

**XVI SEMINARIO INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y
DERECHO PENAL.**

UNIVERSIDAD DE LEÓN.

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO. ÁREAS DE DERECHO PENAL Y DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS**

Maria del Carmen de León Jiménez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Socia de FICP

SUMARIO:

I.Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1.Artículo 31 bis del código penal

a)Supuestos delictivos

b)Modelos de imputación

2.Justificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

3. Sujetos responsables

II.Novedades en la L.O. 1/2015, de 30 de marzo: compliance programs.

I. Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010¹ introdujo en España la responsabilidad estrictamente penal de las personas jurídicas con autonomía de la responsabilidad de las personas físicas. La Exposición de Motivos de la reforma se reconoce que han resultado de gran trascendencia los numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan respuestas penales para las personas jurídicas, especialmente en el ámbito empresarial. Se deroga así el principio de *societas delinquere non potest*.

1. Artículo 31 bis del código penal

El tenor literal del artículo 31 bis 1, párrafo 1 del Código Penal dice: “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”.

a) Supuestos delictivos

De la redacción del párrafo 1 del artículo 31 bis se infiere que el mismo sólo es aplicable a los delitos que lo contemplen expresamente, estableciéndose un sistema de *numerus clausus*. Así, los delitos originalmente elegidos fueron los siguientes: tráfico ilegal de órganos (art. 156.bis.3 CP), trata de seres humanos (art. 177.bis.7 CP), delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 189.bis), delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.8 CP), delito de estafa (art. 251.bis CP), insolvencias punibles (art. 261.bis), daños informáticos (art. 264.4 CP), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288 CP), blanqueo de capitales (art. 302.2 CP), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310.bis CP), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318.bis. 4.3.º CP), delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4 CP), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts.

¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal

327 y 328.6 CP), exposición a radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP), delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP), delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 369.bis.3.º CP), delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399.bis.1.3.º CP), cohecho (art. 427.2 CP), tráfico de influencias (art. 430.3.º CP), corrupción de funcionario público extranjero (art. 445.2 CP), delitos relacionados con las organizaciones y grupos criminales (art. 570.quáter.1 CP) y delito de financiación del terrorismo (art. 576 bis.3 CP).

Los delitos recogidos en este *numerus clausus* guardan sin duda relación con el tráfico económico o empresarial en el que suelen desenvolverse las personas jurídicas.

b) Modelos de imputación

Existen tres grandes modelos de imputación en el derecho comparado: el modelo vicarial, el de culpabilidad de empresa y el mixto. El primero consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona que ha actuado. El segundo busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver con la propia corporación y el mixto aúna factores de ambos.

El legislador español, tras la reforma de 2010 ha optado por el sistema mixto de imputación. El artículo 31 bis del código penal establece una doble vía de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, en función de si el delito es cometido por representantes de la persona jurídica o por otras personas con la pasividad de estos representantes.

La primera vía se contempla en el primer párrafo del artículo 31 bis 1 del CP: “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”.

El precepto tiene tres elementos básicos: En primer lugar, los delitos tienen que ser cometidos por cuenta y nombre de las personas jurídicas. Es decir, que las actuaciones ajenas al ámbito de representación de la empresa deberán considerarse propias de la persona física. Algunos autores apuestan por entender acreditada la actuación en representación de la persona jurídica mediante la exigencia de que la acción del representante “constituya a implementación de una política empresarial”². En segundo lugar es preciso que dichas

2 GOMEZ-JARA DÍEZ, C.; Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Ley, Madrid 2011, pág. 69

actuaciones se realicen en provecho de la persona jurídica, lo que supone la voluntad de obtener una ventaja o beneficio para la persona jurídica³, descartando el provecho propio que emplea un empleado desleal para perjudicar a un tercero.

Por último, las personas físicas que realizan la acción u omisión material deben ser los representantes legales y administradores de hecho o de derecho. El concepto de administrador de hecho debe interpretarse, al igual que en el Derecho mercantil, en un sentido amplio⁴.

La segunda vía de imputación, es la del párrafo 2 del artículo 31 bis, 1º: “ las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho 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 no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”. Se trata de la actuación de todos los demás trabajadores o subordinados sometidos al poder de los representantes o directivos de la persona jurídica. Son aquellos que participan en el ejercicio de las actividades sociales, están sometidos a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho y son aquellos que con mayor facilidad pueden realizar los hechos a que se refiere el artículo 31 bis 1 CP. Deben actuar en provecho de la persona jurídica. La diferencia con el primer párrafo estriba en que para los que dirigen y ordenan la sociedad, administradores y representantes, es necesario que cometan los delitos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, mientras que para los empleados es necesario que los delitos sean cometidos en el ejercicio de las actividades sociales de la empresa.

Este párrafo recoge la posibilidad de la asunción de responsabilidad penal de la empresa por una conducta de los administradores consistente en una omisión del debido control⁵. Los directivos de la persona jurídica tienen obligación de supervisar a sus empleados, cuando aquéllos omiten su deber de supervisión se considera que no se ha producido el control debido. Se trata de una conducta omisiva que no evite la comisión de hechos delictivos en su seno.

3 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág 275

4 SANCHEZ DOMINGO, M.B.: Las actuaciones en nombre de otro en derecho Penal, Universidad de Burgos, 2002, págs 86-88

5 MORALES PRATS, F.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág.53

2. Justificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La consideración de la persona jurídica como sujeto del Derecho penal responde a la necesidad de dar respuesta a los problemas de una sociedad moderna, con gran complejidad, en la que la determinación de responsabilidad individuales en el ámbito societario resulta cada vez más complicada, bien por la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, que hacen prácticamente imposible individualizar la responsabilidad de un sujeto concreto.

NIETO MARTIN⁶ apunta a que la responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento de los Estados Unidos, donde se descubrió el poder de las corporaciones y descubrieron que para dominarlo hacia falta la instauración de la responsabilidad colectiva. Argumenta que la solución a las amenazas del incremento del poder económico, social y político de las grandes empresas ha sido acoger una técnica de control que desde hace un siglo se ha venido desarrollando en Estados Unidos, donde el poder estatal fue siempre más débil que en Europa.

Al estudiar los aspectos políticos-criminales de la persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal, repara en que el radical cambio político-criminal que supone la introducción de una responsabilidad penal propia de las personas jurídicas y la despedida del aforismo *societas delinquere non potest*, obedece a la idea de que las organizaciones, especialmente las empresariales, no sólo son concebidas como un instrumento idóneo para cometer delitos o como un factor criminógeno que conduce a las personas físicas a cometer hechos delictivos sino que, como titulares de organizaciones empresariales, son garantes de intereses públicos como el cumplimiento de la legalidad o de la adecuación de la organización al Derecho.

La responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva. La responsabilidad colectiva sirve para reforzar la individual porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos. Sólo una sanción que afecta al patrimonio de los socios, o al poder o credibilidad de los administradores permite distribuir correctamente los riesgos derivados de la comisión de un delito.

6 NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal

Lo cierto es que en las últimas décadas hemos conocido una criminalidad organizada especialmente atraída por la comisión de delitos económicos, que presentan mayor sofisticación y menos rechazo social que los asociados tradicionalmente con la delincuencia organizada, como el terrorismo, el tráfico de drogas, de armas o de seres humanos y porque las ganancias obtenidas se encuentran potencialmente más al resguardo de las acciones represivas penales que las mencionadas.

La sanción a la empresa consigue compensar la ventaja anticompetitiva que ésta ha obtenido mediante la infracción: la cantidad de impuestos evadida, o las cantidades ahorradas por no disponer de medios de seguridad e higiene.

La culpabilidad de la empresa se atribuye a un defecto de organización en la dirección empresarial permanente. Lo que se trata es que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos e imprudentes, por parte de sus empleados. Solo existe culpabilidad de empresa si el comportamiento delictivo individual pone de relieve un defecto de organización permanente⁷

3.Sujetos responsables

La responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis del C.P. Se refiere a las personas jurídicas privadas de derecho civil y mercantil. Las demás entidades que no encajen en el concepto legal podrán ser objeto de una responsabilidad penal de forma accesoria a la de la persona física, conforme al artículo 129 del Código penal. Este artículo en su nueva redacción permite la imposición de sanciones a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica, a las que queda excluido el ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP.

De este modo, se ha establecido un sistema dual de responsabilidad, si bien es cierto que asentado sobre distintos fundamentos dogmáticos: por un lado las consecuencias accesorias para las entidades supraindividuales carentes de personalidad jurídica-art. 129 CP- y por otro sanciones penales para las personas jurídicas-art. 31 bis CP.

7 NIETO MARTIN, A.:La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Iustel. Madrid, 2008

El apartado 5 del artículo 31 bis CP excluye expresamente de la responsabilidad penal a las entidades de Derecho Público, sociedades mercantiles que presten servicios de interés general, partidos políticos y sindicatos.

El ámbito de exclusión fijado por el art. 31 bis 5 CP en modo alguno resulta absoluto, pues el precepto referido *in fine* establece que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que las anteriores constituyen formas jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

II. Novedades en la L.O. 1/2015, de 30 de marzo: compliance programs.

La principal novedad de la reforma del Código Penal en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la modificación del artículo 31 bis para recoger un sistema de exención de responsabilidad criminal basado en la adopción eficaz de programas que eviten la comisión de hechos delictivos, por quienes ostentan facultades de organización y control o administradores, o por empleados dependientes de aquellos, si por parte de la entidad, y antes de la comisión del delito se hubieran adoptado, con eficacia modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos. El fundamento de la autorregulación es la motivación a las empresas para que incrementen su nivel de gestión, organización y control para evitar la comisión de los hechos delictivos.

De esta manera, la reforma coloca a los programas de cumplimiento normativo o *compliance programs*, como una de las principales armas para luchar contra la criminalidad empresarial. La clave es que estos progresos se considerarán como eximente de una potencial condena a la empresa. Pero no cualquier programa de *compliance* penal será válido. Buena parte del nuevo artículo 31 bis se dedica a fijar las principales características que debe tener un programa de este tipo. Así, se da un paso definitivo respecto a la reforma de 2010, cuando la normativa se quedó a medias al contemplar la conveniencia de adoptar esta clase de programas preventivos pero no dio ningún tipo de guía.

El nuevo artículo 31 bis 1.a) cambia de redacción y se sustituye por “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”.

La propia reforma incorpora dos vertientes, según quien haya sido el sujeto que ha cometido el ilícito. Cuando la sociedad no cumpla los requisitos que se detallan a continuación, se entenderá que su conducta ha favorecido o incentivado la comisión del delito y se derivará la correspondiente responsabilidad:

a) Si la actuación se hubiese llevado a cabo por los representantes legales, persona autorizada para tomar decisiones en su nombre o persona con facultades de organización y control, el nuevo artículo 31 bis 2 CP exige que para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad será necesario que la empresa hubiera tomado las siguientes medidas con anterioridad a la actuación delictiva:

1.-Que por el órgano de administración se hubiera adoptado, y adaptado, un modelo de organización y gestión donde se incluyeran medidas de vigilancia y control efectivas. Lo que se pretende es crear un sistema lo más eficaz posible, pero considerando que no existe un sistema cien por cien eficaz, el objetivo de la reforma es ser lo más diligente posible en tal obligación.

2.-Para este fin, la ley prevé la formación de un órgano que detente poderes autónomos de iniciativa y control. En caso de personas jurídicas que presenten cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas, este órgano no es preceptivo, ya que se pueden subsumir sus funciones en el órgano de administración.

3.-Que los autores del delito lo hayan cometido esquivando fraudulentamente los modelos de organización y prevención, esto es, que no se haya producido *“una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano”*.

b) Si, en cambio, el delito fuese cometido por los empleados o dependientes de los señalados anteriormente, el artículo 31 bis 4 exige, únicamente, que se haya adoptado y ejecutado un modelo de organización y gestión de prevención de delitos.

El párrafo 5 del artículo 31 bis CP recoge unos mínimos necesarios para que el modelo de organización y prevención permita eximir de responsabilidad a la persona jurídica.

CONCLUSIONES:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema que no deja de tener actualidad e importancia. Actualidad, porque el día 1 de julio de 2015 entrará en vigor la reforma de la LO 1/2015 que como su exposición de motivos hace constar “ lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del debido control, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Y que la nueva modificación reconoce como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica que ésta cuente con un programa de cumplimiento o compliance program.

Importancia, porque la complejidad de los montajes jurídicos económicos que respaldan este tipo de delincuencia, con la habitual creación de estructuras societarias, la diferente nacionalidad de las personas implicadas en ellas, su ubicación en el territorio de diferentes Estados, el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y el carácter masivo de los datos que los investigadores han de procesar reclaman la necesidad de dotar al Estados de respuestas penales específicas y adecuadas para esta nueva realidad.