



Universidad de Oviedo

Facultad de Derecho

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS Y SU TRATAMIENTO EN EL PROCESO PENAL**

Autor: Nerea Hernández Rodríguez

Convocatoria: enero 2021

RESUMEN

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, supuso un punto de inflexión en el derecho penal, superando el viejo aforismo romano *societas delinquere non potest* para convertir a la persona jurídica en un sujeto penalmente responsable por la comisión de los delitos recogidos en el Código Penal. No obstante, cumplidos ya 10 años desde su introducción y tras varias reformas para concretar y clarificar su contenido, aún quedan dudas que despejar en cuanto a su aplicación.

La aparición de este nuevo sujeto en el proceso penal también ha requerido adecuar la norma procesal para crear un “estatuto procesal de la persona jurídica”. Sin embargo, las reformas introducidas hasta el momento, más que despejar las dudas, siguen generando problemas de aplicación por su escaso rigor técnico y las incongruencias en su redacción. Han sido los tribunales, a través de las sentencias dictadas hasta el momento en la materia, los que han ido clarificando la interpretación de las normas y su aplicación práctica.

ABSTRACT

The introduction of corporate criminal liability in our legal system via the Penal Law Reform LO 5/2010 on June 22, was a turning point in criminal law, surpassing the old Roman aphorism of the principle ‘*societas delinquere non potest*’ in order to convert a legal company into a criminally responsible entity for the perpetration of those crimes included in the Penal Code. However, 10 years after its introduction and after several reforms to specify and clarify its content, there are still uncertainties to untangle regarding its application.

The appearance of this new subject in the criminal process has also required adapting the procedural norm to create a “legal corporate procedural law”. However, the reforms introduced to date, continue to generate application problems, instead of addressing concerns, due to their low technical rigorousness and inconsistencies in their wording. Only trials courts, through their judgements and verdicts, have been clarifying the interpretation of the law and its practical application.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BORM: Boletín Oficial del Registro Mercantil.

CC: Código Civil.

CCom.: Código de Comercio.

CP: Código Penal.

EM: Exposición de Motivos.

FGE: Fiscalía General del Estado.

FJ: Fundamento Jurídico.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrIm: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LSC: Ley de Sociedades de Capital.

PPL: Pena Privativa de Libertad.

RPPJ: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. MARCO LEGISLATIVO Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	2
2.1. SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO “ <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i> ”.....	2
2.2. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO.....	5
2.3. EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL.	8
2.3.1. APARTADO A) DEL ARTÍCULO 31 BIS.1. DEL CÓDIGO PENAL.....	10
2.3.2. APARTADO B) DEL ARTÍCULO 31BIS.1 DEL CÓDIGO PENAL.....	12
2.3.3. ARTÍCULO 31BIS.5 DEL CP.....	13
2.3.4. ARTÍCULO 31 BIS.3 DEL CP.....	14
3. LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE.	14
3.1. NATURALEZA JURÍDICA E IMPUTABILIDAD.....	14
3.2. PERSONAS JURÍDICAS EXCLUIDAS.	17
3.3. LISTADO DE LOS DELITOS QUE PUEDEN SER COMETIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	19
3.4. PENAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	21
3.5. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	26
4. EL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL.	28
4.1. LA REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD EN EL PROCESO.....	29
4.2. EL ENJUICIAMIENTO EN AUSENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA.....	31
4.3. EL ENJUICIAMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA REBELDE.	33
4.4. MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES.	34
4.5. LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO.....	36
4.6. ESPECIALIDAD DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	37
5. CONCLUSIONES.....	39
6. BIBLIOGRAFÍA.....	42
7. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.	45

1. INTRODUCCIÓN.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las sucesivas reformas en la materia generó un intenso debate doctrinal entre quienes aplaudían esta novedosa regulación y quienes entendían que estos entes no podían ser objeto de imputación.

Dotar de responsabilidad penal a la persona jurídica iba acompañado de la necesidad de configurar un estatuto procesal para ellas distinto pero equiparable al de las personas físicas. Sin embargo, el trabajo llevado a cabo por el legislador para este fin no está a la altura de lo esperado, surgiendo bastantes problemas de adaptación de las normas penales y procesales que han tenido que ser aclaradas por la jurisprudencia a lo largo de las apenas cincuenta sentencias dictadas en esta materia.

Mediante este trabajo trataremos de desarrollar y aclarar la actual regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y las peculiaridades procesales que la rodean desde el punto de vista de la defensa, dada la importancia práctica de este tema en el ejercicio de la abogacía y la creciente demanda de expertos en *Compliance Penal*.

La metodología seguida en el trabajo consiste en el desarrollo de los aspectos que entendemos más relevantes a través de un análisis de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia.

2. MARCO LEGISLATIVO Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

2.1. SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO “*SOCIETAS DELINQUERE NON POTES*”.

A pesar de la importancia que tiene la última reforma de 2015 del Código Penal (CP en adelante) en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta no es una figura jurídica de nueva creación dentro del ordenamiento jurídico-penal español.

Nuestro modelo de responsabilidad penal partía del principio *societas delinquere non potest*, al entender que la responsabilidad era de carácter eminentemente subjetivo y que, por

tanto, las personas jurídicas carecían de esta responsabilidad penal¹. Así, en el caso de que se cometiera un delito en el seno de una persona jurídica, la responsabilidad penal recaía sobre las personas físicas que actuaban en nombre de ella.

Una primera aproximación a la RPPJ la encontramos en 1971, con la reforma del CP de la época por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre², por la que se introdujo un nuevo capítulo «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo» formado por un único artículo 499 bis que disponía *in fine*: “*Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa*”³.

Años más tarde, en 1983, por medio de la Ley 8/1983⁴, se introdujo en el CP el art. 15 bis según el cual: “*el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo*”⁵, con el que se atribuía la responsabilidad a la persona física aun cuando en ella no concurrieran las condiciones del tipo delictivo pero sí se dieran en la entidad en cuyo nombre actuaba⁶.

El mismo criterio de atribución de la responsabilidad se siguió en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que sentaría las bases de lo que posteriormente sería la primera regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en materia penal⁷. El artículo 31 del CP de 1995 ya establecía que: “*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 concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo,*

¹ <https://www.revistalatoga.es/responsabilidad-penal-personas-juridicas/> visitada por última vez el 15 de noviembre de 2020.

² Ley 44/1971, de 15 de noviembre, de reforma del Código Penal.

³ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-1454> visitada por última vez el 17 de octubre de 2020.

⁴ Ley 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

⁵ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-17890> visitada por última vez el 17 de octubre de 2020.

⁶ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

⁷ <https://www.revistalatoga.es/responsabilidad-penal-personas-juridicas/> visitada por última vez el 15 de noviembre de 2020.

si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP⁸, se añadió a este artículo 31 un apartado 2 abordando de esta manera “la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria”⁹. El art. 129 CP, por su parte, recogía las denominadas consecuencias accesorias destinadas a prevenir la delincuencia en sociedades, fundaciones, asociaciones, etc. Por primera vez se preveía una respuesta penal para sujetos distintos a las personas físicas.

El verdadero cambio legislativo vino introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. El aforismo latino *societas delinquere non potest* queda superado, dando comienzo a una nueva etapa en la que la persona jurídica es susceptible de cometer delitos y, por tanto, puede ser penada y sancionada, al margen de las actuaciones de las personas físicas que la integran¹⁰.

Esta reforma de 2010 vino impulsada en gran medida por el extenso número de textos normativos aprobados en el ámbito de la Unión Europea en los que se establecía la obligación de los Estados Miembros de regular la responsabilidad penal (y las sanciones, aunque no fueran necesariamente penales) de las personas jurídicas¹¹, sobre todo para aquellos actos de carácter delictivo en los que su participación sea clara y evidente. El propio legislador, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, alude a los numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, inspirándose en ellos a la hora de añadir las expresiones *en provecho*, *en su beneficio* o *por cuenta de esta* como criterios de vinculación entre el hecho cometido por la persona física y la consiguiente responsabilidad de la persona jurídica¹².

Mencionar, de entre los instrumentos de política criminal que inspiraron esta reforma, 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

⁸ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁰ GONZALEZ, B. y MORAL, M^a T.: “Responsabilidad penal de personas jurídicas y corporate compliance”, *Fundesem Bussines School*, 2015, página 1.

¹¹ RAGUÉS Y VALLÉS, R.: “La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal” Marcial Pons, Madrid, año 2017, pág.51.

¹² RAGUÉS Y VALLÉS, R.:” La actuación en beneficio...”, op. cit. pág. 54.

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 terrorismo, la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre relativa a la protección del Medio Ambiente mediante el Derecho Penal, entre otras¹³.

Tras esta reforma el Ministerio Público emitió la Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por la LO 5/2010 de la Fiscalía General del Estado. En ella la FGE se pronuncia en contra de lo aducido por el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 argumentando que ni del derecho penal de la Unión Europea ni de los Tratados Internacionales se desprende la obligatoriedad de atribuir a las personas jurídicas una responsabilidad penal equiparable a la existente para la persona física, sobre todo cuando ya existen en el ordenamiento otros instrumentos suficientemente válidos para el mismo fin como son las sanciones administrativas, las medidas de seguridad u otros tipos de consecuencias de carácter jurídico penal con carácter distinto a la de la pena¹⁴.

2.2. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO.

La reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015 según la Disposición Final 8ª, es la más profunda de nuestro cuerpo legal desde 1995. Esta reforma, en relación con las personas jurídicas, se centra especialmente en concretar la responsabilidad penal de las mismas a través de los artículos 31 bis, ter, quater y quinquies.

En la propia EM de la LO 1/2015 ya explica el legislador que con esta reforma se busca aclarar y completar la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas introducida por

¹³ Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

¹⁴ Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

la LO 5/2010, de 22 de junio, y zanjar de una vez por todas las cuestiones de carácter interpretativo surgidas de la anterior regulación¹⁵.

Con esta nueva reforma se incluyen modificaciones tanto en sentido material como formal, dividiendo en cuatro artículos separados los cinco apartados que conformaban el artículo 31 bis introducido por la LO 5/2010. Así, en el artículo 31 bis, que se desarrollará más adelante, se limita la responsabilidad de las personas jurídicas a aquellas actuaciones delictivas llevadas a cabo por personas dentro de su seno cuando haya una ausencia total o parcial de supervisión, vigilancia y/o control, regulando las condiciones precisas que deben concurrir para apreciar la exención de su responsabilidad. El artículo 31 ter permite exigir responsabilidad a las personas jurídicas no solo cuando no se haya condenado a la persona física responsable sino incluso cuando aquella no haya podido ser individualizada. Además, la existencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad de la persona física no tendrá efecto en la responsabilidad de las personas jurídicas. El artículo 31 quater recoge un *numerus clausus* de circunstancias atenuantes aplicables a las personas jurídicas. El artículo 31 quinquies enumera las personas jurídicas excluidas del sistema de responsabilidad penal, así como determinadas normas que concretan la aplicación de las penas a un supuesto concreto.

Esta reforma ha sido objeto de grandes críticas por los diferentes autores expertos en la materia. Por ejemplo, para Quintero Olivares, la reforma de 2015 no se debe a la resolución de los problemas de interpretación de la anterior regulación, sino que busca dificultar la imputación de las personas jurídicas y expandir el uso de programas de prevención de los delitos en las entidades para beneficiar a quienes se dedican a este campo. Por su parte Dopico Gómez-Alleri hace una dura crítica a esta reforma que define como “Frankenstein jurídico” ya que básicamente es un plagio de una ley administrativa italiana¹⁶.

Al igual que lo hiciera en 2011 tras la reforma del CP en 2010, la FGE publicó la Circular 1/2016, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, con el fin de interpretar la reforma introducida por la LO 1/2015. En ella, la FGE trata, por un lado, de aclarar los aspectos sustantivos introducidos por la reforma y, por otro, de impartir instrucciones a los Fiscales sobre

¹⁵ Exposición de motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013”, *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y Ley Orgánica del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2014, págs. 19-24.

cómo valorar la eficacia de los planes de *compliance* o cumplimiento normativo en las empresas y, por tanto, cuándo debe considerarse exenta de responsabilidad penal a una empresa, o bien cuándo le son de aplicación ciertas circunstancias atenuantes¹⁷.

Para el FGE el grueso de la reforma se encuentra en el art. 31 bis, al enunciar las dos vías de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas: a) por personas físicas de primer nivel que ostentan mayores responsabilidades en la corporación y b) por personas indebidamente supervisadas por las primeras. En cuanto a estas últimas, la Fiscalía precisa que el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los sujetos obligados (art.31bis.1.a) debe ser de carácter grave y puede suponer, además de la transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica, que esos sujetos obligados omitentes respondan también, y de manera independiente, por un delito doloso, en comisión por omisión, o gravemente imprudente. Se mantiene, a criterio de la FGE, el sistema de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial¹⁸ que supedita la responsabilidad de la entidad a la previa actuación delictiva de una persona física, es decir, la persona jurídica propiamente dicha no comete el delito, sino que deviene penalmente responsable por la previa comisión de un delito por las personas físicas. Para la FGE los programas de control interno para prevenir delitos sirven para medir el grado de control sobre los subordinados, pero “no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa”¹⁹.

También se analiza en la Circular la nueva literatura del art. 31 bis que incorpora la expresión “*en su beneficio directo o indirecto*” en lugar de “*en provecho*”. Esta nueva redacción mantiene la naturaleza objetiva de la acción²⁰ bastando, para atribuir responsabilidad a la corporación, que la persona física beneficie a la entidad aunque sea de manera indirecta, incluso cuando esos beneficios no sean económicos (aumentar la reputación a la empresa, ventajas estratégicas frente a otras...) o se obtengan con la interposición de un tercero, excluyendo su

¹⁷ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

¹⁸ DOLZ LAGO, M.J.: “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, pág. 142.

¹⁹ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

²⁰ DOLZ LAGO, M.J.: “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia”, *Tratado sobre...* op. cit., pág. 142.

responsabilidad en las conductas realizadas por una persona física dentro de la sociedad pero buscando exclusivamente su propio beneficio o el de otros²¹.

Se imparten instrucciones a los fiscales para analizar la eficacia de los programas y planes de cumplimiento normativo o programas de prevención de delitos y su correcta aplicación para exonerar o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un eventual proceso penal, donde se debe valorar si el programa adoptado por la entidad es el idóneo y promueve una “verdadera cultura ética corporativa”²², constituyendo la conducta de la dirección, en términos de compromiso y apoyo, el elemento clave para trasladar la cultura ética de cumplimiento en la esfera empresarial. La actitud proactiva de la propia empresa ante la comisión de un delito denunciando la situación provocará la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica evidenciando la validez del modelo de prevención y control implementado. Las medidas que se adopten en la entidad después de la comisión del delito pueden atenuar su responsabilidad al mostrar el compromiso de sus responsables con el Programa de *Compliance*. Además, se valorará positiva o negativamente la actitud de la empresa en anteriores procedimientos penales, incluso cuando se trate de su actuación ante la imposición de sanciones en vía administrativa²³.

2.3. EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

El artículo 31 bis del Código Penal contiene las bases fundamentales del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de 2015. El modelo de atribución de la responsabilidad se basa en una doble vía de imputación recogida en las letras a) y b) del apartado 1 del referenciado artículo:

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

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

²¹ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

²² DOLZ LAGO, M.J.: “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia”, *Tratado sobre...* op. cit., págs. 145-147.

²³ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

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”.

Con esta nueva redacción el modelo de la atribución de la responsabilidad ha cambiado sustancialmente, siendo un tema muy discutido por los autores sin que, aun a día de hoy, se haya llegado a un consenso²⁴. De la lectura literal del art. 31.1 bis parece vislumbrarse que son las personas físicas las que cometen el delito y no las personas jurídicas, por lo que surge la duda de si el legislador español ha querido atribuir la responsabilidad a la persona jurídica a través de un modelo de heterorresponsabilidad o de autorresponsabilidad.

Por el modelo de heterorresponsabilidad, vicarial o de transferencia de la responsabilidad se imputa a la persona jurídica por hechos ajenos cometidos por la persona física que delinque, siempre que se esta persona física actúe *por cuenta de ella y en su beneficio*, y que además ostente una determinada posición en la persona jurídica²⁵.

El modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad, por su parte, toma como partida la conducta de la persona jurídica. El hecho delictivo cometido por la persona física, sirviéndose de sus funciones en la entidad y *en su beneficio*, no es trasladado a la persona jurídica, sino que la persona jurídica es responsable por un defecto de organización, una “cultura corporativa” defectuosa o una defectuosa reacción frente al hecho delictivo realizado por la persona física²⁶.

Como ya hemos apuntado en el apartado anterior, en las Circulares 1/2011 y 1//2016 la FGE continúa acogiendo al modelo de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad. Sin embargo, este modelo dogmático de responsabilidad parece que no es compartido ni por el legislador, ni por la jurisprudencia.

²⁴ Entre los autores que entienden que se trata de un modelo de autorresponsabilidad de encuentran: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., MORALES PRATS, F., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., o NIETO MARTÍN, A.; se decantan por la heterorresponsabilidad o por un modelo mixto, entre otro, MARTÍNEZ PARDO, V. J., MORÓN LERMA, E., o DEL ROSAL BLASCO, B.

²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 107-108.

²⁶ DIEZ RIPOLLES, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, número 1/2012, año 2012, págs. 7-8.

En el propio preámbulo de la LO 1/2015 el legislador ya aclaraba que con la reforma se buscaba poner fin a las dudas interpretativas surgidas con la anterior regulación sobre el sistema de atribución de la responsabilidad que algunos sectores había interpretado erróneamente como un régimen de responsabilidad vicarial.

En la sentencia 514/2015, de 2 de septiembre, el Tribunal Supremo hizo una primera referencia al modelo de atribución de la RPPJ, optando por el modelo de culpabilidad. En la sentencia 154/2016, de 29 de febrero, el Alto Tribunal dejó constancia, *obiter dicta*, de su posición al respecto. Por la mayoría de los magistrados de la Sala se optó por el modelo de autorresponsabilidad al afirmar que, una vez acreditada la comisión de un delito de los que pueden atribuir responsabilidad a la entidad por una persona física integrante de la misma, la empresa podría responder penalmente si carecía de “medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”. Teniendo que analizar además “si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos [...]”. No obstante, 7 magistrados suscriben un voto particular donde se decantaban por mantener el criterio sostenido por el FGE en las Circular 1/2016²⁷.

Las posteriores sentencias del Tribunal Supremo -STS 221/2016, de 16 de marzo; STS 516/2016, de 13 de junio; STS 668/2017, de 11 de octubre; STS 123/2019, de 8 de marzo, entre otras- han mantenido el criterio mayoritario de atribución de la RPPJ por el modelo de la autorresponsabilidad en lugar del vicarial.

2.3.1. APARTADO A) DEL ARTÍCULO 31 BIS.1. DEL CÓDIGO PENAL.

Volviendo al contenido del art. 31 bis.1, en él se diferencia dos tipos de personas que realizan el hecho delictivo -hecho de conexión- dependiendo de su jerarquía dentro de la entidad: por un lado, personas con poder de decisión dentro de la empresa (apartado a) y por otro, personas dependientes o subordinadas de las primeras (apartado b) que cometen el delito a consecuencia de la falta de control de las personas de las que dependen. No obstante, en ambos

²⁷ STS n° 154/2016, de 29 febrero.

casos es requisito común que el delito produzca un beneficio, bien directo o bien indirecto, a la persona jurídica para que recaiga responsabilidad penal sobre ella.

En cuanto a las personas enumeradas en el apartado a) aparece la figura del representante legal, refiriéndose a la representación orgánica de la empresa, que no permite la delegación de funciones, y a la representación voluntaria no orgánica siempre que represente legalmente a la entidad²⁸.

Cuando el CP hace referencia a quienes “*actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones*”, hace referencia a los administradores de derecho (ya actúen individualmente o como un órgano colegiado) o a la persona jurídica que actúe como administrador de derecho, aunque esta debe nombrar a una persona física para que ostente las facultades del cargo²⁹; y a los administradores de hecho, que desempeñan funciones propias de administrador o dan órdenes e instrucciones a los administradores de la sociedad³⁰.

Respecto de las personas que “*ostenten facultades de organización y control*” se engloba a todas aquellas personas que ocupen un mando o cargo intermedio en la sociedad y que ostenten dichas facultades de vigilancia y control, incluyendo al oficial de cumplimiento (*Compliance Officer*)³².

Ahora bien, aun cuando se cometa un delito de los que puede responder penalmente la persona jurídica, por una persona física de las que se pueda encuadrar dentro del art. 31 bis. 1.a) CP y se den todos los requisitos en él contenidos (en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto), la entidad puede eximir su responsabilidad por esos hechos ya que en el art. 31 bis.2 CP se recogen una serie de causas de exoneración de la RPPJ a través de los llamados modelos de organización y gestión orientados a prevenir delitos. Además, estos programas de cumplimiento o *Compliance Programs* deben de haberse adoptado y ejecutado antes de la comisión del delito y deben cumplir una serie de requisitos enumerados en el apartado 5 del art. 31 bis CP. Así, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad cuando:

²⁸ DEL ROSAL BLASCO, B.: *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativa*, Wolters Kluwer, Madrid, año 2018, pág. 128.

²⁹ Así lo establece el art. 212 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

³⁰ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 236.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

³¹ DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativa*, op. cit., pág. 130.

³² Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

1. Previamente a la comisión del delito se haya adoptado y ejecutado por su órgano de administración, de manera eficaz, un modelo de organización y gestión dotado de medidas preventivas de vigilancia y control para eliminar o minimizar el riesgo de comisión de delitos.

2. Se haya encargado a un órgano autónomo e independiente la verificación de la aplicación efectiva de dicho modelo.

3. Que el acto delictivo haya sido cometido defraudando dicho modelo.

4. Que el órgano independiente y autónomo encargado de la verificación haya llevado a cabo todas las medidas oportunas para evitar la comisión del delito, sin que la comisión de este adolezca a un vicio o error en el desempeño de sus funciones.³³

De concurrir estos requisitos la persona jurídica no será responsable penalmente. Cuando los requisitos anteriores solo se puedan acreditar de manera parcial, el juzgador lo valorará a efectos de atenuación de la pena.

2.3.2. APARTADO B) DEL ARTÍCULO 31BIS.1 DEL CÓDIGO PENAL.

Respecto de los delitos cometidos por las personas de la letra b) del art. 31 bis.1, se exige que estos hayan sido cometidos “*en el ejercicio de actividades sociales*”, es decir, dentro de unas competencias limitadas atribuidas al trabajador, excluyendo aquellas conductas delictivas que no tengan relación con el objeto social. Además, se requiere de un previo incumplimiento de “*los deberes de supervisión, vigilancia y control*” de carácter grave por parte de las personas físicas mencionadas en el apartado a), debiendo concretarse cuales son esos deberes gravemente incumplidos. De la lectura de este precepto parece desprenderse que el legislador ya prevé que los modelos de organización y gestión para prevenir delitos no son infalibles y por eso no se exige un resultado, sino que es necesaria una actitud o intención clara de minimizar al máximo circunstancias proclives a la actividad delictiva³⁴.

La cláusula de exención contenida en el apartado 4 del art. 31 bis permite exonerar a la persona jurídica si en ella se había implantado un modelo de organización y gestión eficaz de prevención del delito cometido o, por lo menos, minimizar las posibilidades de comisión. La

³³ FARALDO CABANA, P.: “Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 157-158.

³⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-03, año 2019, págs. 2-4.

doctrina mayoritaria entiende que, aunque explícitamente solo se requiere la implantación efectiva de un programa de cumplimiento, implícitamente se deben dar también las demás condiciones exigidas en el art. 31 bis.2 con excepción de la tercera, esta es, la elusión fraudulenta del modelo³⁵. También deben aplicarse a estos programas de cumplimiento los requisitos dispuestos en el apartado 5 del mismo artículo. De nuevo se recoge la posibilidad de atenuación cuando se acredite parcialmente el cumplimiento de las circunstancias expuestas³⁶.

En cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria -aplicable a las dos vías de imputación- *ex delicto*, el Alto Tribunal ha considerado, ante el planteamiento, por parte del recurrente, de la posibilidad de extinguir la responsabilidad civil de la persona jurídica por un delito cometido por un trabajador en base a la existencia de un programa de cumplimiento que cumple todos los requisitos del CP para exonerar penalmente a la entidad que “esos *Corporate Compliance*, en la terminología anglosajona, pueden operar como causas exoneradoras de la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no pueden afectar en principio ni a las responsabilidades civiles; ni menos aún a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables de delitos dolosos cometidos en el seno de una empresa”³⁷, debiendo entenderse, por tanto, que la implantación efectiva de un programa de *compliance* solamente surtirá efecto en relación con el examen de la responsabilidad penal.

2.3.3. ARTÍCULO 31BIS.5 DEL CP.

El apartado 5 del art.31bis, al cual hemos hecho referencia al explicar los dos hechos de conexión, desarrolla los elementos estructurales que deben contener los *Compliance Programs* para que desplieguen sus efectos como eximentes o atenuantes en el eventual proceso penal. Estos requisitos son:

1º. Analizarán aquellas actividades empresariales donde se pueda dar la mayor tasa de criminalidad con el objetivo de identificar los riesgos y neutralizarlos.

³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, pág. 331.

³⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 206-210.

³⁷ STS nº 330/2019, de 5 de febrero.

2º. Regularán los trámites internos seguidos para tomar las decisiones, documentando quién toma las decisiones, qué procedimientos se siguen y el modo de hacer llegar las mismas a los encargados de ejecutarlas, comprobando que se han entendido y que se aplican de manera correcta.

3º. Contendrán un modelo de gestión de medios económicos para evitar la comisión de los delitos que se hayan identificado como factor de riesgo en el propio programa.

4º. Dispondrán de una red de comunicación para informar de manera eficaz al órgano encargado de supervisar el modelo de prevención sobre un riesgo o un cumplimiento deficiente.

5º. Se creará un “código de conducta” con sanciones específicas para castigar la falta de cumplimiento de las medidas contenidas en el modelo.

6º. Deberán llevarse a cabo un seguimiento continuo de la fiabilidad del modelo, realizando los cambios que se estimen necesarios para perfeccionar su funcionamiento, sobre todo cuando se infrinjan sus disposiciones o se realicen cambios que puedan aumentar las actividades de riesgo delictivo³⁸.

2.3.4. ARTÍCULO 31 BIS.3 DEL CP.

El apartado 3 del art. 31 bis CP tiene en cuenta a las empresas de reducidas dimensiones, esto es, aquellas “*autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*”³⁹, permitiendo que sean el órgano encargado de la supervisión y control de los modelos de organización y gestión sean llevados a cabo directamente por el administrador⁴⁰.

3. LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE.

3.1. NATURALEZA JURÍDICA E IMPUTABILIDAD.

En el Código Penal el legislador no definió lo que se debe entender por persona jurídica a efectos penales. Únicamente el artículo 297 del CP da una definición de lo que debe

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante”, *Tratado sobre...* op. cit., págs. 338-345.

³⁹ Artículo 31bis.3 del Código Penal.

⁴⁰ MENDO ESTRELLA, A.: “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 70, Fasc./mes 1, año 2017, pág. 127.

entenderse por sociedad, pero solo a los efectos del Capítulo XIII que recoge los delitos societarios.

Debemos acudir, por tanto, a la doctrina y a otras normas del ordenamiento jurídico, como son el Código Civil, el Código de Comercio o la Ley de Sociedades de Capital, para encontrar una definición. Así, Díez Ripollés define las personas jurídicas como “una realidad social a la que la ley reconoce o atribuye individualidad propia distinta de la de sus componentes, sujeta a derechos y deberes, y con capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes⁴¹”; según el art.35 del CC, “*son personas jurídicas: 1.º 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; y 2.º 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*”; de conformidad con el art.116 del CCom., “*el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*”; o atender a lo dispuesto en la LSC para todas ellas.

Cuando las distintas sociedades cumplan los requisitos de constitución de las diferentes normas por las que se rigen gozarán de personalidad jurídica y podrán ser penalmente responsables de conformidad con lo dispuesto en el art.31bis del CP. Lo anterior también se extrae, a sensu contrario, de lo señalado por la Audiencia Nacional⁴² al declarar que las sociedades que no estén constituidas formalmente o que carezcan de personalidad jurídica no pueden ser declaradas penalmente responsables puesto que “las sociedades irregulares carecen de patrimonio propio y, en consecuencia, ni se le puede disolver, ya que no existe como tal, ni se le puede imponer una sanción pecuniaria ya que carece de patrimonio autónomo”. Estas sociedades a las que se refiere la AN (no constituidas formalmente o que carecen de personalidad jurídica) deben quedar excluidas del sistema de RPPJ que contempla el art. 31 bis CP, debiendo aplicarles las consecuencias accesorias reguladas en el art. 129 CP y expresamente previstas para este tipo de entidades.

⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pag.10.

⁴² SAN (Sección 1ª) nº 2/2015 de 23 enero.

En cuanto a la imputabilidad de las personas jurídicas es necesario no solo que cumplan los requisitos legales para el reconocimiento de la personalidad jurídica, sino que la posean materialmente y la ejerzan en el tráfico jurídico, pudiendo resultar en caso contrario inimputables. Así, siguiendo las pautas de la Circular 1/2016 de la FGE podemos clasificar las entidades del siguiente modo:

➤ Aquellas que operan en el mercado de forma común y que, dentro de la mejor o peor organización interna que puedan tener, pueden ser penalmente responsables.

➤ Entidades que desarrollan una actividad principalmente ilegal, pero poseen un desarrollo organizativo mínimo y una actividad legal, aunque con menor relevancia que la ilegal. Son imputables de conformidad con lo dispuesto en el apartado b) de la regla 2ª del art. 66 bis.

➤ Aquellas sociedades que poseen un carácter instrumental y su única finalidad es delinquir, sin ningún tipo de actividad legal o muy residual. Estas sociedades son inimputables. A pesar de que desde un punto de vista puramente formal este tipo de “sociedades pantalla” puede poseer personalidad jurídica y capacidad de responder penalmente conforme al art.31 bis CP, en la práctica se busca imputar directamente a las personas físicas que se ocultan tras la oscuridad de una entidad ficticia a través de la doctrina del levantamiento del velo⁴³. También lo considera así el Tribunal Supremo al declarar que este tipo de entidades quedan totalmente al margen de la responsabilidad “dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución”⁴⁴. El TS considera útil imponer la disolución de la misma ya que, una vez que se agota la actividad delictiva que motivó su constitución, pierde sentido su existencia⁴⁵. Este criterio también fue acogido por la AN, donde se parte de la base de que aquellas entidades con capacidad para ser penalmente

⁴³ Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

⁴⁴ STS nº 154/2016, de 29 de febrero. También la recentísima STS nº 534/2020, de 22 de octubre.

⁴⁵ GALÁN MUÑOZ, A.: “Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del compliance”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 270-271.

responsables poseen un “sustrato organizativo material subyacente”⁴⁶, debiendo excluirse a aquellas denominadas sociedades “pantalla” que no poseen una complejidad mínima en su desarrollo organizativo.

➤ Aquellas sociedades donde hay una identidad absoluta entre la persona física y la persona jurídica, siendo las voluntades de ambas en realidad la misma. En este caso, ante el riesgo de una doble incriminación y vulneración del principio penal *non bis in idem*, se debe acudir a la doctrina del levantamiento del velo para que la responsabilidad recaiga sobre la persona física con exclusión de la imputación de la persona jurídica.

Por la LO 5/2010, de 22 de junio se introdujo un apartado 2 al art.130 CP relativo a la extinción de la responsabilidad penal. De acuerdo con este artículo, no se eludirá la responsabilidad penal mediante operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión, sino que se trasladará la responsabilidad a la entidad o entidades que nazcan o resulten de tales procesos económicos y jurídicos. Tampoco se extinguirá la responsabilidad criminal cuando la disolución de la entidad sea meramente aparente o encubierta, entendiéndose por disolución encubierta o meramente aparente cuando se mantenga la actividad económica y se conserven la mayoría de clientes, proveedores y empleados. En este caso se entenderá que subsiste una estructura empresarial casi idéntica a la anterior y, por tanto, también su responsabilidad penal.

3.2. PERSONAS JURÍDICAS EXCLUIDAS.

El art. 31 quinquies del CP enumera las personas jurídicas excluidas del régimen de responsabilidad penal. Así, no se aplicarán las disposiciones relativas a la RPPJ al Estado y a las Administraciones públicas territoriales e institucionales (que se encuentran excluidas del sistema penal, pero no del *ius puniendi* administrativo), a los Organismos Reguladores (agencias administrativas independientes con competencias regulatorias, entre otras, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC))⁴⁷, las Agencias y Entidades públicas Empresariales (entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión reguladas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de

⁴⁶ SAN (Sección 4ª) nº 29/2016, de 15 julio.

⁴⁷ VÍRGALA FORURIA, E.: “Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español)”, *Fundamentos N°8-La metamorfosis del estado y del derecho*, coordinador: MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA, Oviedo, año 2014, pág. 172.

Régimen Jurídico del Sector Público)⁴⁸, a las organizaciones internacionales de derecho público (entes dotados de personalidad jurídica propia distinta de la de los Estados que la integran)⁴⁹, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

En cuanto a las sociedades mercantiles públicas (organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado reguladas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, el art.31 quinquies.2 CP limita las penas que se les puede imponer a las recogidas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, con la excepción de “que se aprecie por el Juez o Tribunal que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”⁵⁰, motivo que permitiría su sanción.

Aunque en la reforma de 2010 el art. 31bis.5 CP incluía a los partidos políticos y sindicatos dentro de las personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal, ambos fueron eliminados del listado de sujetos excluidos por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social. En el propio preámbulo de la LO 7/2012 se justifica la eliminación de ese privilegio con el propósito de acabar con su percepción de impunidad, pasando a ser responsables por aquellas “actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos”⁵¹. El propio art. 9 bis de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos recoge la obligación de adopción de programas de prevención en las normas internas de los partidos para dar cumplimiento a lo previsto en el art. 31 bis CP.

Debe entenderse, de acuerdo con las directrices emitidas en la Circular 1/2016 del FGE, que los entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales o las Cámaras de comercio, también quedan excluidos del listado de personas jurídicas del art.31 quinquies, al tratarse de una enumeración cerrada que no admite interpretación extensiva.

⁴⁸https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAA AUMjUwsztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAIBE-9jUAAAA=WKE visitada por última vez el 5 de diciembre de 2020.

⁴⁹ <https://revistaepe.udem.cl/articulos/las-organizaciones-internacionales-como-sujetos-del-derecho-internacional-algunas-reflexiones-sobre-los-origenes/> visitada por última vez el 5 de diciembre de 2020.

⁵⁰ Artículo 130.2 del Código Penal.

⁵¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

3.3. LISTADO DE LOS DELITOS QUE PUEDEN SER COMETIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El legislador ha querido establecer un *numerus clausus* de delitos que pueden cometer las personas jurídicas. Tras la aprobación de la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, se ha ampliado el listado de delitos atribuibles a las personas jurídicas y se endurecen las penas que se les venían aplicando⁵².

Así, por transposición de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, se tipifican las operaciones realizadas con información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación del mercado buscando de esta manera garantizar la integridad de los mercados financieros europeos y proteger a los inversores y la confianza de dichos mercados, y se modifica, entre otros, el art. 288 del Código Penal para castigar estas conductas cuando la responsable sea una persona jurídica.

Se transpone la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, incluyéndose un apartado 5º en el artículo 435 del Código Penal con el fin de ampliar la responsabilidad de las personas jurídicas que gestionen recursos públicos o se encarguen del erario público en el delito de malversación, ya que era el único tipo penal de los regulados en esta Directiva que nuestro ordenamiento no contemplaba su responsabilidad.

Con esta reforma también se busca el perfeccionamiento de la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, ampliando las sanciones susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas por medio de la introducción de un apartado 5º en el artículo 386 del Código Penal.

⁵² Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

Por último, se transpone la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, por introducción del artículo 580 bis del Código Penal ampliando la responsabilidad de las personas jurídicas a los delitos de terrorismo contemplados en los artículos 573 a 580 del Código Penal, pasando así de poder ser responsables únicamente por la financiación del terrorismo a poder responder penalmente por los delitos de colaboración con terroristas, adoctrinamiento, exaltación, enaltecimiento e incitación al terrorismo, así como responsables de delitos de falsedad documental con fines terroristas y viajes con iguales fines.

El catálogo actual de delitos que dan lugar a la responsabilidad penal para las personas jurídicas es el siguiente:

DELITO	ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL
Tráfico ilegal de órganos.	Art. 156 bis.7.
Trata de seres humanos.	Art. 177 bis.7.
Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores.	Art. 189 bis.
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático.	Art. 197 quinquies.
Estafas.	Art. 251 bis.
Frustración de la ejecución.	Art. 258 ter.
Insolvencias punibles.	Art. 261 bis.
Daños informáticos.	Art. 264 quater.
Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.	Art. 288.
Blanqueo de capitales.	Art. 302.2.
Financiación ilegal de partidos políticos.	Art. 304 bis.5.
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.	Art. 310 bis.
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.	Art. 318 bis.5.
Urbanización, construcción y edificación no autorizables.	Art. 319.4.
Contra los recursos naturales y el medio ambiente.	Art. 328.
Relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes.	Art. 343.3.
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes.	Art. 348.3.
Contra la salud pública.	Art. 366.
Contra la salud pública: tráfico de drogas.	Art. 369 bis.
Falsificación de monedas.	Art. 386.5.
Falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viajes.	Art. 399 bis.

Cohecho.	Art. 427 bis.
Tráfico de influencias.	Art. 430.
Malversación.	Art. 435.
Odio y enaltecimiento.	Art. 510 bis.
Organizaciones y grupos terroristas y terrorismo.	Art. 580 bis.

Fuente: Circular 1/2016, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 y Código Penal.

Además, en la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la ley de Represión del Contrabando se incluyen a las personas jurídicas como responsables de los delitos tipificados en dicha ley cuando concurren las circunstancias y condiciones recogidas en el art. 31 bis del CP.

3.4. PENAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El art. 33.7 del CP contiene un catálogo de penas específicas susceptibles de imponer a las personas jurídicas por los delitos que puedan cometer, con unas reglas de determinación propias incluidas en el art. 66 bis del mismo texto legal. Las penas, todas ellas consideradas graves, pueden ser pecuniarias (pena principal obligada para la totalidad de los delitos) o privativas de derechos.

1. Pena de multa (art. 33.7.a) CP). Es la pena principal para todos los delitos susceptibles de comisión por la persona jurídica. Para Díez Ripollés, solo la pena de multa tiene autonomía, considerando al resto de las penas que se enumeran en el art.33.7 CP como accesorias⁵³. Esta pena puede ser de dos tipos:

- Por cuotas: su extensión mínima será de 10 días y la máxima de 5 años. La cuota diaria podrá oscilar entre 30 y 5.000 euros (arts. 50.3 y 4 CP).
- Proporcional: se fijará atendiendo, de acuerdo con el art. 52.2 CP, “*al beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto, o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida*”, debiendo tener en consideración los jueces y Tribunales las circunstancias atenuantes y agravantes (cuestión objeto de debate ya que el CP no recoge agravantes aplicables a las personas jurídicas) así como la situación

⁵³ DÍEZ RIPOLLÉS J.L.: *Derecho Penal Español. Parte general en Esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, año 2016, pág. 593 citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, pág. 77.

económica de la persona jurídica⁵⁴. Cuando no sea posible fijar la cuantía de la multa proporcional en atención a los parámetros mencionados, los jueces o Tribunales motivadamente las sustituirán por (art. 52.4CP):

- Multa de 2 a 5 años, cuando se prevea una pena de prisión de más de 5 años para el delito cometido por una persona física.
- Multa de 1 a 3 años, cuando se prevea una pena para la persona física entre 2 y 5 años.
- Multa de 6 meses a 2 años para el resto de los casos.

Cuando se imponga la pena de multa a la personas físicas y jurídicas por los mismos hechos, el art. 31 ter.1 CP incluye una regla de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces y tribunales de modulación de las cuantías para que no resulte desproporcionada en atención a la gravedad de los hechos⁵⁵.

El apartado 5 del art. 53 CP permite únicamente a las personas jurídicas condenadas a la pena de multa el fraccionamiento del pago durante un período de hasta 5 años cuando se pruebe que su elevada cuantía pone en peligro la continuidad de la entidad o de los puestos de trabajo o lo aconseje el interés general. Si la entidad no satisface la multa impuesta, de forma voluntaria o por la vía del apremio, una vez transcurrido el período de tiempo concedido, el juez o Tribunal podrá acordar la intervención judicial hasta la completa satisfacción de la pena.

2. Disolución de la entidad (art. 33.7.b) CP). Su imposición conlleva *“la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”*⁵⁶. Al tratarse de una pena de efecto irreversible que provoca la desaparición de la entidad sólo se impondrá cuando se dé uno de los requisitos señalados en la regla 2ª del art. 66 bis CP:

- Reincidencia cualificada⁵⁷.

⁵⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español”, *Tratado sobre...* op. cit., págs. 80-82.

⁵⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español”, *Tratado sobre...* op. cit., pág.82

⁵⁶ Artículo 33.7.b) del Código Penal.

⁵⁷ De acuerdo con la regla 5ª del artículo 66 CP, se entiende por reincidencia cualificada que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título del CP, siempre que sean de la misma naturaleza. A estos efectos, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran ser cancelados.

- Se utilice instrumentalmente a la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales, es decir, cuando su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal.

3. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (art. 33.7.e) CP). Se exige que se identifique la actividad concreta, sector de negocio o prácticas societarias que resultan afectados por la pena⁵⁸. Su duración puede ser temporal o definitiva.

➤ Prohibición temporal: no podrá exceder de 15 años y, en ningún caso, su duración podrá exceder de la duración máxima de la PPL prevista para la persona física que cometiera el mismo delito.

Además, la regla 2ª del art. 66 bis establece los requisitos para imponerla por tiempo superior a 2 años (reincidencia⁵⁹ o utilización instrumental para la actividad delictiva) y superior a 5 años (reincidencia cualificada o uso instrumental de la persona jurídica).

➤ Prohibición definitiva: en el caso de que concurran las mismas circunstancias que para su imposición por tiempo superior a 5 años, es decir, reincidencia cualificada o utilización instrumental para la actividad delictiva.

4. 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 (art. 33.7.f) CP). Esta pena contiene una triple inhabilitación, permitiendo al juez o Tribunal aplicar una, dos o las tres en conjunto⁶⁰. No podrá exceder de 15 años y, en ningún caso, su duración podrá exceder de la duración máxima de la PPL prevista para la persona física que cometiera el mismo delito. Al igual que para la pena anterior, la regla 2ª del art. 66 bis CP establece los mismos requisitos para su imposición por tiempo superior a 2 y 5 años.

⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación Española”, publicado In: *Estudios en homenaje al Profesor Rodrigo Fábio Juárez Montes*. Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pág. 197.

⁵⁹De conformidad con el art. 22.8º CP, un culpable es reincidente cuando al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que sea de la misma naturaleza, no pudiendo tener en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

⁶⁰ROCA DE AGAPITO, L.: “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en Ontiveros Alonso, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, año 2014, págs. 382 y ss.

5. Suspensión de actividades de la persona jurídica (art. 33.7.c) CP). Esta suspensión paraliza las actividades que esté realizando la persona jurídica, aunque no correspondan con su objeto social. La interrupción de las actividades no tiene efectos sobre la continuidad de la persona jurídica ni sobre el acceso a sus locales o establecimientos⁶¹. Se trata de una pena temporal cuya duración máxima es de 5 años. No obstante, para su imposición por un plazo superior a los 2 años será necesario que concurren las circunstancias de la regla 2ª del art. 66 bis CP anteriormente mencionadas, es decir, reincidencia o uso instrumental de la entidad. En todo caso, su duración no podrá exceder de la duración máxima de la PPL impuesta en el caso de que el delito fuera cometido por una persona física.

6. Clausura de locales y establecimientos (art. 33.7.c) CP). Con ella se impide el acceso a las instalaciones de la entidad, así como hacer uso de ellas, independientemente de que la entidad sea su propietaria⁶². La doctrina debate si esta clausura alcanza a la totalidad de las instalaciones o si cabe una clausura parcial⁶³. Al igual que en la anterior, su duración máxima es de 5 años, debiendo concurrir alguna de las circunstancias de la regla 2ª del art. 66 bis CP para que la duración sea superior a los 2 años sin que pueda exceder de la duración máxima de la PPL impuesta para el mismo delito a una persona física.

7. Intervención judicial (art. 33.7.g) CP). Su finalidad es “*salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario*”⁶⁴, aunque con un límite máximo de 5 años y requiere, al igual que las anteriores, que se den las circunstancias de reincidencia o instrumentalidad para su imposición por una duración superior a 2 años, sin que en ningún caso pueda exceder de la duración máxima de la PPL impuesta para el mismo delito a una persona física. La intervención puede tener efecto sobre toda la entidad o parcialmente, por instalaciones, secciones o unidades de negocio⁶⁵.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación Española”, op. cit. págs. 198-199.

⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación Española”, op. cit., págs. 199-200.

⁶³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español”, *Tratado sobre...* op. cit., pág. 86.

⁶⁴ Art. 33.7.g del Código Penal.

⁶⁵ El art. 33.7.g del Código Penal regula muy detalladamente el contenido de la intervención judicial: “*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*”

Además, para la imposición de todas las penas interdictivas se deberá tener en consideración (regla 1ª del art. 66 bis CP):

- Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- Sus consecuencias económicas y sociales, especialmente en relación con los trabajadores.
- El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

Existe una incongruencia entre el art. 31 bis.1.b) CP y el párrafo tercero de la regla 2ª del art. 66 bis CP en tanto que el primero exige, para que nazca la RPPJ, un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control y el segundo, sin embargo, contempla la posibilidad de limitar la duración de las penas cuando el incumplimiento no tenga carácter grave.

Según la Circular 1/2016 del FGE, la finalidad de introducir el adverbio “gravemente” en la reforma de 2015 no es otra que dar cumplimiento al principio de intervención mínima del derecho penal, dejando fuera del ámbito del derecho penal aquellos incumplimientos de escasa gravedad que deberán ser sancionados por las normas administrativas y mercantiles. Así, partiendo del presupuesto de que el CP establece como requisito un incumplimiento grave para que se pueda hablar de RPPJ, el párrafo tercero de la regla 2ª del art. 66 bis debe ser inaplicable.

El mismo criterio de la FGE fue adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia 221/2016 al entender que “la persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). 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”⁶⁶.

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”.

⁶⁶ STS n° 221/2016, de 16 marzo.

De la incoherencia entre ambos preceptos también se han hecho eco algunos autores, entre ellos Antonio del Moral García, quien entiende que, si el incumplimiento de tales obligaciones no es grave, no será exigible ninguna responsabilidad penal a la persona jurídica debiendo prevalecer lo dispuesto en el art. 31 bis CP sobre el art. 66 bis en virtud del *favor libertatis*⁶⁷. Para Javier Gustavo Fernández Teruelo la introducción del adverbio “gravemente” pone de manifiesto la voluntad del legislador de limitar los supuestos que dan lugar a la RPPJ, a pesar de que no se especifica cuales deben considerarse graves. Teruelo recoge el criterio de la FGE de inaplicar la regla penológica del art. 66 bis, quedando vacía de contenido. En su opinión, el incumplimiento de esos deberes debe tener lugar, al menos, por una imprudencia grave por parte de la persona obligada y se debe, además, analizar el grado de incumplimiento y las dificultades que propiciaron el mismo. Llega a la conclusión de que el legislador utiliza la expresión “gravemente” para realizar una remisión normativa a la calificación de las sanciones administrativas, entendiendo que solo nacerá la RPPJ cuando se incumplan deberes de supervisión, vigilancia y control calificados al menos como graves por la norma administrativa⁶⁸. José Luis de la Cuesta Arzamendi también apunta esta incoherencia del legislador, decantándose por la inoperatividad de dicho párrafo⁶⁹.

3.5. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El art.31 quater CP contiene un *numerus clausus* de conductas que atenúan la RPPJ siempre que se realicen por sus representantes legales posteriormente a la realización del hecho delictivo:

- Confesar la infracción ante las autoridades con anterioridad al conocimiento de que se dirige contra ella un procedimiento judicial.

⁶⁷ DEL MORAL GARCÍA, A.: “A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal”, *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho*, número 2, año 2017.

⁶⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, op. cit., págs. 13-14.

⁶⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español”, *Tratado sobre...* op. cit., pág. 94.

- Colaborar activamente en la investigación que se lleve a cabo aportando cualquier elemento probatorio novedoso y esclarecedor de los hechos durante la pendencia del proceso.
- Haber reparado o tratado de minimizar el daño causado durante la pendencia del proceso y antes de la apertura del juicio oral.
- Haber implementado un programa de prevención de futuros delitos antes del inicio del juicio oral.

Resulta, de nuevo, incoherente que a pesar de que en este precepto se usa el adverbio “sólo”, el inciso final del art. 31 bis 2 y 4 CP⁷⁰ también incluye la posibilidad de atenuar la responsabilidad de las personas jurídicas cuando se acredite la eficacia del modelo de prevención de manera parcial⁷¹. Por tanto, a pesar de que en la EM de la LO 5/2010 se dice que “*se regulan taxativamente los supuestos de atenuación*”⁷², en realidad se regulan unas circunstancias atenuantes *ex ante facto* (art. 31 bis 2 y 4 CP) y otras *ex post facto* (art. 31 quater CP).

Además, este artículo solo contempla como persona autorizada para llevar a cabo las acciones que permiten atenuar la RPPJ al representante legal⁷³, sin tener en cuenta que también puede ser investigado/encausado y tener intereses contrapuestos con la sociedad que le lleven a no efectuar las actividades contempladas en el precepto.

Se discute por la doctrina la posibilidad de extender a las personas jurídicas la aplicación de las atenuantes de dilaciones indebidas o la atenuación por analogía que el art.21 CP recoge para las personas físicas por medio de la analogía *in bonam partem*⁷⁴, aceptada como regla general por la jurisprudencia⁷⁵. Así, al igual que el principio de legalidad excluye la analogía *in malam partem*, es decir, en aquellos casos desfavorables al reo, nada impide que se aplique cuando sea favorable al mismo⁷⁶.

⁷⁰ Contenido abordado en este TFM en la pág. 12

⁷¹ FARALDO CABANA, P., “Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal”, *Tratado sobre...*, op. cit., pág. 159.

⁷²Exposición de Motivos de la 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, por la que se introduce el art. 31 bis.4 cuya redacción se mantiene en el art. 31 quater introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁷³ FARALDO CABANA, P., “Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal”, *Tratado sobre...* op. cit., pág. 161.

⁷⁴ FERNÁNDEZ PERALES, F.: “La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía *in bonam partem*”, *Diario La Ley* N° 9020, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, año 2017.

⁷⁵ STS n° 389/2002, 8 de marzo; STS n° 91/2005, 11 de abril; STS n° 480/2014, de 11 de junio, citadas por Fernández Perales, F. en “La aplicación de eximentes y atenuantes...”

⁷⁶ FERNÁNDEZ PERALES, F.: “La aplicación de eximentes y atenuantes...” op. cit.

Si, de acuerdo con lo expresado por el Tribunal Supremo en la sentencia 154/2016, 29 de febrero, personas físicas y jurídicas poseen los mismos derechos y garantías procesales, debemos entender que el perjuicio causado por unas dilaciones indebidas en el proceso afecta tanto a unas como a otras y, por tanto, la atenuación de la pena también debería ser aplicada a ambas. Esta duda surge también en la STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019: “es discutible, en cambio, que quepa proyectar en la persona jurídica la atenuante de dilaciones indebidas [...]. Pero lo que no admite controversia es que esa circunstancia -retrasos- puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP)”. Lo mismo sería aplicable a la atenuación por analogía cuando se trate de un supuesto de hecho extensible a la persona jurídica.

En cuando al grado de ejecución de los delitos y la posible atenuación de la pena, la STS 165/2020, de 19 de mayo aclara que: “las personas jurídicas pueden cometer un hecho delictivo tanto en grado de consumación como en imperfecto grado de ejecución, como es la tentativa. No existe óbice alguno de naturaleza dogmática, para no hacer esta distinción en la ejecución criminal. Si la pena de multa se impusiere en grado de tentativa, ha de rebajarse conforme resulta del art. 62 del Código Penal”.

El legislador no ha previsto un sistema de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal aplicables a las personas jurídicas. No obstante, como ya se ha explicado, el art. 66 bis CP sí hace referencia a determinadas circunstancias que pueden agravar las penas, como son la reincidencia, la reincidencia cualificada o el uso instrumental de la entidad para la comisión de los delitos. Por otro lado, el art. 31 ter.2 CP matiza que las “*circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad [...] no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, lo que hace entender que de ninguna manera pueden ser de aplicación las agravantes del art. 22 CP aplicables a las personas físicas.

4. EL TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL.

La reforma de 2010 del CP por la que se introdujo la RPPJ no fue acompañada de la consiguiente acomodación de la norma procesal para dar respuesta a las especialidades que surgirían en el proceso penal con la introducción de este nuevo justiciable. Las numerosas críticas por parte de la doctrina llevaron al legislador, a través de la Ley 37/2011, de 10 de

octubre, de medidas de agilización procesal, a dar respuesta a los muchos interrogantes que habían surgido en relación con el tratamiento de la persona jurídica en el proceso penal. No obstante, dicha reforma sigue siendo insuficiente y no ha dado respuesta a todas las cuestiones de naturaleza procesal⁷⁷.

A través de la Ley 37/2011 se introducen los arts.409 bis y 796 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconociendo a las personas jurídicas el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismas y a no confesarse culpable, como si de una persona física se tratara.

El Tribunal Supremo también se pronunció sobre la aplicación a la persona jurídica de los principios irrenunciables que informan el derecho penal. De la misma manera el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la posibilidad de trasladar a las personas jurídicas los derechos y garantías constitucionales que se reconocen a las personas físicas: "...de manera que derechos y garantías constitucionales [...] como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones"⁷⁸.

4.1. LA REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD EN EL PROCESO.

Para declarar investigada a una persona jurídica deben darse una serie de circunstancias ya analizadas: que se trate de un delito de los que puede generar RRPJ; que la persona jurídica no sea una de las excluidas por el art. 31 quinquies CP; y que el hecho sea cometido por algunas de las personas a las que hace referencia el art. 31 bis CP con los requisitos en él recogidos.

Una vez sea declarada investigada, la persona jurídica será citada en su domicilio social requiriéndola para que proceda al nombramiento de un representante procesal, así como abogado y procurador, y en caso de no hacerlo estos últimos serán designados de oficio (art. 119.1.a) LECrim). Este art. 119.1 no regula quién puede ostentar el cargo de representante procesal, que no tiene por qué coincidir con el legal representante de la entidad, ni regula su proceso de elección, dejándolo a la libre voluntad de la entidad, sin limitar siquiera, o eso parece entenderse de su redacción, que tal representante pudiera ir variando según la etapa procesal

⁷⁷ DEL ROSAL BLASCO, B.: *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, op. cit. pág. 355.

⁷⁸ STS nº 154/2016, 29 de febrero.

que se trate⁷⁹. De no proceder la entidad a designar un representante, los trámites del procedimiento continuarán entendiéndose con el abogado y procurador (art. 119.1.b) LECrim). La LECrim prevé el uso de requisitoria cuando la persona jurídica no tuviera domicilio social o fuera imposible su citación (art. 839 bis LECrim). La requisitoria se deberá publicar en el BOE y BORM, además de cualquier periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, objeto social o actividad de la entidad; debiendo además constar en ella los datos identificativos de la misma, el delito que habría podido cometer y la obligación de comparecer ante el juez con abogado y procurador en el plazo en ella fijado, declarándola rebelde en caso contrario.

La redacción de la LECrim no da una solución a un posible conflicto de intereses entre los otros investigados o encausados en el proceso y el representante de la entidad, pues no se regula ninguna prohibición o incompatibilidad entre estos sujetos más allá de la prohibición del art. 786 bis.1 *in fine* LECrim de designar como representante a quien haya de declarar como testigo en el juicio (pero no en la Instrucción, aunque en la práctica sí se limite). La actuación más idónea sería que aquellas personas físicas también investigadas o encausadas no pudieran representar a la persona jurídica con el fin de evitar posibles conflictos de intereses, pudiendo plantearse en caso contrario una cuestión de nulidad y retrotraer las actuaciones hasta el momento de la designación del representante (STS 154/2016, de 29 de febrero).

La persona jurídica declarará a través de su representante, quien, como se ha comentado, tendrá los mismos derechos inherentes al proceso penal que la persona física. En el caso de no comparecer y no prestar declaración, se entenderá que se ha acogido a su derecho a guardar silencio (art. 409 bis LECrim).

Respecto del juicio oral, el representante de la persona jurídica poseerá las mismas garantías constitucionales que asisten a las personas físicas, con la salvedad de que la no comparecencia del representante de la entidad no impedirá la continuación de la vista, sustanciándose ésta con su abogado y procurador (art. 786 bis.2 LECrim). No obstante, la celebración de la vista debe ir precedida de una correcta citación al representante de la persona jurídica para que no se produzca una indefensión que conllevaría la nulidad del juicio⁸⁰.

La prohibición de designar como representante a quien haya de declarar en juicio como testigo pretende evitar fraudes procesales por parte de la persona jurídica, que nombraría

⁷⁹ NEIRA PENA, A.M.: *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, año 2018, págs. 50-56.

⁸⁰ STS n° 123/2019, de 8 de marzo.

representante a quien debiera declarar como testigo en juicio por sus conocimientos sobre el hecho delictivo, evitando así su obligación de declarar la verdad. Esta prohibición puede limitar el derecho de defensa de la entidad, pues una posible estrategia de defensa sería justamente designar como representante a la persona conocedora de los detalles que rodean el hecho criminal para evitar que se le cite en calidad de testigo y la consiguiente obligación de decir la verdad⁸¹. El propio Tribunal Supremo ha dado cuenta de los problemas que entraña esta prohibición al exponer que “la regla prevista en el art. 768 bis de la LECrim no está exenta de dificultades. No aborda muchos de los problemas imaginables. Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses que se traduzcan en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquella”⁸².

En cuanto a la persona más idónea para representar a la entidad en el proceso, parece obvio que dependerá de la estrategia defensiva que se pretenda seguir. No obstante, una buena propuesta, señalada por un sector de la doctrina, sería designar al Oficial de Cumplimiento o *Chief Compliance Officer*, por ser, siguiendo la terminología del CP, el director del “órgano encargado de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención instaurado en la persona jurídica⁸³”. Teniendo en cuenta la posibilidad que brinda el CP de eximir la RPPJ por la implantación de un programa de cumplimiento eficaz y efectivo, sería lógico que se pretendiera seguir esta línea de defensa siendo la persona encargada de elaborar, implementar y acondicionar el sistema destinado a prevenir y descubrir delitos, así como de comunicar y transmitir los protocolos y directrices de actuación la más idónea para comparecer en el proceso en representación de los intereses de la entidad⁸⁴.

4.2. EL ENJUICIAMIENTO EN AUSENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA.

⁸¹ NEIRA PENA, A.M.: *La defensa penal de la persona jurídica*, op. cit., págs. 56-73.

⁸² STS nº 221/2016, de 26 de marzo.

⁸³ ARANGÜENA FANEGO, C.: “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 448-450.

⁸⁴ NEIRA PENA, A.M.: *La defensa penal de la persona jurídica*, op. cit., págs. 68-73.

Como ya se ha apuntado, de acuerdo con la regulación vigente, la falta de designación de un representante de la persona jurídica o su incomparecencia dan lugar a la situación de contumacia que no impedirá la continuación del proceso, y así se señala a lo largo del articulado de la LECrim: arts. 119.1.b) y 120.2 relativos a las diligencias previas y a las diligencias de investigación y prueba anticipada durante la instrucción; art. 409 bis en relación con la toma de declaración tras la imputación; art. 786 bis.2 referido al juicio oral. De hecho, no se contemplan mecanismos coactivos para asegurar la presencia de la persona jurídica en el proceso, al contrario de lo que ocurre, por norma general, con las personas físicas⁸⁵.

Para asegurar que la ausencia del representante de la persona jurídica es voluntaria y, por tanto, no se están vulnerando los derechos y garantías que le asisten, se requieren los siguientes requisitos:

- Citación efectiva para la primera comparecencia: esta notificación, que es autónoma de la que se realice en la persona física investigada (si la hubiere), debe practicarse en el domicilio social de la entidad, en cualquier otro lugar donde desarrolle su actividad, o en el domicilio de “*cualquiera que aparezca como administrador, gerente o apoderado de la empresa mercantil, o presidente, o miembro o gestor de la Junta de cualquier asociación que apareciese en un Registro oficial*”⁸⁶, dejando constancia de su efectiva recepción. El art. 119.1.a) debería remitir al art. 554.4º para ampliar el concepto de domicilio. De no tener la entidad un domicilio conocido, el art. 178 LECrim obliga al propio juez de instrucción a ordenar lo que estime pertinente para su averiguación. Puede darse el caso de que, en entidades de gran volumen, con varias sedes y pluralidad de personal, la persona jurídica alegue la no recepción de la notificación por falta de comunicación con la persona que la recibió. Los Tribunales han dado respuesta a este problema entendiendo que opera el principio de buena fe por parte de la Administración de Justicia como presunción *iuris tantum* si se notificó en uno de los domicilios de la entidad y en una persona que no la rechazó (STC 128/2017, de 13 de noviembre), en caso contrario se estaría vulnerando el derecho de defensa de la persona jurídica, pudiendo solicitar la nulidad de las actuaciones (STS 123/2019, de 8 de marzo)⁸⁷.

⁸⁵ NEIRA PENA, A.M.: *La defensa penal de la persona jurídica*, op. cit., págs. 97-99.

⁸⁶ Artículo 155.3 de la LEC, aplicable de manera subsidiaria y por remisión expresa de la LECrim.

⁸⁷ FLORES PRADA, I. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: “la ausencia de la persona jurídica en el proceso”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 778-781.

- La asistencia del abogado de la defensa: para que se pueda celebrar el acto del juicio oral en ausencia de la persona jurídica es imprescindible la representación por parte de un procurador y la defensa técnica a través de un abogado. Al tratarse de una entidad contumaz que ha sido correctamente citada, podrá designar a un letrado de confianza cuando sea requerida para ello, designándose en caso contrario uno de oficio. En el caso del procurador, se requiere su pronta designación para recibir las notificaciones en nombre de la entidad, no pudiendo aplazar su nombramiento hasta la apertura del juicio oral como ocurre con las personas físicas en el procedimiento abreviado⁸⁸.

La ausencia de la persona jurídica puede deberse a una estrategia defensiva en tanto que en la propia ley se entiende que se acoge a su derecho a no declarar cuando no asiste al juicio oral (art. 786 bis.1). No obstante, la previsión del art. 786 bis.2 LECrim de que la incomparecencia del representante de la persona jurídica no impedirá “en ningún caso la celebración de la vista” y la del art. 746 LECrim *in fine* podrían vulnerar el derecho de defensa de la entidad cuando el representante no pueda acudir por razones de enfermedad o fuerza mayor y no se suspenda la vista. El legislador debería contemplar este supuesto de suspensión cuando el representante sí quiere comparecer y se pretende su presencia en juicio para la defensa, pero no puede hacerlo por causas ajenas. Con esta regulación se evitaría tener que acudir a los recursos de apelación y casación, así como a las vías de impugnación, con la consiguiente retroacción de las actuaciones al momento en que se vulneró su derecho constitucional de defensa.

4.3. EL ENJUICIAMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA REBELDE.

Cuando no haya sido posible citar a la persona jurídica por no tener domicilio conocido o la citación no se haya realizado eficazmente, el art. 839 bis LECrim permite declarar a la persona en rebeldía una vez transcurrido el plazo de comparecencia fijado en la requisitoria⁸⁹, continuándose los trámites procesales hasta su finalización.

Que se tenga a la persona jurídica por rebelde implica la imposibilidad de nombrar al representante de la entidad, ni abogado y procurador, siendo necesario designar de oficio a estos

⁸⁸ NEIRA PENA, A.M.: *La defensa penal de la persona jurídica*, op. cit., págs. 111-112.

⁸⁹ El contenido de la requisitoria ha sido tratado en el apartado 4.1, pág. 29.

dos últimos. Aunque la LECrim no especifica expresamente que para la continuación de los trámites procesales se entenderán con el abogado de la entidad, deberá interpretarse que la asistencia técnica es irrenunciable pues de ella depende el mantenimiento del principio de contradicción, de igualdad de armas y la prohibición de indefensión⁹⁰.

La declaración de rebeldía se alzarán en cualquier momento en que la persona jurídica comparezca por tener conocimiento de la existencia de un procedimiento en su contra, sin que las actuaciones se retrotraigan. Una vez dictada la sentencia, el condenado *in absentia* (tanto en rebeldía como en ausencia involuntaria), además de los recursos ordinarios y extraordinarios, podrá instar el recurso de anulación o el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones⁹¹.

El recurso de anulación (art. 793.2 LECrim), sin embargo, no parece legalmente previsto para las personas jurídicas, ya que únicamente hace referencia a la ausencia del condenado conforme al art. 786.1 LECrim, sin incluir el régimen específico de ausencia de aquellas del art. 786 bis LECrim, debiendo acudir a una interpretación extensiva y flexible para poder aplicarlo. Otro problema que surge para su aplicación es que solo se contempla en los procedimientos abreviados, en el cual se puede condenar en ausencia de la persona física cuando se cumplan una serie de condiciones, mientras que la persona jurídica puede ser condenada en ausencia en cualquier tipo de procedimiento. Una parte de la doctrina acepta su aplicación en aquellos casos de declaración de rebeldía indebida por haberse mantenido la entidad ausente involuntariamente durante la tramitación del proceso bien fuera por falta o error en la notificación inicial, o por falta de citación al acto del juicio y no haya tenido conocimiento extraprocesal de uno u otro⁹².

El incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ) también es una vía de impugnación de la persona jurídica siempre y cuando se den los requisitos legales dado su carácter excepcional y subsidiario.

4.4. MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES.

Las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas en el marco de un proceso penal encuentran su previsión legal en el art. 544 quater LECrim. Estas medidas las recoge el

⁹⁰ NEIRA PENA, A.M.: *La defensa penal de la persona jurídica*, op. cit., págs. 137-141.

⁹¹ FLORES PRADA, I. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: “la ausencia de la persona jurídica en el proceso penal”, *Tratado sobre...* op. cit., págs. 788-790.

⁹² FLORES PRADA, I. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: “la ausencia de la persona jurídica en el proceso penal”, *Tratado sobre...* op. cit., págs. 790-793.

CP en el art. 33.7 *in fine*, y son: la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de sus actividades sociales y la intervención judicial⁹³.

De la lectura literal de estos artículos parece que se trata de una lista cerrada de medidas cautelares, no cabiendo que el juez instructor imponga otras medidas cautelares de carácter real menos gravosas como la fianza o el embargo (art.589 y ss. LECrim, y supletoriamente la LEC). Sin embargo, algunos autores entienden que sí cabría la aplicación de medidas cautelares reales o patrimoniales, quedando excluidas únicamente las medidas cautelares personales por razones obvias⁹⁴.

Para la aplicación de las medidas cautelares se deben respetar los principios de necesidad, provisionalidad y proporcionalidad, además de una especial motivación basada en los requisitos de *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (riesgo para el buen fin del proceso)⁹⁵.

La adopción de las medidas cautelares es siempre a petición de parte y previa celebración de vista a la que se citará a todas las partes personadas. El juez deberá motivar las razones por las que se acuerdan o rechazan las medidas solicitadas, atendiendo a la peligrosidad, a las actuaciones postdelictivas, el grado de colaboración de la persona jurídica a lo largo del procedimiento, analizando las particularidades del programa de prevención adoptado en la entidad y su grado de ejecución. Las medidas cautelares se acordarán necesariamente mediante Auto en el que se especificará las medidas adoptadas, su extensión, el plazo de duración y las condiciones de su cumplimiento. La duración de las medidas no podrá ser superior a las de las penas, con un plazo máximo de 2 años, en atención a lo dispuesto en las reglas del art. 66 bis CP, pudiendo incrementar el plazo hasta los 5 años en el caso de reincidencia o de tratarse de entidades instrumentales. No obstante, cuando las circunstancias que propiciaron su adopción cambien, las medidas cautelares podrán modificarse, cambiando su grado de aplicación,

⁹³ Estas medidas ya han sido desarrolladas en el apartado 3.4 relativo a las penas aplicables a las personas jurídicas, pág. 21.

⁹⁴ ETXEBERRÍA GURIDI J.F. Y ETXEBERRÍA BEREZIARTUA E.: “Medidas cautelares y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 710-721; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Manual de responsabilidad penal...* op. cit., pág. 385.

⁹⁵ Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

sustituyéndolas por otras más adecuadas, adoptando alguna nueva junto a las ya impuestas o incluso dejarlas sin efecto. El Auto será recurrible en apelación con carácter preferente⁹⁶.

4.5. LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO.

La conformidad es “una forma de terminación anormal del proceso penal en virtud de la cual el tribunal debe dictar sentencia recogiendo los términos del acuerdo a que han llegado las acusaciones y el acusado en relación con los hechos, su calificación jurídica y la pena que debe imponerse”⁹⁷.

La conformidad puede darse en el escrito de defensa, en un escrito de calificación firmado conjuntamente por las partes antes de la apertura del juicio oral o, incluso, en el propio juicio oral, antes de practicar los medios de prueba (arts. 784.3 y 787.1 LECrim) aunque los efectos se producen con su ratificación en la vista oral⁹⁸.

Las previsiones legales genéricas que regulan la conformidad de las personas físicas son extensibles a las jurídicas con ciertos matices. Así, al tratarse de un acto personalísimo, cuando el acusado sea una entidad la conformidad deberá prestarla el representante especialmente designado para actuar por su nombre siempre que ostente un poder especial (art. 787.8 LECrim). Se descarta, por tanto, la posibilidad de que el abogado del ente preste conformidad cuando el representante se encuentre ausente⁹⁹.

Otra diferencia de la conformidad de las personas jurídicas es que ésta se prevé de manera independiente y sin que vincule al resto de acusados, mientras que para las personas físicas se exige la conformidad de todos los coacusados. Esto supone que, de prestar únicamente conformidad la entidad, el proceso seguiría para el enjuiciamiento de las personas físicas pudiendo dictarse para ellas una sentencia absolutoria respecto de los mismos hechos que han generado la RPPJ¹⁰⁰.

⁹⁶ ETXEBERRÍA GURIDI J.F. Y ETXEBERRÍA BEREZIARTUA E.: “Medidas cautelares y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Tratado sobre...* op. cit., págs. 732-739.

⁹⁷ BANACLOCHE PALAO, J.: “El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, pág. 576.

⁹⁸ NEIRA PENA, A.M.: La defensa penal de la persona jurídica, op. cit., pág. 178.

⁹⁹ NEIRA PENA, A.M.: La defensa penal de la persona jurídica, op. cit., pág. 157-161.

¹⁰⁰ BANACLOCHE PALAO, J.: “El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Tratado sobre...* op. cit., págs. 577-579.

También existe un obstáculo a la hora de analizar el tipo de delito que permite la conformidad: para las personas físicas no se permite la conformidad cuando las penas de prisión solicitadas sean superiores a 6 años, pero para las jurídicas no se contemplan este tipo de penas. La doctrina se inclina por aceptar la conformidad para cualquier tipo de pena de las aplicables a los entes. Aun así, algunos autores entienden que debería rechazarse la conformidad cuando la pena solicitada sea la de disolución de la sociedad, dada su extrema gravedad y los riesgos que pueda acarrear a terceros, como los trabajadores o acreedores de la entidad¹⁰¹.

La sentencia de conformidad tiene efecto material de cosa juzgada, siendo recurrible, de acuerdo con la STS 483/2020, de 30 de septiembre, “cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, pero no por cuestiones de fondo - artículo 787.7 LECrim-, con independencia si el resto de acusados se han conformado o no (art. 787.8 LECrim.)”.

Podría solicitarse la anulación cuando el poder especial para prestar conformidad del representante de la entidad adoleciera de algún defecto o cuando su consentimiento haya sido viciado¹⁰².

4.6. ESPECIALIDAD DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

La RPPJ parte de dos vías de imputación del art. 31 bis.1 CP: hechos cometidos por sujetos con capacidad de representación, administración y decisión en la entidad o por hechos cometidos por subordinados de los anteriores. Siguiendo las directrices contenidas en la Circular 1/2016 del FGE, para la primera vía de imputación la acusación debería acreditar que el ilícito fue cometido en nombre o por cuenta de la entidad y en su beneficio directo o indirecto; para la segunda vía, además de lo anterior, debería probar el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores sobre sus subalternos. Sin embargo, la carga de probar la efectividad y eficacia de los modelos de cumplimiento normativo que dan lugar a una exención de la responsabilidad correspondería a la defensa de la persona jurídica. Así, cuando delinquen los primeros, la defensa debería probar que existía un órgano específico y autónomo encargado de supervisar, vigilar y controlar el sistema de prevención de delito, que ese órgano llevó a cabo sus funciones diligentemente, pero el modelo de prevención fue fraudulentamente eludido por el autor o autores del delito (art. 31 bis.2CP). Cuando el ilícito

¹⁰¹ NEIRA PENA, A.M.: La defensa penal de las personas jurídicas, op. cit. págs. 165-167.

¹⁰² NEIRA PENA, A.M.: La defensa penal de las personas jurídicas, op. cit., pág. 177.

sea cometido por los segundos, la defensa únicamente tendría que acreditar la vigencia, en el momento de la comisión, de un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza o que, al menos, redujera las posibilidades de comisión (art. 31 bis.4 CP).

Esta misma exigencia fue apoyada por los Magistrados firmantes del voto particular de la STS 154/2016, de 29 de febrero, quienes consideraron que la defensa era la encargada de probar la existencia de los requisitos y condiciones que dieran lugar a la exención de la responsabilidad de la persona jurídica por aplicación de la regla general probatoria de las circunstancias eximentes, no siendo de recibo que la acusación probara unos hechos negativos.

A diferencia de lo expuesto en el voto particular, la STS 154/2016, de 29 de febrero, atribuye a la acusación la carga de probar la falta de un programa de prevención o su ineficacia, basándose en que justamente el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica radica, previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física, en la ausencia de medidas eficientes y eficaces para evitar la comisión de delitos. Así lo expresa también el Alto Tribunal en sentencia 221/2016, de 16 de marzo: “desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia [...] el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”.

Este problema con la carga de la prueba ya había sido señalado en 2013 por el Consejo de Estado, en un dictamen emitido el día 27 de junio sobre el examen del anteproyecto de LO por la que se modifica la LO10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este dictamen ya se señaló que “esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del Código Penal podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de *compliance* se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo

a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impositivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de *compliance* o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras”. En la práctica este es el sistema probatorio que se está siguiendo, debiendo aportar la fiscalía una prueba indiciaria suficiente que logre convencer al Tribunal de que la persona jurídica no ha adoptado unos medios de prevención y control suficientemente eficaces para evitar la comisión del delito por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto¹⁰³.

Debido a que a las personas jurídicas se les pueden imponer penas, todas consideradas graves, como la multa, la disolución, la clausura de locales e incluso la intervención judicial, el Fiscal, como representante del ius puniendi del Estado, debe actuar con la mayor diligencia y exigencia posible, realizando el mismo esfuerzo probatorio para justificar su imposición como si de una persona física se tratase¹⁰⁴.

5. CONCLUSIONES.

La posibilidad de que la persona jurídica sea responsable penalmente aún sigue generando dudas y debates. Sobre esta materia se han escrito innumerables trabajos y existen tantos enfoques doctrinales que es imposible abarcarlos todos en un Trabajo de Fin de Máster con una extensión tan limitada. No obstante, a lo largo de este trabajo se han ido analizando las normas que regulan la responsabilidad penal de la persona jurídica y su estatuto procesal, tratando de dar solución a los diversos problemas de redacción e interpretación existentes en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La reforma de 2010 no vino acompañada de una reforma de las leyes procesales que hiciera viable el enjuiciamiento de las personas jurídicas, teniendo que esperar más de 1 año para que se materializara una mínima regulación procesal que paliara las dificultades de adaptación de unas normas destinadas únicamente a personas físicas. Sin embargo, como se ha ido comentando a lo largo del trabajo, la LECrim únicamente ha sido “parcheada” dando lugar a incongruencias y vacíos legales que han tenido que ser aclarados por los Tribunales. La seguridad jurídica en el Derecho Penal es de suma importancia, no pudiendo pretenderse que

¹⁰³ PILLADO GONZÁLEZ, E.: “Presunción de inocencia y Compliance”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019, págs. 1110-1112.

¹⁰⁴ STS n° 221/2016, de 16 de marzo.

sean los jueces y Tribunales, a través de su función monofiláctica, quienes den solución a las carencias del legislador.

Las conclusiones a las que hemos llegado son las siguientes:

Sabiendo que es un tema muy discutido por la doctrina, entendemos la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas a consecuencia de la creciente delincuencia en el seno de las empresas, debiendo el Derecho Penal adaptarse a los cambios sociales y a las nuevas formas de cometer delitos. Sin embargo, quizá debería haberse reservado para los casos más graves y excepcionales (principio de mínima intervención), ya que a través de sanciones administrativas ya se prevé la imposición de multas a empresas, que es la pena mayoritariamente impuesta en las resoluciones penales.

Compartimos la opinión del legislador y de los Tribunales de que la responsabilidad de las personas jurídicas está basada en el modelo de autorresponsabilidad, surgiendo su culpabilidad por una ausencia de cultura corporativa en la entidad y no por el hecho delictivo realizado por una persona física.

También entendemos adecuados los criterios legales y jurisprudenciales de considerar inimputables a determinadas personas jurídicas, como en el caso de las sociedades instrumentales, ya que al ser creadas por y para delinquir, es lógico que no cuenten con medidas de prevención del delito, siendo suficiente con decretar su disolución. En cuanto a los entes exentos de responsabilidad, las razones de la exclusión de los partidos políticos y sindicatos nos parecen acertadas. También entendemos la diferencia de trato que se da a las personas jurídicas excluidas por estar sometidas a la normativa administrativa.

En relación con las medidas cautelares, además de una regulación más individualizada en la LECrim, el legislador debería valorar la extensión de la aplicación de otras medidas más adecuadas y posiblemente menos gravosas como la fianza y el embargo.

La regulación de las penas en el Código Penal no ha sido muy acertada, sin introducir grandes novedades (la mayoría ya se contemplaban como penas accesorias) ni prever mecanismos de sustitución o suspensión como en el caso de las personas físicas. Se agradecería una modificación de la redacción de las circunstancias atenuantes que clarifique la intención del legislador y solucione las incongruencias comentadas en el trabajo, además de hacer extensibles a las personas jurídicas las atenuantes por dilaciones indebidas y por analogía que se contemplan para las personas físicas. Sería preciso incluir un apartado de agravantes

incluyendo la reincidencia y el uso instrumental de la entidad que además ayudaría a comprender las reglas penológicas del art. 66 bis CP.

Centrándonos en cuestiones estrictamente procesales, creemos necesaria una reforma de la LECrim que contenga un verdadero estatuto procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso y titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La persona jurídica debe gozar del mismo estatus jurídico que se le atribuye a la persona física para poder ejercitar su derecho de defensa de manera eficaz y en igualdad de condiciones, sin que existan desigualdades entre ambas. Una nueva LECrim debería contemplar, entre otros extremos, ciertos criterios o recomendaciones que den solución o minimice las posibilidades de conflicto de intereses que puedan surgir entre la persona que represente a la entidad y su propio interés o el interés de terceros; una mejora de la regulación de la conformidad de las personas jurídicas, teniendo en cuenta los límites penológicos a ellas aplicables y suprimiendo su carácter independiente y sin vinculación para el resto de personas físicas acusadas que puede dar lugar a pronunciamientos totalmente incongruentes para los mismos hechos; la necesaria presencia en el proceso de la persona jurídica equiparándola a la persona física y la suspensión de la vista cuando el representante de la entidad no pueda acudir por razones ajenas a su voluntad.

En cuanto a la distribución de la carga de la prueba, si partimos del modelo de autorresponsabilidad para atribuir responsabilidad a las entidades, su fundamento se encuentra en un defecto estructural de los mecanismos de control y prevención del delito que deberá ser probado por quien acusa, independientemente de que la entidad busque probar para su defensa que efectivamente tenía instaurado un modelo de prevención normativo eficaz y eficiente previamente a la comisión del delito.

En el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de contener un capítulo específico para la persona jurídica encausada, parece que siguen sin resolverse muchos de los problemas interpretativos que se exponen en este trabajo. Serán, de momento, los Tribunales los que arrojen luz y disipen las dudas que rodean la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

6. BIBLIOGRAFÍA.

ARANGÜENA FANEGO, C.: “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

BANACLOCHE PALAO, J.: “El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal”, *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho*, número 2, año 2017.

DEL ROSAL BLASCO, B.: *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativa*, Wolters Kluwer, Madrid, año 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

DÍEZ RIPOLLÉS J.L.: *Derecho Penal Español. Parte general en Esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, año 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, número 1/2012, año 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación Española”, publicado In: *Estudios en homenaje al Profesor Rodrigo Fábio Juárez Montes*. Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2013.

DOLZ LAGO, M.J.: “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013”, *Informe de la Sección*

de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y Ley Orgánica del Poder Judicial (Jurisdicción Universal), Tirant lo blanch, Valencia, año 2014.

ETXEBERRÍA GURIDI J.F. Y ETXEBERRÍA BEREZIARTUA E.: “Medidas cautelares y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

FARALDO CABANA, P.: “Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: programa de cumplimiento efectivo de la empresa y delitos fiscales”, *Instituto de Estudios Fiscales*, nº 11, año 2019.

FERNÁNDEZ PERALES, F.: “La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía *in bonam partem*”, *Diario La Ley* Nº 9020, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, año 2017.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-03, año 2019.

FLORES PRADA, I. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: “la ausencia de la persona jurídica en el proceso”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

GALÁN MUÑOZ, A.: “Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del compliance”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante”, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (Director) y CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

GONZÁLEZ, B. y MORAL, M^a T.: “Responsabilidad penal de personas jurídicas y corporate compliance”, Fundesem Bussines School, 2015.

MENDO ESTRELLA, A.: “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 70, Fasc./mes 1, año 2017.

NEIRA PENA, A.M.: *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, año 2018.

PILLADO GONZÁLEZ, E.: “Presunción de inocencia y Compliance”, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (Director), CHRISTA M. MADRID BOQUÍN (Coordinadora), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión.*, Tirant lo blanch, Valencia, año 2019.

RAGUÉS Y VALLÉS, R. “La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal” Marcial Pons, Madrid, año 2017.

ROCA DE AGAPITO, L.: “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en Ontiveros Alonso, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, año 2014.

VÍRGALA FORURIA, E.: “Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español)”, *Fundamentos N°8-La metamorfosis del estado y del derecho*, coordinador: MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA, Oviedo, año 2014.

FUENTES ELECTRÓNICAS:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00001> visitada por última vez el 5 de enero de 2021.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001> visitada por última vez el 5 de enero de 2021.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358> visita por última vez el 2 de enero de 2021.

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAMtMSbF1jTAAUMjUwsztlUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAIBE-9jUAAAA=WKE> visitada por última vez el 5 de diciembre de 2020.

<https://revistaepe.udem.cl/articulos/las-organizaciones-internacionales-como-sujetos-del-derecho-internacional-algunas-reflexiones-sobre-los-origenes/> visitada por última vez el 5 de diciembre de 2020.

<https://www.revistalatoga.es/responsabilidad-penal-personas-juridicas/> visitada por última vez el 15 de noviembre de 2020.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-1454> visitada por última vez el 17 de octubre de 2020.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-17890> visitada por última vez el 17 de octubre de 2020.

7. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 514/2015, de 2 de septiembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 154/2016, de 29 de febrero.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 221/2016, de 16 de marzo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 516/2016, de 13 de junio.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 668/2017, de 11 de octubre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 746/2018, de 13 de febrero de 2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 330/2019, de 5 de febrero.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 123/2019, de 8 de marzo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 165/2020, de 19 de mayo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 483/2020, 30 de septiembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 534/2020, de 22 de octubre.

Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sentencia 2/2015, de 23 enero.

Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sentencia 29/2016, de 15 julio.