

LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN PROGRAMA DE COMPLIANCE

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Profesor. Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, don Alfonso CORONEL DE PALMA MARTÍNEZ AGULLÓ, don Ramón FERNÁNDEZ ACEYTUNO, doña Regina GAYA SICILIA, don Javier IZQUIERDO JIMÉNEZ y don Carlos LEMA DEVESA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, introdujo una serie de modificaciones sobre la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que ha tenido una gran repercusión sobre las personas jurídicas. El artículo 31 bis del Código Penal (apoyado en el art. 66 bis) incorpora la responsabilidad frente a los delitos para las personas jurídicas, ampliando la responsabilidad más allá de los administradores. La nueva condición de las personas jurídicas establecida en este texto dejaba muchas dudas sobre la actuación legislativa y jurisprudencial sobre algunos delitos, sobre todo en la necesidad de establecer un programa de prevención del delito.

Las sentencias sobre el tema, y sobre todo los informes de la Fiscalía General del Estado, han venido a aclarar cómo debe ser la actuación empresarial a la hora de definir e instaurar el programa de *compliance*.

Palabras claves: programa de prevención del delito, *compliance*, responsabilidad penal y *non bis in idem*.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

THE NEED TO ESTABLISH COMPLIANCE PROGRAM

Miguel Ángel Villacorta Hernández

ABSTRACT

The Organic Law 5/2010 of 23 June introduced a series of amendments to the Organic Law 10/1995, of 23 November, of the Penal Code, had a great impact on legal persons. The article 31 bis Penal Code (supported in art. 66 bis) incorporates responsibility for crimes against companies, extending beyond the manager's responsibility. The new status of legal persons established in this text left many doubts about the legislative and jurisprudential action on some crimes, especially in the need to establish a crime prevention program.

Judgments on the subject, and especially the reports of the Fiscalía General del Estado, have come to clarify how it should be business performance to defining and establishing compliance program.

Keywords: crime prevention program, compliance, criminal liability and *non bis in idem*.

Sumario

1. La responsabilidad penal de las empresas
 - 1.1. Materialización de la responsabilidad penal de la empresa en el Código Penal
 - 1.2. Doble vía de imputación
 - 1.3. Repercusiones sobre la configuración del Código Penal
 - 1.4. Penas y atenuantes
2. Programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito
 - 2.1. Definición de los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito
 - 2.2. Informe de la Fiscalía General del Estado sobre los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito
 - 2.3. Cualidades del programa establecidas en la circular
3. Sentencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas
 - 3.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016
 - 3.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016
4. Conclusiones

Bibliografía

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

La inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis del Código Penal (CP) supone que la responsabilidad penal no solo la poseen las personas físicas, sino también la mayoría de las personas jurídicas y del resto de entidades.

El legislador ha establecido un doble sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos: en el artículo 31 bis del CP y en el artículo 129 del CP. En el artículo 31 bis del CP se recoge la responsabilidad penal de las entidades que estrictamente sean personas jurídicas, dejando el artículo 129 del CP para regular aquellas empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica. Los sujetos imputables del artículo 31 bis son exclusivamente las personas jurídicas en el sentido de lo dispuesto en el artículo 35 del CC. Los grupos de sociedades, las sociedades civiles, las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas, al carecer de personalidad jurídica no están sometidos al régimen del artículo 31 bis pero sí se encuentran en el ámbito de aplicación del artículo 129 del CP.

Con ambos artículos, el Código Penal establece a la persona jurídica, y a las agrupaciones sin personalidad jurídica, como sujeto del Derecho penal y establece su responsabilidad penal directa.

Entre los países que hasta ese momento habían regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas destacan: Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Dinamarca, Estados Unidos, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza (WEIGEND, 2008: 927) (GARCÍA-LEÓN: 2010) (BACIGALUPO: 2010) (DE MAGLIE, 2011: 255) (BACIGALUPO, 2011: 2). Alemania e Italia, por el contrario, en 2010 mantenían un régimen de responsabilidad administrativa, eso sí, muy severa. Esta era la situación en España hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2010, donde la responsabilidad de las personas jurídicas solo era admitida en el marco del Derecho administrativo sancionador. En este entorno no había problema alguno, porque está consensuado que en el ámbito administrativo «no existe ningún impedimento dogmático para admitir una responsabilidad de las personas jurídicas» (BACIGALUPO, 2011: 2). La dirección parece la correcta porque la responsabilidad penal de las personas jurídicas está asumida en el ordenamiento jurídico de los países de nuestro entorno, los que ya lo admitían en 2010 más algún otro que se ha sumado: Alemania, Austria, Luxemburgo, Italia, Letonia y Lituania (LA MONCLOA, 2013: 5).

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, la jurisprudencia había rechazado sistemáticamente la responsabilidad penal de la empresa: SSTs de 8 de mayo de 1928, 18 de octubre de 1969, 1 de diciembre de 1969, 8 de octubre de 1970, 4 de octubre de 1972, 2 de diciembre de 1972, 31 de enero de 1973, 12 de junio de 1974, 2 de abril de 1975, 3 de julio de 1992, 2 de junio de 1993, SAP de Palencia 9 de noviembre de 2000, SAP de Barcelona 24 de enero de 2000 y SAP de Madrid 16 de febrero de 2001.

1.1. MATERIALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL CÓDIGO PENAL

Por primera vez en España, el artículo 31.1 bis del CP establece que, exclusivamente para unos supuestos previstos, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y, en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, pero también por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas de los representantes y administradores han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso).

El artículo 31 bis del CP no se aplicará a determinadas personas jurídicas, como el Estado o las Administraciones públicas. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, (ap. 5 del art. 31 bis) tenía una gran deficiencia porque inexplicablemente excluía a partidos políticos y sindicatos de su aplicación. La exclusión de los primeros pudiera estar basada en la ya existente Ley de Partidos en la que se regulan pormenorizadamente estas cuestiones. Pero, por supuesto, no tenía ninguna justificación la exclusión de sindicatos, lo cual era una medida que protegía a los administradores, socios y trabajadores de los sindicatos pero potencialmente perjudicaba al conjunto de la sociedad. Afortunadamente la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, corrigió este hecho y desde su entrada en vigor no están fuera de aplicación ni partidos políticos ni sindicatos.

El Código Penal trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión, pues prevé que estas operaciones no extinguen su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que «existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos» (art. 130.2 CP). De la lectura del precepto se desprende que, en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, «lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2010: 23).

La responsabilidad penal de la persona jurídica no es alternativa, sino acumulativa, a la de las personas físicas materialmente responsables de delito, incluso sin que haya podido ser individualizada la responsabilidad penal de la persona física. En aquellos casos en que no resulte posible identificar a los autores del delito, al menos puede sancionarse penalmente a la persona jurídica. Si se demuestra que se ha cometido el delito, aunque no se pueda averiguar quién es el autor, o no se le pueda condenar penalmente (al no poder dirigir el procedimiento penal contra él, por ejemplo por fallecimiento del mismo), podrá ser la persona jurídica penalmente condenada. Aunque ambas responsabilidades son compatibles e independientes, en la práctica es posible que muchos procesos terminen únicamente con la condena de la propia sociedad, lo cual sería una situación muy poco deseable. Vinculado con esto, es necesario evitar que la instrucción judicial «no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 113).

Existen dos casos en los que no debe condenarse a la persona jurídica y persona física por separado porque realmente no existen dos sujetos distintos: las empresas pantalla y los negocios unipersonales. Las «empresas pantalla» constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales, de forma que no ostentan personalidad jurídica y carecen de auténtica alteridad, estructura organizativa y actividad interna. En estas entidades habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, «levantando el velo» (STS de 10 de octubre de 2006) (STS de 13 de octubre de 2011) de la forma societaria, para revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad como patrimonio propio del autor. En los negocios unipersonales que adoptan formas societarias existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparecen totalmente solapadas, sin que exista la diversidad de intereses propios de los entes corporativos. En este caso, resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, por lo que «deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 19).

El límite constitucional más importante a la responsabilidad penal de las personas jurídica lo constituye el principio *non bis in idem*. En las empresas pequeñas y medianas donde la dirección suele estar en manos de los accionistas principales, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, resulta evidente que existe una doble sanción. El principio *non bis in idem* puede evitarse de dos formas. La primera es restringir la responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades que superen un determinado tamaño. La segunda solución consiste en la posibilidad de que el juez module las cuantías de las multas cuando impusiere esa pena por los mismos hechos. Esta es la solución adoptada por el artículo 31 ter. del CP: «Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos».

1.2. DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas, el legislador optó por establecer una doble vía de imputación: en primer lugar, el delito cometido por el administrador o representante de la sociedad (delito cometido en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación); en segundo lugar el delito cometido por un empleado sometido al control del administrador (infracciones por ausencia de control sobre los empleados de la persona jurídica). De esta forma, se hace responsable a las personas jurídicas de hechos realizados por unas personas físicas (administradores o representantes) en dos situaciones distintas. En el primer supuesto (control primario), recogido en el artículo 31.1 a) bis de la CP, se ha regulado el control de las personas jurídicas a los administradores. En el segundo supuesto (control secundario), recogido en el artículo 31.1.2 bis de la CP, se ha regulado el control de los administradores sobre los empleados de la sociedad, en el marco de sus deberes de diligente administración (art. 225 y ss. TRLSC); como los administradores no han controlado debidamente a sus subordinados, la sociedad será penalmente responsable por no haber designado unos administradores capaces de realizar eficientemente dicho control.

Pero, además, en las sociedades donde esté separada la propiedad y la gestión, se realiza una traslación de responsabilidad en ambas vías de imputación. En la imputación del control primario se traslada de la sociedad a los propietarios el reproche por no haber elegido (o controlado) un administrador adecuado. En la imputación del control secundario se traslada de la sociedad a los propietarios el reproche por no haber elegido (o controlado) un administrador con suficiente capacidad de control sobre sus subordinados. De esta forma, los titulares del capital ya no solo deben controlar a los administradores en sus labores de gestión, sino también asegurarse de que estos a su vez ejercerán de modo adecuado sus labores de control sobre los empleados.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas o de las agrupaciones sin personalidad jurídica se puede basar en dos modelos de imputación (BACIGALUPO, 1985: 379) (GÓMEZ-JARA, 2005: 140) (GÓMEZ-JARA, 2006b: 21-24) (SILVA SÁNCHEZ, 2010a: 5) (GONZÁLEZ-CUÉLLAR y JUANES, 2010: 10) (GÓMEZ-JARA, 2010b: 480) (BACIGALUPO, 2011: 3): autorresponsabilidad (también denominada modelo de responsabilidad por el hecho propio, responsabilidad directa de la corporación, culpabilidad de la empresa o culpabilidad propia) y heteroresponsabilidad (también denominada modelo de responsabilidad por atribución, responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta, subsiguiente, culpabilidad ajena, vicarial o de transferencia de responsabilidad). Es decir, la persona jurídica puede resultar responsable bien por la atribución de responsabilidad a la persona jurídica de forma directa o bien por la imputación del hecho cometido por las personas físicas que lo componen.

En la autorresponsabilidad los conceptos de culpabilidad se centran en la identidad de la empresa y sus características distintivas para proceder a realizar el juicio de culpabilidad. Este modelo se encuentra en el Código Penal de Austria y Suiza. En la heteroresponsabilidad penal se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas. El Reino

Unido y Francia aplican este modelo. Existe un modelo mixto, que aúna factores de ambos: la visión más conocida es la de Estados Unidos, que parte de la heterorresponsabilidad como criterio de imputación, para a continuación graduar la sanción en función de la culpabilidad de empresa.

El artículo 31 bis del CP español se basa en la heterorresponsabilidad, tanto en el control primario como en el secundario. Parte de la doctrina no lo considera así, sino que identifica un modelo mixto. Según ellos, nuestro ordenamiento ha instaurado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante una regulación que parece reunir aspectos de los dos modelos tradicionales de atribución de responsabilidad penal a las mismas: el modelo de responsabilidad por transferencia del hecho cometido por una persona física situada en una posición jerárquicamente importante de su entramado organizativo (*Zurechnungsmodell*), y el modelo de responsabilidad por la imputación de hechos propios (modelo de la *originäre Verbandshaftung*) (HEINE, 2002: 121-154) (SILVA SÁNCHEZ, 2010a, 1-7) (DÍAZ LÓPEZ, 2011: 30). Incluso algunos identifican un tránsito de la heterorresponsabilidad a la autorresponsabilidad en la legislación española; según ellos, el CP ha optado por un sistema mixto de imputación «que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal (responsabilidad por el hecho propio)» (SILVA SÁNCHEZ, 2010b:10) (MARTÍNEZ PARDO, 2011: 69-70).

Aunque la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 se refería a «actos propios», lo que parece indicar autorresponsabilidad, termina por reconocer que se le imputan los actos del representante, lo que supone heterorresponsabilidad. El artículo 31 bis del CP aborda el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el paradigma del ser humano; pues «lastrado por las dificultades dogmáticas que ello entrañaría y por el indudable antropomorfismo que caracteriza a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal» (FISCALÍA GENERAL DEL DERECHO, 2011: 33) no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas (gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial) establece un vínculo normativo a resultas del cual las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas «propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el *alter ego* o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella», y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos (FISCALÍA GENERAL DEL DERECHO, 2011: 34).

Al modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia se le objeta que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le es exigible. «Ello en primer lugar no es cierto, dado que la actividad del agente que comete el delito y puede hacer responder a la corporación con su conducta se valora bajo el prisma del contenido real de su mandato en todas sus vertientes –formal, material y funcional– teniéndose en consideración además la concurrencia o no de extralimitaciones en su ejercicio que pudieran excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta.

Por otra parte, más allá de la responsabilidad cuasi automática prevista en los derogados artículos 31.2 y 129 del CP, en el modelo vigente del artículo 31 bis del CP, la persona jurídica pasa a ser auténtico sujeto pasivo del proceso, de modo que puede defenderse por sí misma y de forma independiente frente a los intereses de quienes aparezcan acusados de cometer el delito en su provecho» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 19).

El artículo 31.1 bis del CP establece la heterorresponsabilidad ajena por medio de dimensiones diferentes para cada uno de los dos supuestos: el control primario está basado en una responsabilidad por representación y el control secundario en una imputación de una culpabilidad organizativa.

En la imputación del control primario [art. 31.1 a) bis CP], el legislador define una heterorresponsabilidad sobre representantes y administradores: las actuaciones delictivas de los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas pueden generar responsabilidad penal para estas últimas siempre que el delito se haya cometido alternativamente en el ámbito aparente –en su nombre– y competencial –por su cuenta– de la corporación, y acumulativamente, en su beneficio –en su provecho–. Este párrafo es una copia del artículo 121.1 del CP francés conforme a su redacción dada en la Ley de 9 de marzo de 2004, donde también se hace responder a la corporación por los hechos de sus gestores, en lo que se ha denominado muy gráficamente «responsabilidad del hecho personal por representación» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 31). En el control secundario [art. 31.1 b) bis CP], la regulación española establece una culpabilidad de heterorresponsabilidad, centrada en el concepto de culpabilidad organizativa (*organisationsverschulden*), procedente del § 31 Código Civil alemán Bürgergesetzbuch (BGB). El concepto *organisationsverschulden*, creado por SCHROTH (1993: 203), pone como punto de referencia, para establecer la culpabilidad empresarial, la organización de la propia empresa; así, el núcleo del concepto de la culpabilidad organizativa empresarial reside en la carencia o deficiencia organizativa de la propia empresa. La empresa tiene una posición de garante sobre las acciones y omisiones de sus empleados, «estando obligada por dicha posición de garante a una organización correcta que, en caso de no producirse, desencadena su propia responsabilidad penal» (SCHROTH, 1993: 204). El deber de organizarse correctamente «se dirige no solo a las personas individuales, sino también a la propia empresa» (TIEDEMANN, 1997: 39). Así, el artículo 31.1 bis del CP establece, en un párrafo separado, el segundo hecho punible basado en el concepto de culpabilidad organizativa: «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 aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

Tanto en el control primario como en el secundario, el elemento clave es el control sobre los administradores. Esta visión es una aplicación a la responsabilidad penal de un tipo de responsabilidad civil, fundamentalmente la basada en dos criterios: *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*. Según la primera, se hace responsable al sujeto por la incorrecta elección de la persona encargada. La segunda se concreta en la exigencia de control, con el objeto de poder man-

tener un conocimiento continuado de la labor que el órgano está llevando a cabo, relativa a las funciones que a este le han sido encomendadas. FERNÁNDEZ TERUELO (2011: 11) señala otro adicional: la teoría civil del riesgo, interés o beneficio, según la cual «el provecho que se obtiene de una actividad que puede generar daños a terceros obliga a afrontar también las consecuencias de tales perjuicios».

La redacción del control primario es mejorable, sin embargo es posible aplicar el artículo 31 bis del CP a los supuestos en los que el administrador de derecho de una persona jurídica sea otra persona jurídica. Aunque hay autores (GONZÁLEZ-CUÉLLAR y JUANES, 2010: 9-11) que presuponen de forma errónea que los administradores y representantes legales son siempre una persona física. Sin duda, la redacción del segundo párrafo del artículo 31.1 bis no es afortunada: «estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior», sin embargo esto no «impide en absoluto que la persona jurídica administradora de otra pueda responder también conforme al artículo 31 bis» (BACIGALUPO, 2011: 3). El artículo 143 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, Reglamento del Registro Mercantil establece que cuando una persona jurídica es administradora, no procede la inscripción de su nombramiento como administradora mientras no conste la identidad de la persona física designada para el ejercicio de los deberes de administración, es decir, siempre hay una persona física designada que ejerce los deberes de administración.

En el control primario, para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica es requisito que las actuaciones delictivas de los representantes de las personas jurídicas sean «en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» [art. 31.1 a) bis CP]. Se exige que quienes dirijan la persona jurídica hayan cometido el delito en el ámbito de sus competencias y con la intención de beneficiarla. La Ley Orgánica 5/2010 tenía la redacción distinta «por cuenta y en provecho de estas», esto suponía que debía probarse un «provecho» con que debía actuar la persona física respecto a la persona jurídica, o el «provecho propio» que utiliza el empleado desleal para perjudicar a un tercero, además con esa redacción debía exigirse que el provecho para la persona jurídica fuese actual, es decir, que se hubiera producido efectivamente. Con la actual redacción «beneficio directo o indirecto», también existe una cuestión no establecida por el legislador que es en qué debe consistir el beneficio. El legislador no ha precisado la naturaleza de la medida sobre la que calcular el provecho: resultado contable del ejercicio, beneficio evaluable por métodos económicos, beneficio estratégico desde un punto de vista de la posición de mercado que puede proporcionar la conducta, beneficio en valores intangibles, incremento en el valor añadido, beneficio por acción, etc. Aunque no sea muy precisa, la redacción ha mejorado considerablemente porque se expresa un beneficio amplio, directo o indirecto en el que tiene cabida cualquier tipo de ventaja económica, ya sea monetaria, o de cualquier método evaluable en dinero.

Para el control secundario, la necesidad de la responsabilidad de las personas jurídicas está argumentada en la necesaria obediencia y control establecida en el Estatuto de los Trabajadores

(ET). En los artículos 5 y 20 del ET aparece, respectivamente, la obligación de los trabajadores de seguir las órdenes del empleador, y el deber del empresario en controlar la actuación de los primeros por ser un deber esencial de contrato de trabajo correlativo al poder de dirección. En el artículo 5 c) del ET se recoge que uno de los deberes básicos de los trabajadores es «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas». En el artículo 20 del ET aparece que «1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales...».

El artículo 31.1 b) bis incluye algunas exigencias idénticas a las del artículo 31.1 a) bis, a las que se añade el fallo de supervisión (imputable no se especifica exactamente a quién, al utilizar el precepto una forma impersonal del verbo), si bien la norma se refiere, también en este caso, a la conducta de las personas físicas mencionadas en el párrafo a) (gestores o representantes), sin perjuicio de que puedan existir implicados en varios escalones de la estructura empresarial. Lo anterior enlaza directamente con la regla penológica del artículo 66 bis del CP cuando prevé la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control, «lo que constituye una apelación –de redacción francamente mejorable– a aquello que se ha dado en llamar el núcleo de verdad de la teoría de la Identificación» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 45), en virtud del cual, a mayor implicación del alto directivo en el hecho criminal, mayor debe ser el reproche en sede de la persona jurídica, por cuanto son los dirigentes de la corporación quienes, en la práctica, diseñan y ejecutan la política empresarial.

Debe interpretarse que en la definición del control secundario, el legislador se refiere únicamente al control sobre los empleados sometidos a la autoridad directa de los administradores, y no a los restantes empleados no sometidos a esa directa relación. Así lo entienden también DO-PICO (2010: 19) y FERNÁNDEZ TERUELO (2011: 33). El precepto se refiere a la omisión del «debido control» sobre el colaborador sometido a la jerarquía empresarial, sin que resulte precisa una vinculación laboral a tiempo completo o con contrato fijo con la empresa, siendo suficiente con el mero arrendamiento de servicios. Por ello, en él se incluyen los contables con contrato de trabajo a tiempo completo, los contables con contrato de trabajo a tiempo parcial, los contables empleados a través de una empresa de trabajo temporal y los asesores contables externos con un contrato de arrendamiento de servicios.

Para responsabilizar a la persona jurídica de los delitos cometidos por el subordinado, será preciso acreditar que se ha omitido por parte del gestor, bien de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad. Así pues, en este segundo supuesto, el gestor no resulta penalmente responsable

de la infracción penal –supuesto que se encuadraría en el art. 31.1 a) bis CP–, sino que se atribuye la responsabilidad a la persona jurídica por los delitos que el subordinado haya podido cometer siempre que sea atribuible al gestor la omisión del control debido sobre la actividad del mismo, es decir, la infracción de un deber de vigilancia que le viene impuesto por la ley. Resulta pues indiferente en este caso la naturaleza dolosa o imprudente de la conducta del gestor, por cuanto no es el resultado típico lo que se le imputa, sino la infracción de ese deber de vigilancia que se deriva del artículo 31 ter del CP. El «debido control» constituye un concepto normativo que habrá de dotarse de contenido valorativamente a través de la actividad probatoria y en contacto con las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido, «la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles, no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas, sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 48).

1.3. REPERCUSIONES SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 supuso que se modificaran varias ideas, conceptos y definiciones del Derecho penal, consensuadamente admitidas hasta entonces: el principio *societas delinquere non potest*, las personas jurídicas no poseen capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, el listado de delitos incluidos en el binomio responsabilidad penal-criminal, la acumulación del delito al Derecho administrativo sancionador para las personas jurídicas y, por último, permite determinar penas para dos o más sujetos por la misma acción antijurídica y decisión culpable.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, el Derecho español dejó atrás el axioma *societas delinquere non potest* («las sociedades no pueden delinquir»), admitiéndose la viabilidad de la posible responsabilidad penal a las personas jurídicas. La novedad es que ahora se produce la ampliación sobre la responsabilidad penal, porque la ampliación sobre la responsabilidad administrativa ya se había producido para las personas jurídicas anteriormente (STSJ de Cataluña 14 de febrero de 1992 y STSJ de Asturias de 10 de mayo de 2010).

Desde ese momento, la legislación penal española admite el concepto jurídico-penal de la culpabilidad empresarial, concediendo a las personas jurídicas la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena. Estas ideas estaban respaldadas, desde hace tiempo, por autores que tradicionalmente reconocían a la empresa como persona (HEGEL: 2000).

La consideración de que las personas jurídicas pueden tener culpa elimina las ideas doctrinales de que «la culpa es solo de las personas físicas» (GÓMEZ-JARA, 2005: 61 y 63). «La persona jurídica no poseía capacidad de acción, de culpabilidad y de pena. No tendría capaci-

dad de acción, pues acción es la conducta humana dirigida por la voluntad. Al carecer de dicha capacidad no sería posible realizar un juicio de culpabilidad o reproche (no tendrían capacidad de saber ni querer –dolo–, ni tampoco posibilidad de omitir la diligencia debida –culpa–; careciendo, por tanto, de capacidad de culpabilidad). A su vez, la falta de capacidad de acción y de culpabilidad impide la comisión del delito, y como la pena es la consecuencia del delito, no es posible su imposición. Tanto para poder actuar –capacidad de acción–, como para poder ser considerado culpable penalmente –capacidad de culpabilidad–, es precisa la libertad. Si no hay libertad (autonomía más voluntad) no es posible la acción, y, del mismo modo, si no hay libertad, tampoco es posible la culpabilidad (libertad para poder elegir y libertad para poder actuar). La culpabilidad, por lo tanto, se sustenta sobre la idea de libertad humana como cualidad esencial al hombre. Si un ente carece de libertad, sería absurdo reprocharle nada» (FERNÁNDEZ TERUELO, 2011: 20).

Relacionado con lo anterior, dentro del concepto amplio de culpabilidad se diferencia entre dolo o imprudencia. El principio de culpabilidad no se ha expresado en ningún momento en el Código Penal, aunque sí en documentos preliminares (Proyecto de CP de 1980 y Borrador de Anteproyecto de Parte General de 1990). Sin embargo, sí es considerado como fundamental por la doctrina y la jurisprudencia.

Este concepto es muy importante porque la culpabilidad es la piedra angular del derecho penal, tanto que existen afirmaciones como las siguientes: «ninguna categoría penal es tan imprescindible como la culpabilidad, y ningún Derecho penal puede subsistir sin el principio de culpabilidad» (ROXIN, 1996: 335-339), o «ninguna frase se encuentra tan firmemente anclada en la conciencia jurídico-penal moderna como que no hay pena sin culpabilidad» (MEZGER, 1932: 5).

La jurisprudencia establece que «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal» (STC de 9 de abril de 1987) (STC de 26 de abril de 1990) (STC de 4 de julio de 1991) (STC de 19 de diciembre de 1991) (STC 12 de mayo de 1994) (STC de 8 de mayo de 1997) (STC de 20 de junio de 2005) (STC de 14 de mayo de 2008). Es verdad que es el principio estructural básico, pero ningún artículo de la Constitución proclama el principio de culpabilidad expresamente. Tampoco es recogido en el Código Penal, ni en el texto actual ni en ninguno de los derogados. Solamente el Proyecto de Código Penal de 1980 y el Borrador de Anteproyecto de Parte General de 1990 proclamaban el principio de culpabilidad, al recoger la expresión «no hay pena sin culpabilidad». El Código Penal actual no utiliza el término «culpabilidad» al sustituirlo por «dolo» e «imprudencia», entendida la segunda como modalidad culposa o comisión culposa.

El artículo primero del Código Penal de 1822 establecía que «comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe ó no resulte claramente lo contrario». Por su parte el artículo segundo prescribía que «comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar». En el Código de 1848 aparecía que: «Es delito ó falta toda acción ú omisión voluntaria

penada por la ley». «Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario. El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, é incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponía ofender». Con mínimas modificaciones, esta misma definición de delito se recogía en los Códigos Penales de 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973. El Proyecto de nuevo Código Penal de 1980 fue el primer texto en proclamar el principio de culpabilidad, al recoger la expresión «no hay pena sin culpabilidad». La Reforma parcial y urgente de 1983 introdujo la nueva definición de delito, sustituyendo el término voluntarias por «dolosas o culposas» y añadiendo un segundo párrafo: «no hay pena sin dolo o culpa». En la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 se repite la fórmula anterior, aunque sustituyendo «culpa» por «imprudencia» («no hay pena sin dolo ni imprudencia»). En el Borrador de Anteproyecto de Parte General de 1990 se recogía de nuevo «no hay pena sin culpabilidad». El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 volvía a la redacción «no hay pena sin dolo o imprudencia». Esta última fue la fórmula finalmente incluida en el Código Penal de 1995, vigente en la actualidad, directamente en el artículo 5 del CP, e indirectamente en el artículo 10 del CP.

Es posible realizar una distinción entre los conceptos de responsabilidad penal y criminal; la responsabilidad penal son «todas aquellas consecuencias jurídicas del delito respecto de cualquier clase de personas», sean personas físicas o sean personas jurídicas, mientras que la responsabilidad criminal son «aquellas consecuencias jurídicas del delito respecto de las personas físicas» (TIEDEMANN, 1997: 97-103). El mayor exponente de esta distinción es el artículo 27.1 de la Constitución italiana que establece que «la responsabilidad criminal es personal». Pues bien, con la supresión del número 2 del artículo 31, y la creación del artículo 31 bis del CP, se sigue distinguiendo entre una responsabilidad penal que puede ser aplicada a personas físicas y jurídicas, y una responsabilidad criminal reservada exclusivamente a las personas físicas, pero los delitos incluidos en cada uno de los componentes son distintos. Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, sobre algunos delitos detallados expresamente en el Código Penal (arts. 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261, 261 bis, 264, 288, 302, 310, 318 bis, 319, 327, 343, 348, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis) existía responsabilidad criminal, mientras que, desde su entrada en vigor, sobre estos mismos delitos existe responsabilidad penal.

Hasta la Ley Orgánica 5/2010, a las personas jurídicas solamente les era de aplicación el Derecho administrativo sancionador. Es más, estaba consensuado que sería un error que estuvieran regidos por el Código Penal: «La admisión de la responsabilidad directa de personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador, que parte, según la STC 246/1991, de 19 de diciembre, de una aplicación del principio subjetivo de culpa de forma distinta a como se hace respecto a las personas físicas, erigiendo una construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica que nace de la propia ficción jurídica a la que responden estos sujetos, no implica la extensión de ese artificio a un Código Penal construido sobre la realidad de la persona física» (CGPJ: 2006). Con la Ley Orgánica 5/2010 se produce una extensión de los criterios de imputación subjetiva del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal, «invirtiendo la tendencia que lleva paulatinamente a integrar en el derecho sancionador las garantías y los principios rectores del derecho penal» (CGPJ: 2006).

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, la culpabilidad respecto a la comisión de infracciones tributarias por entidades mercantiles ya fue objeto de la STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 1992 y la STSJ de Asturias de 10 de mayo de 2010. En esta última, más reciente, aparece que «por cuanto la culpabilidad de la persona encargada de los aspectos contables y fiscales de la entidad recurrente es patente y reconocida, ya sea a título de culpa o de grave negligencia, tal culpabilidad ha de ser trasladada a la propia persona jurídica (sociedad mercantil) a la que prestaba sus servicios».

Dentro del Derecho administrativo sancionador se ha venido admitiendo la responsabilidad de las personas jurídicas, y así se expresa el artículo 183.1 de la Ley General Tributaria (LGT) 58/2003, cuando, al menos, exista algún título de imputación, que suele buscarse en las teorías clásicas de la *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*. La STSJ de Asturias de 10 de mayo de 2010 concluye que «el titular de la empresa (con independencia de que sea persona física o jurídica) podrá ser sancionado administrativamente con motivo de actuaciones dolosas o negligentes de sus empleados cuando estas se hayan producido, a su vez, por falta de ejercicio o por ejercicio también negligente del poder de dirección del empresario», lo que es una manifestación del tradicional criterio de la *culpa in vigilando*.

Estos argumentos utilizados para la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas son ahora aplicables para su responsabilidad penal.

Por último, la Ley Orgánica 5/2010 determina penas para dos o más sujetos por la misma acción antijurídica y decisión culpable. En la imputación sobre el control primario simultáneamente aparecerán penas sobre dos personas, una jurídica (la sociedad) y otra física (el administrador). En el control secundario pueden existir supuestos en los que un mismo hecho dé lugar a tres tipos de responsabilidad: la del subordinado que comete el hecho típico, la del administrador que no lo ha controlado pudiendo y debiendo hacerlo, y la de la persona jurídica que sería responsable por la falta de control sobre el administrador.

1.4. PENAS Y ATENUANTES

El artículo 33 del CP especifica las penas aplicables en función de su naturaleza y duración. Las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

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

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

La redacción actual es muy adecuada respecto a la anterior de la Ley Orgánica 5/2010, aunque existe una medida deficiente, pues el legislador no ha previsto un sistema de agravantes con el fin de atender a los casos de reincidencia.

Para calcular el importe de la sanción pecuniaria, en el caso de la multa, deberá atenderse a la información extraída de los resultados económicos obtenidos por las sociedades mercantiles en los ejercicios objeto de investigación conocidos a través del depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, y de la información patrimonial que pueda recabarse de la Administración tributaria. La solicitud de la pena de disolución de la persona jurídica deberá reservarse «para casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o aquellos que revisitan los caracteres del denominado delito en masa (con gran número de perjudicados)» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 111).

Para evaluar la adecuación de las penas previstas, es necesario plantearse sobre quiénes recaen realmente los costes de los efectos disuasorios (*deterrence*) que pretende la sanción penal económica impuesta sobre la empresa. Como bien distingue COFFEE (1981, 401-402), la impo-

sición de una severa multa tiene distintos niveles de repercusión: (1) los accionistas soportan el coste de la sanción en el ámbito de la garantía de su inversión; (2) los obligacionistas y otros acreedores de la empresa sufren también una disminución del valor de su título, como consecuencia del incremento del nivel de riesgo de la compañía; (3) si la multa es suficientemente importante como para amenazar la solvencia de la compañía, la respuesta predecible por parte de la dirección de la empresa será una reducción de costes generalizada, incluyendo recortes en la plantilla mediante el despido de los trabajadores de nivel inferior; (4) finalmente, los consumidores van a verse perjudicados, en tanto que el incremento de costes puede ser compensado con un aumento del precio de los productos. El reparto de las consecuencias que trae consigo el delito no presenta una equivalencia entre aquellos que se benefician del delito y aquellos que soportan los costes de la sanción. Si bien se podría atribuir a los accionistas un cierto grado de participación en las ganancias del delito que justificaría una compensación negativa por el importe de la sanción correlativa, no sucede lo mismo con los trabajadores de la empresa o con los consumidores, que no están vinculados directamente con el provecho del delito por parte de la empresa.

El artículo 31 bis (apdo. 2-5) contiene un catálogo cerrado de circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En coherencia con el modelo elegido, donde la responsabilidad de la persona jurídica no obedece a la culpabilidad de la empresa sino a un mecanismo normativo de transferencia, todas las conductas que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas son posteriores a la comisión del delito. Asimismo, no se ha previsto que ninguna de ellas, ni otras diferentes, posean valor de eximente, ya sea completa o incompleta. En concreto, *solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las siguientes actividades, realizadas con posterioridad a la comisión del delito:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

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

En el artículo 31 ter del CP se establece que «1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible

dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente».

El artículo 31 quáter del CP establece que «solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito (asimilable al art. 21 CP, y por tanto aplicables las siguientes sentencias: SSTS de 31 de julio de 2006; 15 de febrero de 2007, 23 de diciembre de 2010, 22 de diciembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010).
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

Los cuatro atenuantes responden al fenómeno de la autorregulación regulada. Según esto, el Estado, a la vista de sus propias deficiencias regulativas (por carencias de conocimientos, pero sobre todo de recursos), permite una autorregulación de las empresas a cambio de que se hagan responsables de las consecuencias derivadas de dicha autorregulación. Si como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, la persona jurídica detecta la comisión del mismo, lo confiesa a las autoridades, lleva a cabo una investigación interna, repara el daño causado, entrega a las autoridades el resultado de su investigación e institucionaliza (o refuerza) sus medidas eficaces para la prevención y detección de delitos, la pena a imponer resulta sustancialmente reducida. «Se entra así en una nueva era de colaboración entre las organizaciones empresariales y el Estado a la hora de ejercer el *ius puniendi*» (SILVA SÁNCHEZ 2010b: 11).

La cuarta causa de atenuación consiste en haber establecido unas «medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos» (art. 31 quáter CP). Dichas medidas constituyen una manifestación

muy específica de la figura «programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito», cuya existencia resulta conocida por las personas jurídicas que poseen una organización compleja, aunque ahora debe ser tenido en cuenta también por el resto de sociedades.

2. PROGRAMAS DE AUTORREGULACIÓN CORPORATIVA PARA PREVENIR EL DELITO

2.1. DEFINICIÓN DE LOS PROGRAMAS DE AUTORREGULACIÓN CORPORATIVA PARA PREVENIR EL DELITO

El Derecho penal español se encuentra en un momento en el que está surgiendo un nuevo enfoque de prevención frente al delito. No pretende desbancar al tradicional enfoque de reacción frente al delito, sino que pretende que ambos esfuerzos caminen juntos. Este nuevo enfoque está muy relacionado con la nueva realidad social denominada por la doctrina como «cultura de la prevención» (AGUSTINA, 2010: 300). La regulación sobre la responsabilidad penal de la empresa es coherente con el nuevo enfoque porque está redactada para fomentar una serie de controles en la organización que permitan prevenir que el riesgo se convierta en daño.

La principal manifestación de ese nuevo enfoque es la inclusión, en el artículo 31 quáter d), de los «programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito». Con su generalización, «se abre un nuevo escenario legal, en el que la cultura empresarial adquirirá una relevancia en la actividad empresarial que conllevará muy probablemente un efecto preventivo en el ámbito del Derecho penal de los negocios» (BACIGALUPO, 2011: 2).

El concepto «programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito» es denominado de formas diversas: *compliance guide* (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 39, 48 y 49), *compliance program* (Derecho italiano, DL 231/2001) (O'SULLIVAN, 2003: 241) (AGUSTINA, 2010: 324) (SILVA SÁNCHEZ, 2010b: 10) (BACIGALUPO, 2011: 2), *corporate defense* (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 48-49), *corporate compliance programs* (GÓMEZ-JARA, 2006) (ABDALA, 2009: 97) (GÓMEZ-JARA, 2010b: 11), programas de cumplimiento (SILVA SÁNCHEZ, 2010b: 10), programas de prevención y control (AGUSTINA, 2010: 324), normas de autorregulación de las empresas (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 39), código de autorregulación (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 48-49), plan de prevención del delito (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 48-49). Según la Fundación del Español Urgente (Fundéu) (<http://www.fundeu.es/?s=compliance>), para referirse a los sistemas de detección de infracciones en las empresas es más adecuado utilizar «cumplimiento normativo» o, simplemente, «cumplimiento» que el anglicismo «*compliance*».

Por su parte, los sujetos responsables de cumplimiento normativo en materia de autorregulación son denominados *gatekeepers* (COFFEE, 2006: 389-390) o *compliance officer* (ROTSCH, 2009: 712-713) (BÜRKLE, 2010: 128-130). El órgano colegiado competente en materia de cum-

plimiento normativo se denomina *compliance committee*. Mientras que a los responsables de los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito son denominados CCO por sus siglas de *chief compliance officer* (BGH Urt.v. 17.7. 2009-5. StR 394/08, NJW 2009, págs. 3173).

El Tribunal Supremo alemán (Sentencia BGH Urt.v. 17.7. 2009-5. StR 394/08, NJW 2009, págs. 3.173-3.175) condenó al responsable del servicio interno de revisión (*Leiter der Innenrevision*) por estafa por omisión. Aunque esta unidad interna de revisión pertenecía a una entidad pública, en el propio auto se establece que estas consideraciones serían aplicables a los programas de autorregulación corporativa para prevenir también hechos delictivos cometidos a través de la empresa privada.

Los «programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito» están muy relacionados con la supervisión interna dentro de la propia organización empresarial: auditoría interna y código de buen gobierno corporativo (BGH Urt.v. 17.7. 2009-5. StR 394/08, NJW 2009, págs. 3.173 y ss.).

Especialmente en el ámbito anglosajón, reciben tal denominación aquellos «programas encaminados a prevenir y descubrir conductas desviadas, asegurando que la actividad empresarial se lleva a cabo de acuerdo con todas las leyes civiles y penales aplicables, así como otras regulaciones y reglas» (O'SULLIVAN, 2003: 241).

Su objetivo es «ratificar el deber para los administradores de cumplir con todas sus obligaciones cualquiera fuera la fuente de las mismas» (ABDALA, 2009: 97). El legislador ha convertido el deber de las personas jurídicas, consistente en establecer las debidas medidas de control, en «una de las piezas fundamentales del nuevo sistema» (DOPICO, 2010: 325).

La correcta observancia de estos programas implicaría que la persona jurídica ha sido un «buen ciudadano corporativo» (GÓMEZ-JARA, 2005: 249) (GÓMEZ-JARA, 2011: 90-92).

Los directivos y socios no quieren que se cometan delitos, no por la cuantía de la multa, sino por el desprestigio que conlleva y por la disminución de valor de la empresa. Los programas de cumplimiento no tienen como única función ser un atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que deberían ser entendidos como un cauce para potenciar el negocio en sí mismo, proporcionando a la empresa mayores ventajas competitivas o mejorando el servicio al cliente. Para analizar los *business benefits* de los programas de cumplimiento, *vid.* MAGRO SERVET (2011, 7). El programa se ha convertido prácticamente en una obligación para la empresa, «es una necesidad, no en sentido jurídico, pero sí desde un punto de vista preventivo» (GABINETE JURÍDICO DEL CEF, 2011: 175), lo que aporta un valor añadido a la empresa.

El establecimiento o no de estos programas de cumplimiento puede igualmente incidir en la hipotética exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas que en el seno de la empresa detentan competencias en materia de autorregulación (FEIJOO, 2008: 198-252), cuestión relacionada con el deber de garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible y exigible que del círculo de la organización de la empresa se deriven daños para ter-

ceros (PEÑARANDA, 2006: 411-430) y, en definitiva, con la idea de que el titular de la empresa no solo debe observar personalmente la ley penal, sino también impedir que se conculque por los sujetos que cooperan con él (GALLEGO SOLER, 2004: 129).

Por supuesto, no es posible estar de acuerdo con la opinión doctrinal, cada vez más generalizada, de que la mera formalización de unos estándares de actuación es un eximente, y por supuesto, más en contra aun de que su establecimiento es suficiente *per se* para eludir la responsabilidad penal de las corporaciones. Al órgano gestor de las empresas le corresponde una obligación de control y vigilancia sobre sus subordinados y, en este sentido, lo importante no es la adquisición de un código de autorregulación, sino la acreditación de que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos. Así las cosas, se hace necesario que las personas jurídicas implementen programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito que consigan prevenir, detener y reaccionar frente a los posibles delitos de forma efectiva, en cuyo caso tendrán un atenuante en caso de imputación de un delito, pero nunca un eximente.

La elaboración y el cumplimiento de los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. «Su formalización no aporta, ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 39).

La regulación de los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito requiere la explicitación de su dimensión (supone una medida atenuante o excluyente) y alcance (si se debe aplicar sobre el control primario, secundario o ambos).

El legislador español solo ha previsto el establecimiento de los «programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito» como atenuante cuando estos se establezcan en la organización empresarial con posterioridad al descubrimiento del hecho delictivo; estos deberán ser tenidos especialmente en cuenta cuando fueran establecidos con anterioridad a la comisión del hecho para determinar la culpabilidad de las personas jurídicas. Ello no significa que pueda ser considerado atenuante de la responsabilidad penal de la persona la mera existencia de cualquier tipo de «programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito», sino que este deberá ser elaborado atendiendo a las distintas y concretas formas de organización dentro de la empresa, de su objeto de negocio, de sus riesgos específicos.

Aunque parte del Derecho comparado, por ejemplo «el sistema estadounidense o italiano» (MORÓN, 2002, 365), establece que la existencia *ex ante* de una estructura organizativa adecua-

da orientada a la prevención de riesgos en materias de delitos permite excluir la responsabilidad de la empresa, lo cierto es que el legislador únicamente lo ha establecido como atenuante. A pesar de que la legislación española no lo ha establecido como eximente, gran parte de la doctrina considera que en ciertas circunstancias, podría no ser oportuno imputar responsabilidad a una empresa que esté desarrollando un programa de prevención y control (AGUSTINA, 2010: 324) (GÓMEZ-JARA, 2010a: 11) (SILVA SÁNCHEZ 2010b: 11) (MORALES, 2011: 58) (GABINETE JURÍDICO DEL CEF, 2011: 175) (CARBONELL y MORALES, 2011: 65-67) (BACIGALUPO, 2011: 4 y 5) (DÍAZ LÓPEZ, 2011: 38) (MARTÍNEZ PARDO, 2011: 72). Relacionado con lo anterior, SILVA SÁNCHEZ (2010b: 11) considera que la pena «debería ser prácticamente anulada en caso de concurrir las cuatro atenuantes», aspecto que tampoco está recogido en nuestra legislación.

Aunque existan autores que defienden la exclusión de delito en el supuesto de que existan estos programas, la literalidad de la norma establece que solamente es una medida atenuante, no excluyente. También existen argumentos favorables a la literalidad de las normas, por ejemplo, NIETO MARTÍN (2008): «La adopción de medidas de organización, que el Proyecto concreta en los denominados Códigos de prevención, solo atenúan, pero no sirven para excluir la responsabilidad». Los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el control debido de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituye el fundamento de la imputación de la persona jurídica. Por tanto, el legislador español ha considerado la inclusión de los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito como atenuante, no como excluyente, y así está bien, no parece adecuada la modificación de su dimensión.

Según la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011: 41) se debe evitar que la compañía «se desentienda de la responsabilidad derivada de los delitos cometidos o no evitados por su gestor», cuando es este último quien, en condiciones normales, diseña y, sobre todo, lleva a la práctica la propia política empresarial, de modo que cualquier formulación corporativa contra el delito por medio de los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito sirvan, por sí solos, de recurso para eludir la responsabilidad penal.

«Existe el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación [...], sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1.º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada. Imaginemos que las pautas de comportamiento de la guía omitieran o fueran

particularmente laxas a la hora de establecer controles sobre determinada actividad peligrosa de la compañía para ahorrar costes... ¿de verdad el hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar debe exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad? La respuesta resulta obvia; por consiguiente, lo importante será acreditar, y esta es sin duda una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a las que la misma se refiere. En coherencia con lo expuesto, el precepto exige expresamente que sean atendidas las concretas circunstancias del caso» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 48-49).

«En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión. Si bien es cierto que las *compliance guide* pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará, como siempre, de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo. La conducta de las personas físicas se examina así a la luz de la norma penal, qué han hecho los gestores o sus subordinados, y si lo efectivamente realizado tuvo lugar en las circunstancias previstas en el artículo 31 bis, en cuyo caso, debe responder la persona jurídica» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011: 49-50).

Por otro lado, para BACIGALUPO (2011: 5), estos programas pueden constituir una causa de exclusión de la culpabilidad exclusivamente «por defecto de organización», si bien el resto de doctrina que lo considera medida de exclusión lo ha interpretado como causa de exclusión del control primario y secundario. Siguiendo la literalidad de la norma, el establecimiento de los programas debe considerarse como una medida atenuante del delito tanto para el control primario como para el secundario. Esta opinión es compartida por la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011: 39).

La regulación del Código Penal prevé un sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas tomando como hecho de conexión la conducta llevada a cabo por los representantes legales, así como por otros empleados sometidos al control de aquellos. Es evidente que ello requerirá una importante labor de delimitación de competencias dentro de las diversas esferas de actuación dentro de la organización empresarial. Por ello, «resulta conveniente reflexionar sobre las características que deberán tener los llamados programas de *compliance*» (BACIGALUPO, 2011: 2).

Los programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito son códigos de conducta para la prevención de riesgos penales. El objeto del establecimiento de los programas es la prevención y detección de delitos penales y, por tanto, resulta imprescindible que tengan por objeto el análisis de una materia jurídica muy concreta: la penal. Su inclusión supone una nueva

exigencia, anteriormente habitual en otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, como existen programas de cumplimiento en materia de RSC, riesgos laborales, auditoría interna o calidad, ahora se deben implementar programas en el ámbito penal.

Por supuesto, son insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, requiriéndose que dicho sistema sea apto para prevenir o detectar la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica.

El programa debe ser específico para cada empresa, estableciéndose en función de su actividad y organización concreta.

Es necesario que la estructura organizativa de las empresas, sus órganos de gestión y supervisión interna, estén configurados teniendo especialmente en cuenta los riesgos de cada actividad empresarial concreta, la dimensión de la empresa y sus sucursales o filiales, etc. En función de tales características de la empresa se podrá configurar y delimitar la posición de garante, los deberes de supervisión y control, así como los requisitos que ha de cumplir su eventual delegación.

El contenido de dichos programas de cumplimiento es el siguiente (GÓMEZ-JARA, 2010b): existencia de un código de conducta escrito; supervisión de los esfuerzos de cumplimiento por parte del personal altamente cualificado; no delegación de poderes discrecionales de las autoridades administrativas en personal con posible tendencia delictiva; comunicación efectiva de los estándares y procedimientos contenidos en los códigos de conducta; reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría; reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios; y adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción.

La culpabilidad de la persona física y de la jurídica «son dos magnitudes independientes, pero, a su vez, estrechamente relacionadas» (MARTÍNEZ PARDO, 2001: 73). Ello implica que sea conveniente un único proceso para dilucidar ambas responsabilidades y por regla general constatar que la responsabilidad colectiva implica determinar todos los detalles de la responsabilidad individual. El aspecto más revelador para observar el grado de culpabilidad de la empresa es el nivel jerárquico del infractor. La organización debe orientar sus esfuerzos en asegurar que los directivos respetan la ley, en mayor medida que para los empleados. La realización del delito por un alto cargo de la entidad implica que existe una mala cultura corporativa, y que no son creíbles ninguna de las medidas de organización que hayan podido ser adoptadas.

2.2. INFORME DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LOS PROGRAMAS DE AUTORREGULACIÓN CORPORATIVA PARA PREVENIR EL DELITO

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

Con este documento se imparten instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los planes de cumplimiento normativo en las empresas que son una eximente de la responsabilidad penal.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado debe ser utilizada a partir de ahora como un marco de referencia en la evaluación de los programas de *compliance* de las empresas españolas por varios motivos:

1. Supone una guía de actuación para los más de 2.000 fiscales existentes en España según la Memoria de 2015.
2. Contiene criterios uniformes que los fiscales deben aplicar en los procesos penales contra empresas.
3. Es el único marco de referencia existente en la actualidad que interpreta la reforma del Código Penal de 2015 desde la óptica acusatoria.
4. Es de gran utilidad para las empresas, ya que, además de ayudarles a conocer el «manual del adversario», les permite adaptar sus modelos de *compliance* a los criterios que se aplicarían en una eventual imputación.

Las conclusiones de esta circular son las siguientes:

1. La Ley Orgánica 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del artículo 31 bis 1.º.

Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas.

La reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones.

2. La nueva definición de las personas físicas del apartado 1a) amplía notablemente el círculo de sujetos de este criterio de imputación, que permite incluir a quienes, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que ostenta el oficial de cumplimiento.
3. La sustitución de la expresión «en su provecho» por la de «en su beneficio directo o indirecto», conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación

de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Además, permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir, ya claramente, los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales. Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficios.

4. Las únicas cuatro conductas imprudentes cometidas por personas físicas en las circunstancias del artículo 31 bis susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica son las relacionadas con las insolvencias punibles (art. 259.3), los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331), el blanqueo de capitales (art. 302.2) y la financiación del terrorismo (art. 576.5).
5. La Ley Orgánica 1/2015 sustituye la condición del apartado 1 b) de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control» por el menos exigente requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». Esta clara disminución de la intervención punitiva permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad (no graves) frente a los que solo caben las sanciones administrativas o mercantiles que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica.
6. Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a).
7. La exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave puede determinar, además de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por el subordinado descontrolado, que el propio sujeto omitente del control responda también por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que abre la vía del criterio de atribución de responsabilidad de la letra a) del apartado 1, debiendo los fiscales mantener, en tales casos, ambos títulos de imputación.
8. Los sujetos a que se refiere el apartado 1 b) deben operar en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de las personas físicas mencionadas en la letra a) del mismo apartado, no siendo necesario que se establezca una vinculación directa con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.
9. El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, «atendidas las concretas circunstancias del caso», expresión que, ya antes

- de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de organización y gestión, que serán objeto de una inicial valoración en relación con este criterio de imputación para evaluar el alcance y el contenido real del mandato del que son titulares las personas que incumplieron gravemente tales deberes.
10. Aunque la infracción del deber de supervisión, vigilancia y control no se haya producido o haya sido leve o la persona jurídica no haya obtenido beneficio alguno, es posible en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria, de conformidad con el artículo 120. 4.º del CP.
 11. La imputabilidad de la persona jurídica exige que esta tenga un sustrato material suficiente, lo que permite distinguir tres categorías:
 - 11.1. Aquellas corporaciones que operan con normalidad en el mercado y a las que exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del artículo 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.
 - 11.2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, a las que se refiere la regla 2.ª del artículo 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales» y que son también imputables.
 - 11.3. Son inimputables aquellas sociedades cuya actividad ilegal supere ampliamente a la legal, siendo esta meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos.
 12. La responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos, introducida en la Ley Orgánica 7/2012, presenta las siguientes peculiaridades:
 - 12.1. Su responsabilidad se extenderá a las fundaciones y entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados.
 - 12.2. A diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el artículo 9 bis de la Ley Orgánica 8/2007, introducido por la Ley Orgánica 3/2015, expresamente lo impone a los partidos políticos.
 - 12.3. En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley Orgánica 6/2002 (modificado por Ley Orgánica 3/2015).
 13. Aunque no son expresamente mencionadas en el artículo 31 quinquies 1, deben considerarse exentas de responsabilidad penal las fundaciones públicas, integradas en el llamado sector público fundacional y sometidas al Derecho administrativo.

14. El ejercicio de «potestades públicas de soberanía o administrativas» se aplica únicamente a las administraciones públicas y no a los entes de naturaleza asociativa privada, como los colegios profesionales o las cámaras de comercio, que tendrán la consideración de personas jurídicas penalmente responsables.
15. Tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 el «debido control» (ahora «deberes de supervisión, vigilancia y control») sigue atribuido a las personas físicas de la letra a) del artículo 31 bis 1 y no a la propia persona jurídica, con lo que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación. Puesto que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación.
16. Existe un doble régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica, uno para los delitos cometidos por los administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados, ambos sustancialmente idénticos pues, de las cuatro condiciones que el apartado 2 del artículo 31 bis exige en relación con las conductas de los sujetos incluidos en el apartado 1 a), solo la 3.^a, referida a la elusión fraudulenta de los modelos de organización, resulta inaplicable a los autores del delito del apartado 1 b).
17. Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis, cuyo contenido será interpretado por los fiscales siguiendo las pautas que se indican en los apartados 5.3. y 5.4 de esta Circular, atendiendo, con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, a la normativa sectorial aplicable a las entidades a las que se impone específicamente un determinado modelo de organización y gestión.
18. Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal. Los fiscales, atendiendo a las especiales características de estas sociedades, extremarán la prudencia en su imputación, en evitación de una inconstitucional situación de *bis in idem*.
19. Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, los fiscales observarán las siguientes pautas de carácter general para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión:
 - 19.1. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica.

- 19.2. El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Los fiscales analizarán si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.
- 19.3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.
- 19.4. Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa, de tal modo que, en estos casos, los fiscales presumirán que el programa no es eficaz.
- 19.5. La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redundo principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la persona jurídica que la contratación o promoción del individuo que delinquiró se adecuara a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.
- 19.6. Los Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.
- 19.7. Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.

- 19.8. Los fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado. Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa.
- 19.9. Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento. Así, la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio del valor atenuante que pueda tener alguna de estas actuaciones.
- Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.
20. La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del artículo 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales.

2.3. CUALIDADES DEL PROGRAMA ESTABLECIDAS EN LA CIRCULAR

En este entorno, el establecimiento de programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito es una necesidad para la empresa, no por existir una obligación jurídica, sino que su carácter preventivo para atenuar las responsabilidades penales le aporta un valor añadido.

Aunque no existe una obligación legal para que las organizaciones implanten un programa de *compliance*, desde aquí debemos animar a las empresas a hacerlo, porque es como estar cubierto por un seguro: si algún día ocurre algún percance se evita que el juez te imponga la sanción.

La introducción de la responsabilidad penal de las empresas en la legislación añadió una cierta inseguridad jurídica al sistema, ya que las empresas no sabían qué mecanismos de control de prevención del delito tenían que adoptar.

Observando lo anterior, se puede considerar como fundamental la Circular 1/2016 emitida por la Fiscalía General del Estado. El objetivo de este documento es impartir instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los planes de cumplimiento normativo, pero igualmente permite a las empresas conocer las cualidades que debería tener un programa para que, ante una eventual actuación futura, fuese un eximente de la responsabilidad penal.

De la circular podemos extraer las siguientes características y cualidades que debe tener el programa de prevención.

Para acceder a la exención de la responsabilidad, la empresa debe establecer un modelo de organización y gestión que cumpla tres requisitos: previo, eficaz e idóneo. En primer lugar, debe estar adoptado antes de la comisión del delito. También debe ser ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito. Por último, debe incluir medidas de vigilancia y control idóneas para: (a) prevenir delitos de la misma naturaleza que el cometido, (b) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

El modelo de prevención y control debe contener seis elementos: el «mapa de riesgos», en el que se recoja la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. El «protocolo de toma de decisiones», en el que se especifica el establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución en las mismas con relación a aquellos. El «modelo de gestión de los recursos financieros», que incluya la disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. Los «canales de denuncias», donde se recoja la imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención. El establecimiento de un «sistema disciplinario» que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. La realización de una «verificación periódica» del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

La circular establece que en las grandes empresas deberá existir un órgano de supervisión, con poderes autónomos de iniciativa y de control. Dedicado a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo, también puede ser objeto de una asignación legal de la función de supervisar la eficacia de los controles internos. La circular deja claro que para conseguir la exención de la responsabilidad penal no debe haberse producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de supervisión.

Si la empresa acredita totalmente el cumplimiento de las anteriores condiciones, quedará exenta de responsabilidad penal. No obstante, si la acreditación no ha sido total de las anteriores condiciones, sino parcial, podrá ser valorada a los efectos de la atenuación de la pena.

3. SENTENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hasta el momento se han emitido dos sentencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la STS de 29 de febrero de 2016 y la STS de 2 de marzo de 2016.

3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE FEBRERO DE 2016

La STS 154/2016, de 29 de febrero fue la primera que emitió el Alto Tribunal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Al tratarse de un delito contra la salud pública no se han podido concretar principios generales aplicables de futuro, pues no va a ser este un delito de frecuente comisión por empresas, como señala el voto particular emitido por varios magistrados.

Sin embargo, puso de manifiesto dos aspectos muy relevantes. El primero es que las multas pueden ser elevadas, en este caso ascienden a 775 millones de euros y, en segundo lugar, el debate sobre si existe o no en las organizaciones sujetas a enjuiciamiento un adecuado entorno de control destinado a prevenir delitos. Sobre el primer aspecto, destacar que las multas y los daños causados por actuaciones delictivas en el ámbito societario serán cuantiosos como viene ocurriendo en otros países de nuestro entorno, ya que es el principal elemento punitivo con el que se cuenta de cara a desincentivar este tipo de actuaciones en el ámbito societario. Sobre el segundo aspecto, parece importante destacar que el elemento probatorio de si existe o no un adecuado entorno de control destinado a prevenir delitos es fundamental en los procesos desde la fase de instrucción misma, ya que en el supuesto de que el delito sea cometido por un empleado o mando intermedio que no tenga la condición de administrador, es necesario demostrar la falta de control para acreditar que existe una responsabilidad en la persona jurídica en la parte acusadora. También de cara a la defensa y poder alegar la eximente o atenuante el elemento probatorio es fundamental, ya que debe existir un control efectivo en la organización destinado a prevenir delitos.

La STS 154/2016 no sienta todavía una jurisprudencia definitiva, y además 7 de los 15 magistrados no la han apoyado, por lo que hay que tomar con cautela sus pronunciamientos. Es claro que la no disolución automática es la regla y no la excepción, porque así lo establece el propio Código Penal, pero parece que habrá que esperar sentencias posteriores para que la jurisprudencia se perfile en este aspecto.

La sentencia matiza la tesis de la Fiscalía General del Estado de que la existencia de una política de prevención en la persona jurídica constituye una excusa absolutoria, para estimar que, de existir esa política, nos encontraríamos ante la inexistencia misma de la infracción respecto de la persona jurídica. También la sentencia excluye la aplicación de la pena de disolución respecto de una de las personas jurídicas, sobre la base de que teniendo más de 100 trabajadores, al aplicar dicha pena estos habrían de sufrir graves perjuicios no habiendo tenido ninguna relación con la comisión del delito. La sentencia va acompañada de un voto particular, que discute la tesis de que la acusación deba acreditar la inexistencia de una cultura de prevención de delitos en la persona jurídica para conseguir la condena de la misma, estimando que debe ser la persona jurídica la que alegue y acredite la condena en un supuesto en el que no se produce provecho para la persona jurídica, dado que la actividad delictiva nada tiene que ver con la actividad empresarial de la persona jurídica, sino que se lleva a cabo una utilización de sus medios para

cometer un delito contra la salud pública. Por otra parte, la sentencia no se plantea la eficacia de mecanismos de prevención de delitos, dado que no existían en las sociedades condenadas. Sin embargo, es muy significativo el hecho de que la sala se hace eco de la postura mantenida por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, por la cual ha de examinarse la «cultura ética empresarial».

La sentencia del Alto Tribunal se aparta de las directrices establecidas en la Circular 1/2016 de la Fiscalía, pues entiende que «la ausencia de una cultura de respeto al Derecho es un elemento integrador del núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica y no de una exigencia, por lo que compete a la acusación acreditar la ausencia de dicha cultura ética corporativa».

La STS advierte de la dificultad de la prueba del ejercicio del debido control por parte de la compañía para evitar la condena, lo que debería llevar al legislador a definir con mayor detalle el contenido y alcance de los modelos de cumplimiento penal, aunque sea en las leyes mercantiles, tal y como sugiere la Circular 1/2016 de la Fiscalía.

El voto particular afirma que no hay elementos subjetivos adicionales del tipo que exijan a la acusación demostrar, en cada supuesto enjuiciado, que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica. Su exigencia no tiene amparo legal y conlleva unos graves niveles de incertidumbre, porque habría que definir en qué consiste y cuándo se logra esa cultura y cuándo no existe, haciendo casi imposible la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

La sentencia, de la que fue ponente el magistrado Maza, no zanja el debate sobre la naturaleza y los elementos que configuran la responsabilidad de las empresas. Al contrario, lo abre como pone de manifiesto el voto particular suscrito por 7 de los 15 magistrados que componen la sala. Sin duda, el aspecto más conflictivo lo representa la relevancia que la sentencia mayoritaria otorga a la cultura de cumplimiento, que se consagra como termómetro para medir la responsabilidad penal de las empresas. Hasta tal punto que su ausencia constituye el elemento nuclear del tipo y, por tanto, debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de condena. Y ahí surge la objeción de los discrepantes.

3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE MARZO DE 2016

La segunda sentencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, emitida por el Tribunal Supremo, fue la de 2 de marzo de 2016, siendo su ponente el magistrado Manuel Marchena (presidente de la Sala Segunda).

En la sentencia se asienta el principio de que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se produce a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física». La empresa 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

que la componen. Solo responde cuando se hayan «incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso».

El texto sienta también como jurisprudencia que la imposición de penas a las personas jurídicas –multa, disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, suspensión, clausura de sus locales y establecimientos, inhabilitación e intervención judicial– exige del fiscal el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando esta tenga como destinataria a una persona física.

En este sentido, rechaza que el proceso penal discorra con una doble vía probatoria: una, la prueba de la acción de la persona física, y otra, la declaración de responsabilidad penal de la personalidad jurídica.

Igualmente, la sentencia establece que en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el fiscal acredite la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión.

Todo ello sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportuno –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

«La responsabilidad de las personas jurídicas solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías», afirma el texto jurídico.

La sentencia concluye que la pena impuesta a la persona jurídica solo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio. La sentencia subraya que nuestro sistema no puede acoger fórmulas de responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio.

4. CONCLUSIONES

Antes de la inclusión de la responsabilidad penal de la empresa se archivaban asuntos porque no se sabía quién era la persona que cometía el delito, por el contrario, ahora quedará castigada la empresa si no encontramos una persona física culpable.

Aunque el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una buena medida de disuasión, es posible realizar un análisis crítico sobre la materialización concreta establecida en la legislación española. La traslación de la responsabilidad penal de las personas físicas a las jurídicas formulada en España parte de una premisa al menos parcialmente falsa: los delitos se cometen por la falta de control de los titulares de la sociedad. Por un lado, es imposible establecer unos controles perfectos que impidan los delitos, por el otro, las motivaciones de los

individuos para delinquir son tan diversas que es imposible que un controlador pueda preverlas todas *a priori*. Por ello, con la actual redacción del Código Penal, la jurisprudencia –previsiblemente– no condenará la mayoría de las situaciones en la que se ha producido la falta de control.

No parece adecuada la formulación legislativa en la que la sociedad responde por hechos ajenos, atribuyendo a la misma algo que hicieron unas personas físicas. No es objeto de delito una responsabilidad propia de la persona jurídica, sino una responsabilidad penal indirecta. A la persona jurídica se le imputa una acción de su administrador y se le reprocha un comportamiento activo u omisivo de uno, varios o todos sus administradores. Tanto el posible defecto de organización, como las concretas acciones u omisiones de la persona jurídica son, en realidad, realizadas por las personas físicas que la dirigen o gestionan, o por aquellos propietarios que tienen la teórica capacidad de controlar a los administradores, pero nunca por la persona jurídica. Esta situación no sería negativa si verdaderamente se produjera una acumulación de la imputación del delito a la persona física y a la jurídica. Sin embargo, existen grandes motivaciones para que únicamente se condene a la persona física.

La legislación establecida sobre la responsabilidad de la empresa en España es ambigua, por esta razón ha sido tan importante, por un lado, la Circular 1/2016 emitida por la Fiscalía General del Estado y, por el otro, las dos primeras sentencias establecidas por el Alto Tribunal. Entre ambas han resuelto parcialmente las deficiencias encontradas en la legislación.

El establecimiento de programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito es una necesidad para la empresa, no por existir una obligación jurídica, sino que su carácter preventivo para atenuar las responsabilidades penales le aporta un valor añadido. La introducción de la responsabilidad penal de las empresas en la legislación añadió una cierta inseguridad jurídica al sistema, ya que las empresas no sabían qué mecanismos de control de prevención del delito tenían que adoptar.

Observando lo anterior, se puede considerar como fundamental la Circular 1/2016 emitida por la Fiscalía General del Estado. El objetivo de este documento es impartir instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los planes de cumplimiento normativo, pero igualmente permite a las empresas conocer las cualidades que debería tener un programa para que, ante una eventual actuación futura, fuese un eximente de la responsabilidad penal.

No vale cualquier sistema de *compliance*. Las entidades tienen que tener las medidas para la prevención del delito previstas, redactadas e implantadas, y que sean eficaces e idóneas. Únicamente si demuestran que se han puesto en marcha estos mecanismos, se librarán de la sanción.

Hasta el momento la jurisprudencia se limita únicamente a la condena de dos personas jurídicas por un delito penal en España. Parecen pocas, lo cual es una mala medida para el futuro; pero aún peor son los indicios que indican que es posible que las pocas situaciones en que las sentencias imputen en el futuro a personas jurídicas sean los casos en los que exclusivamente se condene a las personas jurídicas, sin llegar a alcanzar a las personas físicas.

La inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas debe tener como finalidad hacer más efectiva la responsabilidad individual. No puede ocurrir que sustituya a la responsabilidad individual, porque esto supondría un error gravísimo al disminuir la eficacia del Derecho penal.

El gran beneficiado del modelo de responsabilidad de los entes sociales puede ser la persona física que cometa delitos. El establecimiento de este modelo puede contribuir a relajar los esfuerzos por localizar a la persona física autora del hecho delictivo e imputarle el delito. La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrece la posibilidad de resolver el conflicto con una persona jurídica culpable y terminar, aunque sea parcialmente, con la sensación de frustración que produce un caso no resuelto, lo que puede ser un aliciente, incluso, para que se cometan más delitos. Es necesario estar muy atentos a la actuación jurisprudencial, porque nos dará la verdadera dimensión de la inclusión de esta responsabilidad.

Una de las razones por las que podemos inferir que en el futuro no existirán muchas sentencias que condenen a las personas jurídicas penalmente es porque la legislación no ha definido correctamente los sujetos que deben realizar el control primario y cuáles son las obligaciones de control primario que deben ser realizadas. Además, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España tiene deficiencias: la filosofía de la legislación no tiene sentido porque se imputa a las personas jurídicas hechos realizados u omitidos por unas personas físicas, además, la materialización de la legislación no ha tenido en cuenta el funcionamiento real de pequeñas y grandes empresas.

El último apunte debe ser sobre las penas, porque la multa no es el único posible castigo a imponer a las organizaciones empresariales. Se han codificado otros castigos que pueden llegar incluso hasta la disolución de la empresa. Estas medidas deben ser tomadas con mucha cautela. El Derecho penal debe intentar minimizar los daños colaterales, y cerrar una empresa supondría un perjuicio para los empleados.

Bibliografía

- ABDALA, M. E. [2009]: «Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades en el derecho alemán», *Revista de Derecho*, 31, págs. 92-104.
- BACIGALUPO, S. [2011]: «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario la Ley*, n.º 7.541, miércoles, 5 de enero de 2011, págs. 1-8.
- [2010]: «La responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "compliance" [A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009]», *La Ley*, n.º 3.818, págs. 1-8.
 - [1985]: «La responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)», en AA. VV., *Comentarios a la Legislación penal-La reforma penal de 1983*, t. V, vol. 1, Madrid, págs. 379 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. [1978]: *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid: Civitas.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S. [2010]: *Derecho penal económico*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- BÜRKLE [2010]: *Corporate Compliance-Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka, C.F., 2.ª ed., C.H. Beck.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. [1991]: *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona: Ariel, serie Derecho.
- CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F. [2011]: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia.
- COFFEE, J. C. Jr. [2006]: *Gatekeepers. The professions and corporate governance*, Nueva York: Oxford University Press.
- [1981]: «No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry Into de Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, 386 (79), págs. 401-402.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A. [2011]: «Propuestas para la práctica de la mediación penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3/2011, julio, págs. 1-50.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. [2010]: «Responsabilidad de personas jurídicas», en F. Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal 2011*, Madrid: Francis Lefebvre, págs. 319-328.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. [2008]: «Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?», en L. Arroyo Jiménez y A. Nieto Martín (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, págs. 198-252.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. [2011]: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 25, septiembre, págs. 7- 42.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO [2011]: *Circular 1/2011: Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*, 1 de junio de 2011, Madrid: Fiscalía General del Estado.

GABINETE JURÍDICO DEL CEF [2011]: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RCyT. CEF*, n.º 346, págs. 165-176.

GALLEGOSOLER, J. I. [2004]: «Criterio de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales», en J. I. Gallego Soler y J. L. Modolell González, *Empresa y Derecho Penal*, Caracas: UCAB, págs. 88-235.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. [2011]: «Corporate Culpability as a limit to the overcriminalization of corporate criminal liability: The interplay between self-regulation, corporate compliance, and corporate citizenship», *New Criminal Law Review*, vol. XIV, n.º 1/2011, págs. 78-96.

- [2010a]: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, 14962/2010, 23 de diciembre, págs. 7-13.
- [2010b]: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo-Buenos Aires.
- [2006a]: «El nuevo art. 31.2 del Código Penal: Cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*», *Diario La Ley*, n.º 6548, 13 de septiembre, págs. 1-13.
- [2006b]: «Presentación», en Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Thompson, págs. 21-24.
- [2005]: *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A. [2010]: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, n.º 7501, 3 de noviembre de 2010.

HEINE, B. [2002]: «Modelle originärer [straf-]rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen», en Hettinger (ed.), *Reform des Sanktionsrecht. Bd. III: Verbandstrafe*, Baden-Baden, págs. 121-154.

MARTÍNEZ PARDO, V. J. [2011]: «La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 26, págs. 61-78.

MORALES PRATS, F. [2011a]: «Libro II, Título XIII: Cap. XIII», en AA. VV. Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, págs. 954-993.

- [2011b]: «Libro II, Título XIV», en AA. VV. Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, págs. 1.035-1.133.

MORÓN LERMA, E. [2002]: «Las sanciones penales en Europa», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Monográfico, n.º 22/2002.

MUÑOZ CONDE, F. [2007]: *Manual de derecho penal. Parte especial*, 16.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

NIETO MARTÍN, A.: [2008]: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Madrid: Iustel.

O'SULLIVAN, J. R. [2003]: *Federal White Collar Crime*, 2.ª ed., New Jersey: West 4th Ed.

PEÑARANDA RAMOS, E. [2006]: «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa [y en otras organizaciones]», en Díaz-Maroto y Villarejo [coord.], *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, págs. 411-430.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. [2011]: «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, n.º 7561, 3 de febrero, págs. 1-8.

ROTSCH [2009]: «Entscheidungsbesprechung: Garantienpflicht aufgrund dienstlicher Stellung», *ZJS* 6/2009.

SCHROTH, H. J. [1993]: *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte*, Giessen: Brühlscher.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. [2010a]: «La reforma del Código Penal: Una aproximación desde el contexto», *Diario La Ley*, n.º 7464/2010, 9 de septiembre, págs. 4-6.

– [2010b]: «Los delitos patrimoniales y económico-financieros», *Diario La Ley*, n.º 15001/2010, 23 de diciembre.

TIEDEMANN, K. [1997]: «Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado», en Gómez Colomer, J. L. y González Cussac, J. L. (coords.), *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, págs. 97-110.