



Documento de trabajo
SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.
MEDIDAS DE CONTROL

M^a Nuria Pina Barraón

SPCS Documento de trabajo 2016/19

<https://www.uclm.es/Cuenca/CSociales/publicaciones/inicio>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autora:

M^a Nuria Pina Barrajon

nuria@pinabarrajon.com

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca
Seminario Permanente de Ciencias Sociales
Codirectoras:

María Cordente Rodríguez

Pilar Domínguez Martínez

Silvia Valmaña Ochaita

Avda. de los Alfares, 44

16.071-CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<https://www.uclm.es/Cuenca/CSociales/publicaciones/inicio>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)

Impreso en España – Printed in Spain.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS. MEDIDAS DE CONTROL

M^a Nuria Pina – Barraón¹

Juez Sustituto

RESUMEN

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una cuestión todavía controvertida debido a que hasta hace sólo seis años, no se consideraba que las personas jurídicas tuvieran responsabilidad penal, simplemente, se les podía exigir una responsabilidad civil, en su caso, y por hechos exclusivamente realizados por las personas que de ellas dependieran, o de sus propios representantes en tiempos más recientes.

Palabras clave: Responsabilidad Penal, Personas Jurídicas, Medidas de Control

Indicadores JEL: K41, K23

ABSTRACT

The topic of the penal responsibility of the legal persons is, still, a controversial question due to the fact that until only six years ago, it was not thinking that the legal persons had penal responsibility, simply, it was possible to demand a civil responsibility from them, and only for facts exclusively realized by the persons who, on them, were depending, or of its own representatives in more recent times.

Key words: Penal Responsibility, Juridics persons, Control Steps

JEL codes: K41, K23

¹ nuria@pinabarraon.com

1. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL. DESARROLLO HISTÓRICO

Así, nos tenemos que retrotraer al código civil, que en su artículo 1903 establece la responsabilidad extracontractual de las empresas respecto de las personas que trabajan en las mismas, y no es hasta el código penal de 1973, en su modificación realizada por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, cuando se introduce el *artículo 15 bis que establece lo siguiente*: “El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”.

Posteriormente, la Ley 30/1995 de 23 de Noviembre que aprueba el código penal que está vigente a día de hoy, introduce el Artículo 31, que establece “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Y respecto de las consecuencias para las empresas en las que se llevara a cabo algún delito, establecía su artículo 129 que se podrá llevar a cabo la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo, la disolución o la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación, la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

Por tanto, a pesar del cambio ocurrido respecto al tratamiento de las personas jurídicas en el Código Penal, sólo afectó el mismo a la responsabilidad penal de la persona que de hecho o de derecho las representara, no teniendo en cuenta la responsabilidad propia de la persona jurídica en sí misma, por lo que las consecuencias que se regulan en el art. 129, se refieren exclusivamente por la responsabilidad que

podiera haber tenido en el delito la persona física, siendo un simple instrumento para ello la persona jurídica, pero sin imputabilidad alguna.

No es hasta la Ley 5/2010 de 22 de junio, que no se añade el artículo 31 bis, que tendrá la siguiente redacción:

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

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Se habla así mismo en dicho artículo de la responsabilidad penal a pesar de no identificarse a la persona física que delinquirió, y de la modulación de la multa en caso de que ambas, persona física y persona jurídica fueran condenadas, apreciándose en determinados casos atenuantes, cuando se produzca la confesión de la infracción, la colaboración en la investigación, la reparación o disminución del daño causado, 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. Se excluye de la responsabilidad penal las Administraciones Públicas.

Y es con la Ley 1/2015 de 30 de marzo, cuando se culmina la regulación completa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que se añaden varias partes al art. 31, entrando en vigor el 1 de julio de 2015, así el art. 31 establece:

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

tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Artículo 31 bis.

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

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

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

Se regulan exenciones en caso de que se hayan adoptado 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, debiéndose encargar 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. Por otra parte, se debe demostrar, así mismo que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y que 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

Se hace necesario pues, para que la persona jurídica eluda la responsabilidad penal, deba adoptar modelos de organización y gestión que identifiquen las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, estableciendo los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, igualmente estableciendo un sistema disciplinario que

sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo, así como 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.

2. JURISPRUDENCIA

Pues bien, después de esta nueva regulación son muy pocas las sentencias que se hayan pronunciado sobre la novedosa legislación referente a las personas jurídicas, de hecho la sentencia de la Sala 2ª del TS nº 514/2015 de 2 de septiembre dice “Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

3. SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA Nº 154/2016. ANÁLISIS

Y es la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª nº 154/2016 de 29 de febrero la que se pronuncia por fin y sienta doctrina sobre la responsabilidad de los entes jurídicos, doctrina que se debe ir desarrollando con la jurisprudencia que se vaya dictando, ya que es un tema novedoso que como en todos los casos en que una norma comienza a aplicarse, hay que desarrollarlo, pero nos vamos a centrar en esta Sentencia por la gran importancia que tiene como base para las siguientes que se vayan dictando.

Los hechos de esta sentencia son los siguientes:

Se acusa a varias personas físicas y a tres personas jurídicas de los delitos regulados en los arts. 368 y ss del código penal, en cuanto al tráfico de drogas y estupefacientes mediante uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales y a uno de ellos, del delito de falsedad documental del art. 390 cp. Son

condenados todos ellos por dichos delitos, imponiéndose a las empresas la pena de disolución y de multa. En Casación, se recurre por todas las defensas y por el Ministerio Fiscal, no variando en la sentencia resultante, salvo que una de las empresas no es disuelta porque la misma funciona de forma lícita, aunque si bien es cierto que fue utilizada para cometer los delitos, pero emplea a más de 100 trabajadores y la consecuencia de su disolución es muy perjudicial por este hecho, por lo que se varía la sentencia de segunda instancia en el sentido exclusivamente de no disolver la misma, aunque se le mantiene la pena de multa.

En la sentencia se alude al derecho a la intimidad por los registros en viviendas que se llevan a cabo, así como a la alusión de que el documento que se reputa falso es un documento de identidad de otro país, pero pasamos a analizar la cuestión objeto de este artículo.

Lo interesante de la sentencia 154/2016 de 29 de febrero es que es dictada por el pleno y se fijan los criterios esenciales que han de regir en el futuro respecto del tratamiento penal de la misma:

En cuanto al primer punto, en base a las dos Circulares de la Fiscalía General del Estado, la de 2011 y 2015, se plantea que pueda existir responsabilidad objetiva o vicarial de las personas jurídicas siempre que por medio de ellas y en su provecho o beneficio se hayan llevado a cabo actos delictivos, entendiendo que su responsabilidad está probada simplemente con que se cometan en su seno dichos actos delictivos. Sin embargo, el TS establece que existe responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre y cuando no hayan adoptado las medidas de control necesarias para evitar actos delictivos, por lo que si se demuestra que dichas medidas de control habían sido adoptadas correctamente y aún así se ha cometido en su seno un delito, la persona jurídica no será condenada por ello. Aquí se plantea el tema de que la falta de control por parte de la persona jurídica es un elemento del tipo objetivo de los delitos cometidos por ésta, y es la tesis del TS en este momento. Luego veremos que existe un voto particular de 7 magistrados que no están de acuerdo con esta teoría. Por otra parte, se plantea que el que la empresa lleve a cabo estas medidas de control, ello supone para la Fiscalía una “excusa absolutoria”, entendiendo, sin embargo el TS, que no puede ser “excusa absolutoria” por cuanto que si existiera ésta, estaríamos hablando de la existencia de responsabilidad, y sin embargo, no hay responsabilidad si hay medidas de

control, las cuales se concretan en lo que se denomina “compliance” o “modelos de cumplimiento”. Dice el TS que si se entendiera la norma como la entiende la Fiscalía, estaríamos ante un sistema de responsabilidad objetiva o automática que pondría en peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o una responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el Legislador en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, por lo que entiende no válida la interpretación que hace de la norma la Fiscalía.

El segundo punto, es el relativo a la incompatibilidad en la defensa entre la persona jurídica y la persona física que la representa, es obvia, es decir, toda persona jurídica está representada de hecho o de derecho, por una o varias personas físicas, las cuales, no siempre, pueden estar involucradas o ser sujetos activos de los delitos en los que ha incurrido la empresa, por lo que se hace necesario establecer un criterio para evitar una posible indefensión respecto de la empresa, ya que la persona física siempre va a actuar en su propia y personal defensa, en primer lugar, aunque no haya una mala fé respecto de la persona jurídica, pero es evidente que la estrategia de defensa va a estar enfocada en su mayor parte a evadir su propia responsabilidad penal. Ello, evidentemente, perjudicará a la persona jurídica en cuanto a que existe una clara contraposición y enfrentamiento de intereses, ya que el representante de la empresa descargará en la misma todo lo que le sea posible respecto de la responsabilidad penal. La sentencia, en este sentido no se pronuncia en cuanto a solución posible, pero si lo plantea en cuanto a que se tienen que instrumentar los medios necesarios para evitar estas situaciones que se van a dar.

Se plantea, por otra parte, la situación que se puede llegar a dar de si la persona física que representa a la empresa ha fallecido o no puede ser localizada, en este caso, en otros ordenamientos se utiliza la fórmula del “defensor judicial” o la asignación de tal responsabilidad a un órgano colegiado compuesto por personas independientes u otro tipo de representación. Sobre esto, la Sala no se pronuncia por la imposibilidad de poder pronunciarse sobre ella, dadas las circunstancias concretas de las empresas condenadas, sin embargo, alude a que podría haber una conculcación del derecho de defensa de la persona jurídica por haber sido representada por una persona con intereses contrapuestos a aquella, por lo que se podría instar una repetición del juicio en el que la persona jurídica pudiera ejercer su defensa representada por alguien ajeno y sin conflicto de intereses, dejando pues el TS la puerta abierta a esta posibilidad, que según

el Pleno, tanto los jueces instructores como los juzgadores deberán tener presente a fin de no producir indefensión a las personas jurídicas.

Y, por último, al analizar la disolución como condena de las empresas objeto del procedimiento, hace una diferenciación entre los tipos de empresas que hay en cuanto a su imputabilidad. Efectivamente, hay que distinguir entre:

Las empresas que tienen actividad, la cual en parte es lícita y en parte es ilícita, en este caso, la falta de control y medidas para evitar cualquier hecho delictivo, así como la comisión en su seno y a través de ellas y en su beneficio propio o de otros, constituye una responsabilidad penal de la que ha de responder. Son, por tanto, plenamente imputables y la consecuencia será la disolución, la suspensión, la multa o lo que corresponda a criterio del tribunal. El problema se plantea en las posibles consecuencias negativas que pueda tener su suspensión o su disolución en el caso de que tenga trabajadores, ya que parte de ella sea una actividad lícita, en este caso, el tribunal podrá imponer la pena que considere pertinente sin que conlleve la disolución de la misma por las graves consecuencias que pudiera tener para las personas unidas a ésta y que no hayan cometido delito alguno.

Las empresas que tienen actividad exclusivamente ilícita, en este caso estamos ante una persona jurídica imputable totalmente, y cuya condena será la que establezca el tribunal incluyendo la disolución, debido a que se ha utilizado exclusivamente para llevar a cabo los actos delictivos realizados. Estas son las empresas a las que se refiere el art. 66 bis 2º.

Las empresas “pantalla”, que son aquéllas sin actividad alguna, pero que han sido creadas para llevar a cabo alguna transacción o movimiento necesario en el hecho delictivo, pero que al no tener ninguna actividad ni organización, no se puede determinar que sean imputables penalmente.

Por último, entra a valorar el TS en esta sentencia el sentido de la expresión “en su provecho” que se utilizó hasta la reforma de 2015, y la expresión que se utiliza después de la reforma de “en su beneficio directo o indirecto”, se plantea, pues, si esta expresión forma parte del delito como elemento subjetivo u objetivo del injusto. La circular de la Fiscalía de 2011, consideraba que para que sea calificado como delictiva la acción, no es necesario que haya una efectiva constatación del beneficio, sino que

simplemente, se produzca una tendencia a conseguir el provecho, aunque finalmente no se produzca, debiendo ser considerado así igualmente cuando se habla de beneficio directo o indirecto, es decir, es suficiente con que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad, independientemente de si se ha beneficiado también ella o terceras personas. No obstante, el TS deja en manos de los tribunales la matización de sus decisiones en base al delito cometido y la obtención de la ventaja.

4. VOTO PARTICULAR

A pesar de que ha sido el Pleno de la Sala Segunda del TS quien ha dictado esta resolución, por ser un tema tan controvertido, se ha dictado un voto particular firmado por siete de los magistrados que mantienen una vulneración del principio de contradicción por cuanto que no ha sido objeto de debate la forma de probar por la acusación la falta de control de las personas jurídicas sobre sus órganos, por lo que entienden que al no haber sido objeto de debate, no se tenían que haber pronunciado sobre esta cuestión. No creen, por otra parte, que se deba introducir dicha falta de control dentro del tipo objetivo y que esto deba ser probado por el Ministerio Fiscal caso por caso, todo ello en relación con las eximentes de los apartados 2º y 4º del 31 bis.

Añaden, además que no debe ser elemento del tipo objetivo la ausencia de una cultura de control, en cuanto que no cuestionan que el fundamento último de la RPPJ se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, pero no están de acuerdo en que esta ausencia de medidas deba considerarse como “el núcleo de la tipicidad” o como elemento autónomo del tipo objetivo del art. 31 bis, respecto de la eximente del apartado 2º de dicho art. Lo que ellos consideran es que los presupuestos específicos de la RPPJ o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia, están definidos expresamente en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art. 31 bis y son éstos exclusivamente los que deben ser probados por la acusación. La responsabilidad exclusivamente debe ser por “culpa in vigilando”, pero sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo que exija a la acusación acreditar en cada supuesto un presupuesto de tipicidad basado en la “ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de dicha persona jurídica”.

Por otra parte, consideran que no puede existir para estos casos un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas, debiéndose llevar a la prueba a cabo con los principios que hasta ahora han regido para probar los hechos delictivos y no de otra forma como parece que impone la sentencia del pleno, ya que impone que corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia.

Alegando, por último, incongruencia por cuanto que si se analizan minuciosamente los hechos en el procedimiento, no se prueba que las empresas condenadas careciesen de “una cultura de respeto al derecho” o más simplemente que “careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito”.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, cabe decir que efectivamente la doctrina que sienta la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo es un buen punto de partida para desarrollar en adelante la doctrina que debe regir a la hora de llevar a cabo el procedimiento penal contra las personas jurídicas, doctrina que debe ir adaptándose con estos criterios de base a cada una de las circunstancias que se produzcan a lo largo de los años, ya que en este momento se está comenzando y como todos los comienzos es difícil adelantarse a lo que va a suceder y la casuística que como en todos los delitos tendrá lugar y dará paso a su análisis, unificando doctrina entre la Fiscalía y el Tribunal Supremo. Será un camino largo, pero seguro que fructífero.

REFERENCIAS

ARTÍCULO “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” de Enrique del Castillo Codes.

CIRCULAR 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

LEY ORGÁNICA 8/1983, de 25 de junio.

LEY ORGÁNICA 30/1995 de 23 de Noviembre

LEY ORGÁNICA 5/2010 de 22 de junio

LEY ORGÁNICA 1/2015 de 30 de marzo

SENTENCIA de Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 29 de
Febrero de 2016.

SENTENCIA de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 16 de Marzo de
2016.