusión porque no es el objeto de este trabajo); la noción más amplia sería aquella que la identifica como: “Sujeto de derechos y obligaciones, que podría ser unipersonal (creado por una sola persona) o pluripersonal.”

El artículo 35 del CC concreta este marco tan amplio, enumerando expresamente quienes son personas jurídicas:

Artículo 35

Son personas jurídicas:

1. ° Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. ° *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.*

Otro artículo que debemos tener en cuenta es el art. 297 ubicado en el Capítulo XII del Título XIII del Código Penal, en el cual se hace referencia a las sociedades de naturaleza mercantil.

No obstante deberíamos analizar desde qué momento una sociedad adquiere la personalidad jurídica, porque de éste dependerá la aplicación del art. 31 bis o bien la del art.129, aplicable a los entes colectivos sin personalidad jurídica.

El art. 20 del texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) exige la inscripción en el registro, y el art. 33 de la misma ley dice que la sociedad adquirirá la personalidad elegida después de la inscripción. Esto se refiere a las sociedades de capital, pero ¿Qué pasaría en caso de que dicha sociedad no cumpla con el plazo de inscripción y no llegue a inscribirse? Establecer la modalidad de la sociedad es un proceso que pasa por una fase provisional y luego se determina definitivamente con la propia inscripción; la Ley de Sociedades de Capital concede un plazo de un año desde la fundación de la sociedad hasta la efectiva inscripción (art. 39 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). Durante este periodo transitorio la sociedad se encuentra en formación por lo cual empieza a obrar con el tipo elegido. En caso de que transcurrido este plazo la sociedad no llegue a formalizar su inscripción no llegará a adquirir los beneficios de las sociedades de capital:

“Artículo 39 Sociedad devenida irregular

1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones”

Por lo cual no podríamos decir que la personalidad jurídica de una sociedad se adquiere con la inscripción en el registro correspondiente, sino con la propia constitución. Es importante determinar este momento por el principio de seguridad jurídica, porque está en la base de la aplicación del art.31 bis.

- Exclusiones de responsabilidad penal:

El legislador ha sido mucho más exhaustivo a la hora de determinar los excluidos penalmente, el artículo 31 quinquies dice:

“1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. *En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”*

En el siguiente párrafo del mismo apartado se establece que pese a esta exclusión los órganos jurisdiccionales podrán declarar responsables a tales instituciones en caso de apreciar que se trata de una forma jurídica de eludir la responsabilidad penal. Los motivos de esta exclusión se encuentran en el *ius puniendi* estatal y su función pública. Sin embargo, nos podemos encontrar con escalones intermedios como pueden ser ciertos cuerpos que se ocupan de la defensa de fines privados aunque colectivos (Colegios Profesionales, Corporaciones de Derecho Público y etc.) Los partidos políticos y los sindicatos se encontraban excluidos en la inicial redacción introducida por la LO1/2010 y ello con fundamento en los fines constitucionales perseguidos; la nueva LO 1/2015 no prevé tal exclusión, por lo cual podemos concluir que también serán sujetos de responsabilidad penal. Las sociedades estatales (o de participación mayoritaria estatal) que no desempeñan funciones públicas sino que obran en el campo del derecho privado como cualquiera sujeto privado no deberían de entenderse incluidos en estas excepciones. A las sociedades mercantiles públicas se les aplicarán solamente las penas previstas en el segundo apartado del artículo citado. Como ya hemos dicho, el fundamento de este párrafo es la “función desempeñada” y los “fines perseguidos”, en caso contrario podríamos llegar a controversias y contradicciones, no es casual la aclaración que realiza el legislador consistente en que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad en el caso de que observen que alguna de estas figuras ha sido creada con el fin de eludir tal responsabilidad.

- Trasformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica:

La pregunta que se nos presenta en este caso es ¿podrá la persona jurídica eludir su responsabilidad modificando su personalidad a través de la transformación, fusión, absorción o escisión?

La respuesta la encontramos en el propio Código Penal, art.130.2 en el cual se dice que ninguno de estos fenómenos “... *extingue su responsabilidad penal, que se trasladara a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión.*” En el mismo artículo se define el término de “*disolución encubierta o meramente aparente*”, se considera que ésta existe siempre cuando se continúe la actividad económica y se mantenga la identidad sustancial (clientes, empleados, proveedores o de la parte más relevante de ellos) y no se extinguirá la responsabilidad penal. Precisa el mismo artículo que los órganos judiciales podrán modificar la pena en proporción de la persona jurídica “*originariamente responsable*”.

Mediante este precepto se trata de evitar la impunidad en caso de sucesión de empresa. En caso de que se produzca la real disolución de la empresa no se podría exigir responsabilidad penal a la sociedad. Igual que en el caso de las personas físicas la responsabilidad penal se extingue con la muerte, en el caso de una sociedad la disolución pone fin a la existencia, la particularidad es que la Ley de Sociedades de Capital establece que, después de la disolución de una sociedad se abre el periodo de liquidación, razón por la que debería añadirse la expresión *liquidación* en su denominación. Estamos ante una garantía del cumplimiento de las obligaciones penales por lo menos hasta el límite del patrimonio social. Una eventual disolución podría minorar las consecuencias jurídicas derivadas de la responsabilidad penal, pero no debemos olvidar que el órgano judicial puede aplicar la doctrina del *levantamiento del velo* en caso de sospechar fines defraudadores.

4.1. Derechos fundamentales atribuibles a las personas jurídicas.

Nuestra Constitución no prevé expresamente los derechos fundamentales que se pueden atribuir a las personas jurídicas, razón por la que algunos sectores doctrinales consideran que no podríamos atribuir derechos fundamentales a las personas jurídicas, dado que éstos son “humanos”, ligados a la dignidad del individuo. Pero un sector mayoritario de la Doctrina considera que existen algunos derechos fundamentales que sí son atribuibles a las personas morales, porque garantizan libertades y actúan como límite del poder estatal y de las libertades de los demás. El Tribunal Constitucional reconoce la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas fundamentando que el individuo no debe de ser protegido solamente de forma aislada y separada sino también

cuando actúa de forma colectiva (STC139/1995). Es más el TC llegó a decir en una sentencia suya (STC 67/1991, referida al Instituto Nacional de la Seguridad Social) que las personas jurídico - públicas “... pueden ser titulares de derechos fundamentales siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad de los que deban disfrutar sus miembros o la generalidad de los ciudadanos.” Es decir, cuando la persona jurídica – pública actúa en defensa de los derechos fundamentales de las personas que la integran.

Entre ellos encontramos el recogido por el art.14 de la CE, que establece la igualdad ante la ley de los españoles y el principio de no discriminación. Dado que el artículo no distingue entre personas jurídicas y personas físicas, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a la igualdad a las personas jurídicas.

El siguiente artículo constitucional perfectamente aplicable a las personas jurídicas por su dimensión procesal es el 24, es más, los derechos que contiene este artículo se han reconocido a los organismos públicos. Estamos ante verdaderas garantías procesales innegables a cualquier persona. La redacción del artículo dice “todas las personas tienen derecho a ..., en ningún momento hace diferencia entre el tipo de personas, la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, a la asistencia de un letrado, a ser informados de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia. Estos derechos forman la base del Estado de Derecho y son objetivos e independiente de la personalidad del sujeto. El derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita no se reconoce en principio a las personas jurídicas ya que tiene un fin social que difícilmente encaja con los fines lucrativos de las empresas.”¹⁸

Dentro de los derechos recogidos en art.24 habrá que hacer especial referencia al derecho a la no autoincriminación consagrado en el apartado segundo. Consiste, sintéticamente, en la no colaboración del sospechoso en la obtención de pruebas, por eso el Tribunal Constitucional concluyó que no solamente la persona física posee este derecho sino también la persona jurídica a la que pertenece. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos llega más lejos, declara contrarios al derecho a no autoincriminarse las

¹⁸ En determinados casos el legislador ha ido otorgando expresamente el derecho de asistencia jurídica gratuita a algunas personas jurídicas que por su naturaleza y fines son merecedoras del mismo. Así pues se prevé para las asociaciones de utilidad pública enumeradas en artículo 32 de la Ley Orgánica Reguladora del derecho de Asociación, y para las fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente,– siempre que acrediten insuficiencias económicas. Dentro de tal previsión entran la Cruz Roja Española y las fundaciones benéfico-docentes.

declaraciones o documentos obtenidos por las autoridades mediante la imposición de multas u otros mecanismos coercitivos aunque no estrictamente del orden sancionador (así pues podría tratarse de orden fiscal), o que puedan derivar o desembocar en un proceso penal. El derecho de interprete durante el desarrollo del proceso es uno de los derechos que forman parte de un proceso con todas las garantías por lo cual también se reconoce a la persona jurídica.

Los derechos de la personalidad del art. 18 de la CE protegen la parte más íntima del individuo, por este carácter suyo no se van a poder atribuir todos a las personas jurídicas. Así, por ejemplo, sobre el derecho de intimidad el TC dice que por su naturaleza no será atribuible a las personas morales. Lo mismo sucede con el derecho a la imagen. Pero cuando hablamos del derecho a la inviolabilidad del domicilio la postura del Tribunal cambia; aunque se trata de una protección de menor densidad, se limita al espacio físico necesario e indispensable para el desarrollo de su actividad. Se atribuye con el fin de proteger a la actividad de las personas jurídicas. (STC 137/1985, de 17 de octubre). De ahí que el art.203 tipifique el allanamiento del domicilio de personas jurídicas.

El artículo 25 de la CE recoge el principio de legalidad, estamos ante un principio general del derecho que no podríamos saltarnos a la hora de aplicar cualquiera sanción a las personas jurídicas; está íntimamente ligado al principio de seguridad jurídica.

Universidad de Valladolid

El artículo 17 de la CE reconoce la libertad y seguridad de la persona. Estamos ante una libertad individual reconocible únicamente a las personas físicas, por la naturaleza del derecho, es imposible su reconocimiento a las personas jurídicas. No sucede lo mismo con el art.16, la libertad ideológica, religiosa y de culto – libertades reconocidas por el TC a las personas jurídicas, y con el derecho a la asociación (art.22 CE), estos derechos son innegables de las personas jurídicas. En la misma línea el TC constitucional les reconoce los derechos del art.20 (a la expresión, a la creación literaria, artística, científica, y técnica, a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio). El TC además reconoció en su sentencia 139/1995 los derechos recogidos en los artículos 26 y 28 (derecho a sindicarse).

Sin embargo, no todos los derechos podrán ser concedidos a las personas jurídicas, en primer lugar, por su propia naturaleza y en segundo lugar porque el mayor valor de nuestra Constitución es la vida humana; pero sin el reconocimiento de determinados derechos a las personas jurídicas se dificulta la defensa de los derechos de las personas físicas. Para el normal desarrollo de la actividad empresarial o social es necesario

salvaguardar ciertos valores y libertades, sobre todo cuando se trata de derechos procesales o que aportan seguridad jurídica como sucede con los del art.24.

4.2. La Relación entre persona física y persona jurídica

Dentro de la titularidad de la responsabilidad nos encontramos con una cuestión básica y fundamental: la responsabilidad de la persona física frente la responsabilidad de la persona jurídica.

¿Por qué es importante para el desarrollo de nuestro trabajo? Este no va a ser el único apartado que tratará este conflicto, es más, es el problema que tuvo que resolver el legislador para aprobar la reforma del CP, no es solamente una cuestión procedimental. Adoptar una postura u otra decidirá si seguimos el principio *societas delinquere non potest*. La persona jurídica necesita de un mediador en todas las actuaciones, bien para desarrollar su actividad comercial o bien para actuar judicialmente.

Si admitimos la postura clásica de *societas delinquere non potest*, el único responsable sería la persona física porque es la que posee la voluntad y el poder de obrar, mientras que la persona jurídica es un mero útil del que se sirve la persona física para cometer los hechos delictivos.

Obviamente nuestro CP dejó esta postura desde la reforma efectuada en el año 2010, la línea opuesta es que la persona jurídica es el verdadero autor del delito.

En este sentido podemos pensar en tres posibles situaciones:

- En primer lugar el único autor es la persona física.
- En segundo lugar, el autor es la persona jurídica.
- Y en tercer lugar, corresponsabilidad de las personas físicas y jurídica.

El primero de los supuestos responde a la clásica postura de que las personas jurídicas no pueden delinquir por lo cual el único responsable sería la persona física, pero esta postura fue abandonada por nuestro CP (con la reforma de 2010), lo curioso en este caso es que con la reforma del CP de 2013 podríamos a llegar a tener las tres posibilidades, vamos a ver paso a paso cómo podemos llegar a cada uno de los casos anteriores.

Vamos a empezar por el tercero, responsabilidad conjunta de la persona jurídica y de la persona física. En un primer momento, al realizarse la reforma en el año 2010, responsables penalmente eran los representantes o administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas y las propias personas jurídicas por un defecto de organización, el mismo hecho daba lugar a dos sujetos penados por diferente fundamento, la ley añadía también que en caso de que no se pueda imputar o encontrar a la personas físicas responsables, la responsabilidad penal de la empresa persistía; recogía además cuatro atenuantes de la responsabilidad penal que eran postdelictivas, y dos de ellas eran fáciles de cumplir por la empresa, con lo cual se aseguraba las dos atenuantes. La ley no decía nada sobre posibles eximentes, era difícil de eximir la responsabilidad de la persona jurídica aunque no en pocas ocasiones los tribunales han hablado sobre la teoría del levantamiento del velo y las “empresas pantalla”.

En primer lugar el art.31 bis establece que las personas jurídicas serán responsables cuando sus representantes legales o quienes están autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o hayan actuado en nombre y beneficio de la misma y en segundo lugar por los que están sometidos a la autoridad de las primeras personas citadas e igualmente actúan en el ejercicio de las actividades sociales y en beneficio de las empresas.



Universidad de Valladolid

El artículo marca estas dos opciones, el cuerpo de representación y administración de la persona jurídica y los que están sometidos a estos (en el segundo supuesto se incluyen también los propios empleados o bien personas que tienen relación con la empresa aunque fuera por contratos civiles). De estos supuestos puede nacer responsabilidad tanto para la persona o personas físicas como para la personas jurídica y, si acudimos al artículo 31 ter vemos que la imposibilidad de imputar a la persona física o bien la imposibilidad de individualizarla no anulan la responsabilidad de la persona jurídica (recordemos que este asunto ya lo tratamos en Los Modelos de Responsabilidad – remisión), este será nuestro supuesto segundo. Ahora vamos a volver otra vez al artículo 31 bis pero a los apartados segundo y cuarto, donde el legislador determina los casos de exención de responsabilidad de la persona jurídica:

31 bis.2: En este punto se enumeran las condiciones de exención en caso de que el delito fuera cometido por los representantes o administradores (el cuerpo directivo) y éstas consistirán en:

Haberse adoptado y ejecutado, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión, cuyo objetivo es incluir medidas de vigilancia y control “idóneas” para prevenir delitos de la misma naturaleza.

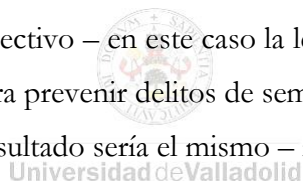
Que haya supervisión del funcionamiento y cumplimiento de estos modelos, en manos de un órgano con poderes autónomos o que tenga encomendada legalmente tal función.

Los autores individuales tienen que haber eludido fraudulentamente estos modelos.

Y en último lugar que no se haya producido una omisión o mal funcionamiento de tales órganos de vigilancia y supervisión.

Las cuatro condiciones se tienen que dar simultáneamente, no bastaría con el parcial cumplimiento de este apartado, solo y únicamente entonces se dará nuestro primer supuesto – responsabilidad penal de la persona física y exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El apartado 4 atiende a los casos en los cuales el delito se comete por alguno de los que están sometidos al cuerpo directivo – en este caso la ley dice que basta con que haya un modelo adecuado y eficaz para prevenir delitos de semejante naturaleza y que haya sido ejecutado eficazmente; - el resultado sería el mismo – nuestro primer supuesto.



- La persona jurídica y el representante legal¹⁹

El punto 4.2. de éste trabajo trata la relación entre la persona jurídica y la persona física, hemos visto los modelos de imputación y como la responsabilidad de la segunda se trasfiere sobre la primera, pero hay otro aspecto de esta relación que debemos de tratar. Es muy frecuente que los sujetos enumerados en el punto 1 del art.31 bis sean los representantes legales de la persona jurídica, pero en caso de una imputación del ente colectivo surge la duda de quién va representar a la empresa y en qué condiciones. Por eso vamos a tratar de analizar las formas posibles de representar a la persona jurídica y los posibles choques que se pueden producir entre la persona física y empresa.

¹⁹ FERNANDO GASCON INCHAUSTI – proceso penal y la persona jurídica; comparecencia y actuación de la persona jurídica – pp.80 y siguientes.

Empezaremos con una breve introducción de derecho comparado para ver cómo lo han regulado los países con más experiencia en este ámbito.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se exige que la empresa sea representada por su representante legal aunque en ciertos casos puntuales se permite la determinación *ad hoc* de un representante diferente.

El caso del ordenamiento francés es el siguiente: la empresa debe de ser representada por el representante legal (el que lo es en el momento del inicio de la persecución penal), pero se admite que la persona jurídica apodere expresamente a tal fin a otra persona, así como que se produzca un cambio de representante durante el proceso.

En Alemania se da por supuesto que el representante será el habitual, pero permite que se designe al abogado o a otra persona como representante es más, el Juez también está facultado para asignar representación.

En Chile la situación es similar, pero en caso de ausencia se tiene que nombrar un defensor penal público.

Italia decide poner en manos del abogado defensor la representación de la persona jurídica en caso de que el representante legal de esta falte de alguna actuación.

Austria tiene una visión diferente y por eso permite que el representante sea cualquiera de los miembros del órgano de la representación *ad extra*. En Países Bajos adoptaron una forma similar: lo será cualquiera de los administradores o directores de la empresa.

El caso suizo es interesante porque establece que la empresa debe estar representada por una sola persona (autorizada en el ámbito civil, sin ninguna restricción). El juez otorgará a la empresa un plazo para la fijación del representante y en caso de que no lo haga, será él el que lo designará entre las personas que tienen capacidad de representarla en el ámbito civil.

Ahora vamos a ver cómo se representa a la persona jurídica en el derecho español. Bueno, realmente el ordenamiento jurídico español no dice mucho sobre este aspecto, se deja al libre arbitrio de la persona moral, que conforme sus reglas internas deberá asignar un representante que sea de confianza. En este sentido, las únicas reglas que encontramos son: en primer lugar el art.119.1.a) de la LECrim. en el cual se dice que debe asignar un representante, un abogado y procurador, y la segunda

regla es que este representante no vaya a declarar como testigo²⁰. Estamos ante una supuesta asignación *ad hoc*,²¹ la cuestión se dejará a la voluntad empresarial. La función del representante es dar una cara a la empresa, y que sea una referencia para los jueces y tribunales, se trata de evitar que la figura del representante pueda bloquear de alguna forma el proceso. Nuestras leyes no recogen reglas expresas de cómo debe de hacerse tal designación, por lo cual habrá que estar a las reglas de la propia persona jurídica: los estatutos, normas de organización interna y los programas de cumplimiento. Ante la falta de designación del representante se podrá requerir a la persona jurídica, pero si no lo hace, no será una circunstancia impeditiva de la citación de la persona jurídica. ¿Cómo se efectuará la citación?; como hemos dicho anteriormente otras instituciones que representan a la persona jurídica son su abogado y procurador, en caso de que no se nombren serán asignados de oficio, pero la asistencia letrada no podrá faltar: forma parte del derecho a la defensa. Lo importante es que en caso de que no se haya asignado a un representante, en la citación efectuada se requerirá otra vez tal designación y el instructor se tendrá que asegurar de que haya notificado correctamente a la persona jurídica. La designación de un rostro que represente a la empresa es un acto voluntario, ya que la asignación de abogado y procurador, aunque fueran de oficio, es suficiente para garantizar los derechos de defensa. Si tenemos que considerar la designación del representante como un acto obligatorio, no bastaría con el abogado y el procurador para efectuar la defensa efectiva de la empresa, y dificultará el desarrollo normal del proceso. Por otro lado, esta falta de designación no convierte el abogado en representante, la idea es que no sea obstáculo para la práctica de pruebas o el desarrollo del proceso.

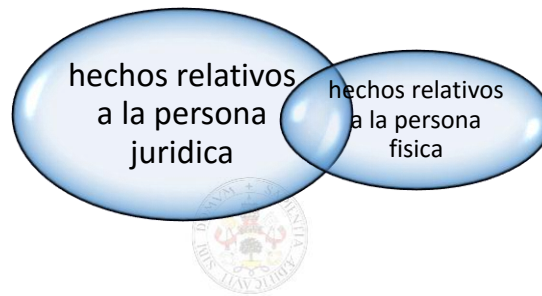
Dicho lo anterior se nos presenta el primer problema: la exigencia de que no podrá ser representante el que va a ser testigo, la obligación de decir la verdad puede ir en contra del derecho a no autoincriminarse²², es decir, tácitamente, se obliga a la

²⁰ La persona jurídica tiene derecho a no declararse culpable y a guardar silencio, la exigencia de que la persona que se nombre como representante no vaya a declarar como testigo es fundamental para evitar cualquier fraude, en sentido que una empresa puede designar como representante a una persona cuyo testimonio es básico para la investigación, por lo cual nombrándola representante tiene derecho a no declarar en contra de la empresa.

²¹ Asignación *ad hoc*, en este caso no debe de significar que no podrá ser el representante habitual de la persona jurídica, lo será *ad hoc* para el proceso.

²² Estamos ante un conflicto de intereses, porque los testigos tienen la obligación de decir la verdad, en caso contrario puede incurrir en delito de falso testimonio. El representante legal es la manifestación física de la persona jurídica y admitimos que se le puede citar como testigo tenemos una confrontación entre la obligación de decir la verdad y el derecho de no autoincriminarse.

persona jurídica a testificar en su contra y como la norma dice que cualquier persona que podrá testificar puede privar a la persona jurídica de un representante de confianza. Por otro lado habrá que pensar que las personas físicas que están coimputadas, tendrán relación tanto con los hechos relativos a la empresa como con sus propios hechos. Entonces nos presenta una doble perspectiva, por un lado, respecto de los hechos relativos a persona jurídica: las personas físicas declararan como testigos, pero por otro lado están los hechos propios, determinantes de la responsabilidad penal de la persona física, en éste caso se tratará de la declaración de imputados y plenamente regirán los derechos a no declararse culpable y no autoincriminarse. Esto no quita que haya una zona común, los hechos coincidentes – es lo más normal y probable.



Entonces estamos ante otra contradicción, porque en este caso no se podría designar como representante a un coimputado porque también será testigo para los hechos relativos a la persona jurídica, pero no lo será para los hechos de la zona común. Es un poco chocante entender que a la vez que se es coimputado se podría ser testigo y que la declaración de una única persona tenga valor diferente sobre hechos diferentes en un mismo juicio. Concluimos que los coimputados no podrán representar a la persona jurídica por el conflicto que se plantea.

Pero hasta ahora hemos estado hablando sabiendo la condición personal de los sujetos antes del inicio del juicio - ¿Qué pasará en caso de que el representante adquiriera la condición de imputado con posterioridad a su designación? En el derecho comparado esta situación dará lugar a incompatibilidad por lo cual forzosamente se deberá cambiar el representante. En el caso de Italia deja la elección del nuevo representante a juicio de la empresa, mientras que Bélgica deja esta facultad en manos del juez. Suiza ha adoptado las dos formas anteriores de forma alternativa – en caso de que la empresa no lo designe será el juez quien asuma esta tarea. En Austria, serán sospechosos todos los miembros del órgano de representación de la persona jurídica

por lo cual el tribunal debe asignar un defensor judicial hasta que la empresa encuentre un representante de confianza. El caso de Francia es muy curioso – si se investiga al representante por los mismos hechos o conexos, el ordenamiento jurídico no rechaza la posibilidad de que tal persona siga representando a la empresa, cabe la posibilidad de que el representante se dirija al tribunal pidiendo que designe a un defensor o la propia empresa puede decidir el cambio del representante. Como vemos cada ordenamiento jurídico ha encontrado una solución diferente algunas soluciones encontradas son bastante interesantes, pero en el caso del Ordenamiento Jurídico Español no se ha regulado expresamente esta incompatibilidad. Muchas veces por las coincidencias que hemos abordado anteriormente hasta la defensa de la empresa y de la persona física serán similares y habrá intereses en común e intereses chocantes, pero a falta de previsión expresa parece que nos acercamos a la solución francesa: este conflicto no va ser motivo de exclusión de la persona física como responsable, pero cabe la posibilidad de que sea cambiada por la empresa o que el propio representante lo pida como ejercicio de sus propios derechos y de los derechos de la empresa.

Las funciones del representante serán en primer lugar, durante la fase de instrucción asistir a las diligencias de investigación y declarar ante el juez instructor en nombre de la persona jurídica; y en segundo lugar, en la fase del juicio – asistir a las sesiones y ejercer el derecho de defensa de la empresa, declarar en su nombre.

La última cuestión que vamos a tratar para terminar este punto es ¿en qué momento se puede declarar a la persona jurídica en rebeldía? Ya hemos dicho que la falta de representante no es un obstáculo para el desarrollo del proceso ya que la citación se puede efectuar a través de la asistencia letrada. A veces esto puede dar problemas a la hora de efectuar una correcta citación, pero lo determinante en este caso será el domicilio social conocido. No basta con que falte la inscripción del domicilio en el Registro mercantil sino que se tiene que averiguar si existe un domicilio social efectivo. En caso de que el domicilio oficial no sea válido y no haya forma de encontrar un domicilio válido es cuando se puede librar requisitoria. Ésta se publicara en el Boletín Oficial del Estado, o en el Boletín Oficial del Registro mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial. Una vez que haya transcurrido el plazo de la requisitoria y la persona jurídica no haya comparecido se podrá declarar en rebeldía. Se intentan minimizar las situaciones de rebeldía en estos casos.

4.3. Defecto de Organización.

El defecto de organización es, según muchos autores el único motivo por el cual la persona moral puede responder penalmente, opinión compartida también por la Fiscalía General del Estado, creando un modelo de imputación objetiva y subjetiva con base en el defecto de organización.

¿En qué consiste el defecto de organización?

La empresa es una estructura compleja, lo que dificulta el control estatal, por esta razón se considera que la propia organización empresarial debe de controlar a sus órganos y empleados a la hora de llevar a cabo las operaciones empresariales. Igual que una sociedad establece su estatuto, debe establecer pautas o normas de comportamiento. Por otro lado es importante la reacción de la sociedad una vez que se haya cometido el delito, en muchos casos veremos que es determinante de la responsabilidad. Los mecanismos a través de los cuales las empresas se organizan suelen denominarse “programas de cumplimiento”- su origen se encuentra en la Federal Sentencing Guideline, en la que se describe detalladamente como elaborar un programa de cumplimiento adecuado y eficaz, se denominan “effective Compliance and Ethics Program”; no es de extrañar que el modelo nazca en Estados Unidos, estos programas forman parte inseparable de la responsabilidad penal.

Influenciado por el ordenamiento norteamericano, el sistema de cumplimiento cobra gran importancia hasta el punto de atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las medidas establecidas tienen que ser efectivas y bastantes para prevenir y descubrir delitos actuales o futuros, por lo cual no van a ser admitidas por el tribunal las mejoras efectuadas solamente con el fin de disminuir la responsabilidad que no proporcionen una eficacia práctica.

Tras la Reforma del Código Penal de este año, el defecto de organización se convierte en la parte fundamental y básica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si la LO 5/2010 brevemente hacía mención a ellas, el pilar básico de la LO 1/2015 es el programa de organización o los llamados “compliance programs”. Tratan de estimular a las empresas para que controlen las actuaciones de sus órganos. Así pues el apartado 5

del art. 31 bis define las reglas para implantar un programa adecuado y efectivo. La empresa debe:

- Identificar los ámbitos preventivos – es decir, debe establecer que actividades podrían dar lugar a la comisión de delitos.
- *“Establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos”.*
- Disponer de *“modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”.*
- *“Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”.*
- *“Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”*
- Verificar periódicamente el modelo y su eventual modificación cuando *“se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada...”*

La importancia es de tal magnitud que como veremos más adelante se traduce en uno de los requisitos exigidos para poder eximir de responsabilidad a la empresa.

Aun detallando los requisitos exigidos para los programas de cumplimiento, su falta por sí misma no trae responsabilidad penal, si es verdad que podría dar lugar a la exención de responsabilidad de la empresa, pero los autores que criticaron la reforma del año 2010 diciendo que el defecto organizativo por sí mismo no es un delito, podrán volver a hacer la misma crítica. De hecho hay autores que consideran la falta de guía organizativa como un auténtico delito, pero a pesar de los proyectos de reforma (art.286.6 del Proyecto de Reforma del año 2013), el legislador eligió no crear este tipo penal nuevo. En mi opinión, el fundamento para la imposición de la pena no está en la falta del programa, sino en la falta del nivel de diligencia exigido, la empresa debe velar por el cumplimiento de las normas jurídicas y no debe permitir que en su seno se realice actividad delictiva. Entonces no estaríamos ante una contradicción con el principio penal por exigir la responsabilidad penal de las empresas por un hecho no tipificado.

4.4. Principio NON BIS IN IDEM

Muchas veces se critica al modelo vicarial porque permite la transferencia de responsabilidad de la persona física a la persona jurídica y el fundamento está en que este modelo infringe el principio de proporcionalidad de la pena y el principio NON BIS IN IDEM. Como sabemos para que se produzca este doble castigo por el mismo hecho se deben de cumplir tres requisitos: en primer lugar que el hecho sea idéntico, en segundo lugar que el sujeto sea idéntico y en tercer lugar que el fundamento sea idéntico, en caso de que no tengamos esta triple coincidencia no estamos infringiendo el principio non bis in ídem. Un mismo hecho, realizado por un mismo sujeto puede dar lugar a varias sanciones, de varios ordenes jurídicos, y la explicación está en el fundamento jurídico. De un hecho delictivo puede nacer responsabilidad civil o administrativa, pero esto no da lugar a un doble castigo. Todavía menos podríamos hablar del doble castigo en el modelo vicarial porque el único elemento coincidente es el hecho, pero estamos ante dos sujetos diferentes y dos fundamentos diferentes.

Otra garantía para evitar la doble imposición de pena es el 31 ter en el cual el legislador dice que *“... los jueces o tribunales modularan las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos”*



Universidad de Valladolid

5. Delitos:

Para atribuir la responsabilidad penal de las personas jurídicas habrá que estar a tenor de las previsiones legales expresas, es decir, de acuerdo con el principio de legalidad, se podrá exigir responsabilidad penal solamente cuando el Código Penal lo ha establecido previamente en el concreto tipo penal. Podemos enumerar los siguientes delitos:

- Tráfico ilegal de órganos (art.156 bis CP)
- Trata de seres humanos (art.177 bis CP)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art.189 bis CP)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art.197)
- Daños informáticos (art.264)
- Estafas y fraudes del art. 251 bis y art.258
- Insolvencias punibles art.261 bis.
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial (art.288 CP)
- Delitos contra el mercado y los consumidores:

- Descubrimiento y revelación de secretos de empresa – art. 278 – 280 CP
 - Desabastecimiento de materias primas – art. 281 CP
 - Publicidad engañosa – art.282 CP
 - Fraude de inversores y créditos – art. 282 bis CP
 - Facturación fraudulenta – art 283 CP
 - Manipulaciones de cotizaciones en los mercados – art. 284.1 y 2 CP
 - Abuso de información privilegiada – art. 284.3 y 285 CP
 - Facilitación ilegal de acceso a servicios de radiodifusión y televisión – art. 286CP
 - Corrupción entre particulares y deportiva art. 286 bis
- Blanqueo de capitales (art.302 CP)
 - Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art.310 bis CP)
 - Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis CP)
 - Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art.319 CP)
 - Delitos contra el medio ambiente (art. 327 y 328)
 - Delitos contra la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (art.343 CP)
 - Delitos de riesgo provocado por explosivos (art.348 CP)
 - Tráfico de Drogas (art.369 bis CP)
 - Falsedad en medios de pago (art. 399 bis CP)
 - Cohecho (art. 427 CP)
 - Trafico de influencias (art.430 CP)
 - Corrupción de funcionario extranjero (art.445 CP)
 - Organización o grupo criminal (art.576 bis CP)
 - Los delitos de contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando)

Este es el orden en el que los delitos aparecen tipificados en el CP español incluso tras la última modificación que entró en vigor el 1 de Julio de 2015, esto no significa que posteriormente la lista de delitos no resulte modificada dadas las constantes críticas Doctrinales. Aunque la reforma deja mucho que desear, introduce orden y es mucho más sistemática que la inicial reforma del año 2010.

6. Penas aplicables a las personas jurídicas.

Las penas aplicables a las personas jurídicas están recogidas en el art 33.7 y son las siguientes:

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

El tribunal competente para la ejecución de la pena impuesta tiene que ser el que conoció el asunto y dictó la sentencia. La Fiscalía General del Estado dice que la pena de multa deberá de ser la pena por excelencia y será la petición más frecuente de los fiscales, en el art.53.5 del CP se establece una regla especial para la pena de multa:

“Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.”

En primer lugar la multa puede ser fraccionada durante un periodo de cinco años. El fin perseguido es salvaguardar los derechos de los trabajadores o el interés general, derechos de acreedores o simplemente que el pago de la multa puede poner en peligro la

subsistencia de la actividad empresarial. La norma no dice nada más, pero cabe pensar que tal fraccionamiento debe de ser pedido por la propia persona jurídica, si bien no debería de rechazarse la posibilidad de que este fraccionamiento sea pedido por los representantes legales de los trabajadores. La concesión del fraccionamiento deberá de resolverse por el tribunal sentenciador y la resolución tendrá forma de auto judicial. En caso de que sea imposible el pago de la multa o no se realice el pago voluntariamente, habrá que acudir a la vía de apremio y en último caso, se acordará la intervención judicial hasta que se satisfaga la cantidad impuesta por la multa. Pero la intervención será efectiva únicamente si la actividad económica puede producir ingresos económicos, si hay cobros pendientes, en caso contrario la intervención judicial no tendrá ningún efecto.

La solución final que se presenta para el cobro de la multa es en caso de que se declare la disolución de la persona jurídica o se declare en concurso. Entonces se emitirá una liquidación que contendrá las deudas sociales de la persona jurídica y el Estado se convertirá en acreedor frente a la empresa. Habrá que reclamar su derecho mediante las reglas del derecho concursal.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

- Reglas de aplicación de las penas del art. 66 bis:

El artículo 66 bis establece cómo se van a aplicar las penas mencionadas en el apartado anterior. En primer lugar serán de aplicación las normas del art. 66, reglas 1ª, 2ª, 3ª y 4ª más la 6ª a 8ª. En primer lugar los jueces y tribunales observaran la posibilidad de aplicar alguna atenuante o agravante, en caso de que sea:

- solamente una atenuante, la pena se aplicará en la mitad inferior.
- Cuando haya varias atenuantes o se trate de una muy cualificada (o varias muy cualificadas) la pena aplicada será inferior en uno o dos grados.
- Cuando tenemos una agravante sola – la pena se impone en la mitad superior.
- En caso de más de dos agravantes, sin atenuante ninguna – se puede aplicar la pena superior en grado, en su mitad inferior.
- Cuando no tenemos ni agravantes ni atenuantes los jueces impondrán la pena en la extensión legal, según las circunstancias personales.
- En el caso de tener tanto agravantes como atenuantes, los jueces pueden valorar y compensar, si tenemos fundamento cualificado de atenuación, la pena aplicada será en su mitad inferior, mientras que si el fundamento cualificado es de agravación, la pena se aplicará en su mitad superior.
- La última regla del artículo 66 es que si los jueces aplican la pena inferior en más de un grado, podrán hacerlo en toda su extensión.

Por otro lado, art.66 bis. 1ª establece unas reglas particulares para la aplicación de las penas de las letras b) a g) del art. 33.7. CP (es decir que estas reglas no habrá que tenerlas en cuenta en el caso de la pena de multa – que es el apartado a), para el resto de las penas enumeradas en el epígrafe anterior sí que son de aplicación – remisión):

- La imposición de las estas penas tiene que concordar con el principio de necesidad;
- Se tienen que tener en cuenta las consecuencias económicas y sociales, sobre todo los efectos sobre los trabajadores;
- El puesto que ocupa la persona física o el órgano que incumplió el control.²³

²³ Recordemos que el Código Penal diferencia entre los directivos, representantes y administradores y el personal dependiente, otra vez nos encontramos con una muestra de la importancia del defecto de organización. El incumplimiento de este deber de vigilancia y control se convierte en el punto de partida para la responsabilidad de las personas jurídicas, está presente en la mayoría de los artículos reguladores de tal responsabilidad.

El artículo 66 bis 2ª, establece que las penas de suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar las actividades en las cuales se cometió el delito, inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial, cuando se imponen con duración limitada, ésta no podrá ser superior que la pena privativa de libertad prevista para el tipo penal. Y en caso de aplicar dichas penas por un plazo superior a dos años se tienen que cumplir algunas de éstas circunstancias:

- Reincidencia;
- Que la persona jurídica se haya utilizado como instrumento para la comisión del delito (siempre se considerará así cuando la actividad delictiva es la más considerante²⁴).

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica derive del defecto de organización, en el caso del personal sometido (art.31 bis.1.b) las penas que acabamos de enumerar no podrán superar el plazo de 2 años.

En caso de que se impongan las siguientes penas:

- disolución permanente de la persona jurídica;
- prohibición **permanentemente** de realizar las actividades en las que se cometió el delito o bien, o bien esta prohibición será para un plazo **mayor de 5 años**;
- pena de inhabilitación de subvenciones para un plazo mayor de 5 años; -

Será necesario que concurra la circunstancia agravante de reincidencia con cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código Penal, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condena precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido; o bien que haya persona jurídica se haya utilizado como instrumento para la comisión del tipo penal.

²⁴ Es la actividad primaria aunque oculta, el único fin es el ejercicio de la actividad ilícita.

6.1. Atenuantes y eximentes:

La Reforma del CP operada por la LO 5/2010 establecía en el art.31 bis, apartado 4 las atenuantes aplicables a las personas jurídicas:

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

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”*

El artículo establecía que como circunstancias atenuantes se consideran solamente las posteriores a la comisión del delito, la Fiscalía General del Estado deduce de esta redacción que en tal caso las atenuantes que no se refieren exclusivamente a comportamientos humanos, recogidas en el art.21 del Código Penal no podrán aplicarse, lo que en su opinión es criticable y difícilmente justificable, sobretodo en el caso de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del art.21.6^a del Código Penal y a la análoga atenuante del art.21.7^a ²⁵. Por otra parte el profesor JOSE MIGUEL ZUUGALDIA ESPINAR entiende que la formulación del artículo quiere decir que son solamente éstas las atenuantes que el legislador prevé para las personas jurídicas, pero dice que “*no tiene sentido*” que se impida la aplicación de la analogía a favor del reo. Tal y como estaba redactado el artículo, ninguno de estos casos podría considerarse, ni si quiera eximente parcial.

Después de la Reforma del Código Penal publicada en el BOE el 31 de Marzo de 2015 estas atenuantes se recogen el artículo 31 quater y tienen la misma redacción. El fundamental cambio que se produce es la introducción de las causas eximentes en el Código Penal,

²⁵ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado – Relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010.

omitidas por el Legislador en la redacción inicial del año 2010, como ya hemos visto en el punto 4.2 de este trabajo (La relación ente la persona física y persona jurídica)

7. Artículo 129 del CP: antes y después de la Reforma del CP.

Antes de la reforma del Código Penal en el año 2010, ya se empezó a marcar el cambio en el camino adoptado con el contenido del art. 129; a pesar de seguir el principio *societas delinquere non potest*, el legislador permitió a los jueces y tribunales “aplicar unas consecuencias accesorias” a las sociedades, asociaciones, fundaciones y empresas, que consistían en:

- Clausura de la empresa;
- Disolución de la sociedad, asociación o fundación;
- Suspensión o prohibición de la actividades;
- La intervención judicial de la empresa para salvaguardar los derechos de trabajadores y acreedores;

La imposición de tales consecuencias accesorias debía fundamentarse y motivarse. No llegaron a llamarse penas, pero su verdadera naturaleza era penal. El artículo 129 fue uno de los artículos más polémicos y debatidos por la doctrina – algunos decían que era un instrumento civil, otros lo criticaban y decían que no eran ni penas ni medidas de seguridad, terceros las consideraron medidas “peculiares”. Otra vertiente defendió que eran “circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria”²⁶. La importancia de determinar su naturaleza que ello influía sobre las consecuencias prácticas, curiosamente el Tribunal Supremo no dictó jurisprudencia sobre éste artículo tan polémico. Sin embargo, las consecuencias accesorias se aplicaron en el ámbito de los siguientes delitos:

- Trafico de drogas;
- Delitos contra la propiedad intelectual;
- Delitos contra el medio ambiente;
- Prostitución;
- Asociaciones ilícitas;

Se permitía la imposición de las consecuencias accesorias tanto como medidas cautelares, como en sentencia, la única de consecuencia que solamente era admisible en sentencia judicial

²⁶ JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR – Las Primeras reformas – La introducción de las “consecuencias accesorias” – debate sobre su naturaleza, p.6

era la intervención judicial. En aquel momento se consideró que la aplicación del artículo 129 se tenía que hacer de acuerdo con todas las garantías procesales, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

El legislador español empezó poco a poco a acercarse a la reforma del año 2010, y ya en el año 2003, a parte del artículo 129, introdujo el art.31.2 en el cual declaraba a las personas jurídica responsable directo y solidario en caso de que se impusiera pena de multa a la persona física que actuó en nombre y representación de la persona jurídica.

Con la reforma de la LO 1/2010 y el artículo 31 bis, se produce una reorientación del art.129 en el sentido de que se prevé su aplicación a los entes sin personalidad jurídica. Tales entes tienen una enorme importancia en la economía por lo cual el legislador decide aplicar como consecuencias accesorias las penas previstas en los apartados c) a g) del art.33.7 del CP (suspensión de actividades, clausura, prohibición de realización de actividades, inhabilitación para subvenciones e intervención judicial), a parte el Juez de Instrucción puede imponer la clausura de locales como medida cautelar.

De acuerdo con el principio de legalidad, dice el Código Penal que las consecuencias accesorias podrán imponerse solamente en el caso de que lo haya previsto expresamente o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas previstos para las personas jurídicas. Los sujetos a los cuales será posible aplicar este artículo son las comunidades de bienes, comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, comunidades titulares de montes vecinales en mano común, sociedades de hecho (no pueden tener personalidad por padecer algún vicio de nulidad), asociaciones de hecho (pueden ser agrupaciones deportivas u otro tipo de agrupación con un fondo común...), las sociedades en formación (irregulares)²⁷, en general cualquier tipo de empresa, organización asociación, sociedad, patrimonios que no poseen personalidad (por ejemplo has herencias yacentes).²⁸

Todos estos entes no existen formalmente, aunque tienen obligaciones fiscales; se trata de una pluralidad de personas (o de bienes) que tienen un fondo y un fin común.

En opinión del profesor JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR las consecuencias jurídicas del art.129 no se pueden considerar ni penas ni medidas de seguridad porque ambas

²⁷ Recordemos que la personalidad jurídica se obtiene con la inscripción en el correspondiente registro, según la Ley reguladora de las Sociedades de capital, teniendo el plazo de un año para efectuar dicha inscripción, en este periodo la sociedad está en formación, en caso de no llegar a inscribirse, se considerara una sociedad colectiva o civil – cuyo fundamento está en el interés de los terceros de buena fe.

²⁸ El artículo 35.4 de la LGT recoge una lista de entes que considera sin personalidad jurídica.

necesitan la comisión de un actos ilícitos, tampoco es posible subordinar la aplicación del art.129 a las exigencias del art.31 bis por lo cual, él los define como *modalidad específica de comiso* a través de la cual se priva al autor (persona física) del instrumento con que cometió el delito (el ente sin personalidad).

8. Competencia objetiva y funcional. Competencia territorial.

8.1. Competencia objetiva y funcional.

En un primer momento se planteó que la competencia debería de ser de los Juzgados de lo Mercantil por la estrecha relación de la persona jurídica con el Derecho Mercantil, pero estamos ante sanciones penales, no podemos considerar apropiado que éstas sean impuestas por un órgano judicial que no sea del orden penal. El art. 14 de la LECrim. Atribuye la competencia objetiva para enjuiciar delitos a los órganos judiciales penales. Así pues cuando la pena prevista para el tipo penal no supera a los 10 años corresponderá a los Juzgados de lo Penal, cuando la pena prevista para el tipo supera a los 10 años la competencia se atribuye a la Audiencia Provincial. Esto traducido a la reforma del Código Penal significa lo siguiente: cuando la pena prevista es la disolución de la persona jurídica o la intervención judicial durante un periodo superior a 10 años o prohibición (definitiva) de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya delinquido, será competencia de la Audiencia Provincial. Otra exclusión de la regla general será en caso de algunos determinados tipos delictivos, la competencia se atribuirá a la Audiencia Nacional: delitos contra el mercado y los consumidores (art.288 CP), tráfico de drogas (art. 369 bis CP en relación con apartados c) y d) del art.65.1 de la LOPJ).

En el caso de los delitos de financiación del terrorismo competente para instruir será el Juzgado Central de Instrucción y en función de la gravedad serán enjuiciados por el Juzgado Central de lo Penal o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

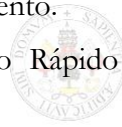
Al tribunal de Jurado se atribuirá la competencia para enjuiciar los delitos de cohecho y tráfico de influencias.

Cuando se trata de delitos cometidos por algún aforado la competencia será de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia; si la persona jurídica es perseguida en el mismo proceso que la persona física aforada, la competencia objetiva será del tribunal que marcó el aforamiento.

También tenemos que tener en cuenta las siguientes reglas en caso de delitos conexos:

- uno ordinario correspondiente a un Juzgado de lo Penal y otro ordinario correspondiente a la Audiencia nacional – la competencia objetiva se atribuirá a la Audiencia Nacional.
- Uno ordinario y el otro cometido por un aforado – la competencia objetiva será de los tribunales competentes en virtud del aforamiento.
- Uno de los cuales es ordinario y el otro es de los tipos delictivos atribuidos a la Audiencia Nacional – conocerá la Audiencia Nacional.
- Uno de los cuales es ordinarios y el otro es competencia del tribunal de Jurado, la competencia objetiva será del tribunal de Jurado.
- Uno de los cuales es competencia del Tribunal de Jurado y el otro es competencia de la Audiencia Nacional – la competencia objetiva se atribuye a la Audiencia Nacional.
- Uno de los cuales se atribuye al Tribunal de Jurado y el otro es un delito cometido por un aforado, la competencia objetiva será del tribunal competente en virtud del aforamiento.
- Uno de los cuales es competencia de la Audiencia Nacional y el otro cometido por un aforado, prevalece el aforamiento.

Para estos casos el Enjuiciamiento Rápido no será posible, se tramitarán por el Enjuiciamiento Ordinario.



Universidad de Valladolid

8.2. Competencia territorial.

Después de haber analizado la competencia objetiva y funcional de los Tribunales habrá que fijar la competencia territorial. En la práctica del derecho comparado, ésta se fija de acuerdo con el domicilio de la persona jurídica o de la filial, sucursal o establecimiento en que se haya cometido el delito. Así por ejemplo en Francia, se admite que sea o bien el lugar de la infracción o bien el lugar de la sede de la persona jurídica. En Bélgica prevalece el lugar de la sede social o de la sede de explotación. Alemania también establece que sea el lugar de la sede o donde esté la sucursal o establecimiento. En Austria se toma como referencia el lugar de desarrollo de la actividad y en caso de no ser posible aplicar este criterio, será competente la fiscalía de Viena y los Tribunales de Viena.

En España – no tenemos una previsión legal, por lo cual habrá que acudir a las normas generales que determinan como juez competente el del lugar de comisión del delito – pero esta tarea puede ser difícil, entonces tendremos que tomar de referencia el

lugar de comisión del delito por la persona física. Esta regla será de aplicación en caso de que haya una doble imputación: de la persona jurídica y de la persona física. Pero puede suceder que se exija responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento de su deber de vigilancia y control: el defecto de organización. En este caso debemos de admitir que el lugar del domicilio social también puede determinar la competencia territorial; en caso de que se trate de una filial, sucursal o establecimiento será el lugar de éste.

Por último lugar analizamos las reglas en caso de delitos conexos, art.18 LECrim.:

Artículo 18

1. Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos:

1.º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.

2.º El que primero comenzare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena.

3.º El que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cual comenzó primero.

2. No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.

- El territorio en que se haya cometido el delito; Será la Audiencia Provincial. En caso de que uno de los delitos se haya cometido en su circunscripción y el otro u otros se hayan cometido en la misma provincia siempre que haya concierto delictivo.
- Delito castigado con pena mayor; en los casos en los cuales la pena es determinante para la competencia, a parte de la pena para la persona jurídica se tiene que tener en cuenta la pena de la persona física, aunque se tratase de dos procesos penales diferente.
- Tribunal que primero hubiera empezado a conocer de la causa, si los delitos tienen asignada la misma pena.
- Tribunal que determine el superior común.

9. La reforma del Código penal operada por LO 1/2015 de 30 de marzo.

A pesar de que se ha hecho referencia a la reforma durante los diferentes apartados del trabajo, me parece que debo dedicar un punto únicamente a la reforma.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduce inicialmente con la LO 5/2010 pero presenta muchas dudas, la Doctrina la crítica, diciendo que no se han llegado a definir los conceptos, que se dan nociones sueltas que no encajan en el derecho penal actual, que a pesar de las modificaciones teóricas, se presentan problemas a la hora de imputar y enjuiciar a un ente colectivo por falta de normas procesales, ya que no todas las normas procesales son fácilmente aplicables a los entes ficticios. Llegar hasta la actual reforma del Código Penal no ha sido nada fácil pasando por muchas propuestas y largos periodos de espera hasta que por fin, se aprobó la LO 1/2015 de 30 de marzo. Esta ley entró en vigor el 1 de julio del 2015.

En la exposición de motivos de la propia ley, el legislador señala que se ha hecho necesaria su aprobación para *“fortalecer la confianza en la Administración de Justicia... poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales, que además, sean percibidas como justas”*

La gran novedad de esta reforma, sin duda, es la vinculación de la responsabilidad de la persona jurídica con su deber de vigilancia y control. ¿Por qué esta cuestión es tan importante? La mayor parte de las críticas doctrinales sobre la inicial reforma fue justo el hecho de que el legislador no había encontrado forma de fundamentar esta responsabilidad penal de las personas jurídicas según las herramientas de nuestro Ordenamiento Jurídico. Muchos autores, entre ellos NIETO MARTIN, reclamaron la necesidad de enfocar la responsabilidad penal de las empresas a través del prisma del defecto de organización, aunque realmente este autor es defensor de la teoría de que las personas jurídicas no pueden delinquir. En sus trabajos, llega a hacer una propuesta de reforma del Código Penal, redactando los artículos que deberían de regular la responsabilidad de la empresa. El artículo 3 de su propuesta me llamó a la atención, alude a los códigos de prevención, estableciendo cinco requisitos que deben de contener los códigos empresariales:

- Fijación de los principios y reglas de actuación de empleados y directivos con la finalidad de evitar la comisión de hechos delictivos.
- Controles internos para la prevención y descubrimiento de comportamientos delictivos.

- Un sistema disciplinario que sancione las infracciones.
- Determinación del órgano o persona responsables de la elaboración de los códigos.
- Obligación de auditar el código, al menos cada dos años por una sociedad o persona independiente y las sociedades cotizadas tienen que hacer público el informe de auditoría, que además debe necesariamente publicarse en su página web.

La redacción del modelo de organización en la nueva reforma es más completo que la propuesta de NIETO MARTIN, su último punto me parece una medida bastante más drástica e innecesaria ya que con la simple revisión del modelo y su modificación cuando sea necesario basta, al fin y al cabo estamos ante normas internas que no tienen por qué ser anunciadas públicamente, ya que rigen en el ámbito interno de la empresa. Sí que será necesaria la periódica información de los cambios realizados en el código, pero a nivel interno. Tal vez, sea buena idea que los programas sean supervisados por un órgano o persona independiente y externa, ya que proporcionará más objetividad a las normas de control y vigilancia.

Otra propuesta de NIETO MARTIN es que la responsabilidad penal sea aplicable solamente a empresas de más de 50 trabajadores. No estoy de acuerdo, ya que empresas incluso menores pueden llegar a cometer delitos o ser utilizados como instrumentos para realizar hechos delictivos y no necesariamente la totalidad de la actividad empresarial tiene que ser selectiva.

En el Proyecto de Reforma del Código Penal, se introducía un nuevo tipo penal: delito de incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas. Se regulaba en el art. 286.seis cuya redacción era la siguiente:

*“Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que **omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles** para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.*

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas”

Realmente este artículo introduce una conducta delictiva realizada por una persona física, que puede ser administrador o representante y tampoco diferencia entes con y sin personalidad jurídica. La actuación descrita no se diferencia de cualquiera actuación delictiva realizada por las personas físicas a cargo del ente colectivo, por lo cual se crea un tipo subjetivo que no cumple con los fines perseguidos ya que difícilmente podemos trasladar la responsabilidad que se otorga a la persona a cargo para vigilar y controlar las actuaciones de los demás a la propia persona jurídica; se presenta como un círculo vicioso – supuestamente lo que se busca con esta reforma es crear un auténtico responsable de la persona jurídica sin predicar la responsabilidad de la persona física, objetivo que no se consigue con este supuesto tipo delictivo, simplemente se crea un ilícito penal más, cuyo actor de nuevo es la persona física. Además, al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en la responsabilidad penal de los administradores, se da la posibilidad de que nazca la responsabilidad penal de las personas jurídicas por una doble vía.

Al final este tipo delictivo no fue introducido por la actual reforma del Código Penal, por la polémica generada y por la ineficacia para conseguir los objetivos perseguidos. Pero la reforma realmente vinculó la responsabilidad penal de los entes colectivos con el defecto de organización, sin la necesidad de incriminar la falta de control – no estamos ante un supuesto de obligatoriedad para la persona jurídica, en caso de que se tratase de tipificar la falta de control – el hecho por sí mismo es delictivo y no hace falta que se realicen otros hechos delictivos para que surja la responsabilidad penal de la empresa.

Vamos a hacer un inciso: Imaginemos que en el caso de que se tipifique el defecto de organización no hará falta que se produzca un hecho delictivo para que se investigue a la persona jurídica y se la incrimine por incumplimiento de su deber de vigilancia. Entonces tenemos que pensar en que el Estado y la Administración pública deberán de crear algún procedimiento de inspección, parecido a los procedimientos de inspección administrativos, – la primera posibilidad es que la administración de oficio decida el momento oportuno para inspeccionar las empresas o bien que la persona jurídica tenga encomendada una obligación periódica de informar a los organismos estatales de su política de control y vigilancia. Supongamos que en caso de creación del tipo penal, no se realiza ningún control sobre los entes colectivos, entonces esto dará lugar a hechos delictivos (falta de organización y control) pero no denunciados ni denunciados. Por otro lado, cuando haya motivo para incoar un proceso cuya causa penal sea diferente pero conexa con el defecto de organización (como ya hemos dicho) surgirá la misma responsabilidad penal de la persona jurídica pero por dos vías diferentes, otra vez acabamos de demostrar lo poco efectiva que es la reforma propuesta.

En otro orden de cosas, la reforma del Código Penal de 2015 da la posibilidad a quien cumpla las normas establecidas por el legislador para los códigos de cumplimiento, de eximir su responsabilidad penal o bien de atenuar las penas impuestas, mientras que la propuesta de reforma de 2013 no introducía más que las atenuantes posteriores al delito, que ya conocemos de la LO 5/2010 de 22 de junio.

El proyecto de reforma había previsto reglas específicas sobre la cancelación de los antecedentes penales (art. 136.4 del proyecto de 2013) pero al final este aspecto se introdujo en la reforma del se introdujo bajo el artículo 136.3 estableciendo que las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art.129 se cancelaran de acuerdo con las normas previstas en el apartado1 del art. 136 CP:

- Seis meses para las penas leves
- Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
- Tres años para las restantes penas menos graves, iguales o superiores a tres años.
- Diez años para las penas graves.



10. Valoraciones personales Universidad de Valladolid

El desarrollo y crecimiento económico hizo necesaria la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, y aunque pasó por varias etapas parece ser que la última Ley Orgánica 1/2015, del día 30 de marzo de éste año ha logrado a asentar los nuevos conceptos jurídico – penales, aunque no logra aclarar todas las dudas sobre la conversión de la persona jurídica en sujeto pasivo del derecho penal. Habría que ver cómo se llevará a cabo la imputación de la empresa, dado que la actual redacción no propone una verdadera solución, dejando en el aire la duda sobre las actuaciones de la persona jurídica.

Imputar un delito a una persona presupone la capacidad de atribuirle culpa, en forma dolosa o imprudente, pero para que suceda esto, debemos reconocer que las empresas pueden llevar a cabo verdaderas actuaciones en este sentido. Voy a intentar explicar las formas de actuación de la persona jurídica desde el punto de vista de mi teoría sobre el concepto de “persona jurídica”. Como ya he destacado en momentos anteriores la empresa obra mediante la voluntad general. El concepto de voluntad general no es novedoso para el derecho ya que el primer gran jurista que habló sobre ella Rousseau, definiéndola de la siguiente forma:

“Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte individual del todo”²⁹

Aunque la teoría de ROUSSEAU está pensada para aplicarse al Estado Social creo que se puede aplicar dentro del ámbito empresarial. Mi idea es la siguiente:

Para Rousseau la voluntad general se basa en el contrato social – el propio autor entiende que *“se presenta una unión, una sumisión de todos a TODO”*, como ya he resaltado, las voluntades de las personas jurídicas se unen formando una voluntad propia del ente colectivo, ya que no pueden prescindir de la personalidad jurídica de éste para llevar a cabo su voluntad sumaria. Digo sumaria porque En el sentido de la unión de todas las voluntades individuales, esto no quiere decir que se pierda la voluntad individual, porque ésta última es la primaria, un individuo no puede desprenderse de su propia voluntad, está en la base del libre desarrollo de la personalidad. Cuando los diferentes individuos se juntan para perseguir un fin común, crean la voluntad general mediante la totalidad de sus propias voluntades. Los acuerdos adoptados por la colectividad de personas físicas se traducen en la voluntad del ente jurídico. Por otro lado la voluntad general proporciona una libertad – la libertad de tomar decisiones propias – lo que a su lado se traduce en una verdadera forma de actuación. Para Rousseau es la voluntad de la verdad. Tiende siempre a la ventaja pública – en el caso de una persona jurídica es la ventaja de la empresa-, es universal, es un acuerdo de todos para “todo”, o bien dicho de otra forma es el *“YO COMÚN”* de Rousseau, del cual deriva un nuevo sujeto. Relacionándolo con la persona jurídica volveré a repetir mi idea: una colectividad de personas físicas se unen para perseguir unos objetivos comunes, mediante un contrato transforman sus propias voluntades en una única, creando un sujeto nuevo, con una personalidad nueva. Empiezan a formar parte de una unidad³⁰. El nuevo sujeto dispone de voluntad para actuar, por lo cual puede realizar acciones tanto dolosas como imprudentes.

Ahora la pregunta es ¿Qué acciones se pueden considerar dolosas y que acciones son imprudentes?

Volvemos a la idea del defecto de organización – la nueva Ley Orgánica introduce los programas de cumplimiento - suponemos que la empresa conscientemente evita el cumplimiento de las normas que se estableció porque persigue un fin criminal, esto sería un

²⁹ ROUSSEAU – “Del contrato social” – Libro I – Capítulo VI

³⁰ Estamos ante otra forma de exteriorizar el libre desarrollo de la personalidad, dado que las personas físicas crean un nuevo sujeto y le dan poder para obrar y conseguir los fines que ellos por si solos no pueden alcanzar.

comportamiento doloso, la voluntad general es saltarse las normas o encontrar lagunas para realizar hechos delictivos. O bien, imaginemos que la empresa no dispone de un programa de cumplimiento (porque en ningún caso se establece como norma obligatoria la aprobación de estos programas), realiza hechos delictivos, habrá que ver si ha sido utilizada como instrumento para llegar al resultado final o simplemente permitió por su negligencia, (no adoptando normas de control y vigilancia) la producción del injusto; en este segundo caso es cuando consideraremos que ha actuado imprudentemente.

Igual que tenemos dos dimensiones de la persona jurídica, podríamos decir que tenemos las dos de la voluntad – la voluntad individual y la general. Consecuencia: tenemos dos formas de exigir responsabilidad a las personas jurídicas recogidas en el código penal. Así pues, cuando el delito se realiza por los órganos de dirección (el primer supuesto recogido en el art. 31 bis) puede ser traducción tanto de la voluntad general como de la voluntad individual de alguno o algunos de ellos, en el segundo supuesto de personas sometidas – será traducción de la voluntad individual.

Conclusión: ser delito imprudente o doloso depende de la intención o no de producir el resultado descrito en la norma penal, es el mismo concepto de imputabilidad que en el caso de la persona física.

Explicado todo esto me queda solamente una única cuestión por tratar: la teoría de la voluntad general de Rousseau está pensada para el Estado Social ¿Cuáles son las semejanzas que entre el Estado y la Persona Jurídica que nos permiten la aplicación de todo lo expuesto hasta ahora?

En primer lugar el Estado crea una base jurídica que le determina – es decir dicta normas, muchas de las cuales son normas de conducta. El Estado es el pueblo, colectividad de personas unidas por un territorio y otros rasgos distintivos en común. La persona jurídica es una colectividad unida por intereses comunes, cuyas normas son los estatutos, reglamentos y el código de organización. Así pues, las normas de conducta en el aspecto estatal equivaldrían a los códigos de conducta que define nuestro Código Penal.

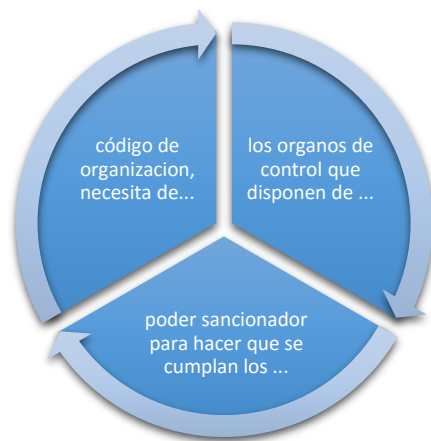
En segundo lugar, la estructura estatal necesita de unos órganos que se encarguen de velar por el cumplimiento de la base jurídica – serían los órganos judiciales. En el plano empresarial dice el Código Penal que para que se consideren efectivas las normas de cumplimiento hace falta que se establezcan órganos encargados con la tarea de supervisar la actividad empresarial.

En tercer lugar, el Estado atribuye poder punitivo a los órganos judiciales, mientras que el Código Penal dice que los órganos encargados de llevar a cabo el control deben de tener la potestad para sancionar las conductas contrarias a la base jurídica. Es lógico, porque sin poder coercitivo es muy difícil pensar en una aplicación eficaz de los códigos de organización.

En cuarto y último lugar las sanciones impuestas, en cualquiera de los dos casos se fundamentan en el incumplimiento de la base jurídica.

Para hacer todo esto más claro he elaborado dos esquemas: el primero tiene por objeto presentar los ciclos en cada una de las dos estructuras y el otro es un plano visual de las semejanzas explicadas hasta ahora.

Esquema N°1:



Esquema N°2:

ESTRUCTURA ESTATAL	ESTRUCTURA EMPRESARIAL
pueblo	Colectivo unido por los mismos intereses
Base jurídica: Normas - Normas de conducta	Base jurídica: Estatutos y Reglamentos - Códigos de organización
Órganos encargados de velar por el cumplimiento de la base jurídica (órganos judiciales)	Órganos encargados de llevar a cabo actividades de control y supervisión.
Fuerza punitiva	Fuerza sancionadora
Sanciones penales por incumplimiento de la Base Jurídica	Sanciones disciplinarias por incumplimiento de la base jurídica

11. Bibliografía:

LIBROS:

- Fernando Gascón Inchausti. *Proceso Penal y persona Jurídica*
Madrid, Marcial Pons, 2012
- Miguel Ángel Boldova Pasamar; *La Introducción de la Responsabilidad penal de la Persona Jurídica en la Legislación Española*. Proyecto de Investigación DER 2009-2013 – “Globalización y Derecho Penal” – dirigido por Luis García Martín y Miguel Ángel Boldova Pasamar,
Estudios Penales y Criminología, vol. XXXIII (2013)
- Adán Nieto Martín; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Iustel. Madrid, 2008
- Adán Nieto Martín, *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*; en *Política Criminal: Revista Electrónica semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*.
- Javier Sánchez Bernal; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas.*, 2012
- Lorenzo Morillis Cueva. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2011
- José Miguel Zugaldía Espina. *Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español.*, 2011
- Javier Herrera Torres. *Delincuencia económica: La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*.
- María Teresa Moral y Begoña González: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y corporate compliance*”
- Lorenzo Cotino Hueso; Universidad Valenciana. *Titularidad de los Derechos Fundamentales*.
- Fermín Javier Echarri Casí. *Las personas Jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*. Diario de la Ley, Nº 7632, Sección Doctrina. Editorial: La Ley, 2011
- Vlex – *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. www.vlex.com
- Carolina Robiglio – *Aspectos procesales de la imputación penal a la persona jurídica*. 2011
- Oscar Morales. *La Persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*. 2011
- Norberto J. de la Mata (Catedrático de derecho penal), Martín Bilbao (abogado), Mariana Algorta (abogada). *La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su extensión: instrumentos de prevención en el seno corporativo*. 2011

- Jaime Campaner Muñoz. *La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: una visión crítica.*
- José Luis de la Cuesta. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español, 2011*
- Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado – Relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica Número 5/2010.
- Andrés Díaz Gómez. *Novedades del Proyecto de Reforma del 2013 del Código Penal sobre la Responsabilidad de las Personas Jurídicas.* 2013
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV)», en *Diario La Ley, versión electrónica, n° 8003, 2013, págs. 11 y 12.*
- SAID BURAD MEDEZ, *Concepto de Voluntad General, Según Rousseau*; Teoría del Estado.
- ROUSSEAU, “*Del Contrato Social*”.

LEGISLACION:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

ARTICULOS Y REVISTAS:

- Derecho Justo - *Derechos Fundamentales de las Personas Jurídicas* –
- Doctrina – revista penal - Gerhard Dannecker. Catedrático de la universidad de Bayreuth, Alemania. *Reflexiones sobre la responsabilidad penal e las personas jurídicas.* (Traducción realizada por Ana Cristina Rodríguez Yagüe.)
- Revista de Estudios de la Justicia; Percy Garcia Caverro. *Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Outline of a model for attributing person's criminal liability.*

CITAS DE INTERNET:

- www.derechojusto.org
- www.boe.es
- www.noticias.juridicas.com
- [. www.vlex.com](http://www.vlex.com)



Universidad de Valladolid