

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, TRAS LA REFORMA DE 2015. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

*Dr. Julián Sánchez Melgar.
Magistrado de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo.*

INTRODUCCIÓN.


- La reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE del día 23), que entró en vigor el pasado día 23 de diciembre de 2010, ofrece una panorámica totalmente nueva en punto a la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, terminando con el viejo aforismo acuñado en nuestro Derecho histórico más tradicional, conforme al cual “*societas delinquere non potest*”.

Una historia curiosa

Tan importante novedad dogmática, es fruto de una enmienda legislativa en el Senado, a la expresada LO 5/2010, de manera que no pudieron obtenerse los preceptivos informes prelegislativos, tanto del CGPJ como de la FGE y del Consejo de Estado.

El Preámbulo

- ... Son numerosos los *instrumentos jurídicos internacionales* que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas.
- Corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...



Este es el fundamento que el legislador incluye como razonamiento de tal cambio en nuestro tradicional sistema penal, basado en un derecho criminal antropocéntrico.

Sin embargo, no todos los sistemas europeos han asumido este tipo de responsabilidad corporativa (por ejemplo, Alemania), pero es lo cierto que (hoy día) es la tónica habitual en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural.

Iter legislativo

- Tras la LO 5/2010, se han producido modificaciones en esta materia, incorporadas mediante dos nuevas leyes más.
- Una, de menor impacto legislativo, mediante la cual se predicaba este tipo de responsabilidad penal también a los sindicatos y a los partidos políticos (LO 7/2012, de 27 de diciembre, con entrada en vigor a partir del 17 de enero de 2013).

LO 1/2015

Pero la reforma más importante es la operada mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015. Esta ley regula con mayor detalle el marco normativo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y llega al punto de conceder la exención de responsabilidad penal a las empresas que tengan implantado un *compliance* que haya sido adoptado con eficacia, pese a lo cual, se ha producido el delito en su seno.

Cuestiones:

- La elección de los delitos.
- Principio de reserva legal.
- Títulos de imputación: ¿dos o tres?
- ¿Delitos o también faltas?
- Cuestiones de técnica legislativa.
- ¿A qué criterio responde el sistema en cuanto a los delitos que pueden cometer las personas jurídicas?

Los delitos son los siguientes:

Delitos de tráfico ilegal de órganos humanos.

Nuevos delitos de trata de seres humanos.

Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores.

Delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

Delitos de estafa.



Delitos de insolvencias punibles.

Delitos de daños informáticos.

Delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores (incluida la corrupción en el sector privado, hoy corrupción en los negocios).

Delito de blanqueo de capitales.

Delito fiscal.

Delito de inmigración ilegal.

Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Delitos relativos a la energía nuclear.

A decorative graphic on the left side of the slide, consisting of a light green vertical bar and a dark blue horizontal bar with rounded ends.

Delito de estragos.

Delitos contra la salud pública.

Delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados.

Delitos de cohecho.

Delitos de tráfico de influencias.

Y finalmente...

Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Delitos de terrorismo (el denominado “impuesto revolucionario”) o financiación de las bandas terroristas.

Fuera del Código Penal

- Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.
- Modificada por la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio.
- Art. 2º.6. Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.

La cuestión hasta la nueva Ley

- La LO 15/2003 y los delitos de droga.
- El art. 318 del Código Penal. *“cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código”*.

Un avance importante: la responsabilidad en nombre de otro

Art. 31 CP

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Otros temas

- *la inclusión del párrafo segundo del art. 31 del Código Penal.*
- *La consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal.*
- *y en fin, en sede exclusivamente de responsabilidad civil, la regulación de la *responsabilidad civil subsidiaria* de las personas jurídicas .*

párrafo segundo del art. 31 del Código Penal

- *“2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.*

LA CUESTIÓN TRADICIONAL EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA: NEGATIVA

- de los artículos *27 y siguientes del Código Penal*, que no reconocen más responsabilidad que la individual;
- de la consideración de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 como medidas *administrativas* impuestas por el juez penal y no como penas criminales;
- y de la ausencia, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho anglosajón, de una regulación expresa en la *legislación procesal* que permita proceder contra esta clase de entidades.

Razones:

- **No tienen capacidad de acción.**
- **No tienen capacidad de culpabilidad.**
- Resulta contrario al principio de la **personalidad de las penas.**
- **Finalmente injusta.**
- **Fines tradicionales de la pena.**

A favor:

- la ***criminalidad de empresa***.
- el **punto de partida de la reforma operada por la LO 5/2010**, conforme al cual tal responsabilidad procederá incluso “*cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”, con la oportuna moderación de sanciones en caso de concurrencia, teniendo de todos modos en cuenta que “*la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”

La doctrina más autorizada nos dice que

El sistema responde a los criterios de una responsabilidad criminal *acumulativa*, pues – como se ha dicho– la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, ni a la inversa (ZUGALDÍA ESPINAR).

Pero no se trata de una responsabilidad vicarial.

Sobre este aspecto el legislador de 2015 nos advierte que se han de poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales».

- **La cuestión en la evolución de las legislaciones de nuestro entorno.**
- **El sistema de responsabilidad acumulativa, o bidireccional.**
- **Las razones de carácter práctico: “cabezas de turco”.**
- **La idea de la *irresponsabilidad organizada*.**

La razón de ser de las cosas

Finalmente, hemos de tomar en consideración que si las personas jurídicas son capaces de actuar en cualquier tipo de derecho –civil, administrativo, fiscal, mercantil, laboral, etc.– y correlativamente pueden conculcar o infringir sus normas, no había razón para no llevar a cabo esta inclusión en materia penal. Solamente razones históricas del sentido corporal de la pena lo impedían.

LOS DIVERSOS MODELOS DE IMPUTACIÓN.

- **Derecho comparado.**
- **dos modelos para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica:**
- **a) sistema de responsabilidad penal indirecto.**
- **b) sistema de responsabilidad penal directo.**

El principio de culpabilidad

El art. 5º del Código Penal –sin que en esto haya ni restricción ni diferenciación alguna– “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”, lo que repite el art. 10, en cuanto resulta al concepto de infracción penal: “son delitos las acciones y omisiones *dolosas o imprudentes* penadas por la Ley”.

¿Tienen conciencia y voluntad las personas jurídicas?

- ... No puede concebirse *conciencia* a lo que no es más que una *ficción legal*, o si se quiere un instrumento legal para servir a los intereses de las personas físicas que conforman el ente corporativo dotado de personalidad jurídica.
- ... Las personas jurídicas actúan por medio de representantes legales.
- ... La culpabilidad tiene que ser predicada del fundamento de su responsabilidad penal: su defectuosa organización.
- ... El denominado delito corporativo, precisa como antecedente de un hecho de conexión.

¿De dónde nace el delito corporativo?

- Del Código Penal, no, que no lo enuncia propiamente, aunque puede deducirse.
 - Nace de la Ley Sociedades de Capital, cuyo art. 225, proclama un “Deber general de diligencia”.
1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 227. Deber de lealtad.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

El Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo

La finalidad de la reforma es “...llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», *cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*”.

En realidad, tras la LO 1/2015

Ya se aloja el defecto organizativo, en el segundo título de imputación. Así:

- 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.

Penal de multa: desproporción

Para evitar que la sanción sea desproporcionada, el legislador no haya tenido más remedio que introducir una cláusula en el art. 31 ter del Código Penal, y en este sentido declara que *“cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] 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”*.

Los títulos de imputación:

Los criterios de imputación en esta materia, nos los explica el propio Preámbulo de la LO 5/2010, a través de una **doble vía**.

- 1) Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su *nombre o por cuenta* de una persona jurídica y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas,
- 2) Se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica *el debido control* sobre sus empleados, naturalmente –dice el legislador– con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Tras la LO 1/2015

Letra a) del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las [personas jurídicas], 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.

Letra b) del apartado 1, 31 bis

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.

¿Quién actúa en nombre de una persona jurídica?

Tales personas físicas son, por definición legal, «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 ostenten facultades de organización y control dentro de la misma».

Diferencias...

Como vemos, la primera diferencia que encontramos es que en la nueva regulación desaparecen los administradores de hecho, pues el texto derogado se refería a los «administradores de hecho o de derecho» de tales personas jurídicas.

Es un aspecto discutible

La *patente desviación* en el funcionamiento de la representación por parte del administrador (de derecho) de la corporación, si lleva, o no, aparejada la irresponsabilidad de la empresa o entidad jurídica para derivarla exclusivamente en tal administrador.

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

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

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

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

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

Personas jurídicas de pequeñas dimensiones

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.



¿Ambos títulos de imputación exigen ahora un defectuoso control?

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

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

Técnica legislativa

En realidad, no se comprende que se efectúe una doble regulación de las condiciones de exoneración de las reglas de imputación de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal, cuando a juicio de la doctrina los requisitos de los modelos de cumplimiento son los mismos o similares.

Naturaleza jurídica de la exención.

Excusa absolutoria.

Exención de la responsabilidad criminal.

Elemento negativo del tipo.

Núcleo de la responsabilidad corporativa.

Prueba.

Posibilidad de ser apreciada en la instrucción sumarial.

Funcionamiento de la RC.

- La solidaridad del art. 116 CP

«La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.»

Algunas cuestiones

- Un doble modelo de responsabilidad penal para empresas con o sin personalidad jurídica.
- Este sistema, que es predicable de cualquier persona jurídica, cualquiera que sea el tamaño de la misma, ¿no debiera haberse restringido para las grandes o medianas empresas que pueden permitirse un programa de cumplimiento?

El Estado...

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.

Salvo el fraude de ley...

- Con la única salvedad para evitar el fraude de ley, de que:
- 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.

Para dar coherencia al sistema:

...este título de imputación debe ser interpretado bajo el fundamento de que la sanción es consecuencia de un *defecto de organización o control* con respecto a sus propios directivos y administradores, y, además que se exija que las personas físicas que cometen los hechos delictivos lo hagan *en el ámbito o con motivo del ejercicio de sus funciones*.

Requisitos del sistema de seguridad exonerativo.

Implantación del sistema: se requiere primeramente, como es natural, la adopción de un modelo de seguridad (o de prevención). Se trata de los denominados programas de cumplimiento de la actuación de los órganos de supervisión y control (“*compliance programme*”), dirigidos por un responsable (“*compliance officer*”), con funciones de vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de gestión según los estándares de conducta nacionales e internacionales.

¿Qué significa la ejecución con eficacia?

Ese modelo se ha ejecutar con *eficacia*, es decir, que no basta con tener tal modelo guardado en un cajón sino que se ha de probar que se ha aplicado en la práctica, aunque el delito finalmente se haya cometido en la realidad, luego la eficacia no se predica de sus resultados sino de su funcionamiento.

Adopción de la decisión

Tal modelo debe ser aprobado e implantado por el órgano de administración de la compañía, que es el que debe tomar la decisión.

Aspecto temporal

- Debe ser aprobado e implantado con anterioridad a la comisión del delito.
- La implantación posterior nunca puede fundamentar una exención de responsabilidad penal sino una minoración de ésta.

Diseño

Respecto a qué consisten estos modelos de prevención, podemos decir que se trata de modelos de organización y gestión que han de incluir las correspondientes medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza; se ocupa más detalladamente de su especificación, el nuevo apartado 5 del art. 31 bis del Código Penal

Creación de un órgano de supervisión

La reforma legal prevé la creación de una especie de «compliance officer», que se encargará de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención implantado por el órgano de decisión de la compañía, confiriendo al creado poderes autónomos de iniciativa y de control. Estos órganos han de ser distintos, pero el llamado a supervisar debe haber sido adoptado por el primero, y al que debe conceder autonomía en el control de la seguridad de la empresa.

El apartado 3 del art. 31 bis nos advierte, sin embargo, que para el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones, estas funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Relativos al autor infractor de la norma penal

Se requiere que *los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención*, lo cual es necesario, pues no siendo así, en realidad lo que ha existido es un defecto en el control.

Los requisitos, son:

- Elusión; y
- Fraudulentamente.

Relativos al órgano de supervisión

- Que no se haya producido una *omisión* o un *ejercicio insuficiente* de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano fiscalizador, al que nos hemos referido anteriormente.
- Pues si se ha producido tal defecto en su funcionamiento, la sociedad no podrá escudarse en la existencia de un modelo de prevención para obtener la exención de su responsabilidad penal.
- Pues en realidad, no ha funcionado con eficacia el compliance.

Requisitos de los modelos de prevención.

Objetivo: identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

Funcional: establecerán tales modelos, los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

Económico: dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

Mas requisitos...

Informativo: impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

Sancionador: establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

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

¿Quién tiene que probar tales condiciones?

Se trata de un tema debatido, que es abordado por la jurisprudencia, conforme a lo que razonaremos más adelante.

Y en el caso de que no se pruebe cumplidamente por quien corresponda, se producirá el surgimiento de una atenuación, conforme a lo diseñado legalmente:

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

También será posible la adopción de un modelo de seguridad después de la comisión de un delito, para obtener una atenuación.

II. Delitos cometidos por empleados.

La letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, describe los elementos para que se genere la responsabilidad penal de las personas jurídicas con estas palabras:

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.

Condiciones previas de ese actuar del empleado

- Actuar *por cuenta* de la persona jurídica.
- Actuar en beneficio, directo o indirecto, de la misma.
- Ejemplos:
 - Vertido ilegal.
 - Industria alimentaria.
 - Portero de discoteca.

Notas de ese beneficio:

- Subjetivo u objetivo.
- Positivo o negativo.
- La evitación de gastos.
- ¿Puede ser compartido? Director de compañía que se aprovecha de un secreto industrial de otra empresa.
- Quedan fuera -claro- las conductas estrictamente individuales.

Algunas ideas sobre la imputación por acción o por omisión.

- Ello nos sitúa en distinguir, en caso de **acción**:
- La responsabilidad por las órdenes directas.
- Las órdenes circuladas en forma generalizada.
- Las órdenes dimanantes de la superior dirección de la empresa.
- La mera Presidencia o Dirección genérica de la entidad sin cometidos concretos en el caso enjuiciado.

Omisión:

- Y en caso de **omisión**:
- La atribución al responsable del conocimiento concreto de la omisión en el caso enjuiciado, lo que deberá ser objeto de prueba; y
- Y supuesta tal atribución, la dejación de funciones en el caso concreto.

Problemas:

- Lo que resulta muy discutible es que ante una imputación subjetiva por falta de control, esto es, una imprudencia de la persona física que tenía entre sus cometidos el controlar a sus subordinados, con infracción del deber de cuidado, lo transferido a la persona jurídica sea precisamente una actuación dolosa (SILVA SÁNCHEZ).

Algunas categorías dogmáticas...

- El dolo eventual y su funcionamiento.
- La ignorancia deliberada y la teoría del avestruz.
- *Defecto de control u organización.*

Precisión

En efecto, solamente si analizamos este título de imputación desde la perspectiva de la infracción del debido control, como categoría organizativa de la empresa, y no como infracción del deber del directivo, estaremos configurando una propia responsabilidad penal separada de la del empleado.

- **Se trata de un delito corporativo.**

¿CÓMO FUNCIONAN ESTOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN?

- Si el ámbito que se describe en el art. 31 bis del Código Penal se corresponde con la propia persona jurídica, es decir, si comete un delito de esta especie, o bien comete el propiamente descrito en la parte especial.
- El hecho de conexión.

Recapitulando

El fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas se basa en la infracción del deber de organizarse adecuadamente para impedir que se cometan delitos dentro de su seno empresarial.

No se trata de probar los elementos típicos del delito perseguido, sino el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica por su falta de organización interna, que es el aspecto nuclear del denominado delito corporativo.

Y esto debe ser trasladado a los hechos probados de la sentencia condenatoria.

Comisión por omisión

Esto nos llevará a que el título de imputación será el de comisión por omisión.

Desde mi punto de vista, el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas reside en la infracción de un deber de organizarse adecuadamente para impedir la perpetración de delitos dentro de las actividades sociales que redunden en su beneficio directo o indirecto, de manera que se trata de un delito de comisión por omisión.

Jurisprudencia





Sentencias antiguas:

- 3 de julio de 1992
- 2 de junio de 1993
- La doctrina dominante y la ley no permiten este tipo de responsabilidad corporativa.

Sentencias más recientes

- STS 15 de abril de 2014
- Los hechos ocurren con anterioridad a su entrada en vigor
- STS 28 de noviembre de 2014
- Caso Supermercado. Acoso sexual: RCS de la empresa: falta de control. La RPPJ debe ser declarada con mayores exigencias.

Primera sentencia meramente enunciativa

STS 514/2015, de 2 de septiembre.

- Contrato de cesión de arrendamiento de local de negocio
- Se absuelve a la persona física, pero la jurídica había sido condenada también y no había recurrido.
- Se estudian sus efectos expansivos.
- Se dice que aun no se ha pronunciado la Sala, pero se anuncian principios irrenunciables en el derecho penal.

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo



STS 154/2016, de 29 de febrero. PLENO.

- Caso de la reimportación de máquinas retroexcavadoras. Venezuela.
- Las alegaciones de contenido constitucional pueden ser igualmente alegadas por las personas jurídicas.
- Es presupuesto la perpetración de un delito por parte de una persona física integrante de la organización.

A modo de preámbulo...

A fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones:

Precisiones...

- El delito debe haber sido facilitado como consecuencia de la ausencia de una cultura de respeto al Derecho.
- El fundamento de la responsabilidad es la falta de control y de vigilancia.
- Se cita a la Circular 1/2016 FGE, en donde se encuadra al compliance como una excusa absolutoria, vinculada a la punibilidad.

Continúa...

- El fundamento de la RPPJ se encuentra en la ausencia de mecanismos de control, pues de haberlos, no se hubiera producido la infracción penal.
- La acreditación de la responsabilidad corresponde a la acusación.
- Deben regir los mismos principios del ordenamiento penal.
- Aquí no se trata de que se produzca, o no, un desplazamiento probatorio, es que se trata de la misma esencia de la responsabilidad de la personas jurídica, que no es vicarial, sino un modelo de autorresponsabilidad.

- No es posible un régimen de responsabilidad penal objetiva.
- Aspectos procesales:
- Falta de dación para el trámite de última palabra.
- Supresión de la disolución de la persona jurídica principal: parte legal y vertiente ilegal.

- Sociedades pantalla.
- Personas jurídicas: imputables e inimputables.

Voto particular concurrente

Desde el respeto que nos merece la sentencia mayoritaria, y desde nuestra valoración del esfuerzo de clarificación realizado por el ponente, pero atendiendo también a la finalidad nomofiláctica y de unificación doctrinal que se atribuye expresamente a esta resolución, formulamos este voto concurrente para poder expresar en él nuestra respetuosa discrepancia con alguna de las doctrinas que se sostienen en la sentencia, sin afectar al fallo de la resolución, que compartimos. Confiamos, con ello, poder complementar y matizar alguna de las ideas que se expresan en la resolución mayoritaria, y contribuir modestamente al debate que necesariamente va a suscitar.

STS 221/2016, de 16 de marzo

En el caso concreto enjuiciado, se trata de un cobro fraudulento de doble comisión a vendedor y comprador en una compraventa de un piso por parte de agentes de propiedad inmobiliaria, uno de ellos representante legal de la Agencia inmobiliaria, persona jurídica a través de la cual se hizo la operación.

Se acuña por primera vez el delito corporativo

La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.

El desafío probatorio

- Se pone de manifiesto la problemática y la implicación de la mayoría y el voto particular.
- El desafío probatorio del Ministerio Fiscal no puede detenerse en la prueba de la comisión de un hecho delictivo por una persona física, ha de probarse también el delito corporativo, es decir, la ausencia de medidas de control que han posibilitado el delito.

Onus probandi

- La Sala no puede conformarse con una especie de presunción «iuris tantum» de culpabilidad, tiene que probarse el defecto organizativo. Estamos en derecho penal donde rigen principios irrenunciables.
- No hay dos categorías de sujetos en la imputación: las personas físicas y las personas jurídicas.
- La controversia acerca de la etiqueta dogmática no debe llevarnos a establecer una doble vía probatoria.

Absolución de la persona jurídica

- En el caso, hubo ausencia de imputación formal a la persona jurídica, razón por la cual se la absuelve.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser declarada en un proceso seguido con todas las garantías.

El núcleo de la responsabilidad corporativa

La persona jurídica sólo responde cuando se hayan “...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”.

Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Conclusión

Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

STS 516/2016, de 13 de junio

En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad.

Auto de aclaración (28-6-2016)

En el penúltimo párrafo del fundamento primero se indica erróneamente una opción del legislador por un sistema vicarial cuando, conforme se deduce del resto de la fundamentación, la opción es por un sistema de auto-responsabilidad. Así resulta de la propia fundamentación al afirmar que ambas, personas física y jurídica, responden por su propia responsabilidad en términos que definen, respectivamente, los arts. 28 y 31 bis CP.

Consecuentemente procede sustituir la expresión vicarial por la individual.

La STS 827/2016, de 3 de noviembre

No cabe condenar a un administrador de la sociedad que actúa en tal concepto, por el art. 28 del C. Penal. Ante la dicotomía procesal de considerar al acusado como persona individual o jurídica, es obligación de las partes llevar a cabo una delimitación conceptual, fijando con precisión en qué concepto se denuncia a un tercero.

Y se añade...

Resulta lógico y necesario que la persona jurídica actúe a través de comportamientos de la persona física, de la que es imposible prescindir, pero en nuestro caso las partes acusadoras precisaron con rigor que se dirigían contra R como legal representante de la sociedad. La parte afectada por la posible dualidad conceptual, también debió exigir y concretar en qué concepto se le denunciaba.

Tema probatorio

- Es en el tema probatorio donde se enfrentan dos posturas en la STS 154/2016, de Pleno, la mayoritaria y la del voto particular, que en realidad, bajo mi punto de vista son dos aspectos perfectamente reconciliables.
- A la acusación le corresponde la prueba de los elementos constitutivos de la tipicidad de las personas jurídicas (si se quiere, de su fundamento estructural), como es la defectuosa organización.

STS 154/2016

«... en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente».

Al tratarse de un delito de infracción del deber

La prueba se desdobra en dos aspectos: si de lo que se trata es de sostener que ha sido posible la comisión delictiva como consecuencia de una la infracción de la obligación de organizarse adecuadamente que pudiera haberlo evitado, tal prueba ha de recaer en quien así lo afirma, es decir, en la acusación.

Pero si de lo que se trata es de poner de manifiesto ante el Tribunal que lo juzga que la empresa hizo todo lo que estaba en sus manos para evitar el delito, y que a pesar de ello, el delito se habría cometido, la prueba corre a cargo de quien así lo afirma.

Y respecto a la prueba de la defensa

Y si en este caso, tal prueba no pudo llevarse a efecto en toda su extensión, se producirá el surgimiento de una atenuación, conforme a lo diseñado legalmente:

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

Y ello porque...

- En mi opinión me parece imposible que la defensa tenga que probar que los hechos objeto de responsabilidad penal de la persona jurídica se han podido realizar «por haber incumplido gravemente por aquéllos [los directivos] los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso» (art. 31 bis 1. b).
- No parece sostenible que la defensa de la persona jurídica tenga que correr con la prueba de ese incumplimiento grave, precisamente cometido por ellos mismos.

Pero, sí, del compliance

- Ahora bien, otra cosa es la existencia y funcionamiento de un programa de cumplimiento como forma exonerativa de la responsabilidad de tal persona jurídica. En ese caso, cualquiera que sea su naturaleza jurídica (excusa absolutoria, etc.), la prueba han de corresponder a la defensa.
- Este yo creo que es un planteamiento conciliador y perfectamente respetuoso con las reglas del proceso penal y del *onus probandi*.

Con un problema añadido

El problema ahora reside, de nuevo, en determinar, una vez presentado el programa, naturalmente por la defensa, por razones de incumbencia y de facilidad probatoria, si la prueba de su «eficacia» es prueba de la acusación o de la defensa.

Y que se ha producido en el caso una *omisión* o un *ejercicio insuficiente* en sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano fiscalizador (*compliance officer*), no es descabellado pensar que es prueba que corresponde a la acusación.

FIN

