

# El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

ÁLVARO MENDO ESTRELLA

Profesor de Derecho Penal Universidad Católica de Ávila  
Abogado

## RESUMEN

*En el año 2010 se introdujo por primera vez en el Código penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha regulación sufrió en 2015 una importante modificación que, al igual que la de 2010, no está exenta de dudas. A día de hoy, existe ya un amplio cuerpo doctrinal y algunas relevantes Sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre esta materia. El objetivo de este trabajo es arrojar luz y proponer soluciones, a la vista de ese cuerpo doctrinal y jurisprudencial, a las dudas interpretativas que generan, principalmente, los artículos 31 bis a 31 quinquies del Código penal.*

*Palabras clave: Responsabilidad penal, persona jurídica, modelos de cumplimiento compliance, Código penal, Tribunal Supremo.*

## SUMMARY

*In 2010, the penal responsibility of legal entities was introduced in the Spanish Criminal Code. This regulation was hurt by an important modification in 2015, which, like the modification in 2010, is not without doubts. As of today, there already exists a wide doctrinal body and some relevant Supreme Court sentences on this material. The objective of this work is to shed light and propose solutions, in view of*

*the doctrinal and jurisprudential body, to the interpretative doubts that come up, mainly articles 31.bis to 31.quinquies of the Criminal Code*

Key words: *Penal Responsibility, Legal Entity, Compliance Models, Criminal Code, Supreme Court.*

SUMARIO: I. Introducción y objetivos. II. Acerca del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. II.a) Títulos de imputación. El objeto de prueba de la acusación. II.b) El beneficio directo e indirecto. Ámbito de aplicación material. III. La exención de responsabilidad penal de la persona jurídica. Los *compliance* o modelos de organización y gestión. IV. Responsabilidad penal directa de la persona jurídica y atenuación de responsabilidad. V. Ámbito de aplicación personal.

## I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Después de debatirse durante décadas la conveniencia o inconveniencia de la introducción en el ordenamiento penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fue la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio la que, finalmente, incluyó en nuestro Código penal la responsabilidad penal de dichos entes jurídicos. Y ha sido más recientemente la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo (entrada en vigor el 1 de julio) la que modificó la regulación anterior introduciendo, entre otras cuestiones, los denominados modelos de organización y gestión. Los artículos de nuestro texto punitivo que, en su parte general, se refieren expresamente a dicha responsabilidad son los artículos 31 bis a 31 *quinquies*, el 33.7 y el 66 bis, siendo los primeros (31 bis a 31 *quinquies*) los que serán objeto de análisis en este trabajo.

Transcurridos, como acabamos de señalar, más de dos años desde la entrada en vigor de la última modificación de nuestro texto punitivo en relación a esta materia, el Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse al respecto. Y ahí radica precisamente el objetivo principal de este trabajo: analizar la regulación vigente sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de todas las sentencias dictadas hasta el momento (1) por el Alto Tribunal en esta novedosa a la par que compleja regulación.

---

(1) Un resumen de alguna de las mencionadas sentencias puede verse en PUIG FUSTÉ, E y GOENA VIVES, B, «¿Son eficaces los modelos de prevención de delitos? Perspectivas a partir de la práctica española y comparada», en *Revista Aranzadi Doc-*

De esta forma realizaremos el análisis siguiendo el orden de los apartados previstos en los artículos 31 bis a 31 *quinquies*, sistematizando en relación a cada uno de ellos las aportaciones jurisprudenciales que, en su caso, nos brinde la mencionada doctrina de nuestro Tribunal Supremo que, por otra parte y no obstante, en su mayoría abordan la cuestión de forma meramente tangencial contándose escasamente con los dedos de una mano las que, a día de hoy, han ahondado en el tema por lo que, necesariamente, hemos de acudir a interesantes aportaciones doctrinales al respecto.

## II. ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

### II.a) **Títulos de imputación. El objeto de prueba de la acusación**

Establece el artículo 31 bis.1 que:

*«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 (2) por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

---

*trinal*, n.º 1, 2017, pp. 254 y ss. Igualmente en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Pamplona: ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

(2) Repárese, como lo hace DEL MORAL GARCÍA, A., «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal», en *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho*, núm 2, octubre de 2017, en la incoherencia entre el 31.bis.1.b y el 66 bis.2.ª párrafo tercero, al exigir el primer precepto un incumplimiento grave de los deberes de supervisión y control y contemplar el segundo, sin embargo, una limitación penológica cuando ese incumplimiento no tenga el carácter de grave.

Como sabemos, la persona física responde penalmente cuando el hecho le es personalmente imputable, pues tiene capacidad de culpabilidad y puede verse motivada por el mandato penal. Sin embargo, el título de imputación, el fundamento del reproche penal a la persona jurídica, no puede venir dado obviamente por la capacidad de motivación que solo pueden tenerla las personas físicas sino que hay que buscarlo en otro fundamento muy distinto (3). Como punto de partida los dos títulos de imputación expresamente mencionados por el legislador penal son:

a) La representación: que se corresponde con la letra a) del artículo 31 bis.1).

b) La comisión del delito por personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior: que se corresponde con la letra b) del artículo 31 bis.1).

A la vista de la redacción legal nos asaltan varios interrogantes:

1.º ¿Qué debe entonces probar el que mantiene la acusación de la persona jurídica?

2.º ¿Basta con demostrar la existencia de un delito cometido en el seno de la misma por alguna de las personas a las que se refieren el 31 bis.1.a) y b)?, o ¿es necesario algo más?,

3.º ¿Qué se entiende por beneficio directo o indirecto?

La respuesta a estas interrogantes, sobre todo a las dos formuladas en segundo lugar, es de capital importancia, pues ello supondrá decantarnos acerca del fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica.

En relación al derecho probatorio en este nuevo ámbito, la STS 514/2015 de 2 de septiembre señala que *«parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal»*. Y como continuación y complemento de lo acabado de exponer, la importante STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, recuerda entre aquellos principios a los que alude su antece-

---

(3) Sin embargo, son muchas las aportaciones doctrinales, nacionales e internacionales, contrarias a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Entre otros, por su relevancia, SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, pp. 155 y ss., 172 y ss. y 232 y ss. En el panorama nacional, una completísima exposición de argumentos contrarios a la responsabilidad penal de la persona jurídica puede verse en GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-05 (2016), pp. 6 y ss.

sora a los de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, juez legalmente predeterminado por la ley o al derecho a un proceso con todas las garantías.

Dicho esto y en respuesta a las interrogantes planteadas, en opinión de quien suscribe no se trata simplemente de demostrar la comisión de un delito en el seno de la persona jurídica sino, inicialmente, de que el delito haya sido cometido por algunas de las personas a las que se refieren las letras a y b del artículo 31 bis), en nombre y por cuenta de las mismas. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo últimamente mencionada recuerda que «*lo que no admite duda [...] es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como supuesto inicial de la referida responsabilidad...*».

Pero decimos inicialmente, y en este punto nos adentramos en uno de los extremos más debatidos hasta el momento sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque a la luz de la doctrina jurisprudencial hasta ahora emanada de nuestro Alto Tribunal parece desprenderse que quien pretende dicha responsabilidad penal debe probar algo más. Y en esta línea se ha pronunciado claramente el Tribunal Supremo en su Sentencia 154/2016, de 29 de febrero (sentencia del Pleno) e, igualmente, en la 221/2016, de 16 de marzo.

En la primera afronta por primera vez el problema y si bien en algunos pasajes resulta un tanto ambigua, en otros la claridad de su postura justifica la transcripción de alguno de ellos: así, señala la mencionada resolución que «*la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1, parr. 1.º, CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis.1.a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015], ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos*».

Y continúa diciendo que «*ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual artículo 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista*» manifestación que pone de relieve y sobre lo

que después volveremos, que esa cultura de respeto al Derecho es algo distinto a los modelos de organización y gestión lo cual se aprecia nítidamente cuando más adelante la propia resolución se refiere a la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como *«núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliance” o “modelos de cumplimiento”»*.

Por tanto, parece establecer nuestro Tribunal Supremo que lo contrario, es decir, basar la responsabilidad de la persona jurídica única y exclusivamente en la constatación de que en su seno se ha cometido un hecho delictivo por las personas mencionadas en el 31.bis.1 a y b), sería algo así como una responsabilidad objetiva y supondría considerar que el legislador ha introducido un sistema vicarial, de heteroresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno que la propia exposición de motivos de la Ley descarta.

En este sentido, también señala la tan meritada resolución que *«El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida»*.

Por ello concluye y así se responde a la pregunta que nos formulamos acerca de qué debe probar el que acusa, que *«de lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión»*.

Posteriormente, la también mencionada Sentencia 221/2016 de 16 de marzo refrenda claramente, en varios pasajes de su F. J 5, lo sentado por su antecesora en cuanto a cuál ha de ser la carga probatoria de la acusación: así señala que *«desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comi-*

*sión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del artículo 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015».*

*Y concluye que «en definitiva, 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 no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».*

*Del mismo modo, la posterior Sentencia 516/2016 de 13 de junio señala con absoluta nitidez que «el artículo 31 bis del Código penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitiva del tipo de autor en las personas jurídicas. El artículo 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física –representantes legales o por empleados– en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales, por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar».*

Por tanto, a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, podremos extraer a modo de conclusión que:

1.º La acusación debe probar que se ha cometido un hecho delictivo por alguna de las personas mencionadas en el artículo 31 bis. 1 a y b), en nombre o por cuenta de la persona jurídica, en su beneficio directo o indirecto y, además, que ello se ha visto facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos. Por tanto el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídica-

cas no radicaría en la constatación de la comisión de un delito en el seno de la organización por sus representantes o subordinados, sino en la ausencia de una cultura de respeto al Derecho (4).

2.º Esa ausencia de una cultura de respeto al Derecho es independiente, aunque a primera vista pareciera lo mismo, de los programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión a los que se refiere el legislador penal en el artículo 31 bis.2, por lo que asalta una duda inmediata: ¿dónde radica la diferencia entre el requisito de la existencia/inexistencia de una cultura de respeto y el de la existencia/inexistencia de modelos de organización y gestión con los requisitos que establece el Código penal? o dicho de otra forma ¿cómo combinar ambos aspectos?

Pues bien, aquí radica la ambigüedad a la que nos referíamos anteriormente y no acertamos a atisbar ninguna frontera entre ambos aspectos. Pudiera pensarse que la mera existencia de modelos de organización y gestión sería solo un indicio probatorio de la existencia de esa cultura de respeto debiendo además probar, y aquí pudiera estar la diferencia, que tales modelos están ciertamente implantados y desarrollados en la actividad empresarial, que se ejecutan y verifican y que son conocidos por todos los trabajadores que forman parte de la empresa en cuestión. Pero es que estas exigencias ya estarían contempladas por el legislador penal cuando regula los modelos de organización y gestión en el artículo 31 bis.2.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> al referirse a la «ejecución con eficacia» y a la «supervisión del funcionamiento y del cumplimiento» por lo que creemos que la existencia de una cultura de respeto al Derecho y la existencia de modelos de organización y gestión con los requisitos que establece el Código penal carece de fronteras nítidas que las separe (5).

---

(4) Como señala un importante sector doctrinal «el fundamento del castigo penal que recibiría la persona jurídica sería la existencia de defectos en su organización, la tenencia de una estructura opaca, la inexistencia de controles sobre sus empleados [...]. Lo anterior, una vez comprobado, pondría de manifiesto una conducta culpable...». NIETO MARTÍN, A, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

(5) El dictamen del Consejo de Estado al proyecto de reforma de 2015 señalaba que: «... entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan

A pesar de todo lo dicho, la Sentencia 154/2016 cuenta con un importante voto particular emitido por 7 Magistrados de la Sala Segunda, alguno de cuyos pasajes conviene recordar: así, en referencia al título de imputación en el que se basa la responsabilidad penal de la persona jurídica señalan los autores del voto particular que *«esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del artículo 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa in constituendo y la culpa in instruendo. Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo»*.

Y concluye con absoluta nitidez que *«Los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deben ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el artículo 31 bis.1.º CP, apartados a) y b). [...] la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2.º y 4.º del artículo 31 bis. La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes»*.

Por tanto y a tenor de este voto particular, muy razonable, nítido y con muy buena técnica jurídica (6), como no podía ser de otra manera, podemos concluir que:

1.º La acusación debe probar la comisión en el seno de la empresa de algún delito que haya sido cometido por sus representan-

---

*solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras»* de forma que, entendemos, pueden identificarse esa «ausencia de una cultura de respeto al Derecho» de la que habla el Tribunal Supremo con la «inexistencia del programa de compliance o su inaplicación» a la que se refiere el Consejo de Estado pues ambos lo consideran como el extremo que hay que probar además de la comisión de un delito por representantes o subordinados, que lo sea en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto de la misma.

(6) No obstante, de denso lo califica DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 3, p. 4.

tes y subordinados, en beneficio directo o indirecto de la misma y actuando en su nombre o por su cuenta (7).

2.º La existencia de modelos de cumplimiento o *compliance*, como causa de exención de responsabilidad que son, debe ser probada por quien lo alegue es decir, por la persona jurídica en cuestión.

Evidentemente, las conclusiones extraídas de la doctrina emanada de nuestro Alto Tribunal y las derivadas del mencionado voto particular son diametralmente opuestas, siendo obligación de quien suscribe posicionarnos al respecto. Y en este sentido, nos inclinamos por lo establecido en el voto particular y ello por las siguientes razones:

a) No podemos considerar que lo contrario a la doctrina del Tribunal Supremo sea instaurar un sistema de responsabilidad objetiva, de heteroresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno. Efectivamente, no solo ha de probarse la comisión de un hecho delictivo sin más, sino además el beneficio directo o indirecto para la empresa en cuestión, la actuación por su cuenta y en su nombre y no que lo haya cometido cualquiera sino determinadas personas (representantes, subordinados) que han sido, o deben ser, elegidas cuidadosamente por la entidad para ejercer su representación y seguir haciéndolo (por tanto culpa *in eligendo* que no solo es exigible en el momento del nombramiento) o por personas cuya actuación debe ser vigilada y supervisada adecuadamente para evitar, entre otros, perjuicios a terceros además de a la propia entidad.

Y esto no es, efectivamente, más que la tradicional culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando* pero culpa al fin y al cabo alejada de cualquier atisbo de responsabilidad objetiva, máxime cuando el propio 31 bis.1.b) exige la prueba de que tales hechos se hayan visto facilitados por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, lo que no tiene por qué identificarse necesariamente con la inexistencia de programas de cumplimiento.

b) No debemos olvidar nunca, en cualquier interpretación jurídico-penal, los principios inspiradores del Derecho punitivo y, entre ellos, el de legalidad. Siendo así que el legislador expresamente ha considerado a los modelos de organización y gestión como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis.2).

Es más, el propio Tribunal Supremo, como hemos visto, considera extrapolables las reglas probatorias que se exigen a las persona físicas

---

(7) Como pone de manifiesto FOUREY GONZÁLEZ, M., «Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 43-2016, p. 61, esta sería la posición adoptada igualmente por la mencionada Circular 1/2016.

también al ámbito de responsabilidad de la persona jurídica por lo que no hay razón para invertir la carga de la prueba y hace recaer sobre quien acusa el deber de probar la existencia o inexistencia de tales programas (8).

Sea como fuere, y se siga la opción doctrinal que se siga, lo que parece meridianamente claro es que, a la luz de la regulación vigente, debe acreditarse para la condena de la persona jurídica, utilizando los términos empleados por la STS de 19 de julio de 2017 (F. J 28.º), que:

a) *«Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable [...] en una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas».*

b) *«Concurre un innegable provecho o beneficio directo»* o indirecto *«para la sociedad»*

c) *«Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito»*, si bien aquí sigue latiendo la cuestión, ya analizada, de a quién corresponde probar la existencia o ausencia de tales modelos.

## **II.b) El beneficio directo e indirecto. Ámbito de aplicación material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Como acabamos de señalar, no debemos olvidar que también debe acreditarse que la actuación del representante de la persona jurídica (apartado a) o de las personas sometidas a su autoridad (apartado b) debe realizarse en «beneficio directo o indirecto de las mismas», tornándose esencial aclarar qué se entiende por tal.

A este respecto, a pesar de la novedad de la institución jurídica que analizamos, ya se ha podido pronunciar la Sala Segunda en la tan mencionada Sentencia 154/2016 señalando que *«ese término de provecho o beneficio hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la*

(8) En el mismo sentido PEREDA SORIANO, O., *op. cit.*, nota 4, p. 406 o DEL MORAL GARCÍA, A, *op. cit.*, nota 2, p. 6.

*mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete».*

Igualmente la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 ha señalado que *«la nueva expresión legal en beneficio directo o indirecto [...] como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad 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. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés [...] también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a la entidad, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella».*

Por último y para finalizar el presente epígrafe, en cuanto al ámbito de aplicación material, el apartado 1 del artículo 31 bis, señala que *«En los supuestos previstos en este Código...»*, es decir, que la persona jurídica solo puede ser responsable cuando el Código penal lo prevea expresamente en la sección, título o capítulo correspondiente al tipificar los delitos en cuestión, por ejemplo: 156 bis.3), 177 bis.7), 189 bis), 197 quinquies, 251 bis, 261 bis y muchos ejemplos más. No obstante sigue llamando la atención que no se contemple la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra los derechos de los trabajadores pues, a pesar de lo que pudiera parecer, el artículo 318 del Código penal no la está acogiendo.

En este sentido, claramente la Sentencia del Tribunal Supremo 121/2017 de 23 de febrero señala que *«el artículo 318 no se remite al artículo 31 bis. Lo que hace –mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010– es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del artículo 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal».*

Sea como fuere, nos sumamos a la crítica doctrinal que reclama la responsabilidad de la persona jurídica en este tipo de delitos, pues se trata de unas modalidades delictivas en la que es indiscutible el protagonismo de entidades mercantiles.

No obstante, en todos aquellos delitos en los que el legislador prevea la imposición a las personas jurídicas de algunas de las medidas previstas en el artículo 129, considera algún sector doctrinal (9) que deben verificarse los requisitos previstos en el artículo 31.bis.

---

(9) GÓMEZ MARTÍN V., y NAVARRO MASSIP, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2016, p. 30.

### III. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. LOS COMPLIANCE O MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Establece el artículo 31 bis.2 que *«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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>*

*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».*

Aparte de lo que ya se ha señalado en cuanto a la carga de la prueba sobre la existencia de estos modelos de organización y gestión, donde nos remitimos, el párrafo que acabamos de transcribir supone una novedad respecto a la regulación original de 2010 y que ha sido introducida por la reforma de 2015, cual es la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la misma ha adoptado o creado *«modelos de organización y gestión»* y se ha cumplido, además, lo establecido en los puntos 2, 3 y 4 señalados. Es lo que en terminología anglosajona se conoce como *«compliance confident»* o, si se permite la expresión, de forma ilustrativa y salvando las distancias, algo parecido a lo que en el ámbito del Derecho Laboral y de Seguridad en el trabajo conocemos como *«Plan de Prevención de Riesgos Laborales»*.

Detengámonos en este momento acerca de cuál es la naturaleza jurídica (10) de estos modelos de organización y gestión y a lo que ya se ha referido expresamente nuestro Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia 154/2016 de 29 de febrero. Al respecto los considera como *«de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física»* (11). En definitiva, nuestro Tribunal Supremo considera la inexistencia de los modelos referidos en el 31 bis.2) como elementos del tipo penal, descartando su naturaleza de causa de exclusión de la culpabilidad o de la antijuridicidad (12).

En opinión de quien suscribe, en aras del principio de legalidad, entendemos que se trata de una eximente por lo que en consecuencia, en buena técnica y a falta de decisión expresa del legislador, nos encontraremos ante una causa de exclusión de la culpabilidad o de la antijuridicidad decantándonos por esta última opción pues, como es sabido, en relación a las personas físicas las causas que afectan a la antijuridicidad (salvo el estado de necesidad ex art. 118 C. P) no llevan aparejada responsabilidad civil y, de la misma forma en el caso de las personas jurídicas, tampoco se prevé la misma para la entidad en cuyo seno, a pesar de concurrir los requisitos del 31 bis.2, se ha cometido un hecho delictivo.

---

(10) Una panorámica de las posturas acerca de la naturaleza jurídica de la exoneración podemos verla también en DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 2, p. 5.

(11) Por su parte la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 56, considera que la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una «excusa absolutoria», vinculada a la punibilidad, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una «excusa absolutoria» ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción. Como elemento negativo del tipo o incluso elemento configurador del tipo subjetivo lo han considerado algunas voces destacadas: *vid.* Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos 2016, «La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código penal» en *Diario La Ley*, n.º 8915, 6 de febrero de 2017, pp. 5-6.

(12) El voto particular de la mencionada sentencia 154/2016 señala sin embargo que *«la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2.º y 4.º del artículo 31 bis»*.

Antes de continuar con el análisis del apartado 3 del 31.bis, conviene aclarar qué podemos entender por la «autonomía» del órgano de supervisión a la que se refiere el 31 bis.2.2.<sup>a</sup> En este sentido resultan esclarecedoras las consideraciones que al respecto realiza Fourey González (13) cuando señala que «este requisito no debe confundirse con la independencia organizativa, por cuanto el órgano de supervisión siempre estará sometido a una obligación de reporte periódico al órgano de administración [...]. El reporte entre el órgano de supervisión y el órgano de administración lo será a los meros efectos de que este último pueda comprobar que la tarea de control de riesgos penales se está desarrollando de forma efectiva y suficiente [...]. Este requisito se traduce en la capacidad de llevar a cabo su labor de supervisión sin trabas administrativas o funcionales que la dificulten o imposibiliten».

En cualquier caso, sea como fuere, el artículo 31 bis.2.2.<sup>a</sup> señala que «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención» ha de confiarse a «un órgano de la persona jurídica» y, en este marco, entre las funciones del órgano de supervisión, en aras de un modelo de prevención eficaz, deberá estar igualmente el control y fiscalización del órgano de administración y ello, aun pudiéndonos tachar de desconfiados, se torna una quimera cuando ese órgano de supervisión no deja de ser, precisamente, un órgano de la propia persona jurídica. En este escenario, creemos, resulta imprescindible proponer y arbitrar otras alternativas que pudieran pasar, por ejemplo, por la posibilidad de que ese órgano de supervisión fuera un órgano cualificado y certificado externo a la propia compañía.

Por su parte, el apartado 3 del 31 bis establece una diferencia en cuanto al órgano que deba encargarse de la supervisión y control de los modelos de organización y gestión en personas jurídicas de reducidas dimensiones, estableciendo que en lugar de ser asumidas tales funciones por 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 puedan «*ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*».

Prevé el apartado 4 que «*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 ges-*

---

(13) FOUREY GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 9, p. 70.

*ción 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».*

A diferencia de lo establecido en el 31 bis.2), este 31.bis.4) recoge la exención de responsabilidad para la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido, no por directivos o responsables de la Entidad, sino por subordinados a éstos y exige menos requisitos que los que requería el 3.bis.2 (parece (14) que solo la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión).

Y por lo que respecta al contenido de los modelos de organización y gestión, el apartado 5 del artículo 31 bis señala que *«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 aquéllos.*

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 (15).*

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».*

---

(14) En opinión de PEREDA SORIANO, O., *op. cit.*, nota 4, p. 408, en apoyo igualmente de la Circular FGE 1/2016, el 31.bis.4 lleva implícitas las condiciones 2.ª, 3.ª y 4.ª del 31.bis.2.

(15) Algunos autores alertan de la necesidad de compatibilizar esas sanciones con el ámbito laboral. Por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., «Compliance y derechos de los trabajadores», en MIR PUIG, S, CORCOY BIDASOLO, C y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid: Edisofer, 2014, pp. 421-457.

En relación a los requisitos acabados de mencionar queremos poner de manifiesto y resaltar que no ha de valer con el cumplimiento meramente formal de este contenido mínimo sino que es necesario, pues así lo repite el propio Código penal en el artículo 31 bis.2.1.<sup>a</sup> y 31 bis.4, la adopción y ejecución eficaz de los modelos de organización y gestión. Como señala con buen criterio Fourey González, «el modelo de prevención debe cumplir con todos los requisitos legales establecidos por el artículo 31 bis.5 CP, pero no basta con ello. La compliance no es, o no debería ser, una disciplina formalista o rigorista [...]. La tenencia de medidas de control sobre el papel no resultará bastante si no viene de la mano de una consistente ejecución» (16).

En este sentido, acertadamente, se aboga por la inclusión de «unos criterios que clarifiquen si dichos requisitos del artículo 31 bis.5 se han implementado o no correctamente. Para que los jueces y fiscales puedan valorar si se está cumpliendo con lo que establece el Código, necesitan un parámetro pero no lo tienen», aportando como posible solución «que los criterios de idoneidad [...] podrían fijarse en disposiciones legislativas o debería encomendarse su calificación a organismos certificados según estándares reconocidos» (17).

En esta línea, y teniendo en cuenta la necesidad de demostrar la eficacia (vid, 31 bis.2.2.<sup>a</sup> y 31 bis.4.<sup>a</sup>) de los modelos de organización y gestión, se torna imprescindible conocer qué criterios deben tenerse en cuenta para valorar la eficacia de los mismos, criterios que, *lege data*, brillan por su ausencia.

No obstante, la Circular 1/2016 apunta algunos que pueden resultar útiles para avalar su eficacia, a saber: que el modelo sea específico para la organización, huyendo así de modelos generales, meros formularios, intrascendentes y superfluos; que tengan como fin promover una verdadera cultura ética empresarial; la obtención de certificados y acreditaciones por entidades evaluadoras independientes y objetivas; implicación inequívoca de la alta dirección de la empresa para trasladar al resto de la empresa una cultura de cumplimiento; descubrimiento de los delitos por la propia compañía; la mayor o menor gravedad de la conducta delictiva y el número de empleados implicados; la existencia o no de procedimientos penales

---

(16) FOUREY GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 9, p. 68.

(17) PUIG FUSTÉ, E Y GOENA VIVES, B, *op. cit.*, nota 1, pp. 257-258. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado denuncia que debía haberse encomendado a la normativa administrativa y/o mercantil la regulación de los modelos de cumplimiento normativo, teniendo en cuenta el alto grado de desarrollo que requiere una correcta regulación de los mismos.

anteriores; la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa.

Junto a los criterios anteriores también pueden señalarse otros indicios como la permanente actualización de los modelos a la organización de la entidad y a la regulación aplicable, la existencia de un órgano de supervisión con autonomía, suficiencia presupuestaria y autoridad, formación e información continuada a todos los miembros de la organización, la implantación de un canal de denuncias y de un sistema disciplinario adecuados (18).

#### IV. RESPONSABILIDAD PENAL DIRECTA DE LA PERSONA JURÍDICA Y ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD

##### Artículo 31 ter

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 aquéllos.»*

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 ter que acabamos de transcribir recoge la que se conoce como responsabilidad penal directa de la persona jurídica (19): esta significa que la persona jurídica va a responder (claro está, si se dan los requisitos y presupuestos estudiados) independientemente de

(18) FOUREY GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 8, pp. 69-71.

(19) Por el contrario, la responsabilidad penal indirecta supone que para que la persona jurídica pueda responder penalmente, debe haberse seguido proceso penal frente a una persona física e, incluso, que ésta haya sido condenada.

que se haya concretado o no a la persona física (20) que cometió el delito, de que ésta pueda estar exenta de responsabilidad penal por concurrir en ella alguna causa de exención que afecte a su culpabilidad (21) o incluso aunque hubiera fallecido.

La STS 121/2017 de 23 de febrero se refiere a estas consecuencias cuando expresamente señala que «*la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa, conforma a los artículos 3 bis y ter C. P*». En parecido sentido la STS 455/2017, de 21 de junio recuerda que «*la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social*».

Este precepto, entendemos, debe ser bien valorado, pues las complejíssimas estructuras que en ocasiones muestran determinadas sociedades mercantiles u otras entidades hacen verdaderamente difícil identificar e individualizar al concreto autor o autores que cometieron el hecho delictivo.

Por su parte, nuestro texto punitivo recoge en el *artículo 31 quater* las circunstancias que pueden atenuar la pena de la persona jurídica al señalar 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.*

---

(20) Sin embargo, en EE.UU., cuna de la responsabilidad penal de las corporaciones, últimamente se centran los esfuerzos en identificar a los responsables individuales y se llegan a acuerdos con la fiscalía que no suponen una verdadera condena, PUIG FUSTÉ, E y GOENA VIVES, B, *op. cit.*, nota 1, pp. 260-261. Con más detalle, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*, Madrid. 2.<sup>a</sup> ed, Edisofer S. L, 2016, p.423.

(21) Como han puesto de manifiesto GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J., *op. cit.*, nota 10, p. 36, «si se entiende en sentido estricto la palabra culpabilidad, dicha expresión no incluirá las causas de justificación».

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».*

La primera cuestión que se plantea en relación al precepto que acabamos de transcribir es que las actuaciones descritas en el mismo deben hacerse *«a través de sus representantes legales»*, lo que excluiría la aplicación de la correspondiente atenuación en aquellos casos que fueran realizadas por trabajadores. No obstante, creo que la expresión *«a través de»* (22) y una interpretación favorable a reo debieran permitir la aplicación de las atenuantes a otras hipótesis imaginables.

Dejamos anunciado en este punto, pues no es objeto de este trabajo, una de las problemáticas consecuencias procesales que la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica trae consigo y que tiene que ver con el conflicto de intereses procesales entre la persona jurídica y el representante de la sociedad cuando en éste concurre la calidad de investigado en el delito, pues escaso interés tendrá en facilitar la investigación. Esta problemática ha sido detectada ya por la STS de 11 de octubre de 2017, si bien por cuestiones rituales no entró al fondo de la cuestión.

Sencillamente, y al igual que ocurre con las personas físicas, la responsabilidad penal de la persona jurídica puede verse atenuada solo cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en las letras a) a d), todas posteriores a su comisión y que, en parte, recuerdan a algunas de las atenuantes previstas para las personas físicas en el artículo 21 del Código penal. Repárese, sin embargo, en que el legislador no ha previsto agravaciones para responder, como podría ser factible, a supuestos de reincidencia (23).

Por su parte, las atenuaciones previstas en las letras a) y b) permiten afirmar que *«se entra así en una nueva era de colaboración entre las organizaciones empresariales y el Estado a la hora de ejercer el ius puniendi»* (24).

Igualmente, repárese en que el apartado b) requiere que las pruebas sean nuevas y decisivas lo que, en una interpretación gramatical respetuosa con el principio de legalidad, excluiría aquellas pruebas decisivas pero no nuevas, o nuevas pero no decisivas. Del mismo modo si, por ejemplo, la confesión que se lleve a cabo en cualquier

(22) En este sentido GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J, *op. cit.*, nota 10, p. 37.

(23) Así, VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A., «Penas y atenuantes aplicables a las empresas», en *Revista Contable*, ed. Wolters Kluwer, n.º 54, abril 2017, p.1.

(24) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los delitos patrimoniales y económico financieros», en *Diario La Ley*, núm 15.001, 2010.

momento del procedimiento es nueva o decisiva, la aplicación del apartado b) eludiría el momento procesal («antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella») que el apartado a) requiere para que la confesión tenga eficacia atenuante (25).

## V. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

Establece el *Artículo 31 quinquies* que «1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal de la regulación que nos ocupa, en ningún momento señala el Código penal lo que deba entenderse por persona jurídica, sin que deba resultar aplicable el concepto de sociedad recogido en el artículo 297 del Código penal al regular los delitos societarios. Algún sector doctrinal (26) entiende, creo con buen criterio, que deberá serlo todo ente con personalidad jurídica, como puede desprenderse propiamente del artículo 129 del Código penal al señalar que «en el caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, o a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis....».

En este contexto, nos indica Pereda Soriano (27) que «serán personas jurídicas las sociedades, tanto civiles como mercantiles, las

---

(25) Al respecto, ver los ilustrativos ejemplos del GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J., *op. cit.*, nota 10, p. 37.

(26) GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J., *op. cit.*, nota 10, p. 31.

(27) PEREDA SORIANO, O., *op. cit.*, nota 4, p.393.

*corporaciones, las fundaciones, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, etc.».*

Por su parte, el artículo 31 quinquies.1 establece una serie de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal, mientras el apartado 2 señala una serie de limitaciones en cuanto a las únicas penas que les pueden ser impuestas a las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Se ha dicho que el fundamento de tal exención y limitación radica, respectivamente, en la relevancia constitucional de la función que prestan tales entidades y en evitar la incidencia negativa que tales penas tendrían en la correcta prestación de las funciones públicas que tienen encomendadas (28).

Repárese en que la limitación mencionada no se aplica, como reza el propio 31 quinquies.2, cuando *«el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal»*. Ello nos da pie a comentar, si quiera brevemente, el problema de las *«empresas pantalla»* entendiendo por tales *«las que constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales»* (29) o, en palabras de la tan referida STS 154/2016 de 29 de febrero las *«creadas exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física»* (F. J. séptimo). Una u otra definición encaja sin mayores esfuerzos en la literalidad del propio 31 quinquies.2 y también en la del 66 bis.2.<sup>a</sup> b) por lo que debiéramos concluir que las empresas pantalla son sujetos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo téngase en cuenta que la Sentencia mencionada ya advierte, en referencia a las empresas pantalla, que *«ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia...»*.

En consecuencia, declara esta sentencia, que las *«empresas pantalla»* deberían quedar excluidas de la persecución criminal, dado que no desarrollan ninguna actividad lícita ni económica ni empresarial,

(28) DOPICO-GÓMEZ ALLER, J., en ORTIZ DE URBINA (Coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, Madrid: ed. Francis Lefebvre, 2010, pp. 134 y ss.

(29) VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A., *«La responsabilidad penal de las empresas»*, en *Revista Contable*, n.º 53, marzo 2017, p.2.

ya que su creación es un instrumento para facilitar que las personas físicas que la integran delincan.

Por último, y a modo de curiosidad, señalar que la redacción original de 2010 del artículo 31 bis) excluía del ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también a partidos políticos y sindicatos, exclusión que desapareció con la modificación operada en dicho precepto por la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre.

## CONCLUSIONES

### I

A tenor de la Doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo, quien pretenda sostener la responsabilidad de la persona jurídica debe acreditar no solo la comisión de un hecho tipificado como delito por parte de los representantes de la entidad o de sus subordinados sino que ello además se haya visto facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho que, en nuestra opinión, nada se distingue de la inexistencia de modelos de organización y control con los requisitos exigidos en el Código penal. Para nuestro Alto Tribunal, lo contrario llevaría a la instauración de un sistema vicarial o de responsabilidad por el hecho ajeno cercano a la responsabilidad objetiva.

### II

A pesar de ello existe una corriente en la propia Sala del Tribunal Supremo (manifestado en un voto particular de 7 Magistrados en la STS 154/2016) según la cual la acusación, sin embargo, debe probar la comisión en el seno de la empresa de algún delito que haya sido cometido por sus representantes y subordinados, en beneficio directo o indirecto de la misma y actuando en su nombre o por su cuenta, mientras que la existencia de modelos de cumplimiento o *compliance*, como causa de exención de responsabilidad que son, debe ser probada por quien lo alegue es decir, por la persona jurídica en cuestión, relevando a la acusación de la carga de probar la ausencia de una cultura de respeto al Derecho.

### III

Consideramos más acertada la opinión emanada del voto particular pues, efectivamente, nos encontramos ante un sistema de autorresponsabilidad ya que el título de imputación de la persona jurídica está basado en la culpa *in eligendo*, respecto de sus representantes, o de la culpa *in vigilando*, respecto de sus subordinados. Además, en coherencia debida con el principio de legalidad penal, el legislador ha considerado expresamente a los modelos de organización y gestión como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el propio Tribunal Supremo considera extrapolables las reglas probatorias que se exigen a las persona físicas al ámbito de responsabilidad de la persona jurídica, por lo que no hay razón para invertir la carga de la prueba y hacer recaer sobre la acusación el deber de probar la inexistencia de tales programas.

#### IV

Sea como fuere, y se siga la opción doctrinal que se siga, lo que parece meridianamente claro es que, a la luz de la regulación vigente, debe acreditarse para la condena de la persona jurídica, utilizando los términos empleados por la STS de 19 de julio de 2017 (F. J 28.º), que:

a) «*Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable [...] en una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas*».

b) «*Concorre un innegable provecho o beneficio directo*» o indirecto «*para la sociedad*»

c) «*Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito*», si bien aquí sigue latiendo la cuestión, ya analizada, de a quién corresponde probar la existencia o ausencia de tales modelos.

#### V

Debe añadirse al catálogo de delitos susceptibles de responsabilidad penal de las personas jurídicas los delitos contra los derechos de los trabajadores, al tratarse de modalidades delictivas en las que es indiscutible el protagonismo de entidades mercantiles y evidente la vulnerabilidad del bien jurídico protegido ante las actuaciones de aquellas por medio de sus representantes.

## VI

La naturaleza jurídico penal de la existencia de modelos de organización y gestión, en coherencia con el principio de legalidad pues así lo recoge expresamente nuestro legislador penal, entendemos es la de una exigente por lo que en consecuencia, en buena técnica, nos encontraríamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad o de la antijuridicidad decantándonos por esta última opción pues, como es sabido, en relación a las personas físicas las causas que afectan a la antijuridicidad (salvo el estado de necesidad ex art. 118 CP) no llevan aparejada responsabilidad civil, siendo este el modelo por el que se ha optado para la persona jurídica pues no hay precepto en nuestro texto punitivo que derive responsabilidad civil a la persona jurídica en cuyo seno se ha cometido un hecho delictivo, en su beneficio directo o indirecto, concurriendo los requisitos del 31 bis.2.

## VII

Establece el artículo 31 bis.2.2.<sup>a</sup> que el órgano de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado debe ser un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control, lo que podemos entender como la capacidad de llevar a cabo su labor de supervisión sin trabas administrativas o funcionales que la dificulten o imposibiliten.

Pero en cualquier caso, en este marco, entre las funciones del órgano de supervisión, si se quiere implementar un modelo de prevención eficaz, deberá figurar el control y fiscalización del órgano de administración y ello se torna una quimera cuando precisamente ese órgano de supervisión no deja de ser un órgano de la propia persona jurídica. En este escenario, resulta imprescindible proponer y arbitrar otras alternativas que pudieran pasar, por ejemplo, por la posibilidad de que ese órgano de supervisión fuera un órgano cualificado y certificado externo a la propia compañía.

## VIII

A la vista de los requisitos que el Código penal establece para dotar de relevancia exigente a los modelos de organización y gestión se encuentra la necesidad de demostrar la eficacia de los mismos (arts. 31 bis.2.4.<sup>a</sup> y 3 bis.4). No obstante *lege data* no existen, como

sería deseable, unos criterios que sirvan para avalar dicha eficacia. En este sentido pueden proponerse, al hilo de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, entre otros: que el modelo sea específico para la organización; que tenga como fin promover una verdadera cultura ética empresarial; la obtención de certificados y acreditaciones por entidades evaluadoras independientes y objetivas; implicación inequívoca de la alta dirección de la empresa para trasladar al resto de la empresa una cultura de cumplimiento; descubrimiento de los delitos por la propia compañía; la mayor o menor gravedad de la conducta delictiva y el número de empleados implicados; la existencia o no de procedimientos penales anteriores; la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa.

## IX

Los comportamientos con eficacia atenuante para la persona jurídica descritos en el artículo 31 quater, deben realizarse *«a través de sus representantes legales»*, lo que excluiría la aplicación de la correspondiente atenuación en aquellos casos que fueran realizados, por ejemplo, por trabajadores. No obstante, creo que la expresión *«a través de»* y una interpretación favorable a reo debieran permitir la aplicación de las atenuantes a otras hipótesis imaginables.

## X

Además de por la mención expresa a personas jurídicas que en diversos pasajes del artículo 31 bis a 31 quinquies realiza el Código penal, hemos de concluir que por coherencia igualmente con lo establecido en el artículo 129, el ámbito de aplicación personal del régimen de responsabilidad penal de los entes colectivos es aplicable sólo a los entes con personalidad jurídica propia y no a otros.