



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la economía española

Problemas generales y propuestas de solución

Victor Jiménez Carbayo



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho penal y Ciencias Penales

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
PROBLEMAS GENERALES Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN**

VÍCTOR JIMÉNEZ CARBAYO

BARCELONA, 2020



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho penal y Ciencias Penales

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN LA ECONOMÍA ESPAÑOLA**
PROBLEMAS GENERALES Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Director: Víctor Gómez Martín

Tutora: María Luisa Corcoy Bidasolo

VÍCTOR JIMÉNEZ CARBAYO

BARCELONA, 2020

Para Iris

Agradecimientos

Siempre digo que la vida es como un gran trabajo en equipo del que uno no es más que la cara visible. En este sentido, quisiera dar las gracias a todas aquellas personas que, de un modo u otro, me han ayudado en la elaboración de mi Tesis doctoral.

Para empezar, mi más sincero agradecimiento a mi director, Víctor Gómez Martín, cuya paciencia ha sido necesaria para hacerme entender qué debía hacer y cómo, así como para ayudarme a valorar diferentes puntos de vista y, sobre todo, haberme ayudado a empezar a aprender Derecho penal *de verdad*. Le agradezco especialmente que me orientase y me ayudase a defender ideas, en algunas ocasiones, contrarias a las suyas, para que esta investigación llegase a buen puerto.

También quiero dar las gracias a los muchos profesores y profesoras que, habiendo coincidido con ellos durante mi formación o no, me han ayudado a resolver algunas dudas que me han podido surgir. En este sentido, mi agradecimiento va hacia José Antonio Fernández Amor, Mari Carmen Núñez Zorrilla, Óscar Serrano Zaragoza, Santiago Niño Becerra, Juan Carlos Ferré Olivé y, muy especialmente, Marta Arespa Castelló, quien tuvo la amabilidad de revisar y comentar el primer capítulo de esta investigación.

Gracias también a mis compañeros de trabajo de Bufete Escura, primero, y Aldi Supermercados, después, dado que me han ido ayudando a resolver algunas dudas concretas que me han ido surgiendo y que tenían que ver con sus respectivas especialidades. En este apartado también le quisiera dar las gracias a las empresas que me permitieron tenerlas en cuenta para analizarlas en esta investigación y ponerlas como ejemplo.

Y, finalmente, el agradecimiento más profundo e importante es para mi admiradísima y queridísima mujer, Iris Carrión Marín, sin cuyo apoyo constante, sus ánimos permanentes y su cariño en los buenos y los malos momentos, probablemente esta investigación nunca hubiera visto la luz. Te quiero más de lo que se puede escribir con meras palabras y, con todo el derecho del mundo, te dedico esta Tesis a ti.

Resumen

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España se introdujo con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Tras diez años de desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, aún quedan bastantes interrogantes, si bien ya se cuenta con elementos suficientes como para empezar a hacer las primeras valoraciones acerca de su funcionamiento práctico.

En la presente investigación se abordan las principales problemáticas que presenta la regulación actualmente vigente en este ámbito, analizándose, desde una perspectiva práctica, el funcionamiento de las distintas figuras que conforman la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y las fricciones con la práctica que más frecuentemente se dan. Más en detalle, las exposiciones y argumentaciones de esta investigación se dividen en dos partes: una sobre el análisis en profundidad del estado actual de la cuestión y otra sobre la propuesta de soluciones como consecuencia del análisis anterior.

La primera parte se subdivide, a su vez, en tres capítulos. En el primero se describen las características principales de la economía española desde el punto de vista de lo que interesa a la presente investigación. Naturalmente, sería inabarcable (y quedaría totalmente fuera de nuestro objetivo) hacer un estudio en profundidad de la economía española actual, pero sí resulta interesante conocer, siquiera brevemente, cuál es el contexto económico en el que se está desarrollando la regulación en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas. El segundo capítulo analiza los artículos de la Parte General del CP que versan sobre esta materia, haciéndose especial hincapié en las cuestiones que, en la práctica, resultan más relevantes (esto es, la regulación de los arts. 31 bis-31 quinquies CP, los PCN junto con sus elementos adyacentes y el sistema de penas). El tercer capítulo analiza con detenimiento los delitos por los que pueden responder las personas jurídicas que resultan de más común observación (con independencia de lo habitual de su comisión, aunque lo cierto es que coincide en la mayor parte de casos). En este análisis, tanto doctrinal como, sobre todo, jurisprudencial, se han examinado los mismos puntos por cada delito o grupo de delitos, siempre desde un punto de vista práctico.

La segunda parte de esta investigación pretende dar respuesta a todos aquellos puntos que, en los tres primeros capítulos, se ha descubierto que más friccionan con la realidad. Así, se proponen las bases de un Código Penal dirigido a las personas jurídicas, pero no en forma de artículos dentro del actual CP, sino como un cuerpo legal totalmente nuevo. Estas propuestas de *lege ferenda* están orientadas a adaptar la regulación actual a la realidad económico-empresarial española, huyendo de modelos teóricos y centrándonos en las características de nuestra economía. Se propone, además, la redacción de un Reglamento que desarrolle la pena de la intervención judicial, tal como apunta el actual art. 33.7 CP *in fine*, como solución a la desproporción punitiva del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con todo, se pretende dar respuesta a la pregunta de si la regulación que ha previsto el legislador en este ámbito se adecúa a la realidad o si, por el contrario, requiere de modificaciones (y, en tal caso, cuáles serían), llegándose a la conclusión de que no se trata de una regulación verdaderamente coherente con nuestro sistema económico y que se debería modificar, centrándola en la realidad económico-empresarial española.

Resum

La responsabilitat penal de les persones jurídiques a Espanya es va introduir amb la reforma del Codi Penal donada per la Llei Orgànica 5/2010, de 22 de juny. Després de deu anys de desenvolupament legal, doctrinal i jurisprudencial, encara queden força interrogants, si bé ja es tenen prou elements com per a començar a fer les primeres valoracions sobre el seu funcionament pràctic.

En la present recerca s'aborden les principals problemàtiques que presenta la regulació actualment vigent en aquest àmbit, analitzant-se, des d'una perspectiva pràctica, el funcionament de les diferents figures que conformen la responsabilitat penal de les persones jurídiques a Espanya i les friccions amb la pràctica que més sovint es donen. Més detalladament, les exposicions i argumentacions d'aquesta recerca es divideixen en dues parts: una sobre l'anàlisi en profunditat de l'estat actual de la qüestió i una altra sobre la proposta de solucions com a conseqüència de l'anàlisi anterior.

La primera part se subdivideix en tres capítols. En el primer, es descriuen les característiques principals de l'economia espanyola des del punt de vista del que interessa a la present recerca. Naturalment, seria inabastable (i quedaria totalment fora del nostre objectiu) fer un estudi en profunditat de l'economia espanyola actual, però sí resulta interessant conèixer, si més no breument, quin és el context econòmic en el qual s'està desenvolupant la regulació en matèria de responsabilitat penal de persones jurídiques. El segon capítol analitza els articles de la Part General del CP que versen sobre aquesta matèria, posant-se l'accent principalment en les qüestions que, en la pràctica, resulten més rellevants (és a dir, la regulació dels articles 31 bis-31 quinquies CP, els Programes de Compliment Normatiu juntament amb els seus elements adjacents i el sistema de penes). El tercer capítol analitza amb deteniment els delictes pels quals poden respondre les persones jurídiques que resulten de més comuna observació (amb independència de l'habitual de la seva comissió, tot i que la veritat és que coincideix en la major part de casos). En aquesta anàlisi, tant doctrinal com, sobretot, jurisprudencial, s'han examinat els mateixos punts per cada delicte o grup de delictes, sempre des d'un punt de vista pràctic.

La segona part d'aquesta recerca pretén donar resposta a tots aquells punts que, en els tres primers capítols, s'ha descobert que més friccionen amb la realitat. Així, es proposen les bases d'un Codi Penal dirigit a les persones jurídiques, però no en forma d'articles dins de l'actual CP, sinó com un cos legal totalment nou. Aquestes propostes de *lege ferenda* estan orientades a adaptar la regulació actual a la realitat econòmic-empresarial espanyola, fugint de models teòrics i centrant-nos en les característiques de la nostra economia. Es proposa, a més, la redacció d'un Reglament que desenvolupi la pena de la intervenció judicial, tal com apunta l'actual art. 33.7 CP *in fine*, com a solució a la desproporció punitiva del sistema espanyol de responsabilitat penal de les persones jurídiques.

Amb tot, es pretén donar resposta a la pregunta de si la regulació que ha donat el legislador en aquest àmbit s'adequa a la realitat o si, per contra, requereix de modificacions (i, en tal cas, quins serien), arribant-se a la conclusió que no es tracta d'una regulació veritablement coherent amb el nostre sistema econòmic i que s'hauria de modificar, centrant-la en la realitat econòmic-empresarial espanyola.

Abstract

The criminal liability of legal persons in Spain was introduced with the reform of the Criminal Code given by Organic Law 5/2010, of 2 . . . doctrinal and jurisprudential development, there are still a few questions, although there are already enough elements to begin to make the first assessments about its practical operation.

This research addresses the main problems presented by the regulations currently in force in this area, analysing, from a practical perspective, the functioning of the different figures that make up the criminal liability of legal persons in Spain and the friction with the practice that occurs most frequently. In more detail, the presentations and arguments of this research are divided into two parts: one on the in-depth analysis of the current state of the art and the other on the proposal of solutions as a consequence of the previous analysis.

The first part is further subdivided into three chapters. In the first, the main characteristics of the Spanish economy are described from the point of view of what is of interest to the present investigation; naturally, it would be unembraceable (and totally outside our objective) to make an in-depth study of the current Spanish economy, but it is interesting to know, even briefly, what is the economic context in which the regulation of criminal liability of legal persons is being developed. The second chapter analyses the articles of the General Part of the Penal Code that deal with this matter, placing special emphasis on the issues that are most relevant in practice (i.e. the regulation of articles 31 bis-31 quinquies of the Criminal Code, the Regulatory Compliance Programmes together with their related elements and the system of penalties). The third chapter analyses in detail the crimes for which the most commonly observed legal persons can be held liable (regardless of the habitual nature of their commission, although it is true that it coincides in most cases); in this analysis, both doctrinal and, above all, jurisprudential, the same points have been examined for each crime or group of crimes, always from a practical point of view.

The second part of this research aims to respond to all those points which, in the first three chapters, have been found to dislodge with reality. Thus, the bases of a Criminal

Code aimed at legal persons are proposed, but not in the form of articles within the current Criminal Code, but as a completely new legal body. These *lege ferenda* proposals are aimed at adapting the current regulation to the Spanish economic and business reality, avoiding theoretical models and focusing on the characteristics of our economy. It is also proposed the drafting of a Regulation that develops the penalty of judicial intervention, as pointed out in the current art. 33.7 of the Criminal Code *in fine*, as a solution to the punitive disproportion of the Spanish system of criminal liability of legal persons.

However, the aim is to answer the question of whether the regulation given by the legislator in this area adapts to reality or whether, on the contrary, it requires modifications (and, if so, what they would be), reaching the conclusion that it is not a regulation that is truly coherent with our economic system and that it should be modified, focusing it on the Spanish economic-business reality.

Índice

Índice de figuras	19
Índice de abreviaturas	20
Índice de jurisprudencia.....	27

INTRODUCCIÓN.....	37
1. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO.....	37
2. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA	39

PRIMERA PARTE

ESTUDIO SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO I: EL MODELO EMPRESARIAL Y DE MERCADO ESPAÑOL.....	43
1.1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA....	43
1.1.1. Comportamiento cíclico	43
1.1.2. Población activa envejecida y con alta tasa de paro	46
1.1.3. Creciente inversión extranjera	50
1.2. LIBRE MERCADO BASADO EN UN MODELO CAPITALISTA	53
1.2.1. Óptica jurídica	53
1.2.2. Óptica económica	57
1.3. TEJIDO EMPRESARIAL	61
1.4. TEJIDO PRODUCTIVO	65
1.4.1. El sector primario	65
1.4.2. El sector secundario.....	67
1.4.3. El sector terciario.....	72
1.5. CONCLUSIONES PARCIALES	75
CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	78
2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	79
2.1.1. Societas delinquere non potest	79

2.1.2.	Cambio de paradigma: <i>societas delinquere potest</i>	82
2.2.	CUESTIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS	90
2.2.1.	Criterios generales de imputación de un delito a una persona jurídica	90
2.2.2.	Breve mención a la separación entre la responsabilidad penal de una persona jurídica y de una persona física.....	107
2.2.3.	Breve excurso acerca de la antijuridicidad de un delito por el que se pueda perseguir penalmente a una persona jurídica	110
2.3.	CARACTERÍSTICAS DE UN PCN Y SU ADECUACIÓN A UNA EMPRESA	113
2.3.1.	Concepto de PCN	113
2.3.2.	Contenido de un PCN	117
2.3.3.	Instrumentos complementarios a un PCN	129
2.3.4.	Excurso: los PCN en la práctica	168
2.4.	RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	173
2.4.1.	Algunas cuestiones previas.....	173
2.4.2.	Catálogo de sanciones posibles y normas generales de aplicación	174
2.4.3.	Mención sobre la extinción de la responsabilidad.....	195
2.4.4.	Reflexión sobre las penas destinadas a personas jurídicas en el contexto económico español	197
2.5.	PRINCIPALES CUESTIONES PROCESALES.....	200
2.6.	CONCLUSIONES PARCIALES	205

CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL 209

3.1.	DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS ..	210
3.1.1.	Bien jurídico protegido	210
3.1.2.	Comportamiento típico	211
3.1.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	215
3.1.4.	Ejemplo práctico.....	218
3.1.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	221
3.2.	DELITO DE ESTAFA.....	225
3.2.1.	Bien jurídico protegido	225
3.2.2.	Comportamiento típico	226

3.2.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	227
3.2.4.	Ejemplo práctico.....	231
3.2.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	233
3.3.	DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN Y DE INSOLVENCIAS PUNIBLES	238
3.3.1.	Bienes jurídicos protegidos	238
3.3.2.	Comportamientos típicos.....	239
3.3.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	244
3.3.4.	Ejemplo práctico.....	246
3.3.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	248
3.4.	DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	253
3.4.1.	Bienes jurídicos protegidos	253
3.4.2.	Comportamientos típicos.....	255
3.4.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	263
3.4.4.	Ejemplo práctico.....	270
3.4.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	274
3.5.	DELITOS CONTRA EL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES: DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS EMPRESARIALES Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA	278
3.5.1.	Bienes jurídicos protegidos	278
3.5.2.	Comportamientos típicos.....	280
3.5.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	284
3.5.4.	Ejemplo práctico.....	290
3.5.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	293
3.6.	DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS.....	301
3.6.1.	Bien jurídico protegido.....	301
3.6.2.	Comportamiento típico.....	303
3.6.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	305
3.6.4.	Ejemplo práctico.....	310
3.6.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	315
3.7.	DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES.....	320
3.7.1.	Bien jurídico protegido.....	320

3.7.2.	Comportamiento típico	322
3.7.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	327
3.7.4.	Ejemplo práctico.....	330
3.7.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	332
3.8.	DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL	336
3.8.1.	Bien jurídico protegido	336
3.8.2.	Comportamiento típico	339
3.8.3.	Elementos objetivos y subjetivos y consumación	343
3.8.4.	Ejemplo práctico.....	348
3.8.5.	Contraste con la práctica económico-empresarial	351
3.9.	CONCLUSIONES PARCIALES	358
	A MODO DE RECAPITULACIÓN	362

SEGUNDA PARTE

HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN

CAPÍTULO IV:	PROPUESTAS DE LEGE FERENDA SOBRE UN POSIBLE NUEVO CÓDIGO PENAL PARA PERSONAS JURÍDICAS	367
4.1.	PROPUESTAS DE LEGE FERENDA PARA LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS.....	369
4.1.1.	Atribución de responsabilidad a una entidad colectiva. El Derecho penal preventivo aplicado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	369
4.1.2.	La importancia operativa de los “defectos de organización”	392
4.1.3.	El concepto de “delito” para las personas jurídicas.....	406
4.1.4.	Estado de la cuestión en el derecho comparado	422
4.1.5.	Propuesta de nueva redacción de algunos artículos de la Parte General de un CP para personas jurídicas	437
4.2.	PROPUESTAS DE LEGE FERENDA PARA LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS.....	446
4.2.1.	Cuestiones generales previas	446
4.2.2.	Propuesta de nuevas redacciones de algunos tipos penales.....	457

4.3. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA PARA LA DEFINICIÓN DE UN NUEVO SISTEMA SANCIONADOR PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS	471
4.3.1. Cuestión previa: la naturaleza “penal” de las sanciones interpuestas a las personas jurídicas por la comisión de ciertos delitos	471
4.3.2. Los efectos económicos de las penas para las personas jurídicas. Toma de postura... ..	476
4.3.3. Necesidad de un desarrollo de la pena de intervención judicial de la persona jurídica	485
4.4. CONCLUSIONES PARCIALES	506
CONCLUSIONES FINALES	509
BIBLIOGRAFÍA	525

Índice de figuras

Figura 1: PIB real en España	46
Figura 2: pirámide de población española en 2020	47
Figura 3: evolución nominal de la inversión extranjera en España.....	50
Figura 4: mercado de competencia perfecta	58
Figura 5: mercado alterado	59
Figura 6: distribución de las empresas españolas en 2019 según sus trabajadores	62
Figura 7: contribuciones medias por impuesto.....	467

Índice de abreviaturas

(Coord.) / (Coords.)	coordinador / coordinadores
(Dir.) / (Dir.)	director / directores
(Ed.) / (Eds.)	editor / editores
AAN	Auto de la AN
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAVV	autores varios
ADFF	Anuario de Derecho de las Fundaciones
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AFDUC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AJEE	Anuario Jurídico y Económico Escorialense
AJUM	Actualidad Jurídica Uría Menéndez
AP	Audiencia Provincial
art. / arts.	artículo / artículos
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BRAJLIB	Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares

CC	Código Civil
CdC	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CIIDPE	Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho penal Económico
cit.	obra ya citada
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPJML	Cuadernos penales José María Lidón
DyC	Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPC	Derecho penal y Criminología (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas)
Ed.	Editorial
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
FIDA	Fondo Internacional de Desarrollo Agrario
FJ	Fundamento Jurídico
GTPV	Gaceta Tributaria del País Vasco
<i>LH-Bajo</i>	<i>Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo</i>
<i>LH-Barbero Santos</i>	<i>Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam (Volumen I)</i>
<i>LH-Cobo del Rosal</i>	<i>Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal</i>

<i>LH-Felson</i>	<i>Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson</i>
<i>LH-Guanche Marrero</i>	<i>Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero</i>
<i>LH-Lidón</i>	<i>Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón</i>
<i>LH-Mantovani</i>	<i>Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani</i>
<i>LH-Maza Martín</i>	<i>La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín</i>
<i>LH-Montesinos Julve</i>	<i>Retos de la contabilidad y la auditoría en la economía actual. Homenaje al profesor Vicente Montesinos Julve</i>
<i>LH-Quintero Olivares</i>	<i>Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje a Gonzalo Quintero Olivares</i>
INE	Instituto Nacional de Estadística
LC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y Garantía de los Derechos Digitales
LP	Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes
LTPS	Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
OCDE	Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico
cit	obra anteriormente citada
<i>PE</i>	<i>Parte Especial</i>
<i>PG</i>	<i>Parte General</i>
PIB	Producto Interior Bruto
PC	Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales
PCN	Programa de Cumplimiento Normativo
PMA	Programa Mundial de Alimentos
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RAP	Revista de Administración Pública
RCDP	Revista Chilena de Derecho Privado
RCGAE	Revista del Consejo General de la Abogacía Española
RDQR	Revista de Doutrina da Quarta Região
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo

RDConc	Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RDPUCP	Revista Derecho PUCP
RECE	Revista Española de Control Externo
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDC	Revista Española de Derecho constitucional
REEA	Revista española de economía agraria
REEE	Revista de Estudios Económicos y Empresariales
REI	Revista de Economía Institucional
REJ	Revista de estudios de la justicia
REPC	Revista de Estudios Penales y Criminológicos
RFDM	Revista de la Facultad de Derecho de México
RGDP	Revista General de Derecho penal
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
RIDP	Revista de Internet, Derecho y Política
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJCyL	Revista Jurídica de Castilla y León
RJIB	Revista Jurídica de les Illes Balears

RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid
RJSC	Revista de Justiça e Sistema Criminal
RMF	Revista del Ministerio Fiscal
RP	Revista Penal
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RQF	Revista Quincena Fiscal
RRSE	Revista de Responsabilidad Social de la Empresa
RXG	Revista xurídica galega
RXUSC	Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Copostela
RVG	Revista venezolana de Gerencia
SAN	Sentencia de la AN
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TRLPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
TS	Tribunal Supremo

VS

versus

Índice de jurisprudencia

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 137/1985, 17 octubre

STC 39/1986, 31 marzo

STC 88/1986, 1 julio

STC 230/1991, 10 diciembre

STC 127/1994, 5 mayo

STC 65/1998, 18 marzo

STC 117/1998, 2 junio

STC 208/1999, 11 noviembre

STC 292/2000, 30 noviembre

STC 120/2005, 10 mayo

STC 129/2008, 27 octubre

2. SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 21/1995, 14 febrero

STS 1285/1998, 29 octubre

STS 14 julio 1999

STS 1791/1999, 20 diciembre

STS 529/2000, 27 marzo

STS 667/2000, 12 abril

STS 846/2000, 22 mayo

STS 738/2000, 6 noviembre

STS 1799/2000, 20 noviembre

STS 2006/2000, 22 diciembre

STS 529/2001, 2 abril

STS 1686/2001, 24 septiembre

STS 7 noviembre 2001

STS 2403/2001, 19 diciembre

STS 919/2002, 11 octubre

STS 694/2003, 20 junio

STS 1244/2003, 3 octubre

STS 237/2004, 26 febrero

STS 357/2004, 19 marzo

STS 725/2004, 11 junio

STS 789/2004, 18 junio

STS 182/2005, 15 febrero

STS 1359/2005, 18 noviembre

STS 620/2006, 6 junio

STS 666/2006, 19 junio

STS 1170/2006, 24 noviembre

STS 802/2007, 16 octubre

STS 771/2006, 18 julio

STS 1017/2007, 15 noviembre

STS 40/2008, 25 enero

STS 285/2008, 12 mayo

STS 821/2008, 26 noviembre

STS 864/2008, 16 diciembre

STS 27/2009, 26 enero

STS 123/2009, 3 febrero

STS 146/2009, 18 febrero

STS 522/2009, 14 mayo

STS 909/2009, 23 septiembre

STS 1097/2009, 11 noviembre

STS 435/2010, 3 mayo

STS 614/2010, 26 mayo

STS 1185/2010, 23 diciembre

STS 364/2011, 11 mayo

STS 483/2012, 7 junio

STS 787/2011, 14 julio

STS 987/2011, 5 octubre

STS 1045/2011, 14 octubre

STS 974/2012, 5 diciembre

STS 778/2013, 22 octubre

STS 1030/2013, 28 noviembre

STS 91/2014, 7 febrero

STS 147/2014, 18 febrero

STS 412/2014, 20 mayo

STS 241/2014, 26 mayo

STS, 3ª, de 24 de noviembre de 2014

STS 135/2015, 17 febrero

STS 265/2015, 29 abril

STS 307/2015, 29 abril

STS 445/2015, 2 julio

STS 514/2015, 2 septiembre

STS 532/2015, 23 septiembre

STS 638/2015, 27 octubre

STS 693/2015, 12 noviembre

STS 749/2015, 13 noviembre

STS 154/2016, 29 febrero

STS 221/2016, 16 marzo

STS 407/2016, 12 mayo

STS 475/2016, 2 junio

STS 392/2016, 8 junio

STS 516/2016, 13 junio

STS 544/2016, 21 junio

STS 586/2016, 4 julio

STS, 4ª, 630/2016, 7 julio

STS 717/2016, 27 septiembre

STS 755/2016, 13 octubre

STS 920/2016, 12 diciembre

STS 928/2016, 14 diciembre

STS 970/2016, 21 diciembre

STS 31/2017, 26 enero

STS 47/2017, 1 febrero

STS 86/2017, 16 febrero

STS, 4ª, 226/2017, 17 marzo

STS 76/2017, 9 febrero

STS 93/2017, 16 febrero

STS 316/2017, 3 mayo

STS 1305/2017, 6 abril

STS 331/2017, 10 mayo

STS 374/2017, 24 mayo

STS 429/2017, 14 junio

STS 455/2017, 21 junio

ATS 1146/2017, 6 julio

ATS 1489/2017, 23 noviembre

STS 557/2017, 13 julio

STS 583/2017, 19 julio

STS 3210/2017, 19 julio

STS 668/2017, 11 octubre

STS 710/2017, 27 octubre

STS 730/2017, 13 noviembre

STS 749/2017, 21 noviembre

STS 521/2017, 11 diciembre
STS 803/2017, 11 diciembre
STS 809/2017, 11 diciembre
STS 817/2017, 13 diciembre
ATS 95/2018, 21 diciembre 2017
STS 31/2018, 22 enero
ATS 170/2018, 11 enero
ATS 271/2018, 8 febrero
STS 742/2018, 7 febrero
STS 746/2018, 13 febrero
STS 94/2018, 23 febrero
STS 136/2018, 28 junio
STS 489/2018, 23 octubre
STS 506/2018, 25 octubre
STS 679/2018, 20 diciembre
STS 108/2019, 5 marzo
STS 123/2019, 8 marzo
STS 118/2020, 12 marzo
STS 165/2020, 19 mayo
STS 534/2020, 22 octubre

3. SENTENCIAS Y AUTOS DE LA AN

AAN 19/2013, 8 mayo

AAN 19 mayo 2014

SAN 28/2014, 17 noviembre

SAN 51/2014, 17 noviembre

SAN 6/2015, 5 marzo

SAN 29/2016, 15 julio

SAN 3/2017, 23 febrero

AAN 6 septiembre 2017

SAN 13 julio 2018

SAN 40/2018, 20 noviembre

Auto del Juzgado Central de Instrucción número 4, 15 Enero 2019

AAN 246/2019, 30 abril

4. SENTENCIAS Y AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP La Rioja 12 febrero 2003

SAP Las Palmas 146/2007, 20 noviembre

SAP A Coruña 134/2008, 31 marzo

SAP Madrid 274/2008, 12 junio

SAP Sevilla 4 febrero 2009

SAP Valencia 381/2010, 20 diciembre

SAP A Coruña 17/2011, 25 marzo

SAP Álava 3 febrero 2012

SAP Valencia 323/2012, 30 mayo

SAP Madrid 314/2014, 27 junio

SAP Madrid 770/2014, 19 diciembre
AAP Navarra 386/2015, 22 julio
SAP Ciudad Real 151/2015, 2 diciembre
SAP Sevilla 609/2015, 23 diciembre
AAP Navarra 91/2016, 22 marzo
SAP Sevilla 47/2016, 14 julio
SAP Madrid 705/2016, 27 octubre
SAP Barcelona 694/2016, 14 diciembre
SAP Zaragoza 111/2017, 10 abril
SAP Zaragoza 165/2017, 26 mayo
SAP Pontevedra 38/2017, 30 junio
AAP Valencia 67/2018, 25 enero
SAP Las Palmas 49/2018, 12 febrero
SAP Lleida 82/2018, 28 febrero
SAP Barcelona 173/2018, 28 febrero
SAP Madrid 545/2018, 16 julio
SAP Barcelona 701/2018, 16 noviembre
SAP Navarra 111/2020, 23 abril

5. SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO PENAL

Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 Girona 283/2018, 17 septiembre
Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 Valencia 386/2019, 7 octubre

6. SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 septiembre 2017 (asunto Barbulescu vs Rumanía)

STJUE 13 febrero 2014 (caso Svensson)

ATJUE de 22 de abril de 2020

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha dejado de ser una novedad en España. Desde su inclusión en 2010 ya ha habido múltiples pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que la han desarrollado, y los responsables de las mismas cada vez son más conscientes de que no únicamente han de cumplir con la legislación laboral, fiscal o mercantil, sino también con la penal. De hecho, con la aprobación de la importante modificación del Código Penal en el año 2015, se solucionaron algunas cuestiones, aunque no todas, y se abrieron otras. Estamos, pues, ante un panorama jurídico cambiante, que busca su adaptación a la realidad y su mejora continua.

La presente investigación tiene como principal objetivo analizar el funcionamiento que, tras una década, esta figura está teniendo en nuestro país, centrándose en un punto de vista concreto: la práctica económico-empresarial. A pesar de que formalmente se llama “responsabilidad penal de las *personas jurídicas*”, y se deba, por tanto, atender a todas ellas, la realidad práctica la encontramos en el funcionamiento diario de las empresas, por lo que es aquí donde pondremos el foco. Dicho con otras palabras: se pretende llevar a cabo una observación de la realidad social, y estudiar, ya no su adaptación a la normativa (lo que nos ubicaría en un análisis jurisprudencial que, si bien es innegablemente útil e interesante, no es el enfoque que deseamos dar), sino al revés: una adaptación de dicha normativa a la realidad en la que se ha de aplicar.

En este sentido, la principal hipótesis que se baraja es la siguiente: la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España se basa en un modelo económico-empresarial teórico que no se corresponde con el que impera en la práctica, por lo que no resulta adaptada a la realidad. Esta hipótesis, así como la motivación de estudiarla y analizarla, encuentra su base en diversos pronunciamientos doctrinales que, ya desde la promulgación de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, consideraron que el Derecho penal estaba afrontando un cambio de paradigma de difícil encaje en el panorama económico y jurídico del momento. En este sentido, entre muchos otros, podemos citar a MIR PUIG, que desde antes de la entrada en vigor de esta norma ya puso de manifiesto su falta de adecuación a algunas de las instituciones básicas del Derecho

penal, como el principio de culpabilidad o la naturaleza jurídica de las sanciones que se llegasen a interponer¹; ROBLES PLANAS, quien anticipó, en relación con el anteproyecto de reforma del CP de 2008, que no se podía hablar de una “responsabilidad” para las personas jurídicas en el mismo sentido que se hacía en Derecho civil o Derecho administrativo, puesto que en estos casos hay menores exigencias de imputación subjetiva y, además, consideraba problemático el hecho de sancionar directamente por la vía penal la infracción de deberes de colaboración de una empresa con el Estado²; o RODRÍGUEZ MOURULLO, quien anticipó nuestro sistema de justicia penal estaba configurado únicamente para personas físicas y, por tanto, presentaba serios problemas para afrontar una regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas³. Complementariamente a esta denuncia desde el ámbito académico, en mi práctica como abogado, llevando temas, exclusivamente, de asesoría empresarial en materia de *Compliance*, y, posteriormente, como responsable del área de *Compliance* de una empresa, me he encontrado de manera continua durante los últimos años con una actitud generalizada de oposición frontal a varias exigencias legales (fundamentalmente, aquellas que se consideran menos operativas, como pueden ser ciertas exigencias formales en el ámbito mercantil-societario, o, muy habitualmente, las propias del Derecho laboral), algunas más novedosas que otras. Dicho en otras palabras, la práctica diaria me ha permitido constatar lo acertado de las denuncias académicas.

Por ello se pretende llevar a cabo un análisis crítico de la situación actual, comprobar cómo se está materializando la aplicación de la normativa en las distintas estructuras, qué puntos de fricción encontramos entre la realidad y los modelos teóricos en los que parece basarse el legislador y a qué se deben dichas fricciones. La intención es, así, poner de manifiesto cuáles son estos problemas y analizar y proponer posibles soluciones que puedan contribuir a resolverlos.

¹ MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, RECPC 6-1 (2004) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 28 de marzo de 2019), p. 1; EL MISMO, “Las nuevas “penas” para las personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVÁÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Ed. Edisofer. Madrid, 2014., p. 5.

² ROBLES PLANAS, R., “Comentario. El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, InDret 2/2009 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultada el 9 de mayo de 2020), pp. 7 ss.

³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema”, RCGAE, nº 62 (2010) (en línea, <https://www.abogacia.es/>, consultada el 22 de marzo de 2019), p. 38.

Todo ello equivale a decir que este estudio se va a basar en lo que comúnmente se llama “análisis económico del Derecho”⁴. Consideramos que este tipo de enfoque si bien hasta ahora parece no haber gozado de demasiado éxito en España (aunque sí en otros países, como Estados Unidos o Canadá)⁵, es absolutamente necesario a los efectos de entender una situación que tanto afecta a nuestra economía. Las personas jurídicas, sean o no de corte empresarial, juegan un papel elemental en nuestra sociedad. Por tanto, es necesario que se lleve a cabo un estudio en profundidad que permita analizar qué repercusiones está teniendo la regulación sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, por qué y qué se debe hacer para mejorar el sistema.

2. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

Como se ha indicado en el apartado precedente, esta investigación es fruto de la unión de un doble análisis: por un lado, el derivado del estudio de los principales postulados académicos y jurisprudenciales sobre esta cuestión y, por otro, como complemento y contraste de éste, el que procede directamente de la práctica de quien escribe. La metodología que se ha utilizado ha sido, por tanto, doble: por un lado, se han analizado y estudiado los distintos pronunciamientos doctrinales respecto de las cuestiones más importantes para la práctica diaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, se ha efectuado una selección bibliográfica, tanto de corte dogmático como práctico, focalizada en aquellas cuestiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que más resulten de aplicación en una situación en la que un abogado trabaja codo con codo con un empresario (y, habitualmente, un director financiero), teniendo delante una hoja en blanco que se convertirá en un PCN. Por otro lado,

⁴ Véase POSNER, R., “El movimiento del análisis económico: desde Bentham hasta Becker”, *Themis*, Revista de Derecho, nº 44 (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 10 de julio de 2019). Este autor indica que este enfoque “[t]rata de explicar y predecir el comportamiento de los participantes en el sistema legal, e inclusive la estructura doctrinaria, procesal e institucional del sistema. Pero además, trata de mejorar el derecho al señalar aquellos aspectos en que las leyes existentes o los proyectos de leyes generan consecuencias no deseadas o no propuestas y al formular reformas prácticas” (p. 39). En otro sentido, mucho más crítico, MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del Derecho y Utilitarismo. Concordancias y divergencias”, *Télos* (Vol. III), nº 2 (1994) (en línea, <https://minerva.usc.es/>, consultado el 10 de julio de 2019), p. 100, afirma que el análisis económico del Derecho es una corriente teórica “que tiene como característica definitoria la aplicación de las categorías, los instrumentos y el método de la ciencia económica en la explicación y evaluación de las instituciones del sistema jurídico”.

⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “Análisis económico del Derecho y política criminal”, *RDPC*, 2ª época, nº extraordinario 2 (2004) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultado el 10 de julio de 2019), pp. 32 s. En idéntico sentido, DOMÈNECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”, *RAP*, nº 195 (2014). Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid, pp. 100 ss.

también se ha tenido en cuenta la práctica diaria del autor, no como sustituto de ninguna explicación de quien esté más versado en esta materia, sino como complemento y antítesis a las diferentes teorías que se van exponiendo.

Como consecuencia de ello se ha pretendido hacer una investigación panorámica⁶ del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que ha supuesto acudir no únicamente a fuentes de información jurídicas (de entre las cuales, varias han sido extrapenales), sino que también se ha tenido que trabajar el punto de vista de la economía, la sociología laboral o la gestión empresarial.

En cuanto a la estructura, la presente investigación se ha dividido en dos partes. En la primera, se lleva a cabo un estudio sobre el estado actual de la cuestión. Este estudio se ha dividido, a su vez, en tres partes, cada una de ellas dotada de un Capítulo independiente. Así, se empiezan exponiendo, aunque de forma breve, los factores principales que definen y caracterizan a la economía española, como elemento de comparación a lo largo de toda la investigación. A continuación, se hace un análisis de los aspectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que afectan a la Parte General del CP, siempre desde el punto de vista práctico y de las implicaciones que tiene el articulado actualmente vigente. Después, se hace lo propio con la Parte Especial del mismo, si bien en este punto no se atiende a todos los delitos por los que una persona jurídica puede responder, sino que únicamente se analizan aquellos que componen el sustrato común de la responsabilidad penal de la práctica totalidad de las personas jurídicas en España, utilizando los aspectos más relevantes a los efectos de la presente investigación. Finalmente, se hace una recapitulación en la que se plasman las principales conclusiones obtenidas.

A continuación, en la segunda parte, que consta de un único Capítulo, se ha pretendido aportar algunas soluciones a los principales problemas que se han detectado en la primera. Para ello, se han elaborado propuestas de *lege ferenda* basadas en las conclusiones obtenidas y en todos aquellos aspectos que, en opinión propia, adaptarían mejor el sistema actual de responsabilidad penal de personas jurídicas a la práctica española.

⁶ Seguimos aquí la clasificación que propone Umberto ECO, quien distingue entre tesis doctorales panorámicas y monográficas. Véase ECO, U., *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura* (trad. BARANDA, L. / CLAVERÍA IBÁÑEZ, A.) (en línea, <http://www.mdp.edu.ar/>, consultada el 19 de septiembre de 2019), pp. 27 ss.

Con todo ello, se pretende seguir el método científico que, en su día, propuso DESCARTES en su *Discurso del método*: mediante la observación de la realidad (social, en este caso), partir de una hipótesis, que ya hemos expuesto, contrastarla e intentar contradecirla mediante antítesis, y llegar a la conclusión final, la tesis⁷.

⁷ DESCARTES, R., *Discurs del mètode*, 3ª ed. (trad. LLUIS FONT, P.). Ed. Edicions 62. Barcelona, 2005, pp. 103 ss.

PRIMERA PARTE

ESTUDIO SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA

CUESTIÓN

CAPÍTULO I

EL MODELO EMPRESARIAL Y DE MERCADO ESPAÑOL

1.1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

Empecemos este estudio con una descripción del modelo empresarial y de mercado de España¹. Si bien no existe un criterio unificado sobre cuáles son las “características principales” de la economía española, podemos considerar que las más relevantes a los efectos de analizar la adecuación de la legislación en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas (tanto en general como en lo referido a los delitos concretos por los que pueden responder) a la economía española real pueden ser las siguientes: comportamiento cíclico, una población activa envejecida y con alta tasa de paro, una creciente inversión extranjera, libre mercado basado en un modelo capitalista (aunque con algunas particularidades indicadas en la Constitución), amplia base de pequeñas y medianas empresas y un predominio del sector terciario con una fuerte dependencia de determinados subsectores económicos (fundamentalmente, turismo, energía y construcción).

Los tres últimos aspectos son los que más interesan a los efectos que aquí nos ocupan, por lo que serán objeto de un mayor desarrollo. No obstante, para comprender plenamente el contexto económico español conviene no perder de vista los primeros, que pasamos a exponer.

1.1.1. Comportamiento cíclico

La economía española, como todas las economías capitalistas, muestra un comportamiento cíclico, es decir, formado por fases expansivas y recesivas más o

¹ Agradezco las observaciones y correcciones formuladas sobre el contenido de este Capítulo por la Dra. Marta ARESA CASTELLÓ, Profesora Lectora del Departamento de Teoría Económica de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Barcelona.

menos alternas². Dado que no es objeto de la presente investigación hacer un análisis de la economía española, valga repasar únicamente el período comprendido desde el final del Franquismo hasta la actualidad para ver la situación en la que se encuentra a día de hoy.

En términos generales, nuestra economía experimentó un fuerte crecimiento durante la segunda mitad del siglo XX y los primeros años del siglo XXI. La doctrina especializada³ considera que los factores fundamentales de dicho crecimiento fueron, fundamentalmente, dos. El primero de ellos es que el ritmo de avance del PIB español es superior al de otros Estados europeos, lo que implica una mayor capacidad y una mayor rapidez en el crecimiento. No obstante, las épocas de recesión económica también afectan a la economía española con más profundidad que a la media de economías europeas. Por tanto, podemos decir que, como norma general, las fluctuaciones de la economía tienen un carácter más marcado para la economía española que para las demás⁴. El segundo, que los ciclos económicos experimentados en España han sido tradicionalmente similares a los de los demás Estados europeos incluso antes de la anexión de España a la Comunidad Económica Europea⁵. Finalmente, según MYRO SÁNCHEZ, las fluctuaciones cíclicas se deben a que los factores de oferta que determinan el crecimiento del PIB, así como los factores de demanda, experimentan perturbaciones que alteran su avance normal, cosa que da lugar a desequilibrios macroeconómicos⁶.

Repasando estos ciclos, durante los últimos años de la Dictadura franquista y los primeros del postfranquismo, el comercio exterior español era sustancialmente inferior al actual, adoleciendo de un exceso de proteccionismo y de un exacerbado acento de la importancia de la demanda interior. Esta tendencia empezó a cambiar, fundamentalmente, con el Acuerdo Preferencial de Ullastres en 1970, y, sobre todo, a

² Véase, por todos, DE LA VEGA NAVARRO, Á., “Inestabilidad o crisis. Algunas ideas para un replanteamiento de la Teoría del Crecimiento”, en LÓPEZ DÍAZ, P. (Coord.), *Economía política y crisis*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 1989, p. 228. Este autor señala que el propio KEYNES aseguraba que su teoría únicamente demostraba que la economía capitalista era muy dada a fluctuaciones, y consideraba las “crisis” económicas como inherentemente vinculadas al crecimiento a largo plazo.

³ Por todos, MYRO SÁNCHEZ, R., “Crecimiento económico y cambio estructural”, en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R. (Dirs.), *Lecciones de economía española*, 10ª ed. Ed. Civitas. Cizur Menor, 2015, pp. 21 ss.

⁴ Esta idea se ve reflejada, también, en el informe del BANCO DE ESPAÑA, *Boletín Económico* 11/2006. Ed. Banco de España. Madrid, 2006, pp. 77 ss.

⁵ MYRO SÁNCHEZ, R., en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R. (Dirs.), *Lecciones*, cit., pp. 21 ss.

⁶ *Ibidem*.

principios de la década de los 80' del siglo XX, con la entrada en el sistema financiero español de entidades bancarias extranjeras que permitió el Real Decreto 1388/1978, de 23 de junio⁷.

Cabe decir que, durante estos años, España estuvo inmersa en la Crisis del Petróleo, un ciclo económico recesivo que se suele dividir en varios periodos (distinguiéndose entre la Primera Crisis, en 1973, y la Segunda, en 1979) y que finalizó en 1985⁸. Esta época estuvo marcada por un estancamiento en el crecimiento económico que incluso implicó decrecimiento en algunos trimestres.

Al acabar este ciclo, un hecho especialmente relevante en cuanto a crecimiento se refiere fue la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea en 1986 y la consiguiente apertura del mercado, que trajo consigo un cambio en el modelo de crecimiento, más alineado con el resto de Estados de la Unión. Cabe indicar, no obstante, que a principios de la década de los 90' del siglo XX hubo un período recesivo breve, pero bastante intenso, del que España logró salir gracias a la depreciación de su moneda, lo que incentivó el comercio exterior⁹.

Tras ello, desde mediados de esta década hasta el año 2007, la economía española experimentó un fuerte crecimiento acompañado de un aumento de la población debido a la inmigración. Este fenómeno contribuyó a estabilizar la pirámide poblacional, aportando un capital humano cuya edad era inferior a la que indicaba la tendencia que había en España hasta la fecha¹⁰.

Por último, el período comprendido desde que estallara la crisis económica de 2007 hasta la actualidad ha estado caracterizado por una fuerte recesión (que, aunque empezó a mejorar en 2010, acabó por agravarse aún más en 2012) que ha situado la economía española en unos niveles de bienestar global inferiores a los del inicio de este período, si bien en la actualidad, como se verá, la inversión extranjera está creciendo. De hecho, en 2014 se consideró consolidado el inicio de la recuperación económica que empezó a

⁷ HERNÁNDEZ ANDREU, J., *Economía política de la transición en España (1973-1980)*. Ed. Complutense. Madrid, 2004, p. 33.

⁸ ARRIBAS ESCUDERO, V. / DE HARO ROMERO, D. / ESTELLA ÁLVAREZ, M.C. /, *Prácticas de Historia Económica mundial y de España*. Ed. ESIC Editorial. Pozuelo de Alarcón, 2001, p. 219.

⁹ LLADÓS MASLLORENÇ, J. / TORRENT SELLENS, J. / VILASECA REQUENA, J., *Análisis de la economía española. Hacia un nuevo modelo de crecimiento*. Ed. UOC. Barcelona, 2005.

¹⁰ MAROTO ILLERA, R. (Coord.), *La contribución de la inmigración a la economía española*. Ed. Fundación Ideas. Madrid, 2011, p. 9.

verse a partir de 2013¹¹ (aunque de forma paulatina). Tanto es así que el informe *Estudios Económicos de la OCDE España*¹² del año 2018 considera que el crecimiento de nuestra economía es positivo, aunque se debe promover la inversión empresarial en innovación para mejorar la productividad.

Para ilustrar lo expuesto hasta este punto, el siguiente gráfico muestra el comportamiento que ha mostrado el PIB real español en el período 1975-2019 (base: 2017)¹³:

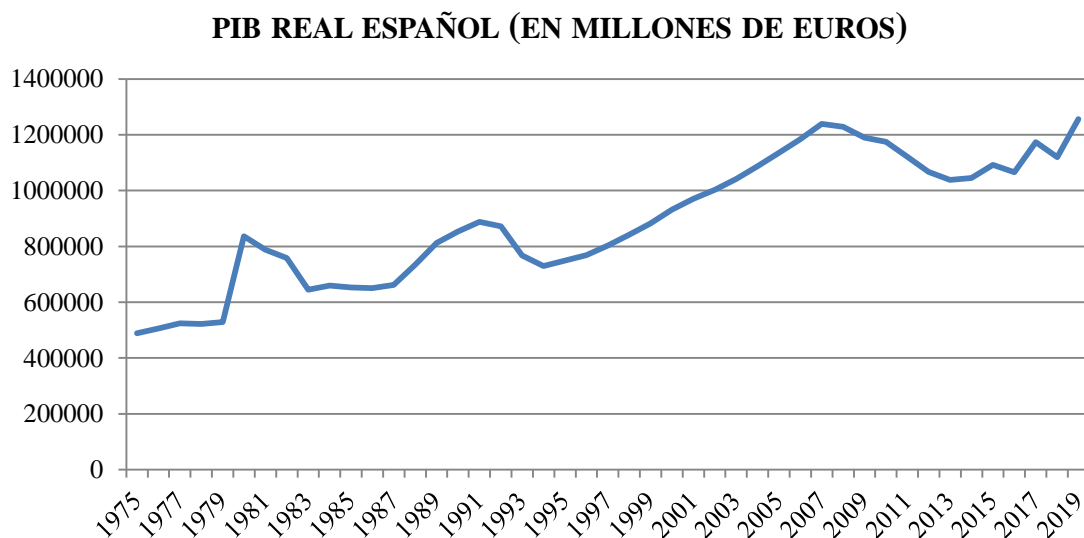


Figura 1: PIB real en España. Fuente: elaboración propia en base a www.ine.es, consultado el 10 de agosto de 2020

1.1.2. Población activa envejecida y con alta tasa de paro

Estas dos características definen la estructura del capital humano y de la mano de obra de nuestra economía (es decir, de los trabajadores cualificados y no cualificados, respectivamente). Por ello se tratarán bajo el mismo epígrafe.

Empecemos por el envejecimiento de la población. La esperanza de vida de los hombres españoles, según el INE, es de algo más de 80 años, mientras que la de las mujeres se

¹¹ MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe de situación de la economía española. España 2015* (2015) (en línea, <http://www.minhfp.gob.es/>, consultado el 14 de mayo de 2017).

¹² OCDE, *Estudios económicos de la OCDE. España. Noviembre 2018. Visión General* (en línea, <https://www.oecd.org/>, consultado el 11 de julio de 2019), p. 63.

¹³ Agradezco al Dr. Santiago NIÑO BECERRA, Catedrático de Economía del Institut Químic de Sarrià (Universidad Ramón Llull), su ayuda en la elaboración de este epígrafe. En su opinión, la economía española inició en 2007 una crisis sistémica que puede dividirse, al menos, en tres fases: la primera, que duró hasta 2010; la segunda, que lo hizo hasta 2012, y la tercera, que empezó en 2017 y finalizó en 2020 (a pesar de que algunos efectos se sigan notando hasta 2023).

aproxima a los 86¹⁴. Suponiendo una jubilación a los 65 años, estos datos implican que los hombres tienen derecho a percibir una pensión por jubilación durante una media de aproximadamente 15 años y las mujeres, de 21.

La pirámide de población más reciente publicada por el INE es de fecha 1 enero de 2020, pero a estos efectos puede ser ilustrativa de la problemática española:

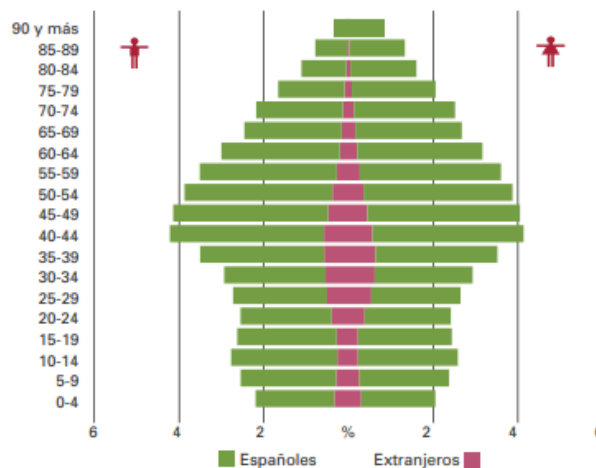


Figura 2: pirámide de población española a 1 de enero de 2020. Fuente: <https://www.ine.es>, consultado el 10 de agosto de 2020

Tal como puede verse en este gráfico, la mayor parte de la población está en franjas de edad en las que la legislación permite trabajar (esto es, a partir de los 16 años). De hecho, la población es creciente en los tramos de 20-24 a 40-44 años, siendo decreciente a partir de ese punto.

Este tipo de pirámides, llamadas “regresivas”, son propias de economías de países desarrollados¹⁵, lo que indica que España se encuentra en una buena posición económica en este sentido. Sin embargo, una población envejecida como la nuestra presenta varias desventajas. Por un lado, dicho envejecimiento es uno de los factores que han contribuido a la disminución del ahorro privado y al endeudamiento, cuya consecuencia es que la economía española actual se financia con recursos de las rentas futuras¹⁶. Por supuesto, esto también afecta, tal como sucede en otros países de la “zona

¹⁴ INE, *España en cifras 2020* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020), p. 13.

¹⁵ GARCÍA HERNÁNDEZ, M. / MARTÍNEZ SELLARÉS, R., *Enfermería y envejecimiento*. Ed. Elsevier Masson. Barcelona, 2012, p. 7.

¹⁶ SEBASTIÁN, M., *La falsa bonanza. Cómo hemos llegado hasta aquí y cómo intentar que no se repita*. Ed. Grup Editorial 62. Barcelona, 2015, p. 14.

Euro”, al gasto público (por ejemplo, gasto sanitario o pensiones)¹⁷, puesto que cada vez más personas requieren de los servicios propios de una “sociedad del bienestar” que deben ser sufragados por una masa de trabajadores que en el futuro pudiera llegar a ser insuficiente para financiar todos los gastos.

Esta dificultad entronca con la tasa de desempleo, que, según la nota de prensa del INE de 27 de octubre de 2020, referida a la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre de 2020, actualmente en España es del 16,26%¹⁸. Además, uno de los efectos de la pandemia mundial derivada del coronavirus COVID-19 ha sido la extensa implementación de expedientes de regulación temporal de empleo que, si bien no quedan reflejados en esta tasa de desempleo por no considerarse desempleada a la población afectada por los mismos, sí ha generado una disminución de los ingresos en los hogares¹⁹. No obstante, tal como indican los datos de la OCDE referentes a España que hemos citado anteriormente, los problemas no son sólo cuantitativos, sino también cualitativos: el bajo nivel de habilidades de la población adulta frena el crecimiento de la productividad, más de un 30% de la población joven está desempleada²⁰ y tiene una baja cualificación, y el empleo temporal se sitúa muy por encima de la media de otros países de la Unión Europea, siendo, de hecho, el segundo Estado con mayor empleo temporal y el que menor tasa de transición al empleo indefinido presenta²¹. Todo ello supone problemas estructurales para el descenso del desempleo a medio y largo plazo.

A mayor abundamiento, tal como ponen de manifiesto GÓMEZ GARCÍA / REBOLLO SANZ / USABIAGA IBÁÑEZ, en el desempleo español se aprecia una cierta histéresis, es decir, el fenómeno que se da cuando una determinada perturbación económica afecta negativamente a una magnitud (en este caso, la tasa de paro) y ésta no vuelve a su punto de origen al finalizar dicha perturbación. Esta histéresis, dados los motivos que hemos expuesto *supra* en relación con la mayor variabilidad de la economía española con

¹⁷ PÉREZ GARCÍA, F., *Crecimiento y competitividad. Motores y frenos de la economía española*. Ed. Fundación BBVA. Barcelona, 2012, p. 158.

¹⁸ INE, *Nota de Prensa: Encuesta de Población Activa (EPA), tercer trimestre de 2020* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada el 18 de diciembre de 2020), p. 2.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 9, 19. Referida a la situación del segundo trimestre de 2020, en el que se empezaron a ver los efectos de este fenómeno, INE, *Nota de Prensa: Encuesta de Población Activa (EPA), segundo trimestre de 2020* (en línea <https://www.ine.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020), p. 20.

²⁰ MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Agenda del Cambio: Hacia una economía inclusiva y sostenible* (2019) (en línea, <https://www.mineco.gob.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020), p. 10.

²¹ OCDE, *Estudios económicos*, cit., pp. 36 ss.

respecto a otras europeas, es más acusada en España que en el resto de países de la UE²².

Además de todo lo anterior, ténganse en cuenta, para un mejor análisis, los diferentes tipos de desempleo que pueden existir en una economía, a saber: desempleo estructural, friccional, estacional y coyuntural. El desempleo estructural es la tasa de desempleo mínima (y, en cierto modo, inevitable dadas sus características) que hay en una sociedad. Se debe a desajustes entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea porque se ofrece más trabajo del que pueden abarcar las instituciones laborales o por dificultades de adecuación a los trabajos demandados. Por su parte, el desempleo friccional es aquel derivado del hecho de que las personas, voluntariamente, abandonen sus puestos de trabajo sin cambiar inmediatamente a otro (por ejemplo, porque estén buscando uno mejor). En cuanto al desempleo estacional, es el que está vinculado a las necesidades de mano de obra en determinados períodos; un claro ejemplo sería la hostelería que, si bien supone uno de los pilares de la economía española, ocupa a muchas más personas de manera temporal en unas estaciones que en otras. Finalmente, el desempleo coyuntural o cíclico es el que viene causado por los ciclos económicos recesivos, y que se ve reducido en los expansivos²³.

En España, como hemos visto en el epígrafe anterior, los ciclos económicos afectan, para bien y para mal, con mayor fuerza que en la media de economías europeas, lo que implica que en épocas de recesión el desempleo cíclico afecte de manera significativa. De modo similar, el empleo en España se ve fuertemente afectado por la estacionalidad, dada la importancia de la hostelería y del sector turístico en general. Sin embargo, el dato importante es el problema del desempleo estructural, que en España se estima que equivale a aproximadamente el 14,5% del total de población activa²⁴.

Por tanto, en conclusión, la economía española está sobre-endeudada, y los datos demográficos a medio/largo plazo no permiten prever una solución a este problema, máxime con una tasa de paro estructural creciente y con porcentajes elevados.

²² GÓMEZ GARCÍA, F. / REBOLLO SANZ, Y. / USABIAGA IBÁÑEZ, C., “Nuevas estimaciones de la NAIRU de la economía española: métodos directos”, Estudios de Economía Aplicada (volumen 20-III) (2002) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 17 de julio de 2019), pp. 509 ss.

²³ Esta es la clasificación más comúnmente aceptada. Véase una explicación en DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. / BLANCO NAVARRO, J.M., *Seguridad Nacional, amenazas y respuestas*. Ed. LID Editorial Empresarial. Madrid, 2014, pp. 64 s.

²⁴ MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Agenda del Cambio*, cit, p. 10.

1.1.3. Creciente inversión extranjera

Con la adhesión a la Comunidad Económica Europea en 1986, España se convirtió en un destino para las inversiones extranjeras más atractivo de lo que lo había sido hasta la fecha para el resto de Estados europeos, recibiendo, además, un flujo creciente de inversión procedente de los Estados Unidos. Esta tendencia se ha mantenido hasta la fecha, siendo particularmente notoria en Madrid (que, por ser la capital, concentra un volumen de empresas nacionales e internacionales superior al del resto de España) y Barcelona (que tiene uno de los aeropuertos más importantes del país y es el principal puerto de entrada y salida de cruceros por el Mediterráneo).

De hecho, la evolución que ha tenido la inversión extranjera bruta en España (es decir, la que no tiene en cuenta la compra de activos extranjeros por parte de las personas de España²⁵), en términos nominales, ha sido la siguiente:

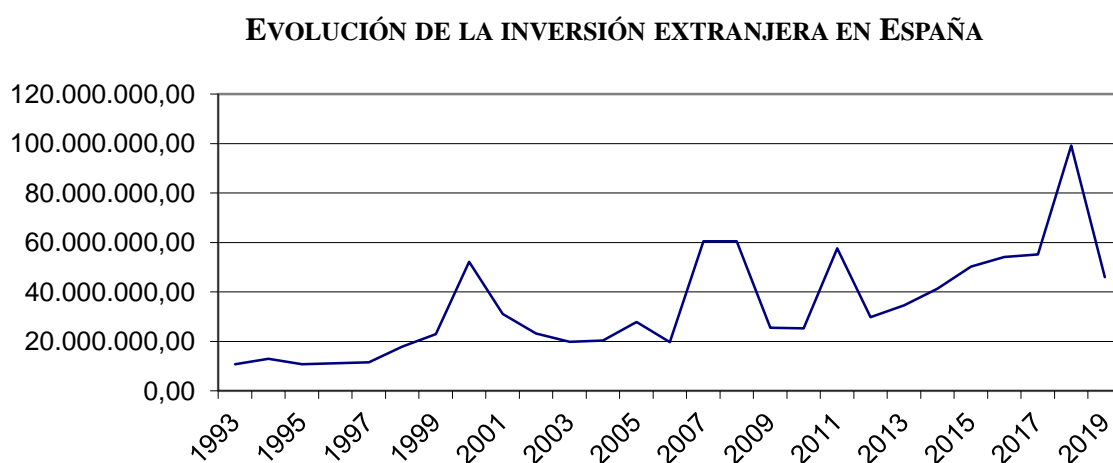


Figura 3: evolución nominal de la inversión extranjera en España. Fuente: elaboración propia a partir de <http://datainvex.comercio.es>, consultada el 10 de agosto de 2020

Una interpretación rápida de este gráfico bajo el prisma de la presente investigación nos permite ver que en 2007, año en el que se publicó el primer Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CP que cristalizaría en la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la inversión extranjera neta fue más alta que la del año anterior, y así se mantuvo hasta la caída del año 2009, que no repuntó hasta 2011, año en el que dicha Ley Orgánica empezó a surtir efectos (téngase en cuenta que la *vacatio legis* de esta norma finalizó el 23 de diciembre

²⁵ MANKIW, N. G., *Principios de Economía*, 6ª ed. Ed. Mc Graw Hill. Aravaca, 2012, p. 390.

de 2010). Podemos entender, pues, que los mercados aceptaron positivamente la entrada en el ordenamiento español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De hecho, esta tendencia se mantiene a partir del año 2013, en el que se publicó el Anteproyecto de Reforma del Código Penal que daría pie a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: puede verse un aumento irregular, pero constante, que se mantiene hasta el pico de inversión del año 2018, a partir del cual experimenta una fuerte caída.

Para acabar este apartado, cabe describir la situación actual de la inversión extranjera en España. La nota de prensa de la Secretaría de Estado de Comercio de 30 de mayo de 2019 indicó que, durante el año 2017, la inversión extranjera se había concentrado principalmente en siete sectores: suministro de energía eléctrica (13,5%); fabricación de productos minerales no metálicos (7,5%); comercio al por mayor, exceptuando vehículos a motor y motocicletas (6,6%); sector de las telecomunicaciones (6,4%); actividades inmobiliarias (5,6%); seguros y fondos de pensiones (4,5%) y la industria química (3,5%)²⁶.

Ello nos lleva a analizar el tipo de empresa de capital extranjero que se encuentra presente en España, resultando que el 42,5% de las empresas filiales pertenecen al sector Servicios, el 32% al sector Comercio y el 25,5% restante al sector Industria²⁷. De entre estos tres, las empresas del sector Servicios ocupaban a una media de 122,99 trabajadores; las del sector Comercio, de 98,65 trabajadores; y las del sector Industria, 156,85 trabajadores. Como se verá más adelante, estas medias son sustancialmente superiores a la media española global. Además, de estos tres sectores, la misma nota de prensa indica que el 0,4% de las empresas del sector Servicios son de capital extranjero, al igual que el 0,5% de las del sector Comercio y el 1,8% de las del sector Industria²⁸. Si tenemos en cuenta estos porcentajes junto con la media de personas que ocupa cada una de las empresas de estos sectores, tal como se verá más adelante, vemos que la inversión extranjera supone un aspecto importante en este tipo de empresas, tanto cuantitativa como cualitativamente, dado que algunas de las empresas más grandes de España son de matriz extranjera.

²⁶ SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO, “La inversión extranjera en España alcanzó los 435.279 millones en 2017” (en línea, <https://comercio.gob.es/>, consultada el 11 de agosto de 2020).

²⁷ INE, *Estadística de Filiales de Empresas Extranjeras en España Año 2017* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020), pp. 1 ss.

²⁸ INE, *Estadística de Filiales*, cit., p. 4.

En resumen, podemos ver cómo España es destino de inversión extranjera, y que ésta tiene unos valores significativos (destacando el efecto positivo para el empleo), sobre todo a partir de la inclusión en el Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque con algunas fluctuaciones. Sin duda no es éste el único motivo de crecimiento de la inversión, pero resulta significativo que los repuntes de la misma coincidan aproximadamente con las fechas de promulgación de las sucesivas modificaciones que esta Ley Orgánica ha tenido.

Aunque esta conclusión no debería sorprendernos, lo cierto es que existe un debate abierto acerca de la interrelación existente entre Derecho, en general, y Economía. Por un lado, ciertos postulados consideran que no es exacto hablar de una influencia causal del Derecho sobre la Economía, puesto que ello supondría que de ambos elementos se pudiese predicar una existencia independiente respecto del otro, cosa que no ocurre, puesto que *“cosa toda norma jurídica lleva siempre consigo, necesariamente, una regulación de la Economía social sobre la que recae”*²⁹. Por otro, algunas posturas discrepantes consideran que sí existe una influencia del Derecho en la Economía, si bien ésta es limitada y en ningún caso resulta determinante en un sistema capitalista. Según esa corriente, a la que nos adherimos plenamente, *“[e]l derecho influye en el comportamiento económico, y los intereses provenientes de este ámbito influyen, aunque no son los únicos, en los cambios jurídicos. La relación entre el derecho racional moderno y el capitalismo industrial es de interdependencia”*³⁰.

Concluimos, pues, que toda variación en la regulación jurídico-penal de la responsabilidad de las personas jurídicas tiene efectos relevantes y positivos para nuestra economía, tal vez por ser el Derecho penal una de las ramas del ordenamiento que, tradicionalmente, menos había preocupado a las empresas, pero que, desde 2010 y de forma progresiva, más está influyendo en el día a día de éstas.

²⁹ VON STAMLER, R., *Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia. Una investigación filosófico-social*. Ed. Reus. Madrid, 2011, pp. 347 s.

³⁰ BURGOS, G., “Instituciones jurídicas y comportamiento económico: la experiencia asiática”, REI, vol. VIII, nº 14 (2006) (en línea, <https://www.economiainstitucional.com>, consultada el 22 de julio de 2019), p. 144.

1.2. LIBRE MERCADO BASADO EN UN MODELO CAPITALISTA

1.2.1. Óptica jurídica

Las principales directrices de nuestro sistema económico y de mercado las encontramos en la Constitución. Así, determinados artículos de esta norma conforman la llamada “Constitución Económica”, expresión procedente de la Constitución de Weimar de 1919 y que se refiere a las indicaciones sobre el modelo económico de un Estado que se recogen en esta norma³¹. Conviene tratar esta característica con especial detenimiento puesto que, como se verá más adelante, el bien jurídico en cuya protección coinciden los delitos contra el mercado y los consumidores y los delitos de corrupción en los negocios es, según la jurisprudencia, el libre mercado (sin perjuicio de que, en cada caso, el CP proteja otros bienes jurídicos además de éste).

Las principales referencias a la iniciativa empresarial las encontramos en los arts. 38, 128.2 y 129.2 CE. En opinión de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, estos artículos definen distintos perfiles e índices normativos que integran el modelo de empresa que se desprende de la CE, que este autor denomina como “*modelo jurídico de empresa*”³². Además, el art. 131 CE prevé la posibilidad de intervención del Estado en la planificación de la economía. Si bien la Constitución Económica incluye más artículos, a efectos de nuestro análisis el más importante es el primero, que viene en cierto modo matizado por los demás.

El art. 38 CE no se ubica, como los otros tres, en el Título VIII CE (cuya rúbrica es “Economía y Hacienda”), sino que se encuentra en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título I CE, esto es, dentro del catálogo de los derechos y deberes de los ciudadanos que, sin tener rango de Derechos Fundamentales, sí son Derechos Constitucionales. Su literalidad es la siguiente: “[s]e reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. La libre iniciativa económica (privada, en el caso de este artículo, aunque matizada por la posibilidad de planificación

³¹ HERRERO DE MIÑÓN, M., “La Constitución Económica: desde la ambigüedad a la integración”, REDC, nº 57 (1999). Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, pp. 11 ss.

³² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.), *Derecho mercantil*, vol. I. Ed. Ariel. Barcelona, 2009, p. 67.

estatal) está sujeta al principio de productividad, lo que implica una concepción de la empresa según los postulados de la economía capitalista, productiva y eficiente³³.

Esto último lleva a deducir el amparo constitucional de la libre competencia, intrínseco a la economía de mercado que este artículo recoge. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ indica, desde un punto de vista del Derecho constitucional, que los titulares de la libertad de empresa son únicamente los españoles y las personas jurídicas establecidas legalmente en España, excluyéndose a los extranjeros (cuyas actividades económicas están sometidas a autorización previa)³⁴. Como excepción, los ciudadanos de la Unión Europea también pueden ser titulares de este Derecho.

Además, PILOÑETA ALONSO, quien coincide con la práctica totalidad de la literatura económica contemporánea, recuerda que los mercados de libre competencia son los que más contribuyen a la diversificación de la oferta, puesto que no hay ningún impedimento a la iniciativa empresarial (salvo, podríamos añadir, las *res extra commercium*) y los ciudadanos conservan la libertad de contratar con quien consideren más adecuado³⁵. En capítulos posteriores volveremos sobre esta idea, cuya plasmación en el CP se encuentra en el art. 286 bis CP, referente al delito de corrupción en los negocios.

No obstante, desde el punto de vista de la realidad mercantil, BROSETA PONT / MARTÍNEZ SANZ indican cómo a día de hoy la tendencia es más bien a huir de un supuesto de “competencia perfecta” (es decir, en la que el mercado se rige bajo la libre competencia absoluta) y situarse en regímenes monopolísticos u oligopolísticos en los que las grandes empresas dominan el mercado y con frecuencia se llega a acuerdos sobre precios³⁶. Esto nos lleva, según estos mismos autores, a una situación de “competencia imperfecta”, en la que, dándose estas circunstancias, existe una cierta competencia, aunque no tan libre como la que a priori cabría suponer según el art. 38 CE.

³³ *Ibidem*.

³⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2005, pp. 509 ss.

³⁵ PILOÑETA ALONSO, L.M., “Veinticinco años de Constitución económica y Derecho mercantil”, en AAVV., *Homenaje a la Constitución Española. XXV aniversario*. Ed. Ediciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 2005, p. 53.

³⁶ BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil, vol. I*, 27ª ed. Ed. Tecnos. Madrid, 2020, p. 78.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de esta materia en reiteradas ocasiones, conceptualizando la libertad de empresa como un límite y, simultáneamente, un presupuesto de la libertad de empresa³⁷.

En opinión propia, y teniendo en cuenta los postulados de la economía capitalista de mercado (también llamado “sistema de libre competencia”), puede entenderse que la contratación ha de entenderse como libre, pero en los supuestos de una empresa o un profesional que contrate con otra, sí pueden establecerse ciertos límites a esa libertad tendentes a evitar monopolios.

Por ejemplo, supongamos una determinada empresa con una capacidad económica superior a la de sus competidores. Si la libertad de contratación fuera absoluta, nada impediría que los consumidores (pongamos por caso, otras empresas) contratasen sólo con esta. Sin embargo, esto generaría un monopolio que no sólo haría que el mercado de ese bien o servicio perdiera eficiencia sino que, además, eliminaría la libre competencia. Por ello, se requiere que el Estado imponga algún límite a la libertad de mercado para evitar estas prácticas. Más adelante se insistirá en este concepto.

Además de lo anterior, cabe tener en cuenta que la libertad de empresa no sólo se predica de los entes privados, sino también, según los arts. 128.2 y 129.2 CE, del Estado. Así, el primero de estos preceptos nos dice que “[s]e reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Ante una posible incompatibilidad con el art. 38 CE, el Tribunal Constitucional ha indicado en reiteradas ocasiones la conveniencia de que el Estado pueda constituir entidades empresariales en aras del interés general como, entre otros, la prestación de un servicio público que garantice el cumplimiento de un Derecho Fundamental³⁸. En el ámbito estrictamente penal y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se verá más adelante, esta cláusula constitucional tiene un reflejo en el art. 31 quinquies CP, que indica que esta responsabilidad no es predicable de las Agencias y Entidades públicas Empresariales, y que las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general tienen un régimen sancionador especial.

³⁷ Por todas, SSTC 88/1986, 1 julio, FJ 4, 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6.

³⁸ En este sentido, por todas, STC 127/1994, 5 mayo, FJ 7.

Por su parte, el art. 129.2 CE (menos importante para nuestro análisis, pero al que conviene referirse a efectos meramente indicativos) dicta que “[l]os poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”³⁹. Respecto a esta regulación, baste decir que se trata de la representación de los intereses generales de los empresarios ante los poderes públicos, aunque también se deben entender incluidos otros supuestos, como las facultades de audiencia en la planificación de la economía⁴⁰.

Ello entronca con el último artículo de la Constitución Económica que estimamos necesario mencionar para entender el planteamiento básico del libre mercado desde una óptica jurídica. Así, el art. 131.1 CE, rompiendo con los postulados capitalistas, sugiere la posibilidad de que el Estado planifique la actividad económica general “*para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*”.

La doctrina ha opinado que, teniendo en cuenta la regulación que da el art. 38 CE, la planificación aquí sugerida es meramente indicativa, y no vinculante, referida a aspectos globales de la actividad económica (por lo que en ámbitos sectoriales la observancia de las directrices establecidas no sería obligatoria)⁴¹.

En conclusión, podemos decir que el sistema de libre mercado en España tiene una regulación a nivel constitucional amplia, y que tanto ampara al sector público como al

³⁹ STC 39/1986, 31 marzo, FJ 4, comentó que este precepto “*entiende por participación la desarrollada en el seno de "organismos públicos", fuera de la cual, otras formas de participación no están prohibidas por la Constitución, pero tampoco reguladas por ella. (...) [E]xiste una estrecha vinculación entre la participación prevista en el art. 129 de la Constitución y la estructura organizativa de la Administración pública, o de "entidades" y "organismos" de naturaleza pública que se califican por su naturaleza y su adscripción orgánica, y no tanto por la mayor o menor trascendencia que puedan tener (...)*”.

⁴⁰ CAIRÓS BARRETO, D.M., “La representatividad y la mayor representatividad en las asociaciones empresariales”, en *LH-Guanche Marrero*, p. 31.

⁴¹ ALZAGA VILLAAMIL, O. / GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. / REVIRIEGO PICÓN, F. / SALVADOR MARTÍNEZ, M. / ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., *Derecho político español según la Constitución de 1978. Volumen. II: Derechos fundamentales y Órganos del Estado*, 6ª ed. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2017, pp. 590 ss. En este mismo sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en su STC 65/1998, 18 marzo, FJ 12, haciendo mención a diversas SSTC anteriores en este mismo sentido, en la que indica que “el art. 131 C.E. responde a la previsión de una posible planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica, y no resulta aplicable a una planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser”). Este matiz es relevante, puesto que una intervención estatal a nivel sectorial supondría, como se verá a continuación, una ineficiencia en el mercado que conllevaría un empobrecimiento del mismo.

privado, permitiéndose, además, el margen de planificar de un modo genérico la actividad económica.

Tras esta breve exposición de la libertad de mercado desde la óptica jurídica, procedemos a considerarla desde el punto de vista de la teoría económica, en aras a entender su importancia y la razón de su protección.

1.2.2. Óptica económica

Adam SMITH publicó en 1776 su obra más influyente, *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, de la que a lo largo de la Historia y hasta día de hoy se han ido sucediendo incontables ediciones y reproducciones. Esta obra, considerada como los inicios de los sistemas económicos capitalistas tal como los conocemos en la actualidad, defendía el libre mercado absoluto, justificando que una “mano invisible” lo regularía⁴². Además, como ya se ha visto, la CE también considera que la economía de mercado en un contexto de libre competencia es el marco adecuado para ejercer el derecho a la libertad de empresa.

El motivo es que un mercado de libre competencia es el que resulta económicamente más eficiente, puesto que es aquel en el que se maximizan los excedentes del productor y del consumidor⁴³.

Para entender esto, la Economía clásica ha contrapuesto los intereses de las partes productora y compradora de un mercado, partiendo de la base de que hay multiplicidad de ambos con poderes adquisitivos muy dispares. Así, en lo que se refiere a los productores de un bien o servicio, se parte de la base de que estarán dispuestos a ofrecer más cantidad de producto cuanto mayor sea el precio que obtengan por él. Por su parte, los consumidores preferirán adquirir más cantidad cuanto menor sea el precio que deban pagar por ella.

⁴² La edición de esta obra que se ha consultado para la presente investigación es SMITH, A., *La riqueza de las naciones: Libros I-II-III y selección de los libros IV y V*. Ed. Alianza. Madrid, 2011.

⁴³ La importancia de estos dos conceptos merece una explicación aparte. El “excedente del consumidor” es el conjunto global de dinero que todos los consumidores dejan de pagar a pesar de estar dispuestos a ello por un determinado bien en un mercado concreto. En otras palabras, si tenemos a tres consumidores en un mercado, uno de ellos pagaría hasta 6 euros por un producto, otro pagaría hasta 5 y otro hasta 4, y precisamente el precio de lo comprado es de 4, el excedente sería de $(6-4) + (5-4) + (4-4) = 3$ euros. Por su parte, el “excedente del productor” es la suma total del dinero que el global de productores de un determinado bien en un mercado concreto percibe por su producción más allá del mínimo que estaría dispuesto a recibir.

En consecuencia, y siempre usando las aproximaciones y simplificaciones que todo modelo económico se debe permitir, de los intereses de los productores obtenemos una curva con pendiente positiva llamada “curva de oferta”, mientras que de los intereses de los compradores obtenemos la “curva de demanda”, con pendiente negativa. Si, como decíamos, contraponemos ambas, el gráfico resultante es el que sigue:

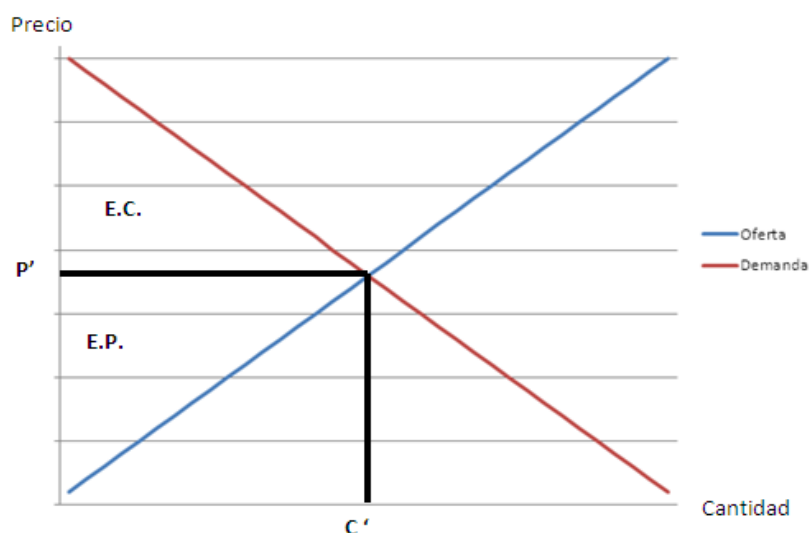


Figura 4: Mercado de competencia perfecta. Fuente: elaboración propia

En este gráfico vemos cómo los intereses de ambas partes se unen en el punto (C', P'), llamado “punto de equilibrio” por ser el que resultaría de la competencia pura sin restricciones ni intrusiones de terceras partes ajenas al mercado. “E.C.” y “E.P.” representan, respectivamente, los excedentes de los consumidores y de los productores.

Para demostrar por qué es este modelo el más eficiente, baste ver qué pasaría si hubiera alguna interferencia en esta competencia perfecta. Por ejemplo: si una determinada empresa decidiese contratar con un proveedor que no fuese el más eficiente sino alguien con poder económico suficiente como para premiarle con un regalo sin justificación económica a cambio de contratar en él, ello encarecería los costes de producción y, por tanto, el precio del producto aumentaría. En consecuencia, el nuevo gráfico sería el siguiente:

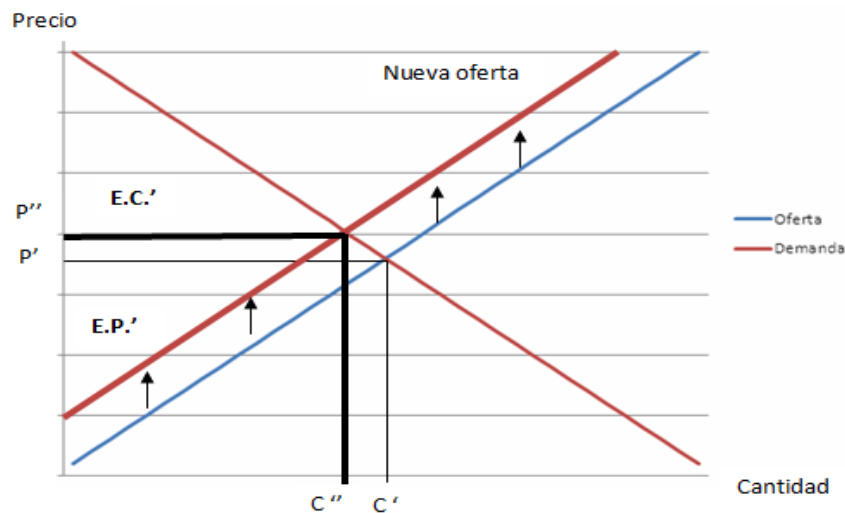


Figura 5: Mercado alterado. Fuente: elaboración propia

Como puede verse, los nuevos excedentes de los productores y los consumidores (E.P.' y E.C.', respectivamente) ocupan una superficie menor que en el esquema original, lo que muestra, de una forma gráfica, que son inferiores a los del mercado en condiciones de libre competencia. En otras palabras, se ha generado una ineficiencia que perjudica a este mercado en particular e, indirectamente, a la Economía general (puesto que reduce el consumo privado, a la sazón uno de los componentes utilizados para el cálculo del PIB de un territorio).

Por supuesto, la realidad económica es mucho más compleja e incluye diversas variables que distorsionan las preferencias de los actores de un mercado. De hecho, en la práctica no es habitual encontrarnos con mercados de competencia perfecta, a pesar de lo que disponga la CE, sino que más bien nos hallamos ante mercados de competencia monopolística, es decir, aquellos en los que los productores compiten entre sí ofreciendo productos similares, aunque no idénticos, por lo que pueden fijar su precio sin necesidad de adaptarse al que imponga el mercado⁴⁴. Matemáticamente, en este caso no contraponemos la curva de demanda con la de oferta, sino con la de los costes medios de producir el bien o el servicio. Sin embargo, también en este mercado de puede medir la eficiencia en base a los excedentes, y de nuevo las injerencias externas los reducen si alteran el punto de equilibrio.

Para terminar con este epígrafe, a nivel meramente explicativo valga decir que los monopolios y los oligopolios (a la sazón, los dos tipos de mercado principales, además

⁴⁴ VARIAN, H.R., *Microeconomía intermedia*, 9ª ed. Ed. Antoni Bosch. Barcelona, 2015, p. 456.

del de competencia perfecta) no resultan, como norma general, tan eficientes como los mercados en los que se puede competir sin restricciones.

En el caso de los monopolios, un solo productor abastece a todos los consumidores de un mercado. Por ello, al igual que pasa con los mercados de competencia monopolística, se fija el precio de equilibrio contraponiendo las preferencias de gasto de los consumidores (esto es, la curva de demanda) con los costes medios del productor monopolista y los costes que le supondría producir una unidad más (esto es, el llamado “coste marginal”). En general, los excedentes de ambas partes son menores de lo que serían en un mercado de libre competencia (puesto que el monopolista produce menos de lo que se produciría en un mercado de libre competencia⁴⁵), aunque sí es cierto que en determinadas ocasiones los monopolios surgen por ser la “menos mala de las opciones”. Es el caso de los llamados “monopolios naturales”, que se pueden definir como aquellos que son creados y mantenidos gracias a las economías de escala (es decir, por aquellas situaciones en las que el volumen de la producción es tal que cuanto mayor sea, menores serán los costes unitarios)⁴⁶. Un ejemplo lo podemos encontrar en el mercado ferroviario si no se permite a una compañía alquilar el uso de sus vías, en el que los costes de llenar un territorio de vías de tren es tan elevado (y no sólo a nivel monetario) que lo que más conviene es que una sola empresa preste este servicio. Otro ejemplo, mucho más banal pero igualmente claro, sería el supermercado de un camping, que abastece a todos los turistas que se alojan en él a unos precios superiores a los demás supermercados, pero menores de la suma del precio en estos otros supermercados más los costes del transporte (gasolina, tiempo, etc.).

En el caso de los oligopolios, unos pocos productores abastecen a la gran masa de consumidores de un determinado mercado. Las ineficiencias vienen dadas, precisamente, porque a partir del momento en el que uno de los productores fija un precio, los demás le siguen y establecen otro similar, con el peligro añadido de que se debe intentar predecir el volumen de producción de los demás productores cuando aún se desconoce. Además del riesgo de desarrollar prácticas colusorias (que la legislación española sanciona), y aun suponiendo que la predicción sobre la cantidad con la que se abastecerá el mercado es la adecuada, el método “líder-seguidores” para fijar el precio

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ KRUGMAN, P. / WELLS, R. / OLNEY, M.L., *Fundamentos de economía*. Ed. Reverté. Barcelona, 2007, p. 180.

es claramente ineficiente, dado que se basa (al menos, en un primer momento) en predicciones y en los propios costes, sin tener en cuenta las condiciones del mercado. Tanto es así que un sector de la doctrina (con el que nos identificamos) no ha dudado en criticar las falsas luchas de precios⁴⁷.

En conclusión, pues, la maximización de los excedentes de los consumidores y de los productores se obtiene en un mercado de libre competencia (también llamado de “economía de mercado”), cosa que justifica su amparo constitucional y la protección que, dentro de lo posible, se da a este tipo de mercado.

1.3. TEJIDO EMPRESARIAL

A continuación pasamos a referirnos a la estructura empresarial española. Para obtener una “fotografía” de la forma del tejido de empresas de nuestro país debemos tener en cuenta la distribución en el territorio español de las empresas según su tamaño. Este dato es importante a efectos de evaluar la adecuación de la regulación en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas en general, puesto que nos servirá para ver el tamaño real de las organizaciones que se pueden ver afectadas por esta regulación. Para ello, usaremos la definición de “empresa” que utiliza el INE, esto es, *“la combinación más pequeña de unidades jurídicas que produce bienes o servicios y que disfruta de una cierta autonomía de decisión principalmente a la hora de emplear los recursos de los que dispone”*⁴⁸

Así, lo primero que debemos tener en cuenta es la clasificación de empresas que realiza la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003 (DOUE núm. 124, de 20 de mayo de 2003). Dicha Resolución indica que una empresa debe considerarse microempresa, si tiene menos de diez trabajadores o factura menos de dos millones de euros anuales; pequeña, si tiene entre diez y cuarenta y nueve empleados o factura hasta diez millones de euros anuales; mediana, si tiene entre cincuenta y doscientos cuarenta y

⁴⁷ Por todos, FLINT, P., *Tratado de defensa de la libre competencia*, 1ª ed. Ed. de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cercado de Lima, 2002, pp. 652 ss.

⁴⁸ INE, *Unidad Estadística Empresa* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada en fecha 11 de agosto de 2020).

nueve trabajadores o factura menos de cincuenta millones de euros anuales; y grande, finalmente, si supera esta cantidad⁴⁹.

La nota de prensa que publicó el Instituto Nacional de Estadística en fecha 20 de diciembre de 2019 indicaba que “[a] 1 de enero de 2019 más de 1,88 millones de empresas no emplearon a ningún asalariado. Esta cifra supuso el 56,0% del total. Además, otras 905.113 (el 26,9% del total) tenían uno o dos empleados”⁵⁰. Para ampliar esta información, el gráfico siguiente muestra la proporción de empresas según sus trabajadores en España en el año 2019:

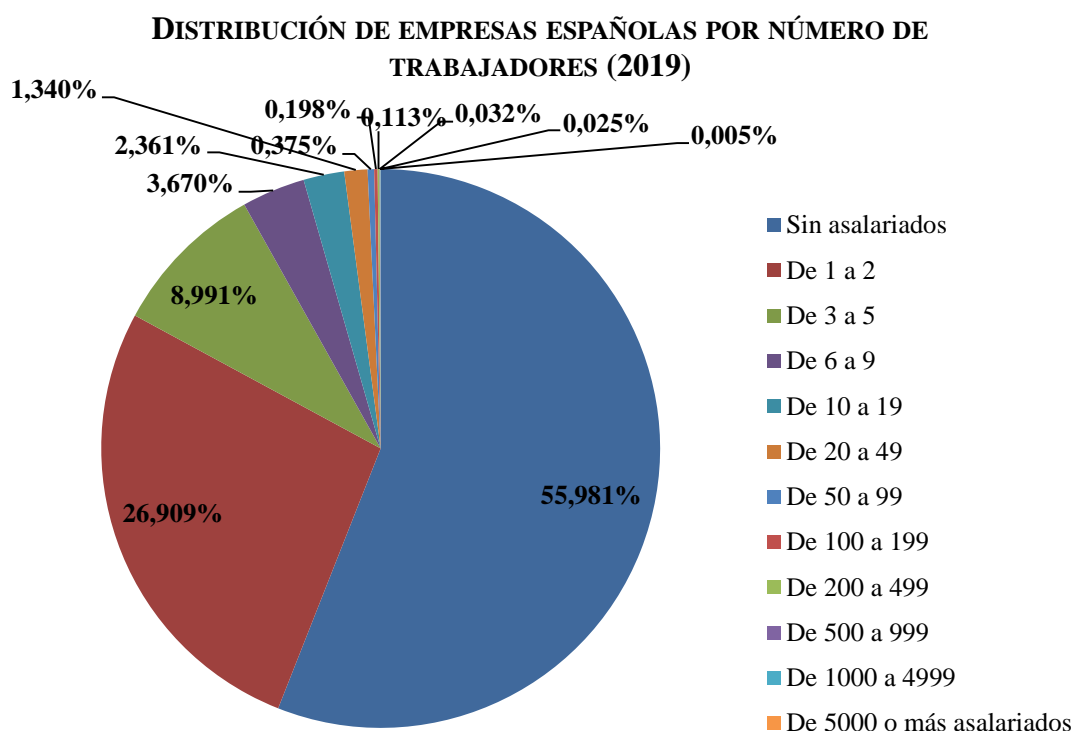


Figura 6: distribución de las empresas españolas en 2019 según sus trabajadores. Fuente: elaboración propia a partir de <http://www.ine.es/>, consultada el 11 de agosto de 2020

Si sumamos los datos anteriores, que hemos redondeado a la milésima, comprobamos que el 95,55% de las empresas son microempresas y que, de hecho, un 55,981% son trabajadores autónomos o sociedades que no cuentan con ningún trabajador (por

⁴⁹ A los efectos de simplificar el análisis, la presente investigación se centrará en el número de trabajadores para determinar el tamaño de la empresa.

⁵⁰ INE, *Estructura y dinamismo del tejido empresarial en España. Directorio Central de Empresas (DIRCE) a 1 de enero de 2019* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada en fecha 10 de agosto de 2020).

ejemplo porque simplemente se dedican a actividades de “*holding*” y carecen de plantilla propia⁵¹). Las pequeñas empresas suponen un 3,701% del total. Mayor problema tenemos para determinar las medianas y las grandes, puesto que los datos obtenidos marcan la franja “de 200 a 499” trabajadores sin hacer distinción entre las que tienen 250 o más y las que tienen menos. No obstante, dada la escasa importancia porcentual de este tipo de empresas, podemos considerar que las medianas suponen un 0,573% del total de empresas españolas y que únicamente un 0,175% de las mismas son grandes. Un rápido vistazo a las cifras permite intuir que esta estructura no sólo hace años que se mantiene⁵², sino que probablemente se mantendrá en el futuro.

Estos datos son importantes para entender el contexto económico y empresarial real de España. Entre otras cosas, el tamaño es uno de los principales factores explicativos de la baja productividad de nuestra economía. Así, se estima que las pequeñas empresas pierden productividad cuanto mayor es su número de trabajadores, si bien a partir de los cincuenta empleados esta tendencia cambia⁵³. Siendo esto así, podemos entender por qué la producción total (y por tanto, la riqueza generada) de una gran empresa será mucho mayor que la de una microempresa, a pesar de que la productividad de los trabajadores, equipos, etc. pueda ser similar. No obstante, esta obviedad implica que, con un 0,175% de grandes empresas frente a un 95,55% de microempresas, la riqueza generada no puede ser demasiado elevada.

Sin embargo, también es interesante examinar el tamaño de las organizaciones empresariales por un motivo: su estructura interna y, en relación con ella, la capacidad de control de los mandos hacia sus subordinados. En la mayoría de pequeñas empresas hay una identificación entre la organización en sí y la persona de su promotor mayor que en las empresas de mayor envergadura, y suele ser el empresario quien coordina los

⁵¹ Existe un elemento distorsionador de esta estadística que afecta directamente al porcentaje de “empresas sin trabajadores”: los comúnmente llamados “falsos autónomos”. Si bien es imposible concretar su cantidad y, en consecuencia, el grado de distorsión, hay un creciente cuerpo jurisprudencial que está poniendo de manifiesto la existencia de este fenómeno. No obstante, cabe decir no se trata de una situación propia de la economía española, sino que se da también en otras extranjeras, como atestigua el ATJUE 22 abril 2020.

⁵² Tal como demuestra la totalidad de estudios que la doctrina especializada ha ido elaborando en esta materia a lo largo de los años, España siempre ha tenido una amplia base de PYMES. Además, cuestiones como la precariedad del mercado laboral o la legislación mercantil en materia de creación de sociedades han conllevado que una opción bastante extendida sea el “autoempleo”. No obstante, como se verá más adelante, se trata de una característica común en la mayor parte de economías.

⁵³ FERNÁNDEZ DE GUEVARA, J., *La productividad sectorial en España. Una perspectiva micro*. Ed. Fundación BBVA. Bilbao, 2011, pp. 73 ss.

factores productivos para obtener beneficios⁵⁴. Se tiende, también, a una mayor horizontalidad jerárquica (que en gran medida se debe a la ausencia de necesidad de la creación de mandos intermedios) y a una cierta polivalencia de los trabajadores (más acusada cuanto menor es el tamaño). Esto es relevante en sede de control de los altos directivos sobre sus empleados, que en el caso de organizaciones pequeñas siempre será más directo que en otras.

En una empresa mediana, el amplio rango de trabajadores implica necesariamente que la organización interna sea distinta en unas que en otras. En una empresa de estas características, la organización está más definida y, normalmente, jerarquizada⁵⁵. En las medianas empresas se observa más separación entre departamentos que en una empresa pequeña, lo que conlleva una mayor individualización de las funciones y responsabilidades. Eso sí, a diferencia de una gran empresa, hay elementos organizativos (como cuestiones de calidad, procesos de control, etc.) que una empresa mediana no suele tener⁵⁶. Por ello, deducimos que en estos casos el control sobre los trabajadores, que sin duda se puede ejercer de manera efectiva, no es tan directo como en una empresa más pequeña.

Finalmente, en las grandes empresas suelen adoptar una estructura multidivisional, ocasionalmente con distintas líneas productivas⁵⁷. Cada uno de los departamentos de este tipo de entidades suele gozar de una autonomía superior a la de sus homólogos en organizaciones más pequeñas, lo que implica una pérdida de control de unos departamentos sobre otros y una despersonalización de los puestos de trabajo que, a diferencia de una microempresa o una empresa pequeña, dificulta las funciones de control sobre los trabajadores que tienen los altos directivos. Además, continuando con la perspectiva de la posibilidad de control, una dificultad añadida es la de la externalización de partes del proceso productivo.

Podemos concluir, por tanto, que las estructuras más pequeñas están menos compartimentadas que las grandes y el control directo que se puede ejercer desde los altos mandos a los trabajadores es mayor que en otras organizaciones de mayor

⁵⁴ MAQUEDA LAFUENTE, F.J., *Dirección estratégica y planificación financiera de la PYME*. Ed. Díaz de Santos. Madrid, 1992, p. 15.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ GARCÍA GARRIDO, S., *La contratación del mantenimiento industrial. Procesos de externalización, contratos y empresas de mantenimiento*. Ed. Díaz de Santos. Madrid, 2010, pp. 284 ss.

⁵⁷ ESCORSA CASTELLS, P. / VALLS PASOLA, J., *Tecnología e innovación en la empresa*. Ed. Universitat Politècnica de Catalunya. Barcelona, 2003, p. 176.

envergadura. No obstante, eso no elimina la posibilidad de que sean los mandos intermedios quienes ejerzan esta vigilancia. Además, la mayor división por departamentos de una estructura empresarial grande (o mediana de más de cierto número de trabajadores) también puede contribuir a que este control sea más efectivo, puesto que los responsables de cada departamento son quienes pueden ejercerlo.

1.4. TEJIDO PRODUCTIVO

Como último aspecto que debemos describir de la economía española, nos referiremos a la distribución de las empresas españolas según su sector. Para simplificar la exposición, consideraremos únicamente tres sectores económicos: el primario, que incluye agricultura, ganadería y pesca; el secundario, referido a actividades industriales; y el terciario, esto es, el sector de los servicios. El cuarto sector de la economía, referido a actividades artísticas, se incluye dentro del terciario.

1.4.1. El sector primario

En los países de la OCDE, la agricultura representaba menos del 1,5% del PIB en el año 2012⁵⁸. En lo que respecta a nuestro país, la anexión de España a la Comunidad Económica Europea en 1986 supuso un cambio de la demanda de alimentos, que se tuvo que adaptar al conjunto del mercado europeo, pero manteniendo como ejes clave la llamada “agricultura general” y las “orientaciones mixtas”, que engloban todas las explotaciones agrarias sin producción principal definida⁵⁹. En general, se trata de un sector competitivo, y una parte de la doctrina considera que impulsarlo implicaría un mayor desarrollo económico para los Estados⁶⁰.

Tras esta introducción, veamos la distribución territorial de las empresas del sector primario.

⁵⁸ FAO / FIDA / PMA, *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012. El crecimiento económico es necesario pero no suficiente para acelerar la reducción del hambre y la malnutrición*. (en línea, <http://www.fao.org/>, consultada el 14 de mayo de 2017).

⁵⁹ COLINO, J. / MARTÍNEZ PAZ, J.M., “Sector agrario”, en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit., pp. 83 ss.

⁶⁰ JIMÉNEZ GARCÍA, M. / PEÑA SÁNCHEZ, A.R. / RUIZ CHICO, J., “Análisis de competitividad de las exportaciones agroalimentarias de la Unión Europea a nivel de sus Estados Miembros: Un estudio transversal”, ITEA, información técnica económica agraria. Revista de la Asociación Interprofesional para el Desarrollo Agrario (AIDA) 2 (2016). Ed. Asociación Interprofesional para el Desarrollo Agrario. Zaragoza, pp. 220 ss.

Según el Anuario Estadístico de España de 2016⁶¹, Andalucía es la Comunidad Autónoma que más superficies de explotación agraria concentra (un 25,5% del total), seguida de Castilla la Mancha y la Comunitat Valenciana. Castilla y León, a pesar de ser la zona con mayor superficie media en sus superficies cultivadas, ocupa el cuarto puesto de esta clasificación. Por su parte, la Comunidad Autónoma con menor número de explotaciones agrícolas es la Comunidad de Madrid.

Más dispersos son los datos referentes a la ganadería. Según este mismo informe, los últimos datos indican que la Comunidad Autónoma en la que mayor producción hubo (medida en el número de cabezas de ganado que se sacrificaron) fue Catalunya, más del doble de la siguiente Comunidad Autónoma de la lista, Castilla y León. Andalucía ocupa la quinta posición de este escalafón. Por su parte, Cantabria ocupa el último lugar de la lista de actividad ganadera en España.

En cuanto a la pesca, no tendría sentido hacer un análisis por Comunidades Autónomas, si bien puede anotarse que las tres zonas con más actividad en este subsector (medida en el número de buques) son, de mayor a menor, Galicia, Andalucía y Catalunya. No obstante, cabe decir que estamos ante un subsector cuya aportación al PIB ronda los mil millones de euros anuales, cuantía insignificante comparada con los demás.

Valga hacer, asimismo, una breve mención a las características de las empresas de este sector. Por lo general, son organizaciones que ocupan entre el 2-5% de la población en las economías avanzadas. En la actualidad existen problemas de subsistencia, puesto que la mano de obra empleada presenta una productividad decreciente⁶², a pesar de los bajos costes que suele suponer⁶³. En general, el sector primario, al igual que pasa con el energético (ver *infra*), es un oligopolio formado por unas pocas empresas grandes (que fijan los precios, dado su mayor poder negociador), y una multitud de microempresas y trabajadores autónomos⁶⁴. Con las ganancias de sus actividades se cubren los costes, aunque el auténtico margen está en la distribución de los productos. De hecho, para

⁶¹ INE, *Anuario Estadístico de España* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultado el 14 de mayo de 2017).

⁶² Es decir, a mayor número de empleados, menor productividad de cada uno de ellos.

⁶³ COLINO, J. / MARTÍNEZ PAZ, J.M., en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit., pp. 83 ss.

⁶⁴ De hecho, el oligopolio se muestra tanto a nivel de empresas como de Estados que participan en este mercado. Un ejemplo ilustrativo es el caso del mercado del trigo, en el que los actores monopolistas son Comisión de la UE, el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, la CWB canadiense y la AWB australiana. Véase al respecto ANTÓN LÓPEZ, J., “Políticas agrícolas y oligopolio de exportación: Un análisis desde el caso del trigo”, REEA, nº180 (1997). Ed. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Madrid, pp. 43 ss.

evitar incurrir en pérdidas, muchos trabajadores autónomos (fundamentalmente en el subsector agrícola) son terratenientes de microfundios que utilizan su patrimonio y su trabajo sin imputarles coste alguno a nivel contable, en aras a evitar incurrir en unos costes de producción superiores al precio que las grandes empresas establecen.

Sin embargo, en relación con estas empresas hay una característica que, a efectos de nuestro análisis, es la más importante: la gran dependencia que hay en el sector primario de las subvenciones y ayudas públicas derivadas de la Política Agraria Común, que en términos agregados a nivel de la Unión Europea, en los últimos diez años han llegado a constituir aproximadamente la mitad del total de ingresos de estas compañías⁶⁵. Este dato es importante, puesto que una de las posibles penas en las que puede incurrir una persona jurídica, como se desarrollará, es la 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 (art. 33.7 f) CP), lo que en un subsector con tanta dependencia de dichas ayudas públicas revestiría especial gravedad.

En conclusión, el sector primario en España es poco importante y ocupa a un porcentaje de la población activa relativamente bajo. Está formado fundamentalmente por PYMES y microempresas y se presenta con más intensidad en las Comunidades Autónomas con mayor número de empresas (salvo la Comunidad de Madrid). Es también un sector económico fuertemente dependiente de subvenciones públicas⁶⁶.

1.4.2. El sector secundario

España experimentó un auge en su industrialización durante la década de 1960 que se vio frenado durante la crisis energética de la década siguiente, si bien la anexión a la Comunidad Económica Europea en 1986 reimpulsó este sector, en gran parte gracias a la importación de novedades tecnológicas y de la expansión del mercado interno⁶⁷.

El sector industrial en España, que es el más productivo de nuestra economía, se encuentra, a diferencia del anterior, muy repartido en todo el territorio. El informe anual

⁶⁵ <https://ec.europa.eu/>, consultada el 11 de agosto de 2020.

⁶⁶ Agradezco la ayuda prestada para la redacción de este epígrafe por el Sr. D. Fernando VILELLA DE VALLEDOR y la Sra. D^a. Lourdes FERNÁNDEZ, directivos de la empresa *Agrícola Frutera*, perteneciente al sector primario.

⁶⁷ REQUEJO GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Economía española*. Ed. Delta Publicaciones Universitarias. Madrid, 2007, p. 2.

Retrato de la PYME que publica el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo informa que, en fecha 1 de enero de 2019, el porcentaje de empresas activas en España dedicadas a la industria era del 5,9%, teniendo una menor representación de microempresas en este sector de la que se puede encontrar en otros (especialmente, en el sector servicios)⁶⁸.

Para analizar el sector industrial en España, MYRO SÁNCHEZ/GANDOY JUSTE proponen un sistema basado en la distinción entre actividades de demanda o contenido tecnológico alto (ordenadores, maquinaria eléctrica, etc.), medio (industria química, maquinaria mecánica, entre otras) y bajo (industria del papel, artes gráficas, madera, por ejemplo)⁶⁹.

Así, estos autores concluyen que las industrias del primer tipo se enfrentan a un mercado más dinámico y la productividad de la mano de obra (que es más cualificada que en las otras categorías) es mayor; en este grupo se encuentran las empresas líderes del sector que ofrecen menos estandarización en sus productos y las que más internacionalizadas están (lo que queda reforzado por el hecho de que sean las que más participan en empresas del exterior).

El segundo grupo está formado por las empresas con mayor tamaño medio y las que más capital extranjero reciben; son, también, las más productivas. Por el contrario, su esfuerzo tecnológico y su capital humano, dentro de que son superiores a los de las industrias más tradicionales, no llegan a los niveles de las del grupo anterior, que están más avanzadas.

No obstante, interesa fijarnos más en el tercer grupo, puesto que es, según estos autores, el grupo en el que más se ha especializado es sector industrial español. Estas empresas se caracterizan por contar con establecimientos de dimensiones reducidas en los que se hace un uso intensivo tanto de recursos naturales como de mano de obra, utilizando tecnologías estandarizadas; en comparación con la media de la Unión Europea, no

⁶⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, *Retrato de la PYME* (2016) (en línea, <http://www.ipyme.org/>, consultado el 11 de agosto de 2020).

⁶⁹ MYRO SÁNCHEZ R. / GANDOY JUSTE, R., “Sector industrial”, en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit., pp. 96 ss. Nótese que la construcción y el sector energético no se incluyen en esta clasificación. Ello se debe a que el Reglamento (UE), nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DOUE, nº 174, de 26 de junio de 2013) separó estas dos actividades del sector secundario en sentido estricto; no obstante, dada su importancia en la economía española, posteriormente serán objeto de desarrollo.

obstante, el capital físico, humano y tecnológico de este tipo de industria, de corte tradicional, es menor.

Como apunte, cabe decir que el período de recesión que se inició en 2007 fue particularmente acusado en las industrias textil, maderera, de fabricación de muebles, fabricación de caucho y materias plásticas, productos minerales metálicos y no metálicos y la fabricación de materiales de transporte⁷⁰. Según este autor, esto se debe a una ausencia de una política industrial que se ajuste a los parámetros actuales de competitividad internacional y permita convertir al sector en uno más tecnológico.

Finalmente, cabe decir que, desde el punto de vista del consumo, la Comunidad Autónoma con mayor demanda de bienes procedentes del sector secundario es Catalunya (23,6% del total), seguida de Andalucía y la Comunitat Valenciana (11,2% y 10,7% del total de ventas, respectivamente)⁷¹. Por su parte, este mismo orden se sigue en lo referido a la cifra de negocios en el sector industrial: Catalunya es la Comunidad Autónoma que mayor cifra presenta (22,3% del total), seguida de Andalucía (12,2%) y la Comunitat Valenciana (10,1%)⁷².

A mayor abundamiento, tras esta presentación del sector, como ya hemos apuntado con anterioridad, hay dos subsectores dentro del sector secundario cuya importancia para el global de la economía española ha hecho que, en ocasiones, se los considere como sectores económicos independientes del secundario. Se trata de la energía y la construcción y merecen, por ello, un tratamiento independiente.

a) El sector energético

Según indica el informe *La Energía en España 2017*, el consumo de energía en España se ha ido reduciendo constantemente desde el año 2007. Este mismo informe señala que, en el año 2017, el consumo de energía final en España (es decir, aquella que no se utilizará para ningún proceso productivo intermedio) estuvo compuesta fundamentalmente por los productos petrolíferos (53% del total), la electricidad (23%),

⁷⁰ SEGARRA BLASCO, A., “El ajuste del sector industrial”, *Economistas*, nº extra 119 (2009). Ed. Colegio de Economistas de Madrid. Madrid, pp. 89 ss.

⁷¹ INE, *Encuesta Industrial Anual de Productos. Año 2015* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 14 de mayo de 2017).

⁷² INE, *Encuesta Industrial de Empresas. Año 2014* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 14 de mayo de 2017).

el gas natural (16%), las energías renovables (6%) y el carbón y otros gases derivados (2%)⁷³.

La importancia de este sector reside en la correlación, directamente proporcional, que tiene con la industrialización de un territorio. No obstante, como señala JIMÉNEZ JIMÉNEZ, la industria en general ha ido reduciendo sus necesidades energéticas a lo largo de la última década, si bien ese ahorro energético se ha visto compensado por el aumento del consumo doméstico y del transporte⁷⁴.

Sin embargo, un hecho importante para nuestra economía en cuanto a energía se refiere es que, a pesar de los recursos de los que disponemos, España importa la mayor parte de energía que consume (73% en 2017)⁷⁵. Esta dependencia energética es crucial, puesto que implica que una buena parte del desarrollo de nuestra economía depende de suministros extranjeros, lo que, además, deja a España en una mala posición en caso de un aumento de los precios de la energía.

Otro factor importante lo encontramos en el tipo de empresa que lo compone. Siguiendo con JIMÉNEZ JIMÉNEZ, el mercado eléctrico español está dominado por dos empresas, cuyos volúmenes de facturación y su extensión distan mucho de las demás, lo que, en opinión de este autor, nos sitúa casi en un duopolio. Además, estas compañías suelen encargarse tanto de la generación de energía como de su distribución y su comercialización (si bien del transporte se encarga, casi en régimen de monopolio, una empresa de capital público). No obstante, las empresas del sector energético son mayormente Sociedades Anónimas de capital íntegramente privado, tanto de origen nacional como internacional, dividido en acciones que son ostentadas, en gran parte, por empresas de muy distintos sectores (como el financiero o el de la construcción, entre otros)⁷⁶.

En conclusión, el sector energético, que como hemos visto es de indudable importancia estratégica, depende en gran parte del exterior, y a nivel interior adolece de prácticas casi monopolísticas y duopolísticas que, si bien mantienen una mínima competencia, se

⁷³ MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, *La energía en España 2017* (2019). Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en línea, <https://energia.gob.es/>, consultado el 11 de agosto de 2020), pp. 131 ss.

⁷⁴ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, J.C., “Sector energético”, en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit., pp. 112 ss.

⁷⁵ <http://datos.bancomundial.org/indicador/EG.USE.COMM.FO.ZS?view=chart>, consultada el 11 de agosto de 2020.

⁷⁶ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, J.C., en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit., pp. 112 ss.

alejan de la libre competencia que la CE promueve y las convierte en compañías capitales para la economía que de ningún modo pueden desaparecer ni dejar de prestar sus servicios sea cual sea el motivo, so pena de desabastecer de energía a una parte de nuestra economía.

b) El sector de la construcción

Si bien a día de hoy la construcción no tiene la importancia en la economía estatal que tuvo en los inicios del s. XXI, lo cierto es que la referencia es obligada, puesto que, a pesar de que se la considere como uno de los principales factores del período recesivo que atravesó nuestra economía a partir de 2007, también fue uno de los principales factores de crecimiento en los años anteriores. Eso sí, durante esa etapa expansiva también fue uno de los frenos al avance de la productividad en términos globales⁷⁷.

De hecho, ésta es una de las principales características de este sector: su escasa productividad y la práctica ausencia de rendimientos a largo plazo, así como una alta inestabilidad laboral con salarios que no son particularmente elevados. Como dato específico, la mano de obra utilizada no requiere, por lo general, de ningún grado de formación, y es habitual la temporalidad en la contratación, así como la subcontratación de personal a terceros. En términos económicos, esto supone que se cree empleo con facilidad y se destruya con la misma sencillez, adaptando el mercado de mano de obra a las necesidades de cada sector⁷⁸.

Cabe decir, sin embargo, que la expansión inmobiliaria que experimentó la economía española entre finales de la década de los 90' del siglo XX y el año 2008 (junto con la correspondiente expansión económica) no fue la primera. Así, desde mediados de la década de 1960 hasta finales de la de 1970 sucedió este fenómeno, que también fue seguido de una época negativa en cuanto a economía se refiere (la “Segunda Crisis del Petróleo”). También hubo una expansión de la construcción a mediados de la década

⁷⁷ PÉREZ GARCÍA, F., *Crecimiento y competitividad*, cit., p. 158.

⁷⁸ Nótese que estamos ante un sector económico que, a pesar de su falta de productividad, ha sido suficientemente flexible como para producir un rápido crecimiento en nuestra economía al que le ha seguido un período recesivo igualmente profundo. En opinión propia, la recesión económica que se inició en 2008 se hubiera podido minimizar (que no eliminar) si hubiera habido más inversión empresarial en otros sectores más productivos a medio y largo plazo en vez de en un sector de estas características.

siguiente, aunque no tan fuerte como el que empezó a finales de la década de 1990, que ya hemos tratado⁷⁹.

En conclusión, estamos ante un subsector económico de escasa productividad a medio plazo pero que ha sido usado en distintas ocasiones como motor de la economía en España, a pesar de la ausencia de rendimientos económicos sostenibles.

1.4.3. El sector terciario

El llamado “sector Servicios” en España es, con diferencia, el sector más importante de nuestra economía, puesto que, según la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre de 2016, da ocupación aproximadamente al 75,82% de la población⁸⁰. En este sentido, según la Nota de Prensa del INE de 17 de junio de 2016 sobre la Encuesta Anual de Servicios (datos de 2014)⁸¹, los subsectores que supusieron mayor número de personas empleadas ocuparon fueron los servicios de comidas y bebidas (17,9% del total), prestación de servicios a edificios y actividades de jardinería (10,5%) y transporte terrestre y por tubería (9,1%).

Se caracteriza por ser particularmente heterogéneo, no suele estar muy capitalizado y tener una productividad variable en función de la actividad concreta de que se trate⁸². No obstante, a pesar de ello, la doctrina ha dado diversas clasificaciones de los distintos servicios ofertados que lo componen. Citando a PICAZO TADEO, dichos servicios pueden clasificarse en los siguientes: servicios de mercado y servicios no destinados a la venta, dependiendo de si los suministra el mercado o si lo hace el sector público (ya sea de manera gratuita, ya con un precio que no guarde relación con los costes de producción); servicios intermedios y servicios finales, en función de si se utilizan en los procesos de producción de otras actividades o si se destinan al consumo final; y servicios estancados y servicios progresivos⁸³. Los estancados tienen como característica principal la dificultad para disminuir sus necesidades de mano de obra por cada unidad de producto sin reducir la cantidad o la calidad de la prestación. Por su

⁷⁹ TALTAVULL DE LA PAZ, P., “Sector construcción y Mercado de la vivienda”, en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit., pp. 124 ss.

⁸⁰ INE, *Encuesta de Población Activa (EPA) Cuarto trimestre de 2016* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 14 de mayo de 2017).

⁸¹ INE, *Encuesta Anual de Servicios Estadística de Productos en el sector Servicios. Año 2014* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 21 de marzo de 2017).

⁸² ANDREU GARCÍA, J.M., *España económica 1960-2013: éxitos, fracasos y fluctuaciones. Especial referencia a la etapa Aznar-Zapatero-Rajoy (1996-2013)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

⁸³ PICAZO TADEO, A.J., “Sector Servicios”, en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit., pp. 132 ss.

parte, los progresivos son aquellos susceptibles de aumentar su productividad, dado que en su producción es posible una capitalización creciente, así como la incorporación de mejoras tecnológicas, en su caso.

Una característica importante de este sector en cuanto a aportación al crecimiento económico se refiere es que, a pesar de que los factores determinantes del crecimiento difieren de unas actividades a otras, el factor humano y el uso de factores de capital no tecnológico han servido como base a un patrón de crecimiento ampliamente extendido por las empresas de este sector (CUADRADO ROURA/FERNÁNDEZ MORENO⁸⁴). En línea con esto, MAROTO SÁNCHEZ destaca cómo la improductividad de los servicios no es generalizable a todo el sector, sino que depende de la rama concreta en la que nos fijemos (si bien es cierto que, en global, su productividad es inferior a la media)⁸⁵.

Además, otra característica que llama la atención es la desintegración vertical de las distintas funciones empresariales. Ello da lugar a varios fenómenos coincidentes: por un lado, a la especialización cada vez mayor de las empresas de servicios en una única actividad, teniendo las demás funciones externalizadas. Por otro, la creación de un mercado de servicios empresariales que suplan esta externalización. Finalmente, la disminución del número de personas necesarias en una sola empresa para desarrollar su actividad.

Pongamos un ejemplo: ya se ha dicho que la tendencia actual de las empresas es a tener un tamaño reducido. Pues bien, esto coincide con la externalización de las sub-actividades del proceso productivo de una empresa, en este caso de servicios. Pensemos en una pequeña copistería de barrio, cuya única trabajadora es una autónoma que la regenta: si ella únicamente se dedica a gestionar su negocio de cara al público, es razonable pensar que contrate a una gestoría para que le lleve la contabilidad, le calcule los impuestos que deberá pagar, etc. Lo mismo sucede en una empresa de servicios de mayor tamaño: por ejemplo, el negocio bancario a día de hoy no incluye únicamente el préstamo y la gestión de dinero, sino que la actividad inmobiliaria se ha convertido (involuntariamente) en uno de sus ejes más importantes, por lo que la entidad bancaria contratará a una empresa externa para la tramitación de la fase contable de las ejecuciones hipotecarias. Si bien estos ejemplos son muy simples, ilustran cómo se crea, automáticamente, un mercado de servicios esenciales para el buen funcionamiento de las empresas.

No obstante, habiendo descrito este sector, conviene dar una explicación aparte de un subsector particularmente relevante y característico de la economía española, el

⁸⁴ CUADRADO ROURA, J. / FERNÁNDEZ MORENO, M., “Los servicios en el proceso de crecimiento de España”, Papeles de Economía Española, nº 120 (2009). Ed. FUNCAS. Madrid, pp. 2 ss.

⁸⁵ MAROTO SÁNCHEZ, A., “Nuevas evidencias sobre la productividad de los servicios”, Papeles de Economía Española, nº 120 (2009). Ed. FUNCAS. Madrid, pp. 44 ss.

turístico, que supuso en España el 12,3% del PIB total de 2018 y un 12,7% del empleo⁸⁶, lo que demuestra su importancia cualitativa. Este subsector está formado, a su vez, por distintas actividades económicas, tales como la restauración (hotelera y extra-hotelera), las empresas organizadoras de eventos recreativos (como excursiones o viajes, por ejemplo) o, desde un punto de vista más amplio, las instituciones culturales, entre otras.

En cuanto a la tipología de empresas turísticas, de nuevo nos encontramos con la heterogeneidad característica del sector de los servicios, si bien con algunas particularidades específicas. Así, destaca que, junto con algunas pequeñas empresas de carácter familiar, convivan grandes corporaciones de capital público, como pueden ser Paradores de Turismo, S.A. o la Sociedad Estatal española dedicada a la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas (SEGITTUR) que, en sus respectivos ámbitos, tienen una importante incidencia en el mercado turístico⁸⁷. De hecho, la incidencia del sector público en el ámbito turístico se puede ver también en el hecho de que haya una multiplicidad de organismos públicos reguladores de esta materia, a saber: la Comisión Interministerial de Turismo, formada por los Ministerios con competencias relacionadas con el turismo; la Conferencia Sectorial de Turismo, que reúne tanto a miembros del Gobierno central como de los autonómicos en el ejercicio de sus competencias⁸⁸; el Consejo Español de Turismo, que une a las entidades de Derecho Público y a las privadas con competencias en esta materia (como Cámaras de Comercio o asociaciones profesionales, entre otras); y el Consejo Asesor de Turespaña (creado en 2013), cuya finalidad es favorecer las colaboraciones entre entidades del sector privado⁸⁹.

Por tanto, vemos que en este sector, de incuestionable importancia para nuestra economía, hay múltiples interferencias estatales que, si bien pretenden contribuir a un mejor desarrollo del mismo, pueden resultar frontalmente contrarias a la libertad de empresa y de competencia a la que se refiere el art. 38 CE (aunque cuenten, en cierto modo, con el amparo del art. 129 CE).

⁸⁶ INE, *Cuenta Satélite del Turismo de España (CSTE). Revisión Estadística 2019* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada el 11 de agosto de 2020).

⁸⁷ OCDE, *OECD Tourism Trends and Policies 2016* (en línea, <http://www.oecd-ilibrary.org/>, consultada el 14 de mayo de 2017).

⁸⁸ Al respecto cabe indicar que las Comunidades Autónomas tienen competencias en materia de promoción y regulación del turismo en sus territorios, salvo por lo que pueda hacer referencia a las competencias de las entidades locales.

⁸⁹ OCDE, *OECD Tourism Trends and Policies 2016*, cit.

En conclusión, el sector de los servicios en España se caracteriza por ser el más importante cuantitativa y cualitativamente, pero por su propia naturaleza es heterogéneo y presenta rasgos muy diferenciados en función de la actividad concreta de que se trate; en algunos casos, además, su importancia estratégica ha implicado que el sector público tenga una participación directa notable, si bien las cifras siguen siendo positivas.

1.5. CONCLUSIONES PARCIALES

A lo largo de este capítulo se han expuesto y descrito algunas de las características más relevantes de la economía española. En concreto, se ha hecho incidencia en aquellos aspectos que más afectados se pueden ver con la regulación que incluye el actual CP en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto desde un punto de vista general como de algunos delitos en concreto. Bajo este prisma, los aspectos fundamentales a resaltar son los siguientes:

1. La economía española es cíclica, es decir, que tiene una evolución formada por períodos temporales expansivos seguidos de períodos recesivos. Tanto los primeros como los segundos son más intensos en España que en la media de países de la Unión Europea, aunque van correlacionados.
2. La estructura poblacional de nuestra economía indica que la población joven es relativamente escasa y que la población en edad de jubilación es creciente, lo que supone una masa laboral que difícilmente podrá hacer frente a largo plazo a las necesidades del Estado del Bienestar que se requieran, máxime teniendo en cuenta las deficiencias estructurales del capital humano y la mano de obra, que indican que el desempleo estructural no tenderá a disminuir.
3. La inversión extranjera en España, creciente en los últimos años, se materializa en empresas que dan empleo a un número de trabajadores significativo en relación con las dimensiones de las empresas de capital nacional. Dicha inversión ha experimentado máximos en los años en los que ha habido actividad legislativa en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas que, aunque con descensos experimentados justo al año siguiente de cada una de dichas actividades (ya se tratase de Anteproyectos o de aprobaciones de Leyes Orgánicas), han situado la inversión extranjera en niveles muy superiores a los anteriores.

4. El modelo económico y de empresa que promueve la Constitución Española es el de la libre competencia, aunque con la posibilidad de planificación estatal en algunos supuestos genéricos, por ser el modelo más eficiente posible. Sin embargo, el hecho de que muchos mercados sean oligopolísticos dificulta esta competencia verdaderamente libre, puesto que las barreras de entrada son más elevadas al existir empresas que dominen tan ampliamente el mercado.

5. La práctica totalidad de las empresas españolas son microempresas y empresas sin trabajadores (fundamentalmente, trabajadores autónomos). Únicamente el 0,175% del tejido español está formado por empresas de más de 250 trabajadores. Ello significa que la mayor parte se basan en estructuras organizativas simples, tendentes a la polivalencia de los trabajadores y a un control directo por parte del “empresario” (generalmente, el administrador de la sociedad o figura análoga).

6. La economía española presenta un fuerte predominio del sector terciario, tal como sucede con la mayor parte de economías desarrolladas. El sector primario y el secundario no presentan grandes tasas de ocupación, si bien son esenciales para el desarrollo económico (en especial el sector secundario, cuyo valor cualitativo reside en que es el más productivo). El oligopolio energético español no abastece a nuestra economía, que depende del sector exterior y es por tanto muy vulnerable ante las fluctuaciones de precios que terceros países impongan. En cuanto al turismo, adolece de un fuerte intervencionismo por parte del Estado, si bien es una de las actividades que provee de mayor ocupación y que tiene mayor incidencia en el PIB.

7. En consecuencia de todo lo anterior, y enfocándonos en el Derecho penal Económico, resultaría erróneo pensar que la regulación en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas, que constituye el núcleo de la presente investigación, se aplicará únicamente en estructuras grandes. Al contrario, la práctica totalidad de empresas españolas son microempresas sin gran complejidad organizativa.

8. Resultaría interesante reflexionar acerca de si la criminalidad es la misma en una grande o en una pequeña. Si bien el objeto de la presente investigación se aleja de estos razonamientos, podemos indicar que el hecho de que, en última instancia, sea un ser humano quien decida si lleva a cabo una acción delictiva (o, en su caso, una omisión), puede hacer pensar que en una empresa de mayor tamaño habrá más probabilidades de que se cometa un delito, precisamente por contar con más personas. No obstante, las

estructuras más pequeñas atraviesan con frecuencia dificultades económicas que pueden propiciar que algunos de sus miembros opten por prácticas ilícitas, quizás incluso abiertamente delictivas (aunque sin tener necesariamente conocimiento de ello).

9. Por tanto, cualquier regulación que se haga en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas ha de partir de la base del verdadero modelo de empresa que tiene nuestra economía, pues son las principales destinatarias de estas normas. Se trata de estructuras simples formadas por pocas personas, con escasa departamentalización y habitualmente enfocadas en el sector servicios, lo que supone un amplio abanico de actividades con una gran variedad de procesos en los que se pudieran cometer un delito u otro. Este concepto será esencial para determinar el enfoque de los siguientes capítulos, que se dirigirán a analizar las partes general y especial del CP en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

En el capítulo anterior hemos descrito brevemente el panorama económico español, en aras de determinar la adecuación de la regulación general en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas a nuestra economía. Procede ahora describir las características principales de dicha regulación para deducir el modelo de persona jurídica que supone el legislador en la misma.

Para ello se expondrán los elementos de la regulación general sobre esta materia que más tengan que ver con el modelo económico-empresarial español. Fundamentalmente, se atenderá a la afectación de la introducción del principio *societas delinquere potest* en nuestro tejido empresarial,¹ a las indicaciones generales que da el actual art. 31 bis CP (prestando especial atención a los Programas de Cumplimiento Normativo, PCN en adelante)², y al sistema sancionador de las personas jurídicas. Se tratarán, tangencialmente y a meros efectos contextuales, otros aspectos que, a pesar de no tener tanta importancia como los anteriores a los efectos de determinar el mencionado modelo supuesto de organización, puedan aportar alguna idea que permita entender mejor cuál es la base teórica del legislador en este sentido. Se obviarán los aspectos que, a pesar de que tengan una indudable trascendencia práctica y conlleven interesantes discusiones doctrinales, no aporten nada en relación con el tema de la presente investigación.

¹ Cabe decir que un sector doctrinal duda sobre si realmente una persona jurídica puede o no delinquir y, por tanto, si es realmente correcto proclamar el principio de *societas delinquere potest*. Más adelante se expondrá brevemente este debate, del que nos haremos eco a lo largo de varios apartados de esta investigación, y se planteará la toma de postura.

² Como apunte, a lo largo de la presente investigación se utilizará esta nomenclatura para referirse a los instrumentos a los que se refiere el art. 31 bis CP que permiten eludir la responsabilidad penal a una persona jurídica. Se pretende huir de los anglicismos, como “*Programa de Compliance*” u otras expresiones españolas que consideramos menos precisas.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1.1. Societas delinquere non potest

A modo de resumen general, hasta la reforma del CP español de 1995 que tuvo lugar por medio de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, el principio que había imperado en nuestro ordenamiento, de modo similar a lo que ocurría en otros ordenamientos europeos, era el de “*societas delinquere non potest*”³. En otras palabras, una persona jurídica, al ser una ente lequía, no podría delinquir por sí misma, sino que el acto delictivo lo llevaría a cabo siempre una persona física. Por tanto, dado el principio de culpabilidad del Derecho penal, sería a la persona física a quien sancionaríamos penalmente, y no a la jurídica (sin perjuicio de una hipotética responsabilidad civil, en su caso).

Tal como señala BACIGALUPO SAGGESE, si bien la concepción que se tenía de “persona jurídica” en el Derecho Romano no era la misma que tenemos hoy en día, la mayor parte de juristas opinaban que una “corporación”, una “*universitas*”, sí podía llegar a ser sujeto de responsabilidad penal, diferenciada de la posible responsabilidad penal de las personas físicas que la formaban⁴. Sin embargo, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como tal no se plantea hasta la Edad Media⁵. El inicio de una teoría al respecto lo encontramos en los canonistas, quienes concretaron el concepto de “persona jurídica”. En concreto, el concepto que se acuñó se basaba en las instituciones de la Iglesia Católica y de las corporaciones, realidades que poco a poco se fueron separando en lo que a su tratamiento jurídico se refiere. Así, fue el Sumo Pontífice Inocencio IV⁶ quien concluyó que las “*universitae*” tenían personalidad jurídica (es decir, eran sujetos de derechos y obligaciones), si bien era una personalidad ficticia puesto que, en el fondo, estaban compuestas por agrupaciones de seres humanos. Por tanto, es a dichos seres humanos a quienes habría que sancionar penalmente en caso de

³ STS 7 noviembre 2001, FJ 7.

⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Bosch. Barcelona, 1998, p. 43. En contra, MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, 10ª ed. Ed. Reppertor. Barcelona, 2015, p. 205, quien indica que el Derecho Romano sí admitía el principio *societas delinquere non potest*.

⁵ No obstante, investigaciones recientes señalan que el Derecho Romano sí conoció la responsabilidad penal de las “personas jurídicas” (en el concepto propio de esa época), tal como indica MARTÍNEZ PATÓN, V., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societas delinquere non potest*. Ed. B de F. Montevideo, 2019, pp. 62 ss. Este autor concluye (pp. 30 s.) que la primera referencia a este aforismo la encontramos en el manual de VON LISZT en 1881, y que se aceptó entre los juristas de la época que procedía del Derecho Romano por el mero hecho de estar en latín.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., en ARROYO ZAPATERO, L. / BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *LH-Barbero Santos*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2001, pp. 967 s.

que se hubiera cometido un delito, pero no a la agrupación a la que perteneciesen, que no tendría capacidad de acción ni capacidad delictiva⁷.

Esta concepción impregnó la legislación española consiguiente. En lo que aquí se refiere, todos los Códigos Penales existentes en nuestro país (incluso el actual en su redacción original) han optado por la no sanción penal de las personas jurídicas. Así, el ya derogado art. 31.2 CP de 1995 (añadido por la L.O 15/2003, de 25 de noviembre) indicaba que “...*si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó*”. Por tanto, la responsabilidad que, en su caso, recibía la entidad era de carácter más bien “civil”, aunque dejaba entrever un cierto matiz de la responsabilidad vicaria que, según un sector doctrinal, como se verá, serviría de base para una posterior regulación de la responsabilidad penal de una persona jurídica.

Sea como fuere, se consideraba que la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena requería que mediase la voluntad del sujeto (es decir, la facultad psíquica de una persona física), cosa que *a priori* no podemos hallar en una entequeia como es una persona jurídica⁸. Ello sin embargo, el Derecho penal no podía permanecer impasible ante los posibles abusos de esta posición (en opinión propia, privilegiada) que una persona jurídica tenía en este ámbito. Por ello, en la versión original del art. 129 CP se plantearon una serie de consecuencias accesorias que se podrían imponer a una persona jurídica cuando la regulación concreta de un delito determinado lo estableciese. Cabe notar que estas medidas accesorias, a pesar de su carácter, son prácticamente idénticas a las actuales penas que indica el art. 33.7 CP en su redacción vigente, como más adelante se comentará.

Por su parte, la STS 846/2000, 22 mayo, expone un caso en el que la actuación de todos los condenados se produce en el seno de una persona jurídica, quien compró un solar, contrató los préstamos hipotecarios con una entidad financiera, hizo el edificio y en un dilatado periodo de tiempo vendió los pisos, los locales, las plazas de garaje y los trasteros. El Tribunal interpretó que “*la persona jurídica, no tiene capacidad para delinquir (...). Lo hizo a través de sus órganos*” (FJ 3). Es, por tanto, una interpretación

⁷ BACIGALUPO SAGGESE, S. *La responsabilidad penal*, cit., p. 44.

⁸ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 10ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 611 s.

estricta de este principio, adaptada a la jurisprudencia de la época, que el propio TS entiende que quiebra en los casos, como el presente, en los que se trata un delito especial (en concreto, se estaba enjuiciando una estafa impropia): hasta 1983, la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del TS consideraba autores a quienes actuaban como órgano o en nombre de una persona jurídica. En la modificación del CP de ese año se introdujo el art. 15 bis, que previó expresamente este supuesto e indicó que el tipo delictivo debía extenderse, en estos casos, a quien actuase como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, norma que, con ciertas alteraciones, se transformó posteriormente en el art. 31 CP.

En este contexto, el Tribunal se basa en la teoría del dominio del hecho para concluir que tienen la condición de autores todos los que tengan una posición de dominio relacionada el delito que en cada caso se haya cometido, de modo que se podrá condenar a los autores materiales y a los dirigentes que “*conociendo lo que estaba ocurriendo y teniendo poderes para impedirlo, no lo hicieron, consintiendo así en una actividad delictiva realizada en el seno de la sociedad que dirigían y que, por ello, tenían la facultad y el deber de impedir*”. Esta interpretación resulta de gran interés, sobre todo desde la perspectiva del cambio legislativo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio: el TS deja entrever que la persona jurídica debería recibir algún tipo de sanción por no haber impedido que el hecho delictivo tuviera lugar. Se menciona explícitamente que los dirigentes de la empresa tenían la facultad y el deber de impedir la comisión de estos delitos, y que por ello estos dirigentes deben responder penalmente⁹.

Si bien la responsabilidad se propone para los directivos y no para la sociedad mercantil, vemos ya diversos factores que en la regulación actual se han trasladado a la persona jurídica en sí, fundamentalmente en lo que se refiere a esa facultad de impedir la comisión de los hechos. Y, si bien el principio de “*societas delinquere non potest*”, así como su fuerte arraigo en la cultura jurídica hispánica, hace que no se plantee expresamente una imputación a la organización, la exigencia de los deberes de

⁹ La redacción del art. 31 bis CP es tan amplia que ha dado lugar a dudas interpretativas por parte de la doctrina sobre quién forma parte y quién no de este grupo. Por citar un ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pp. 105 s., incluye a los administradores de hecho y de derecho, cuestión relativamente pacífica en la doctrina, pero también se plantea, con razón, si el *Compliance Officer* formaría o no parte del mismo. Más adelante expondremos nuestra toma de postura sobre este punto, si bien por ahora podemos adelantar que opinamos que la respuesta depende de la configuración que en cada caso se haya dado, contractualmente, a esta figura.

vigilancia y control a los directivos es muy parecida, cuando no igual, a la que en la actualidad se le exige a las personas jurídicas.

Del mismo modo, encontramos otro ejemplo en la STS 7 noviembre 2001, que indicaba en su FJ 7 que la acción con relevancia penal es un comportamiento humano voluntario y la culpabilidad, un reproche personal por no haber actuado de otra forma. En consecuencia, una eventual responsabilidad penal para una persona jurídica únicamente podría entenderse si se extendiera el deber de garante a los directivos de estas “*respecto de los riesgos generados por su instrucciones y materializados por sus empleados, podría sustentar esta responsabilidad, con grave afectación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad*”. Esta conceptualización de empresa como garante no deja de llamar la atención, máxime desde el punto de vista de la regulación actual¹⁰. Más adelante se verá cómo ha quedado finalmente esa posición de la organización con respecto a la persona física delincente, pero baste decir ahora que, en opinión propia, la posición de “garante” no parece la más adecuada para describir a la persona jurídica¹¹.

2.1.2. Cambio de paradigma: *societas delinquere potest*

a) Cuestiones generales

Rompiendo con la tradición jurídica que había imperado hasta la fecha en España, el 22 de junio de 2010 el legislador aprobó la L.O. 5/2010, de modificación del CP, que supuso un cambio radical de paradigma, pasando a imperar un *societas delinquere potest* que ha llegado hasta nuestros días. El motivo VII de la Exposición de Motivos de esta norma justificaba este cambio aduciendo que “*son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las*

¹⁰ A modo de apunte, si bien se aparta del tema central de esta investigación, existe un debate que subyace en la interpretación del art. 11 CP a efectos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según un sector doctrinal, la persona jurídica ostenta la posición de garante en el sentido en que debe hacer lo posible por evitar la comisión de delitos en su seno (véase por ejemplo AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á.L., *Derecho penal de las Personas Jurídicas*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 46). Por otro lado, otro sector de la doctrina considera que la función de garante recae sobre las personas físicas que puedan obrar en nombre o por cuenta de la jurídica, identificando a las mismas fundamentalmente con la figura del administrador de la sociedad u otro organismo análogo. Véase., en este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S., “La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal”, en *LH-Bajo*, p. 35; CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., “Criterios de imputación en estructuras jerárquicas”, *RMF*, nº 12 (2004), Ed. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, p. 70. Más adelante se verá cómo la doctrina mayoritaria valora la posibilidad de que la función de garante del administrador recaiga en el *Compliance Officer*.

¹¹ En contra, véase la STS 123/2019, 8 marzo, FJ 1.4, que sí otorga a la persona jurídica como tal la categoría de garante.

mismas se hace más evidente”¹². El cambio que resultó más trascendental a los efectos que aquí nos ocupan fue la supresión del segundo apartado del art. 31 CP y la inclusión de un art. 31 bis que establecía las bases de la posible imputación de un delito a una persona jurídica. Para ello, el apartado primero de dicho artículo optaba por una doble vía, casi idéntica a la que el CP actual ha heredado.

Así, por un lado, se sancionaba penalmente a las personas jurídicas por 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. Con este apartado, tal como indica la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, el legislador español establecía un sistema de heterorresponsabilidad penal (también llamado de responsabilidad vicarial), dado que la organización pasaba a responder por los delitos cometidos por las personas físicas a las que se hace referencia¹³.

La doctrina no se mantuvo impasible ante esta interpretación. Por citar algunos ejemplos, URRUELA MORA destacó que el art. 31 bis CP aunaba tanto elementos de heterorresponsabilidad como de autorresponsabilidad, puesto que, si bien se responsabilizaba a una persona jurídica por el comportamiento de una persona física a través de un hecho de conexión, uno de los supuestos consistía en que la persona física infractora fuese alguien que ostentase cargos de responsabilidad dentro de la entidad, aunque no se le hubiese podido individualizar¹⁴. Por su parte, ZUGALDÍA ESPINAR defendía la interpretación de un modelo de autorresponsabilidad en el que la persona

¹² Sin embargo, a pesar de este comentario, la Fiscalía General del Estado se mostró discrepante, exponiendo en su Circular 1/2011 que ni de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea se puede extraer que la responsabilidad deba ser *necesariamente* penal. Ello no obstante, debe tenerse en cuenta que sí existen diversas Decisiones Marco inspiradoras de este cambio de paradigma, como pueden ser por citar algunas, la Decisión Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la 2004/68, sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, si bien lo cierto, como hemos apuntado, es que ninguna de ellas alude a que la responsabilidad de las personas jurídicas deba ser “penal”. Además, no podemos olvidar que España no fue el primer Estado europeo en adoptar un sistema sancionador penal de las personas jurídicas, sino que muchos otros, como Italia, Francia o Portugal, ya llevaban largo tiempo con una regulación si más no parecida.

Véase, respecto a esta materia, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, Diario La Ley, nº 7464 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es>, consultado el 12 de noviembre de 2017).

¹³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010* (en línea, <https://www.fiscal.es/fiscal/>, consultada el 27 de julio de 2017), pp. 30 s.

¹⁴ URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, REPC, nº 32 (2012). Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, pp. 413 ss.

jurídica respondía por su propia culpabilidad, lo que resulta conforme con los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas¹⁵.

Por otro lado, exigiendo que los delitos se hubieran cometido en nombre o por cuenta de las personas jurídicas y en su provecho, también se las consideraba penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes apuntadas, hubiesen podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. Dejemos para más adelante la referencia al “*debido control*” (o, en la redacción actual del precepto, los “*deberes de supervisión, vigilancia y control*”), que, en opinión de un sector de la doctrina con el que coincidimos, no deja de ser una inclusión de la figura civil de la responsabilidad *in vigilando* en nuestro CP¹⁶. Por tanto, a las exigencias del párrafo primero se añade la ausencia de supervisión, si bien no se especifica exactamente quién debía cometerla para que se imputase el delito a la persona jurídica. Tal como indicó el Ministerio Fiscal en su citada Circular 1/2011, la norma se refería a los gestores o representantes de la organización, sin perjuicio de que pudieran existir terceros implicados en varios escalones de su estructura¹⁷.

Eso sí, según el apartado siguiente del mismo delito, la persona jurídica respondía en cualquiera de los dos casos anteriores, aunque no se hubiera individualizado a la persona física que hubiese cometido el delito. Por tanto, esto implica una separación de la responsabilidad penal de la persona física y la de la persona jurídica. Más aún, el texto legal no impidió (ni impide tampoco el actual) suponer que la persona física infractora pudiera estar exenta de pena por haber actuado, por ejemplo, en una situación de estado de necesidad, y que la persona jurídica sí fuese sancionada penalmente por este hecho, al no podersele aplicar ninguna eximente en este supuesto concreto.

- b) La primera referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español

¹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 35 ss.

¹⁶ URRUELA MORA, A., REPC, nº 32 (2012), p. 413.

¹⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 45.

Continuando con el repaso a la regulación anterior, hagamos ahora una mención de las circunstancias atenuantes y eximentes. En cuanto a las primeras, recogidas inicialmente en el art. 31 bis, 4 CP, de momento sólo apuntaremos que son las mismas que hoy en día establece el art. 31 quater CP, por lo que nos referiremos a ellas más adelante. En cuanto a la “eximente”, merece un comentario aparte.

El art. 31 bis, 3 CP introdujo por primera vez una figura que el ordenamiento español desconocía, cual es la que hoy en día llamamos “*Compliance penal*”¹⁸. La referencia al debido control que daba la redacción original de este artículo es muy similar a la que encontramos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis CP en su versión actual, aunque el redactado haya cambiado ligeramente. Esta expresión, que en opinión personal resulta vaga, confusa e imprecisa¹⁹, reviste de una importancia extrema, pues la lectura *a sensu contrario* de estos artículos nos muestra que en caso de ejercerse, la persona jurídica puede no responder por los actos delictivos que se hayan cometido en su nombre y representación, y en su provecho, por alguna de las personas a las que se refiere este artículo. Resulta pertinente, por tanto, analizar qué abarca exactamente esta exigencia legal.

La doctrina, inicialmente, no se mostró unánime en la importancia real que a nivel penal podía tener esta figura. Así, DEL ROSAL BLASCO sugirió que en casos en que un empleado cometa un delito por falta de supervisión no siempre puede decirse que esta se deba a la no implementación de códigos de conducta o instrumentos similares, “*porque el debido control es una exigencia personal a los administradores o a los representantes legales, no a la organización como tal*”²⁰.

Por otro lado, opinan DE LA MATA BARRANCO / BILBAO LORENTE / ALGORTA BORDA que una actuación como la referida en la letra b) del art. 31 bis CP y, por extensión, el

¹⁸ En concreto, este artículo exponía, en su literalidad, lo siguiente: “[I]a 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 apartado siguiente”.

¹⁹ En este sentido, PÉREZ ARIAS, J., “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable: un pretendido fundamento sociológico”, en PALMA HERRERA, J.M. (Dir.) / GONZÁLEZ TAPIA, M.I. (Coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 233 ss.

²⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, *Diario La Ley*, nº 7670 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

tercer apartado del mismo artículo, necesariamente se debe interpretar como contraria a los códigos de conducta internos de las organizaciones, siendo la responsabilidad penal de la persona jurídica una mera prolongación de la responsabilidad de la persona física²¹.

Esta última reflexión, en interpretación personal, apunta en la dirección de equiparar un PCN con el código de conducta de una organización. Tal como se verá más adelante, son dos cuestiones que se complementan, aunque están claramente diferenciadas: mientras que un código de conducta simplemente refiere las cuestiones “éticas” esenciales, habitualmente mediante normas generales de sentido común que podrían resultar aplicables a varias empresas distintas fuera cual fuese su actividad, un PCN debe adaptarse a la realidad empresarial de cada organización, analizando la posibilidad de que se cometa cada uno de los delitos por los que se puede llegar a imputar a una persona jurídica según los protocolos, sistemas, estructuras, etc. que la propia entidad tenga establecidos. Un código de conducta no deja de ser sólo uno de estos protocolos, aunque resulta imposible considerar que sea suficiente para hacer las veces de PCN²².

Sin embargo, tampoco nos mostramos de acuerdo con la primera opinión, máxime teniendo en cuenta la redacción actual del art. 31 bis CP. Una persona jurídica es una entequeia, y no deja de ser una agrupación organizada de personas con distintas funciones que actúan por un fin común. No obstante, cada una de estas personas que forman los organismos internos de este grupo es perfectamente capaz de vigilar que se cumpla con la ley (en este caso, penal) en el seno de la empresa, máxime si el hecho delictivo beneficia a la persona jurídica, y llevar a cabo esta labor de vigilancia por mandato (o “en nombre y por cuenta”, si se prefiere) de la organización²³.

²¹ ALGORTA BORDA, M. / BILBAO LORENTE, M. / DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, nº 87 (2011). Ed. La Ley. Madrid, pp. 1 ss.

²² Coincidente con esto, véase NAVAS MONDACA, I., “Los Códigos de Conducta y el Derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. Barcelona, 2013, pp. 111 ss., en especial 112 ss.

²³ En cierto modo, esta figura, que hoy en día conocemos como *Compliance Officer*, u oficial de cumplimiento, no deja de recordar a la del mayordomo del amo de una fábrica del siglo XIX, que iba armado con una pistola paseándose por entre las máquinas para comprobar que los proletarios no hicieran otra cosa que trabajar bien y en silencio. Este primitivo control de cumplimiento normativo, aunque por surte tiene poca adaptación a las empresas actuales, demuestra que en el extremo sí se puede ejercer control sobre los trabajadores y la adaptación de su comportamiento a unas órdenes impuestas. Eso sí, hay diferencias entre estas dos figuras: a falta de una regulación mínima de sus potestades, el *Compliance Officer* puede o no tener funciones ejecutivas, en función de lo que decida la empresa para la que trabaje,

Esto entronca con lo que hemos dicho en el capítulo anterior sobre las estructuras empresariales. En una microempresa, el máximo órgano de dirección puede controlar directamente a sus trabajadores, y de ese modo asegurarse de que cumplen con la legalidad y no cometen ninguno de los delitos por los que se puede imputar a una persona jurídica. Se podría considerar que, en cierto modo, el órgano de administración (u organismo análogo) actúa como la personificación de la organización, por lo que este control es directo y factible²⁴. También sería igualmente directo y factible si se delegasen estas funciones de control en un organismo con poderes autónomos de iniciativa y control. Por supuesto, una cuestión muy distinta es si en una organización pequeña en la que las personas que trabajan se conocen y puede haber relaciones que trasciendan de lo meramente profesional el máximo directivo va a estar dispuesto a ejercer este control o no y, en su caso, cómo y con qué consecuencias.

Por el contrario, en una empresa grande, quien ejercerá este control, además de cualesquiera órganos *ad hoc* que se pudieran implantar, serán los supervisores o responsables de cada departamento y/o equipo, quienes, a su vez, se encontrarán en una situación similar a la del administrador o alto directivo de la microempresa, puesto que trabajará con un número similar de personas.

En general, consideramos que el control se podrá ejercer de manera más eficiente cuantas menos personas que vigilar tenga quien lo ejerza, pero todo residirá en el ánimo

pero en cualquier caso será quien, al igual que el mayordomo, controlará de un modo u otro que la normativa se cumpla. Véase ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento (“*Compliance Officer*”) ante el Derecho penal”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., p. 320. Dada su importancia, más adelante se volverá sobre esta idea.

²⁴ En el derecho comparado podemos encontrar varios ejemplos de interpretaciones en este sentido. Así, la llamada “Teoría de la Identificación” es la imperante en los ordenamientos anglosajón, italiano, francés o alemán, entre otros. Ver al respecto GRONDIN, R., “La responsabilité pénale des personnes morales et la Théorie des Organisations”, *Revue Générale de Droit*, n° 25 (1994). Ed. Wilson & Lafleur Itée. Ottawa, 1994, pp. 379 ss.; PIETH, M. / IVORY, R., “Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview”, en PIETH, M. / IVORY, R. (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*. Ed. Springer. Heidelberg, 2011, pp. 3 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006, pp. 56 s. Como nota discrepante, véase una interpretación de la STS 154/2016, 29 febrero, en DEL ROSAL BLASCO, B., “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, n° 8732 (2016) (en línea, <https://diariolaley.laley.es>, consultada el 3 de noviembre de 2017).

“inquisitorio” que verdaderamente tenga esta persona encargada de ejercer este control²⁵. Más adelante volveremos sobre esta idea.

- c) Referencia a las personas jurídicas exentas de responsabilidad penal según la regulación original

Como apunte, el art. 31 bis, 5 CP, en su redacción dada por la L.O. 5/2010, indicaba que las disposiciones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas no eran de aplicación al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerciesen potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se tratase de sociedades mercantiles Estatales que ejecutasen políticas públicas o prestasen servicios de interés económico general. Si bien hoy en día se mantienen la mayoría de estas exenciones, desde enero de 2013 (es decir, finalizada la *vacatio legis* de la L.O. 7/2012) los partidos políticos y los sindicatos sí pueden ser objeto de responsabilidad penal. En cuanto a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a día de hoy también pueden ser castigadas penalmente, pero tienen un régimen especial por el que sólo se les podrá imponer la sanción de multa o intervención judicial. Esta reforma se debió, según un sector doctrinal, a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y de los acreedores (aunque únicamente durante un período de hasta cinco años)²⁶.

En conclusión, la inclusión de las personas jurídicas como sujetos potencialmente responsables de una acción delictiva, si bien se introdujo como novedad en el año 2010,

²⁵ Téngase en cuenta que las modernas tendencias de gestión de equipos a nivel empresarial indican que el número máximo de subordinados que se deberían tener por cada responsable es de 6-8 personas, puesto que un número mayor implica una gestión de equipos más compleja en la que se pierden matices. En opinión de quien escribe, lo mismo pasa a nivel de vigilancia: no se puede vigilar el cumplimiento normativo de todos los miembros de la organización a la vez de forma centralizada, sino que el reto consiste en concienciar a todos los miembros de la misma de que cumplan con la normativa e informen de potenciales incumplimientos de sus compañeros y, sobre todo, de sus subordinados. Coincidimos, pues, con BACIGALUPO SAGGESE, S., “Presentación de la Guía Práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo, buen gobierno y prevención de la corrupción, elaborada por Transparency International España”, conferencia impartida en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona en fecha 26 de octubre de 2017, cuando opina que cada responsable de equipo o de Departamento tiene una pequeña parcela de delegación de las responsabilidades del administrador (u organismo análogo) que lo convierte, en cierto modo, en garante del cumplimiento normativo (fundamentalmente, a los efectos de esta investigación, del cumplimiento normativo penal).

²⁶ DEL CASO JIMÉNEZ, M.T., “Título II. De las personas criminalmente responsables de los delitos”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 4 ed. Ed. Sepin. Madrid, 2016, p. 350.

venía siendo un problema tratado con anterioridad por la doctrina y la jurisprudencia. Eso sí, la mayor parte de dicha doctrina y jurisprudencia se refería a sociedades mercantiles cuyas actuaciones se materializaban en forma de una entidad empresarial y, de hecho, la interpretación mayoritaria de la regulación de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, era que iba referida a organizaciones empresariales y no a “cualquier” persona jurídica²⁷.

La regulación actual, que trataremos en el apartado siguiente, no se refiere específicamente a empresas ni a sociedades mercantiles, al igual que la anterior, sino que pretende sancionar a cualquier persona jurídica en cuyo contexto se desarrolle una actividad criminal (con las limitaciones que se verán a continuación). Ello equivale a decir que se podría condenar, por ejemplo, a una asociación deportiva sin carácter empresarial, o a una fundación sin ánimo de lucro que promueva la vivienda social. De hecho, el art. 31 bis CP actual no habla en ningún momento de “trabajadores” ni de “directivos”, a pesar de que, como se verá más adelante, la doctrina²⁸ y la jurisprudencia²⁹ sí han interpretado que estas categorías puedan incardinarse en la redacción de este artículo.

No obstante, dado que lo que interesa a efectos de la presente investigación es analizar su adecuación a la realidad económica y empresarial española, consideramos que esta regulación, a grandes rasgos, se puede adaptar a la misma, dado que no todas las empresas tienen detrás a una sociedad mercantil y esta nomenclatura es suficientemente amplia para incluir otras formas; además, no todas las personas jurídicas son de carácter empresarial, lo que también se adapta a la redacción de estos preceptos, a pesar de que la doctrina actual y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, centren sus explicaciones y directrices en figuras de tipo empresarial.

²⁷ Ver, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, REAIDP, nº 5 (2011) (en línea, <http://www.ehu.eus/>, consultada el 30 de julio de 2017), p. 10. En igual sentido, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 108, se equiparan los conceptos de “persona jurídica”, “corporación” y “empresa”.

²⁸ Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de personas jurídicas en el derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 15 ss.

²⁹ Entre otras, la STS 154/2016, 29 febrero. Esta fue la primera Sentencia en la que el TS condenó a una persona jurídica y empezó a establecer, mediante *obiter dictum*, su doctrina jurisprudencial. La importancia de esta resolución reside, además, en que la función nomofiláctica de este organismo implica que sus criterios interpretativos rijan como pautas para al común de la jurisprudencia española, lo que le supone una enorme importancia práctica.

2.2. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

Tras esta breve introducción histórica, centrémonos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en su redacción actual, que da la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Para ello, expondremos brevemente las características de los principales elementos de esta figura jurídico-penal, en aras de un análisis comparativo con los agentes de la economía española real.

2.2.1. Criterios generales de imputación de un delito a una persona jurídica

a) Cuestiones generales de *lege lata*

En general, una primera lectura del art. 31 bis CP nos da las siguientes claves sobre cuándo imputar un delito a una persona jurídica, a saber: que se haya cometido alguno de los delitos por los que ésta puede responder; que este delito haya reportado a la persona jurídica un beneficio directo o indirecto; que haya sido cometido en nombre y por cuenta de la misma; que su autor fuera un miembro interno o externo de la organización, y que ésta careciese de las medidas necesarias para evitar su comisión³⁰.

Como aspecto previo, debe determinarse y delimitarse qué se entiende por “persona jurídica” a los efectos del Derecho penal Económico. Para ROMA VALDÉS, lo son únicamente aquellas formas sociales que gocen de personalidad jurídica de acuerdo con otras normas del ordenamiento, inscrita en el registro público correspondiente. Si son españolas, deberán haber sido constituidas en España y deberán tener aquí su domicilio y, si son extranjeras, deberán haber sido constituidas y domiciliadas en otro país³¹. Una concepción más amplia la ofrece BACIGALUPO SAGGESE al definir a las personas jurídicas como entes capaces de ser sujetos de derechos o deberes y de ser centro de imputación de efectos jurídicos, haciendo mención (si bien discrepante) a que un sector de la doctrina interpreta que también son personas jurídicas, a estos efectos, los patrimonios autónomos, las sociedades irregulares y las sociedades en formación³². SILVA SÁNCHEZ matiza que debe distinguirse entre los entes dotados de personalidad

³⁰ Véase al respecto VÁZQUEZ IRZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*. Ed. Atelier. Barcelona, 2015, pp. 134 s. En la jurisprudencia, véase la STS 3210/2017, 19 julio, FJ 28, que sienta estos criterios.

³¹ ROMA VALDÉS, J.A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal*. Ed. Rasche, Alcobendas, 2012, pp. 30 ss.

³² BACIGALUPO SAGGESE, S., “Art. 31”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2010, p. 269.

jurídica, por un lado, y las empresas, por otro, puesto que éstas no gozan de personalidad jurídica y, por tanto, están exentas como tales del régimen de responsabilidad penal aquí tratado (sin perjuicio de que pudieran incurrir en el régimen del art. 129 CP, al que nos referiremos más adelante). Este autor opina, creemos que con razón, que el sistema español de responsabilidad penal de personas jurídicas también resulta de aplicación a las personas jurídicas de Derecho extranjero que tengan centros de producción o sucursales en España e incluso aquellas que no tengan ningún vínculo de organización con España, si desde ellas se realizasen conductas relevantes para el Derecho penal español³³.

Por su parte, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO considera que para interpretar adecuadamente este concepto debe estarse a lo que dispone la legislación civil mercantil y societaria. A estos efectos, son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley, así como las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados (art. 35 CC) y las sociedades mercantiles (según dispone el art. 116 CdC). En general, *“los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas”*³⁴.

Centrémonos, ahora sí, en los mencionados requisitos de imputación. En cuanto al primero, el listado de delitos es el siguiente³⁵: tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis.3 CP); trata de seres humanos (art. 177 bis.7 CP); prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis CP); descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 quinquies CP); estafas (art. 251 bis CP); frustración de la ejecución (art. 258 ter CP); insolvencias punibles (art. 261 bis CP); daños informáticos (art. 264 quater CP); contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288 CP); blanqueo de capitales (art. 302.2 CP); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis.5 CP); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis CP); delitos contra los

³³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., pp. 15 ss.

³⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., pp. 14 ss.

³⁵ Los artículos que se citan son únicamente los que recogen la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, con independencia de otros preceptos que tipifiquen los comportamientos por los que responden.

derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5 CP); delitos urbanísticos, construcción o edificación no autorizables (art. 319.4 CP); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328 CP); delitos relativos a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP); riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP); delitos contra la salud pública, tanto a nivel alimenticio como de tráfico de drogas (arts. 366 CP y 369 bis CP); falsificación de moneda (art. 386.5 CP); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP); cohecho (art. 427 bis CP); tráfico de influencias (art. 430 CP); malversación (art. 435 CP); delitos de odio y enaltecimiento (art. 510 bis CP) y financiación del terrorismo (art. 576 CP)³⁶.

A modo de excursus, si bien excede el objeto de esta investigación, cabe decir que un sector doctrinal duda sobre si estos delitos constituyen un listado *numerus apertus* o *numerus clausus*. A priori el principio de tipicidad nos sugiere que se trata de un listado cerrado, y en este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria³⁷. No obstante, otro sector critica esta concepción, si bien la acepta, alegando que *todos los delitos (...) pueden cometerse por cuenta y en provecho de las personas jurídicas*³⁸, tal como sucede, por ejemplo, en el Derecho francés³⁹.

Debe hacerse notar que existe otro grupo de delitos por el que una organización no responderá con una sanción penal, aunque sí con alguna de las medidas accesorias del art. 129 CP⁴⁰, siempre que esté expresamente tipificado⁴¹. De hecho, la redacción de este artículo indica que se dirige a entidades sin personalidad jurídica. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado indica que la distinción entre las personas

³⁶ Ni qué decir tiene que, en la práctica, no todas las personas jurídicas pueden ser condenadas por todos estos delitos: si bien las personas físicas que las componen sí pudieran llegar a cometerlos, no siempre se van a dar los demás requisitos, que resultan imprescindibles para la imputación de la organización. En otras palabras, la mera comisión de un delito por parte de una persona física no va a suponer la imputación, ni mucho menos la condena, de una persona jurídica, sino que para ello se deberían dar, además, los demás requisitos que se exponen. Se debe remarcar que en ningún caso se puede hablar de una “responsabilidad penal objetiva” para la persona jurídica. Ver al respecto MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, en *LH-Bajo*, cit., p. 363.

³⁷ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo)”, en *LH-Bajo*, cit., p. 707.

³⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿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*, nº 7561 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.com>, consultada el 12 de noviembre de 2017).

³⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., REAIDP, nº 5 (2011) (en línea, <http://www.ehu.eus/>, consultada el día 12 de noviembre de 2017), p. 19.

⁴⁰ Estos delitos son los siguientes: delitos relativos a la manipulación genética, alteración de precios en concursos y subastas públicas, negativa a actuaciones inspectoras, delitos contra los derechos de los trabajadores, falsificación de moneda, asociación ilícita y organización y grupos criminales y terroristas.

⁴¹ A modo de apunte, ROMA VALDÉS lamenta que se haya relegado a un segundo plano la aplicación de medidas accesorias, que era un sistema que había generado una jurisprudencia respetuosa con los principios de audiencia o de proporcionalidad de las medidas. ROMA VALDÉS, J.A., “Art. 129”, en EL MISMO, *Código penal comentado*. Ed. Bosch. Sant Feliu de Llobregat, 2015, p. 242.

jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica es irrelevante, puesto que ha sido superada por la idiosincrasia de los negocios y por otros criterios de imputación (como, por ejemplo, la unidad económica)⁴².

En lo referente al beneficio directo o indirecto, esta expresión ha sido criticada doctrinalmente por su imprecisión⁴³ (opinión que compartimos, como hemos mencionado *supra* en referencia a la redacción anterior de este precepto). Como característica, dicho beneficio debería ser empíricamente contrastable, no siendo suficiente la mera intención de obtener un beneficio. En este sentido, la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado indica que “*la acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca*”⁴⁴, si bien añade que no es necesario que ese beneficio sea cuantificable a nivel monetario.

Por su parte, el TS indicó en su Sentencia 154/2016, 29 febrero, que este requisito debe interpretarse en sentido más bien amplio, con los límites de que no es permisible una interpretación tan extensiva que indique que siempre hay beneficio en caso de no tener mecanismos de control de ningún tipo porque la organización se ahorra su coste, ni tan restringida que suponga que nunca habrá beneficio porque en caso de condena los costes son muy superiores a cualquier ingreso o ahorro que se hubiera podido obtener. No obstante, en el FJ 13 de esta misma Sentencia el propio Tribunal indica que este concepto se refiere a la obtención de cualquier beneficio o, en su caso, de una expectativa de beneficio que no haya llegado a materializarse que se refiera no únicamente a un aspecto económico, sino a cualesquiera otras cuestiones empresariales que supusieran un lucro para la entidad infractora o, incluso, su mera subsistencia⁴⁵.

⁴² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015* (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 22 de octubre de 2017), pp. 12 s. Este organismo añade que “[l]a aplicación de estos criterios evitaría, por ejemplo, que las UTEs, que no tienen personalidad jurídica, quedaran fuera del marco represivo de la persona jurídica”.

⁴³ Por ejemplo, BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., p. 34.

⁴⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 43.

⁴⁵ Véase DEL ROSAL BLASCO, B., *Diario La Ley*, nº 8733 (2016). En el mismo sentido se pronuncia entre otras, la SAN 29/2016, 15 julio, que considera que se considera que concurrirá el beneficio requerido aunque se trate una expectativa o aunque la persona física haya actuado en su propio interés o el de un tercero ajeno a la entidad. Por ello, si la persona jurídica es el instrumento utilizado para la comisión de delitos, pero no recibe ningún beneficio, no podrá ser condenada penalmente.

DEL ROSAL BLASCO señala que la redacción del art. 31 bis CP, al mencionar expresamente que se actúe “*en beneficio*” supone que basta con que la actuación delictiva se encauce a ese objetivo, sin necesidad de que se legue a verificar, y ello con independencia de que, además, se pretendiera o no un beneficio propio para el autor material del delito⁴⁶. También está de acuerdo con esta observación BACIGALUPO SAGGESE, quien indica que este beneficio ha de ser objetivo, no subjetivo, y que a pesar de la mencionada indeterminación de la expresión utilizada por el legislador, debería consistir, por ejemplo, en un beneficio económico o estratégico que reportase valores intangibles⁴⁷. Esta perspectiva objetiva conlleva, como consecuencia, la interpretación de la conducta delictiva desde el punto de vista de su idoneidad ex ante para conseguir el objetivo beneficioso de que se trate, aunque no sea ni directo ni inmediato, o ni siquiera que se llegue realmente a conseguir⁴⁸.

Cabe decir también que el cambio de redacción de “en provecho” a “en beneficio directo o indirecto” supuso que algunas cuestiones de política criminal continuasen sin estar resueltas, como por ejemplo si el hecho delictivo era cometido en beneficio de terceros. En este sentido se pronuncia NIETO MARTÍN, quien indica que, tal como se desprende del Derecho comparado, la propia organización constituye un factor criminógeno que motiva la aparición de conductas delictivas llevadas a cabo en su beneficio, puesto que precisamente esto es lo que estas organizaciones persiguen (aunque no siempre, piénsese en sindicatos, iglesias de distintas confesiones, etc.)⁴⁹.

Por último, en cuanto a las personas que deben cometer el ilícito penal, podemos decir que, en general, puede ser cualquier miembro de la organización, independientemente de su posición en el organigrama o en la jerarquía. El art. 31 bis.1 CP indica que estas personas tanto pueden ser los representantes legales de la organización (concepto jurídico indeterminado, heredero de la redacción dada por la L.O. 5/2010, cuando hablaba de los representantes de hecho o de derecho), sus máximos dirigentes

⁴⁶ DEL ROSAL BLASCO, B. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015, pp. 99 s.

⁴⁷ BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., p. 35.

⁴⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, CIIDPE (2014) (en línea, <http://www.mjusticia.gob.es/>, consultada el 21 de abril de 2017). En este sentido, también PONCELA GARCÍA, J.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, CPJML, n° 12 (2016). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao, p. 112.

⁴⁹ NIETO MARTÍN, A., “El art. 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, *Diario La Ley*, n° 8248 (2014) (en línea, <http://diariolaly.laley.es>, consultado el 19 de noviembre de 2017).

(administradores de una sociedad, patronos de una fundación, miembros de la Junta Rectora de una asociación...), sus directivos y los trabajadores, sometidos a las órdenes y directrices de éstos. Unos y otros tienen una consideración similar a efectos de imputación de una persona jurídica, con la única diferencia, según el Ministerio Fiscal, de que un PCN tendrá una mayor eficacia eximente si el delito ha sido cometido por las personas a las que se refiere la letra b) del art. 31 bis, 1 CP⁵⁰. En estos casos, como señala SILVA SÁNCHEZ, el hecho de conexión que hace que la persona jurídica resulte penalmente responsable es, precisamente, que estos administradores y/o directivos hayan obrado en nombre y por cuenta de la entidad y en su provecho. Además, en su opinión, se da la circunstancia de que, aunque no siempre que alguna de estas personas cometa un delito de los mencionados, cuando actúa en nombre y por cuenta de la entidad, habrá un vínculo objetivo estructural entre delito y persona jurídica, con mucha más probabilidad lo habrá si concurre el requisito del “provecho”⁵¹.

Esta clasificación merece una explicación más detallada. En el caso de que la persona física sea un representante legal o uno de los máximos dirigentes de la organización, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado pone en duda que los administradores y directivos sean los “representantes legales”, e indica que con esta expresión se hace referencia a una representación de carácter legal y voluntario. En cuanto a la representación voluntaria, esta Circular sugiere que, al no ser una figura recogida expresamente en la Ley de Sociedades de Capital, debe atenderse a las normas generales de representación, por lo que cabría considerar incluidos en este concepto a los representantes voluntarios, nombrados mediante apoderamientos singulares o generales⁵².

En lo tocante al segundo grupo de personas, esto es, los que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, el Ministerio Fiscal ve claro que se trata de los administradores de derecho, si bien duda sobre la inclusión en este concepto de los administradores de hecho. En cuanto a estos, tras un análisis de la legislación y la jurisprudencia societarias, dicha Circular opina que también podrían tener cabida, pero

⁵⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 22. Esto debe entenderse con independencia del régimen de responsabilidad penal personal de los administradores y su supuesta posición de garantes. Más adelante desarrollaremos con más detalle este aspecto.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 24 s. Si bien el año de edición de esta obra indica que es anterior a la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, la similitud de estos dos conceptos con la regulación actual permite considerar que esta consideración mantiene su sentido.

⁵² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 14.

únicamente en la categoría de “autorizados para tomar decisiones”. Finalmente, también se pueden incluir en este segundo grupo de personas a los apoderados singulares, a otras personas que formen parte de los órganos sociales y tengan capacidad para tomar decisiones, y, en general, a todo aquél en quien se hayan delegado estas funciones⁵³.

En el tercer grupo de personas (quienes tengan facultades de organización y control) la Fiscalía considera que se trata de un “cajón de sastre” en el que podrían tener cabida muchos cargos y mandos intermedios, si tienen atribuidas estas funciones. Como punto importante, la Circular considera que el *Compliance Officer*, una figura que nuestro ordenamiento desconocía hasta ahora, podría estar incluido en este punto, cosa que resulta particularmente relevante, porque también indica que la redacción del art. 31 bis CP cuando dice esto “*define mejor la posición de garante en la empresa*” de estas personas⁵⁴. Más adelante explicaremos con más detalle qué es esta figura del *Compliance Officer* y cuál es exactamente su posición⁵⁵.

En cuanto al supuesto en que el autor material de los hechos sea una persona subordinada a las disposiciones de los directivos, el CP se muestra, en opinión propia, bastante más claro, puesto que se limita a decir con otras palabras lo que ya apuntaba el párrafo segundo del art. 31 bis CP en su redacción original⁵⁶. Se refiere a quienes realizan un hecho delictivo por no haber sido debidamente supervisados por las personas u organismos correspondientes de la persona jurídica. No obstante, en una misma organización, sea o no de corte empresarial, existen distintos niveles jerárquicos que pueden suponer que la persona directamente responsable de la infractora no sólo no

⁵³ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁴ *Ibidem*. No obstante, existe un debate doctrinal al respecto, pudiendo destacar la opinión de MONTANER FERNÁNDEZ, quien duda acerca de si un *Compliance Officer* es o no un verdadero garante, argumentando que, si así fuese estaría asumiendo responsabilidades tan genéricas que una infracción de las mismas no le generaría responsabilidad penal. Véase MONTANER FERNÁNDEZ, R., “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, REPC, nº 35 (2015) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 25 de abril de 2020), p. 754.

⁵⁵ Para una explicación más completa de estos aspectos, ver FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., pp. 40 ss. Sin perjuicio de un mayor desarrollo de esta idea, debe dejarse apuntado que la literalidad del CP implica que haya más dificultades para aplicar la circunstancia que exima a la persona jurídica de condena si la persona física autora es un administrador o directivo que si se trata de una persona sometida a su autoridad. En estos últimos casos, como se verá, basta con acreditar la existencia de un Programa de Cumplimiento Normativo. No obstante, en los primeros se requiere la existencia de todo un sistema en el que participe una persona que ejerza las funciones de supervisión y control del cumplimiento normativo dentro de la entidad. Más adelante volveremos sobre esta idea.

⁵⁶ De acuerdo con esta opinión, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BANACLOCHE PALAO, J. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. / ZARZALEJOS NIETO, J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley. Madrid, 2011, pp. 70 ss.

le supervise debidamente, sino que sea quien le haya ordenado la comisión del hecho (y, en su caso, que sea el superior de ésta, u otro organismo específicamente destinado a ello, quien deba ejercer la labor de vigilancia).

Esta situación nos plantea una reflexión: por un lado, según la Fiscalía y tal como se indicará *infra*, un PCN, que se configura como la única circunstancia posible que pueda evitar la sanción penal de una persona jurídica, actúa más fácilmente como tal en el caso en el que el autor material sea un subordinado, pero, por otro lado, este trabajador es un mero brazo ejecutor que puede no saber que su conducta es delictiva⁵⁷. Tal vez podría hablarse de una autoría mediata, en la que el verdadero autor serían los miembros del órgano de administración o el directivo que correspondiese⁵⁸. Pero, además, resulta inquietante el elemento de la fungibilidad del subordinado: se parte de la base de que su conducta delictiva se debe a un defecto organizativo, pero cabría preguntarse qué pasa si la instrucción que ha recibido de su superior es la que implica que se cometa el delito⁵⁹. En este contexto opinamos que habría que distinguir entre si el trabajador era consciente de que estaba cometiendo un delito y aun así quería hacerlo, los supuestos en los que era consciente del delito pero lo cometió por miedo a las consecuencias de un incumplimiento (con las consiguientes cuestiones acerca de la culpabilidad de la persona física que ello podría acarrear) y los casos de desconocimiento⁶⁰.

⁵⁷ Por poner un ejemplo: el encargado de mantenimiento de una fábrica recibe órdenes del gerente de la misma para que no cambie los filtros de los gases tóxicos que se emiten, a pesar de que éstos ya se deberían cambiar si se quisiese evitar contaminar el medioambiente. El trabajador puede ignorar que ya deben cambiarse los filtros si, por ejemplo, no lleva en la empresa suficiente tiempo como para saber que el momento ha llegado, o a lo mejor ignora que la cantidad de gas tóxico emitido tendría afectación medioambiental con relevancia penal (o incluso meramente administrativa).

⁵⁸ De acuerdo con esta posibilidad, entre otros, ROXIN, C., “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, RP, nº 18 (2006). Ed. Universidad de Huelva. Huelva, pp. 242 ss. En contra, ROBLES PLANAS, R. “Principios de imputación en la empresa”, en *LH-Bajo*, cit., p. 491.

⁵⁹ Véase, en este sentido, AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Ed. Atelier. Barcelona, 2010, p. 202.

⁶⁰ A mayor abundamiento, DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, cit. p. 94, señala la problemática existente en los casos en los que se afirma que un directivo ha cometido un hecho delictivo si el autor material es un empleado, puesto que la distribución de competencias puede provocar una disolución de la responsabilidad, fundamentalmente si los trabajadores desconocen la ilicitud de sus hechos. Según este autor, ello genera la problemática de que una atribución incorrecta de responsabilidades puede reducir las funciones preventivo-generales del Derecho penal, además de deteriorar la seguridad normativa.

En opinión de quien escribe, en el primer caso, un PCN no tendría sentido, puesto que toda la organización sería corrupta y no habría auténticos métodos de vigilancia⁶¹. Tal como se verá, un PCN requiere del compromiso por parte de todos los miembros de la organización para su cumplimiento, y si tanto el superior jerárquico como el subordinado están de acuerdo en cometer un delito, ese Modelo es directamente inútil⁶². Por tanto, la circunstancia prevista en el art. 31 bis, 2 CP para eximir a la persona jurídica de sanción penal no resultaría de aplicación. Como excepción, pudiera darse el caso de una empresa en la que hubiera varios “altos cargos” y sólo uno fuera corrupto, en cuyo caso sí se podría justificar la no imputación de la persona jurídica⁶³.

En el segundo supuesto, el superior jerárquico sería autor mediato del delito y el subordinado sería autor inmediato, si bien podría concurrir la eximente de miedo insuperable⁶⁴ (por ejemplo, al despido). En cualquier caso, sería cuestionable si la

⁶¹ Cuando decimos que “no tiene sentido” nos estamos refiriendo, exclusivamente, al punto de vista pragmático. Bien es cierto que desde un punto de vista de política criminal es aquí donde un Programa de Cumplimiento Normativo puede resultar más pertinente, puesto que precisamente intentará prevenir los riesgos de comisión de delitos que, en un contexto tan corrupto como el del supuesto, podrán tener lugar. La gestión del comportamiento y las medidas de organización, pues, resultarían fundamentales desde este punto de vista. No obstante, en la práctica, la comisión de un delito se puede “prevenir” e incluso “minimizar”, pero muy difícilmente se podrá “eliminar” si alguien realmente quiere cometerlo. En el supuesto de que tanto los directivos como los trabajadores sean corruptos, tener implantado un Programa de Cumplimiento Normativo resulta claramente ineficiente, puesto que la organización carece de uno de los elementos principales, es decir, la verdadera filosofía de cumplimiento normativo. Citando la STS 154/2016, 29 febrero, FJ 8, “*la determinación del actuar de la persona jurídica (...), 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, (...) más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión*”. Nos alineamos, pues, con la opinión del TS en esta materia, por considerar que es la que más se adapta a la realidad de la economía española y su tejido empresarial. Para una referencia a la valoración político-criminal de los Programas de Cumplimiento Normativo, ver SALVO ILABEL, N., “Análisis crítico del sistema que da lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Dir.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*. Ed. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 160.

⁶² *A sensu contrario*, la doctrina ha considerado la expresión “*Tone from the top*”, que se refiere al hecho de que desde la dirección se deba dar ejemplo de buena gestión, así como fomentar las normas que conlleven un desempeño de sus tareas dentro del marco de la legalidad por parte de los trabajadores. Véase al respecto NIETO MARTÍN, A., “Prevención de la corrupción en las administraciones públicas”, en NIETO MARÍN, A. / MAROTO CALATAYUD, M. (Dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ed. Ediciones de la universidad de Castilla La Mancha. Cuenca, 2014, p. 32. Ampliamente, también, BLUMENBERG, A.D. / GARCÍA MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., p. 280.

⁶³ En este sentido, STS 583/2017, 19 julio, FJ 28.

⁶⁴ MORALES PRATS señala que el paro laboral no podría encuadrarse, según la Jurisprudencia, en la eximente de “estado de necesidad”, dado su carácter excepcional y subsidiario, si bien interpretamos que no existe ningún inconveniente, teniendo en cuenta los elementos que este mismo autor indica, para la apreciación de la eximente de miedo insuperable. Véase MORALES PRATS, F. “De las causas que eximen de la responsabilidad penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.),

acción es o no culposa, puesto que en caso negativo la responsabilidad no recaería sobre el trabajador, sino sobre la persona que le ha ordenado ejecutar la obra. En este supuesto, el PCN tendría más sentido, puesto que no toda la organización sería corrupta y estaría justificado que el trabajador no sufriese las consecuencias del mal hacer de su superior.

En el tercer supuesto, el trabajador podría alegar error, que sería vencible o invencible en función de las circunstancias. En cualquier caso, opinamos que también aquí un PCN podría tener sentido, puesto que *a priori* no habría motivos para pensar que el subordinado hubiera cometido el delito si su superior no se lo hubiera ordenado. Como contrapunto, ROBLES PLANAS incide en la neutralidad de los trabajadores, e indica que ellos no ostentan el estatus de garantes de impedir que se cometan delitos en la empresa, aunque, en su opinión, “*tengan conocimiento de la producción del delito y aparezcan en alguna medida causalmente relacionados con él*”⁶⁵.

Por tanto, en conclusión, cuando el legislador da estas pautas generales lo hace en unos términos en los que separa distintas categorías de vinculación a la persona jurídica, pero nada impide pensar que no se adapte a una entidad colectiva cualquiera con personalidad jurídica propia, independientemente de su tamaño u organigrama, aun sin entrar en el campo de las analogías *contra reo*⁶⁶.

- b) Introducción al debate sobre si la atribución de responsabilidad a una persona jurídica se basa en la autorresponsabilidad o la heterorresponsabilidad

Comentarios al Código Penal Español (Tomo I), 7ª edición. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016, pp. 234, 247 ss.

⁶⁵ ROBLES PLANAS, R., en *LH-Bajo*, cit., p. 488.

⁶⁶ A modo de apunte, ver una opinión contraria en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código Penal español”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo código Penal. Comentarios a la reforma*. Ed. La Ley. Madrid, 2012, p. 57. Este autor considera que para que haya responsabilidad penal debe de haber una mínima complejidad interna en la organización, siendo consideradas como meramente instrumentales las sociedades pantalla o las que tengan una complejidad prácticamente nula. No obstante, nos mostramos discrepantes con este comentario, puesto que, si bien la STS 154/2016, FJ 8, sí indica que las sociedades pantalla simplemente pueden ser disueltas por ser, efectivamente, instrumentales a efectos de responsabilidad penal de otra organización, no dice nada de las sociedades de “escasa complejidad”, por lo que no consideramos que haya suficiente base para equipararlas a las sociedades pantalla. Diferente sería el caso se las sociedades unipersonales: la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid 63/2017, 13 febrero, absolvió a una sociedad de este tipo de un delito de estafa y otro de falsedad en documento mercantil cometidos por su administrador único, que era, a su vez, el único miembro de la misma; coincidimos con este Juzgado en que, dada la plena identificación entre persona física y persona jurídica en este caso, resulta ilógico considerar si hay o no una cultura de cumplimiento que se deba demostrar.

En el contexto de lo que acabamos de mencionar, no podemos acabar este apartado sin hacer una sucinta referencia a la existencia de una discusión, que excede de lo meramente doctrinal⁶⁷, entre si el modelo de imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica se basa en la autorresponsabilidad (es decir, que se asume la responsabilidad penal por un hecho propio) o la heterorresponsabilidad (asunción de responsabilidad penal por un hecho ajeno).

Si bien el objeto de la presente investigación se focaliza en el aspecto práctico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y no en ningún debate doctrinal concreto al respecto, por la importancia e interés de la cuestión acerca de si el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas en España se basa en una o en otra queremos dejar apuntado que el Tribunal Supremo defiende, aunque con vacilaciones, la primera opción (y, dada su función nomofiláctica, también lo hacen el resto de organismos jurisdiccionales) y la Fiscalía General del Estado, la segunda. En cuanto a los argumentos del TS, se centran en indicar que una persona jurídica será jurídicamente responsable si, además de tener responsabilidad jurídica real, se ha constatado la comisión de un delito que reúna las características indicadas anteriormente y dicha persona jurídica no cuenta con un PCN debidamente implementado en su seno. Por su lado, la Fiscalía sostiene que estos Modelos tienen la consideración de eximente del delito, por lo que debe ser la persona jurídica enjuiciada quien demuestre que tiene implementado uno que, además, reúna las condiciones exigidas por la Ley. En este contexto, su responsabilidad viene dada por la comisión de uno de los delitos mencionados por parte de algún miembro de la organización, siempre que dicho acto

⁶⁷ Se irán haciendo distintas referencias a este debate a lo largo de la investigación, especialmente en el Capítulo IV. Este subepígrafe pretende ser una mera presentación y primera toma de postura del mismo. Para una primera aproximación, véase 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 art. 31 bis del Código Penal”, Diario La Ley, nº 8915 (2017) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 17 de septiembre de 2017). Si bien las cuestiones procesales no son objeto de la presente investigación, valga decir que el debate de autorresponsabilidad *versus* heterorresponsabilidad encuentra su principal plasmación práctica en esta sede. Tal como se desprende de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, un Programa de Cumplimiento Normativo tiene la categoría de eximente, por lo que debería ser aportado y demostrado por la parte acusada; estaríamos dentro del contexto de la heterorresponsabilidad, puesto que el acto delictivo cometido sería obra de una entidad distinta de la persona jurídica, quien simplemente asumiría la responsabilidad penal que deriva del mismo. Por otro lado, la tesis de la autorresponsabilidad implica que la ineficacia o inexistencia de los Programas de Cumplimiento Normativo debería ser demostrada por la parte acusadora, en tanto que su ausencia, que es un defecto organizativo, se consideraría una figura que posibilita la apreciación de responsabilidad penal de la entidad, (si se diesen, además, los demás elementos). En otras palabras, la respuesta al debate de autorresponsabilidad *versus* heterorresponsabilidad determina quién tiene la carga de la prueba en un proceso penal.

ilícito le haya reportado algún beneficio a la misma y que su comisión se haya visto facilitada por la falta de supervisión⁶⁸.

Doctrinalmente se mantiene esta misma discusión. Históricamente, la mayor parte de ordenamientos jurídicos han basado su sistema de atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica en la heterorresponsabilidad en un primer momento, a pesar de las correcciones jurisprudenciales y legales que se han dado en estas ocasiones, apuntando hacia la autorresponsabilidad⁶⁹. Tal como GÓMEZ MARTÍN indica, desde un punto de vista de política criminal la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tal como se hizo mediante la L.O. 5/2010, de 22 de junio, supuso que se infringían dos principios penales: el de personalidad de las penas (puesto que el autor material es siempre una persona física) y el de culpabilidad, tal como se ha expuesto *supra*⁷⁰. De hecho, en un primer momento, no tardaron en llegar las voces que recordaban la necesidad de que hubiera dolo o imprudencia para ser sancionado penalmente (ex arts. 5 y 10 CP), y que una atribución de responsabilidad por hecho ajeno vulneraría este principio⁷¹. Además, algunos postulados entienden que la acción (o, en su caso, omisión), base de la responsabilidad que eventualmente se pudiera derivar, siempre será cometida por una persona física. Se defiende, en este sentido, que estamos ante un sistema de heterorresponsabilidad, puesto que, entre otros motivos, la responsabilidad derivará de un hecho cometido por una persona física que esté vinculada a la persona jurídica y que actúa en beneficio de ésta; este sector de la doctrina entiende que hay diversas cuestiones que impiden apreciar la “culpabilidad” de una persona jurídica. De hecho, algunos de los partidarios de esta concepción del sistema actual considera que ni siquiera se ha producido el cambio de paradigma antes referido y, por tanto, se mantiene el principio de *societas delinquere non potest*⁷².

⁶⁸ SSTS 154/2016, 29 febrero, FJ 8; 221/2016, 16 marzo, FJ 5; 516/2016, 13 junio, FJ Único; ATS 26 junio 2016, FJ Único; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., pp. 38, 61.

⁶⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *Compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia”, CPJML, nº 6 (2009). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao, pp. 259 ss.

⁷⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., “Art. 31 bis”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.) / VERA SÁNCHEZ, S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 178 s.

⁷¹ PONCELA GARCÍA, J.A., CPJML, nº 12 (2016), p. 106.

⁷² A modo de ejemplo, como partidarios de este punto de vista podemos citar, entre muchos otros, a MIR PUIG, S., *PG*, cit.; GÓMEZ MARTÍN, V., “Falsa alarma: o sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “*societas delinquere non potest*”, en CORCOY BIDASOLO, M.L. / MIR PUIG, S. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2012, pp. 331 s.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Diario La Ley* 7464 (2010); ROBLES PLANAS, R., “Pena y

Por otro lado, otro sector doctrinal defiende la autorresponsabilidad como fundamento de la sanción penal de una persona jurídica. Estos autores consideran que la responsabilidad penal lo es por un hecho propio, la no implementación de medidas que contribuyan a evitar la comisión de los delitos que en su caso se pudieran consumir, y consideran que lo contrario conduciría a una responsabilidad penal objetiva para la persona jurídica, lo que conllevaría problemas de constitucionalidad. Además, los defensores de esta corriente doctrinal opinan que una concepción jurídica del reproche que se aleje de un punto de vista moral debería intentar comprobar “*la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias personales en que actuó. Y ello es perfectamente aplicable a las personas jurídicas*”⁷³. En este contexto, merece una mención particular la tendencia hacia la autorregulación que, poco a poco, se va apreciando. En este sentido, y sin perjuicio de un mayor desarrollo de esta idea en el Capítulo IV, nos mostramos de acuerdo con GÓMEZ-JARA DÍEZ cuando considera que este fenómeno contribuye a la creación de un sistema constructivista de autorresponsabilidad, no exento de críticas doctrinales, pero adaptado a las corrientes actuales en esta materia⁷⁴.

La teoría de la autorresponsabilidad ha sido criticada por ser incoherente y por tratarse de una teoría de transferencia encubierta. No obstante, también se admite de ella que es la única que justifica adecuadamente la comisión de un delito por parte de una persona jurídica. Se afirma que un sistema puro de autorresponsabilidad es directamente imposible, por no poder la persona jurídica cometer un delito por sí misma⁷⁵. No obstante, lo cierto es que, como dicen NIETO MARTÍN / MAROTO CALATAYUD, la ampliación de la responsabilidad penal de una organización con personalidad jurídica propia a los actos cometidos no sólo por sus administradores sino por cualquier miembro, como es el caso de España, nos acerca a un sistema de autorresponsabilidad.

persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP”, Diario La Ley, nº 7705 (2011) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 24 de mayo de 2019).

⁷³ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y Comentarios*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2010, p. 56. Ver también, como defensores de la autorresponsabilidad, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en EL MISMO (Coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006, pp. 93 ss.; CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilitat penal de les persones jurídiques. Reflexions entorn de la seva “dogmàtica” i al sistema de la reforma de 2010 del Codi penal”, RJIB, nº 9 (2011). Ed. Colegio de Abogados de Baleares. Palma de Mallorca, pp. 13 ss.

⁷⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. PG y PE*. Ed. B de F. Buenos Aires, 2014.

⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, en *LH-Bajo*, cit., p. 381.

Sin embargo, estos autores también advierten que la reforma del CP de 2015 aclaró que la culpabilidad propia de la persona jurídica también debe determinarse en los casos en los que los administradores o altos directivos de la persona jurídica sean los autores materiales del delito⁷⁶.

A nivel personal, si bien consideramos acertado entender que la responsabilidad penal de una persona jurídica tenga una base vicarial (dada la intangibilidad de una persona jurídica y su ausencia de conciencia propia, lo que genera dudas en cuanto a su culpabilidad en una persona jurídica⁷⁷), debemos admitir que, si atendemos a las resoluciones judiciales en esta materia, la doctrina del TS se ha impuesto en las demás instancias, por lo que debemos aceptar que el sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas se base en un hecho propio. De hecho, esta interpretación encuentra un importante apoyo en el motivo III de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuando dice que la nueva regulación en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas “*pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial*”⁷⁸.

Con lo que no estamos de acuerdo es con la afirmación de que se mantiene el paradigma de *societas delinquere non potest*: si bien es innegable que el autor material siempre será una persona física, en el momento en el que actúa como integrante de una organización (con independencia de su posición orgánica) es esta entidad quien, indirectamente, está llevando a cabo el hecho⁷⁹; lo contrario supondría que una persona

⁷⁶ MAROTO CALATAYUD, M. / NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. Ed. Ediciones Experiencia. El Masnou, 2016, pp. 549 ss.

⁷⁷ Encontramos más que razonable la opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 60 ss., cuando indica que no deben seguirse los mismos parámetros de concepción de la culpabilidad en una persona física y en una persona jurídica, sino que más bien procedería preguntarse si los conceptos de acción y de culpabilidad son válidos para personas jurídicas.

⁷⁸ No obstante, insistimos en las vacilaciones que la jurisprudencia del TS muestra entorno a esta cuestión. Así, si bien la postura imperante es la contraria, la STS 506/2018, 25 octubre, FJ Único, asevera que “[l]a responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta”.

⁷⁹ Es decir, que el autor material directo es siempre una persona física, pero, si actúa en nombre y por cuenta, y en beneficio, de una jurídica, una interpretación del art. 31 bis CP desde la óptica de la autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas señala a la propia persona jurídica como autora. En el Capítulo IV se insistirá sobre este punto y se ampliará la explicación.

jurídica recibiera una sanción penal sin haber cometido ningún delito, lo que resulta frontalmente contrario al principio de personalidad de la pena⁸⁰.

Sin embargo, ya estemos hablando de un sistema de autorresponsabilidad como de heterorresponsabilidad, lo importante es que una persona jurídica que tenga implantado un PCN quedará exenta de responsabilidad, siempre que éste cumpla con los requisitos legales (que expondremos más adelante). Desde el punto de vista del tejido empresarial español, eso equivale a decir que una microempresa de cinco trabajadores, por ejemplo, no será condenada por la mala praxis de uno de ellos si éste ha actuado en su propio beneficio, la organización no se ha visto afectada por el delio, o si ésta había previsto, formalmente, medidas para evitar que este delito llegase a tener lugar.

Este adverbio, “formalmente”, merece un comentario aparte. La existencia y la adecuación de los PCN deben poder ser demostradas, lo que opinamos que supone que cuenten con un soporte material y/o documental de algún tipo. Por tanto, el administrador de la microempresa del ejemplo deberá establecer medidas de control sobre los otros cuatro y sobre sí mismo para evitar una sanción penal. Consideramos que, en la práctica, esto tiene poco sentido, puesto que en esta microempresa existirá una relación personal, más intensa o menos, entre sus miembros, por lo que ni el administrador querrá controlarlos ni los demás querrán ser controlados. Por tanto, si alguno cometiese un delito, nos parece probable que los demás lo encubriesen, olvidando los preceptos legales sobre responsabilidad penal de personas jurídicas y primándose las relaciones personales de compañerismo (siempre que no se perjudicase a los demás, o no demasiado)⁸¹. Evidentemente, a mayor tamaño de la empresa menor es

⁸⁰ MIR PUIG, S., Las nuevas “penas” para las personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., p. 5. Este autor se cuestiona si la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español se opone frontalmente al principio de culpabilidad al imponer una pena por un delito a quien no lo ha cometido, dada la ausencia de culpabilidad de la persona jurídica. En contra, la STS 221/2016, 16 marzo, FJ 5, expone que “[l]a Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente” (más recientemente, en sentido simliar, SSTS 668/2017, 11 octubre, FJ 1, y 516/2016, 13 junio, FJ Único).

⁸¹ Ver al respecto RAGUÉS I VALLÈS, R., “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., pp. 161 ss. Este autor comenta que, en el fondo, los canales de denuncia han existido siempre, puesto que siempre un trabajador ha podido informar a su superior de la conducta irregular de algún compañero, solo que en pocas ocasiones se ha utilizado esta posibilidad, por lo menos en España (si bien en algunos otros países, como por ejemplo en Estados Unidos de América, sí está más extendida esta cultura, llegándose incluso a premiar a los informantes en algunas ocasiones).

el grado de relación personal que un trabajador puede tener con el resto⁸², aunque de nuevo podemos equiparar la estructura de una microempresa con la de un departamento determinado de una empresa más grande.

Más adelante volveremos sobre la idea de los PCN y su adecuación a la realidad, si bien de momento baste mencionar que consideramos que unas relaciones personales pueden disminuir considerablemente su eficacia, y ello con absoluta independencia sobre si la condena a la persona jurídica se debe a un hecho propio o ajeno.

c) Grados de participación en el delito por parte de una persona jurídica

Esta cuestión, de indudable importancia práctica, está íntimamente relacionada con el debate anterior y, en consecuencia, no tiene una respuesta única. Para responder a esta pregunta, debe solucionarse la cuestión de en qué supuestos puede una persona jurídica recibir responsabilidad penal por un delito cometido en su seno. Es, por tanto, imprescindible saber si el art. 31 bis CP se refiere sólo a los autores de los delitos o si engloba a autores y otros partícipes (o, aceptando la heterorresponsabilidad como fundamento del sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, si este artículo hace que las personas jurídicas puedan responder penalmente tanto si la persona física por quien se genera dicha responsabilidad ha intervenido en grado de autor del delito o en grado de mero partícipe)⁸³.

Por un lado, un sector de la doctrina (dentro del cual podemos destacar a QUINTERO OLIVARES) considera que, en los casos en los que la persona física que ha infringido la norma sea un administrador o directivo de la persona jurídica, el CP únicamente prevé esta responsabilidad en caso de que sea autora de un delito. Asimismo, si los miembros del máximo órgano de gobierno de una determinada persona jurídica lo fueran también de otra, se debería individualizar la responsabilidad en la persona jurídica administradora antes de determinar la responsabilidad de la entidad administrada⁸⁴.

⁸² LUCAS MARÍN, A., *Sociología de la empresa*, 5ª ed. Ed. Ibérico Europea de Ediciones. Madrid, 1992, pp. 145 ss.

⁸³ Este subepígrafe es un breve resumen de un trabajo de investigación (que no se publicó) que elaboré en 2013 junto con mi compañero Pablo LÓPEZ FERRER con motivo de la celebración en nuestro Despacho de una sesión de formación interna en materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la que fuimos ponentes.

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, G., “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: claroscuros de una novedad”, RJC (vol. CX) 4/2011. Ed. Il·lustre Col·legi de l’Advocacia de Barcelona. Barcelona, pp. 977 ss.

Sin embargo, QUINTERO excluye la participación del ámbito de la responsabilidad penal de una persona jurídica, mencionando a los autores y partícipes únicamente en el supuesto de personas físicas. En otras palabras, este autor diferencia el acto que genera la responsabilidad penal de una persona jurídica y el delito cometido como autor por uno de sus miembros de la existencia de otros autores y partícipes (personas físicas) que no incumban al régimen de la responsabilidad penal de las anteriores⁸⁵.

Por otro lado, otro sector de la doctrina opina que sí son posibles determinadas cuestiones de autoría y participación entre personas físicas y jurídicas (aceptándose, pues, la autorresponsabilidad como fundamento del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España), tales a la cooperación necesaria y, con ciertas reservas, la complicidad⁸⁶. De acuerdo con esta postura, GÓMEZ TOMILLO destaca que, si se admite la responsabilidad penal de una persona jurídica, también se deberían admitir sus diversas formas de participación en los delitos, acumulando la responsabilidad de las personas físicas que hicieron surgir el delito a la de las jurídicas en cuyo contexto y por cuya ausencia de controles se llevaron a cabo⁸⁷.

Consideramos que esta segunda opción es más viable que la anterior, dadas las similitudes que presenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España según su configuración actual con la figura civil de la responsabilidad *in vigilando*: a nuestro entender, la implicación que tiene una persona jurídica en un delito es la misma que la que tiene la persona física que actúa en su nombre y representación, y en su beneficio, en ese caso concreto. En consecuencia, si esa persona física ha participado con un título distinto al de autor, la persona jurídica debería tener la misma consideración, puesto que la acción (u omisión) delictiva es la misma.

Pongamos un ejemplo: supongamos que una persona contrata un servicio de asesoría fiscal con una determinada gestoría y la persona física que se encarga *de facto* de realizar dicha asesoría le informa conscientemente de cómo cometer un determinado fraude fiscal que quiere cometer, dándose la circunstancia de que sin ese asesoramiento nunca lo hubiera podido lograr. En este caso, el contrato está entre la gestoría (persona jurídica), por un lado, y la clienta (persona física o jurídica), por otro, pero el servicio lo acaba por prestar una persona física que trabaja en esa gestoría. Sería deber de la persona jurídica haber implementado las medidas para evitar que dicho asesoramiento no se diera, si bien ese trabajador asesoró a su clienta siguiendo las órdenes (si más no, las generales) que le habían sido dadas y generando un beneficio a la gestoría (que pudo cobrar el precio a la

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, L., Diario La Ley, nº 7561 (2011).

⁸⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción*, cit., p. 173.

cliente). Por tanto, al ser dicho trabajador un colaborador necesario, opinamos que la gestoría debería responder por el mismo título.

2.2.2. Breve mención a la separación entre la responsabilidad penal de una persona jurídica y de una persona física

Para acabar este apartado, merece la pena hacer un comentario al art. 31 ter CP, según el cual la responsabilidad de una persona física y de una persona jurídica son independientes, hasta el punto que podemos sancionar a una sin tener siquiera determinada a la otra⁸⁸.

En cierto modo, consideramos que esta separación sigue con la misma lógica por la que se exige un beneficio directo o indirecto a la persona jurídica para poderla condenar: la ausencia de dicho beneficio impide su imputación, pero no obsta a que se condene a la persona física autora (según las normas de imputación y procesamiento habituales para las personas físicas)⁸⁹.

En la práctica, teniendo en cuenta las conclusiones a las que hemos llegado en el capítulo anterior, consideramos que hay que distinguir entre los casos en los que las personas físicas que hayan cometido el delito sean las del apartado a) del art. 31 bis CP o las del apartado b) del mismo artículo (que, por simplificar, seguiremos clasificando entre administradores y directivos, por un lado, y trabajadores, por otro).

Si un delito ha sido cometido por un trabajador sometido a la autoridad de alguien de mayor rango [supuesto de la letra b)], la sanción ha de ser lógicamente independiente de la que corresponda a la persona jurídica, puesto que su vinculación es simplemente laboral. En caso de sancionar penalmente a un trabajador y dejar indemne a su empresa, ésta sin duda vería que su funcionamiento queda afectado, puesto que debería sustituir a dicho trabajador, si bien podría continuar con su actividad, dada la fungibilidad de esta

⁸⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., “Penas para las personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?”, en LANDA GOROSTIZA, J.M. (Dir.) / GARRO CARRERA, E. / ORTUBA FUENTES, M. (Coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 269, matiza esta afirmación al considerar que, aunque se condenase a una persona jurídica y a una persona física por separado, no existirían dos hechos delictivos distintos, sino sólo uno, que es el que ha cometido la persona física; por ello, concluye que no hay independencia entre ambas responsabilidades, sino que la responsabilidad penal de la persona jurídica es accesoria a la de la persona física.

⁸⁹ Según PONCELA GARCÍA, J.A., CPJML, nº 12 (2016), p. 112, también se puede hacer una interpretación *a sensu contrario*: para determinar si se cumple con el requisito de la comisión de un hecho delictivo por el que una persona jurídica pueda ser sancionada, basta determinar la tipicidad del hecho cometido por la persona física, sin que sea necesario analizar la antijuridicidad, culpabilidad ni la punibilidad.

categoría de posibles sujetos activos a la que hemos hecho referencia antes⁹⁰. Incluso en el caso de que se tratase de un trabajador cualificado o con experiencia (y por tanto, más difícilmente sustituible), la organización contaría con tiempo suficiente para buscar a otro que ocupase su lugar si por culpa de la condena el anterior debiera ser sustituido (por ejemplo, porque debe cumplir con una pena privativa de libertad).

Cosa diferente es que sea un alto directivo o una persona que forme parte del órgano de administración, Patronato, Junta Directiva u otro organismo análogo de la persona jurídica infractora⁹¹. Pongamos por caso una pequeña empresa de 40 trabajadores, con forma jurídica de Sociedad Limitada, que cuenta con un administrador único que vive ajeno a la empresa y un gerente que es quien realmente la dirige. Si se condena al administrador único, es posible que varias de las gestiones cotidianas no se puedan llevar a cabo durante el tiempo que dure la condena (salvo que se haya apoderado a algún subalterno para ejercer esas mismas funciones). Sin embargo, si se condenase al gerente el problema sería mucho mayor, dado que, en la práctica, no sólo muchas de sus funciones y responsabilidades son difícilmente delegables, sino que el conocimiento del día a día de la organización no lo puede transmitir a otra persona con el detalle adecuado, lo que supondría que, durante un tiempo, la entidad debería intentar funcionar sin un líder que la guiase⁹². Incluso podemos pensar en un supuesto extremo en el que se sancione penalmente al administrador y al gerente, en cuyo caso, a pesar de que la persona jurídica no recibiese sanción alguna, estaría abocada al fracaso por no tener a nadie que llevase a cabo las muchas operaciones cotidianas para las que se necesita ejercer una función de responsabilidad propia de los cargos que han sido condenados

⁹⁰ ROXIN, C. “El dominio de organización como forma de autoría mediata”, REJ, nº 7 (2006) (en línea, <http://www.defensesociale.org/>, consultada el 27 de junio de 2018), pp. 13 ss.; AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito en la empresa*, cit.

⁹¹ El CP indica que ha de ser el “órgano de administración”, figura que la legislación mercantilista ha asociado exclusivamente a las sociedades mercantiles. Ello conduce a plantearse si, en el fondo, esta regulación debería entenderse dirigida únicamente a este tipo de personas jurídicas, máxime teniendo en cuenta que se podría argumentar que entender que esta expresión ampara también a otros organismos análogos (como los patronatos de fundaciones o las asambleas generales de asociaciones) sería una interpretación extensiva en contra del reo, prohibida en Derecho penal. Sin embargo, dado que lo que se pretende es sancionar a las personas jurídicas, que las Exposiciones de Motivos de las respectivas Leyes Orgánicas que han tratado esta cuestión no indican que sólo se refiera a sociedades mercantiles y que los delitos por los que se puede imputar a una persona jurídica pueden ser cometidos con independencia de su forma, consideramos que esta interpretación sería discriminatoria, por lo que debe ser descartada. Véase al respecto ROMA VALDÉS, J.A., *Responsabilidad penal*, cit., p.49; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, ADFF 1/2012. Ed. Asociación Española de Fundaciones/La Caixa/Iustel. Madrid/Barcelona, pp. 141 ss.

⁹² Sobre la importancia de la gerencia en la realidad empresarial y su disociación con la figura del máximo órgano de gobierno, ver ROBBINS, S.P. / DECENZO, D.A., *Fundamentos de administración. Conceptos esenciales y aplicaciones*, 6ª ed. Ed. Pearson Prentice Hall. Madrid, 2009, p. 11.

(como, por ejemplo, pagar las nóminas a los trabajadores o las facturas de los proveedores).

El legislador, pues, parece suponer que esta traba pueda ser salvada sin que la organización en su conjunto se vea afectada, cosa con la que discrepamos, puesto que en una microempresa o una empresa pequeña, como lo son la mayoría de las españolas, la figura del “empresario”, en el sentido jurídico-mercantil de la palabra, tiene la máxima responsabilidad en la gestión diaria, por lo que su condena podría llegar a suponer un perjuicio importante para el resto de trabajadores, que, al no haberse condenado a la persona jurídica, no podrían disfrutar de los beneficios que en su caso se llegasen a derivar de la intervención judicial de la organización.

Existe a día de hoy una jurisprudencia escasa pero interesante en relación a este artículo, haciendo mención de otras cuestiones que se suscitan de su aplicabilidad práctica. Así, la STS 221/2016, 16 marzo, FJ 5, matizando el contenido del mismo, indicó que “[s]on, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados”. Citando esta resolución, la SAP Zaragoza 165/2017, 26 mayo, indica que esta separación no es absoluta, puesto que no cabe condenar a una persona jurídica si la persona física miembro de la organización que ha sido acusada de cometer el hecho delictivo en cuestión resulta absuelta. De hecho, este organismo basa su resolución en la STS 154/2016, 29 febrero, FJ 8, que indica que la absolución de una persona jurídica se puede postular en base a una posible absolución de las personas físicas acusadas⁹³.

La jurisprudencia también ha hecho hincapié en otras cuestiones de indudable trascendencia práctica suscitadas por este artículo, si bien de orden más bien

⁹³ Esta última mención debe ser desarrollada con más detalle, puesto que también tiene que ver con el ya expuesto debate sobre si el sistema establecido es de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas o si se trata de un sistema de heterorresponsabilidad. Un sector doctrinal ha considerado que el art. 31 ter CP consagra la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas (distinto de un régimen de responsabilidad objetiva). Según estos postulados, al poderse sancionar a una persona jurídica siempre que se constate la comisión de un hecho delictivo aunque no se haya identificado a la persona física autora se está implantando un régimen de autorresponsabilidad penal para la persona jurídica, puesto que se la sanciona por un hecho propio consistente en la acción u omisión de una o varias personas físicas. Otro sector considera que con la expresión “delito” de este artículo el legislador está haciendo referencia a la constatación de un hecho antijurídico en el contexto de la persona jurídica (dándose todos los elementos que hemos detallado en el epígrafe anterior), pero que la responsabilidad penal independiente de una persona jurídica lo es sólo en apariencia, si relacionamos el contenido de este artículo con el del art. 10 CP; ello sería justificativo de la existencia de un régimen de responsabilidad por atribución a la persona jurídica. Véase al respecto HORMAZABAL MALARÉE, H., “Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa”, en *LH-Bajo*, cit., p. 193.

procesal, por lo que serán expuestas en otro apartado y únicamente las mencionaremos a título enunciativo al exceder del objeto de la presente investigación. Además de otras consideraciones, como la de si concurre o no un supuesto litisconsorcio pasivo necesario, la principal problemática práctica reside en los conflictos de interés que pueden surgir a nivel procesal entre la persona jurídica y la persona física acusada, particularmente en los casos en los que sea un directivo o administrador de la primera⁹⁴.

En conclusión, tras este breve repaso podemos ver cómo esta supuesta separación de responsabilidades no está exenta de problemas que, en la práctica, no han encontrado una solución satisfactoria. A nivel de la adecuación de esta regulación a la realidad empresarial, los conflictos de intereses a nivel procesal sin duda se seguirán dando, tal como ha venido sucediendo hasta ahora. La figura del defensor judicial nos parece acertada en este contexto, si bien su nombramiento debería venir dado de oficio por el juez en cualquier caso (de modo similar a lo que sucede, por ejemplo, con los administradores concursales), puesto que un nombramiento por parte de las mismas personas físicas acusadas mantendría la situación de conflicto de interés.

Por otro lado, la problemática a nivel de gestión empresarial que generaría imputación de un delito a la persona física pero no a la jurídica únicamente se podría solucionar con un sistema de poderes notariales suficiente. En el caso de que sobre dicha persona física se decretase una medida cautelar de prisión provisional, en un caso extremo el Notario podría ir a la prisión a llevar a cabo los trámites necesarios, y en caso de condena definitiva, se podrían hacer los poderes en el tiempo que el organismo juzgador otorgase al reo antes de su internamiento.

2.2.3. Breve excursus acerca de la antijuridicidad de un delito por el que se pueda perseguir penalmente a una persona jurídica

Para finalizar este apartado, debemos hacer mención, a efectos de dejarla anotada (y sin perjuicio de un posterior desarrollo), de la cuestión de la antijuridicidad en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En un principio, este comentario debería ser breve, puesto que, simplemente, el CP no recoge ninguna causa de

⁹⁴ Sobre todo, SSTS 455/2017, 21 junio, FJ 1, y 668/2017, 11 octubre, FJ 1. Esta cuestión se planteó por primera vez en la STS 154/2016, FJ 8, y sugirió la solución, acudiendo al Derecho comparado, de nombrar a un defensor judicial de la persona jurídica, una figura colegiada con entidad propia compuesta por personas independientes. Más adelante, también surgió este mismo problema en la STS 221/2016, 16 marzo, FJ 5, en la que el TS indicó que había dos sujetos imputados (persona física, por un lado, y persona jurídica, por otro), y que, teniendo ambos idénticos derechos procesales, no podía vaciarse el derecho a la defensa en los términos que considerase más adecuados a sus intereses de uno en beneficio del otro.

justificación para éstas, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas. No obstante, una comparativa con el Derecho administrativo puede aportar alguna idea al respecto.

En este sentido, es obligatorio citar a BAJO FERNÁNDEZ, quien compara las sanciones administrativas con las penales partiendo de una triple base: “1) *la sanción administrativa es esencialmente idéntica a la pena del Código penal*, 2) *rige en el Derecho administrativo sancionador el principio de tipicidad y el de culpabilidad al igual que el resto de principios de un Derecho penal moderno de corte liberal y, en consecuencia*, 3) *queda erradicada la responsabilidad objetiva*”⁹⁵. Este autor se pregunta si tiene sentido atribuir a la persona jurídica conocimiento de la norma, dolo, conciencia del deber jurídico o ánimo de contrariar el Derecho, tal como hace el TEAC, a lo que responde que la doctrina penal mayoritaria, así como la Fiscalía General del Estado, se inclinan por una respuesta negativa, puesto que se considera que la persona jurídica responde por atribución producida por un “hecho de conexión”, cual es el de obrar en nombre y representación de la persona jurídica, y en su beneficio. Por tanto, BAJO señala que la acción de la persona física sería la condición objetiva de punibilidad de la persona jurídica⁹⁶.

En esta línea, como ejemplo, SÁNCHEZ ROBERT estudia la aplicabilidad del estado de necesidad en una persona jurídica, centrándose en el caso de los delitos urbanísticos. Esta autora considera que el carácter lucrativo que guía la acción delictiva en una persona jurídica no hace observable el estado de necesidad; además, citando a CARBONELL MATEU, la misma opina que “*el Estado no puede apoyar una producción salvaje, de manera que primen en abstracto y con carácter ex ante los intereses económicos a los medioambientales*”⁹⁷.

Otro punto de vista, más genérico, lo aporta DANNECKER, quien sugiere, con cita de la doctrina alemana, que un hecho injusto imputable a una persona jurídica no depende únicamente de su capacidad de actuación (de hecho, ni siquiera requiere una actuación en sí misma), sino que puede ser ocasionado por un sistema que resulte, directa o indirectamente, perjudicial para terceros. En su opinión, el principal elemento es el hecho de haber causado un resultado antijurídico, lo que implica que no siempre es necesario fundamentar la capacidad de actuación “*en la imputación de un*

⁹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., “¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el art. 179 LGT”, ADPCP 2011 (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 8 de diciembre de 2018), pp. 13 ss.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ SÁNCHEZ ROBERT, M.J., “La persona jurídica en los delitos del art. 319 del Código Penal”, Anales de Derecho, n° 30 (2012) (en línea, <https://revistas.um.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018), pp. 12 ss.

*comportamiento de las personas que actúan como agentes de la[s] empresas”*⁹⁸. En opinión de este autor, la responsabilidad también debería estar basada en una deficiencia del sistema por la que éste careciese de una cultura de cumplimiento normativo que, a su vez, favoreciese la producción de un resultado antijurídico.⁹⁹

Por su parte, URRAZA ABAD propone que, si bien el hecho de conexión referido es el que, a ojos de la doctrina mayoritaria, fundamenta la antijuridicidad (basándola en el defecto organizativo), el respecto a las garantías propias del Derecho penal supone la exigencia a la persona jurídica de un mayor desvalor, atribuible a la misma, que justifique ir más allá del reproche dirigido a su representante legal, añadiendo que *“la participación en el hecho, -presupuesto inevitable del reproche de antijuridicidad material implícito en todo delito-, exige acreditar una participación activa o por omisión de la propia estructura societaria”*¹⁰⁰.

En opinión propia, la vinculación de la antijuridicidad del acto de una persona física con la responsabilidad penal de una persona jurídica no resulta correcta, dado que el art. 31 ter CP indica, sin ambages, que la responsabilidad penal de la entidad será exigible cuando se constate que se ha cometido un delito por el que pueda responder por parte de alguna de las personas que se han visto, a pesar de que éstas no hayan quedado identificadas o individualizadas. Por tanto, ante esa falta de individualización de la persona física, es imposible que conozcamos todas las circunstancias de la acción cometida y, en consecuencia, que podamos saber si realmente es o no un acto antijurídico. De hecho, si volvemos con el ejemplo del estado de necesidad, éste puede ser de aplicación a una persona física que haya cometido un determinado hecho delictivo en beneficio de la persona jurídica de la que forma parte, y actuando en su nombre y representación, pero no aplicará a la persona jurídica, dado que el CP no sólo no lo prevé, sino que, ex art. 31 ter CP, se trata de cosas separadas. En consecuencia, este supuesto “elemento de conexión” nos parece insuficiente.

Opinamos que un hipotético juicio de antijuridicidad siempre debería basarse en las circunstancias que, objetivamente, se prevean en el CP (tal como sucede con las

⁹⁸ DANNECKER, G., “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las persona jurídicas”, RP, nº 7 (2001) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018), p. 47.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ URRAZA ABAD, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una propuesta de interpretación del nuevo art. 31 bis”, *Res Publica, Portal Jurídico Vasco*, citado por GONZÁLEZ SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Granada (2012) (en línea, <https://hera.ugr.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018), p. 259.

personas físicas). En caso contrario, entraríamos en el terreno de la inseguridad jurídica. No obstante, al no contener nuestro CP esta previsión, ponemos en duda que sea pertinente hablar de antijuridicidad para una persona jurídica. En el Capítulo IV se retomará y se matizará esta cuestión, proponiendo, de *lege ferenda*, algunas posibles soluciones.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE UN PCN Y SU ADECUACIÓN A UNA EMPRESA¹⁰¹

2.3.1. Concepto de Programa de Cumplimiento Normativo (PCN)

Ya se ha indicado la importancia de los llamados “PCN”¹⁰², por lo que procede entrar a analizarlos con más detenimiento. La actual redacción del CP ha suprimido la imprecisa referencia al “control debido” y la ha modificado por “los deberes de supervisión, vigilancia y control”. En opinión propia, la nueva expresión conserva la vaguedad de la anterior, si bien la praxis muestra cómo lo que en realidad se pretende imponer es la obligatoriedad de adoptar un sistema de supervisión que permita controlar la actividad de los trabajadores (y de sus superiores jerárquicos), generalmente en base a protocolos escritos e indicaciones de comportamiento¹⁰³. Esta interpretación encuentra un refuerzo importante en el apartado 2 del art. 31 bis CP, que establece cuál es la única circunstancia que se puede aplicar a una persona jurídica a efectos de que no sea sancionada penalmente, es decir, los llamados “PCN”, o “Modelos de Organización y

¹⁰¹ Recuérdese que, como se ha visto en el Capítulo I de la presente investigación, una microempresa es aquella que cuenta con menos de diez trabajadores; una pequeña empresa, con entre diez y cuarenta y nueve; una mediana, con entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve; una grande, más de doscientos cincuenta trabajadores.

¹⁰² Téngase en cuenta el concepto que da la STS 136/2018, 28 junio, FJ 8, que considera un Programa de Cumplimiento Normativo como un instrumento idóneo para evitar la comisión de delitos en el contexto de la persona jurídica por ser un “...conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados”.

¹⁰³ En la práctica, se considera que uno de los documentos más importantes, que sirve como base de los Programas de Cumplimiento Normativo, es el Código de Conducta, del que, a pesar de no tener un contenido estrictamente jurídico (al menos, no en su totalidad), la doctrina destaca su gran importancia para la gestión de las directrices éticas y de buen comportamiento que ha expresado una entidad [NAVAS MONDACA, I., “Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., p. 112]. No obstante, téngase en cuenta que puede existir todo un sistema de cumplimiento en una organización que carezca de código ético, o que tenga uno pero que no sea suficientemente conocido por sus miembros, lo que nuestra experiencia nos muestra que sucede en varios casos.

Gestión de Riesgos Penales” (entre otros muchos nombres que los diferentes despachos de abogados y empresas utilizan).

Como hemos mencionado anteriormente, la reforma de 2015 ha mantenido la separación entre responsabilidad penal de la persona física ejecutora del acto delictivo y la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que nos lleva a una primera conclusión importante sobre estos Programas: su implantación en una organización no exime de responsabilidad penal a los administradores ni a ningún miembro del personal, sino únicamente a la persona jurídica en sí (en tanto que el apartado segundo del art. 31 bis CP, como se acaba de ver, indica literalmente que “*la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad*” si se cumplen las condiciones que se enuncian, no haciéndose referencia a las personas físicas)¹⁰⁴. Ello no obstante, su importancia es más que notable.

Así, la doctrina mayoritaria¹⁰⁵ indica que el Código Penal no obliga, en sentido estricto, a tener un programa de prevención de delitos *ad hoc* implantado en la empresa, si bien el hecho de no tenerlo podrá motivar una imputación penal para la persona jurídica mucho más clara, y podrá dar lugar a las responsabilidades societarias correspondientes para los directivos y administradores de las personas jurídicas que lo hubieran debido adoptar¹⁰⁶. De hecho, DE LA MATA BARRANCO opina que si se ha implementado un PCN en el seno de una persona jurídica, de tal manera que se permita detectar y

¹⁰⁴ Ver *infra* el subepígrafe sobre la figura del *Compliance Officer*, en el que se matiza esta afirmación. Como se verá, un sector doctrinal sugiere que este organismo pueda tener la posición de garante, ya sea originaria o por delegación del máximo órgano de gobierno, lo que podría eximir a éste de una parte de su responsabilidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 31 CP.

¹⁰⁵ Ver, por todos, VEGAS AGUILAR, J.C. *et al.*, “Los Programas de Prevención del Delito para las Personas Jurídicas a raíz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P.”, Diario La Ley, n° 8664 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

¹⁰⁶ A modo de apunte, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal que cristalizó en la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, incluía un art. 286 sexties que tipificaba el hecho de que una persona jurídica no contara con un Programa de Cumplimiento Normativo. Sin embargo, este delito proyectado fue eliminado de la redacción final de la norma. En opinión propia, fue un acierto no incluir este artículo, puesto que en aquel momento ninguna empresa conocía qué era el *Compliance*, por lo que en los escasos tres meses que se dieron de *vacatio legis* muy pocas hubieran tenido tiempo de implantar uno correctamente; de hecho, aun considerando como fecha de “inicio” el 4 de octubre de 2013, día en el que se publicó en el diario Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal que cristalizaría en L.O. 1/2015, de 30 de marzo, nos sigue pareciendo muy poco tiempo, si se tiene en cuenta que, a nivel internacional, en otros países con más tradición en este ámbito no siempre es habitual que se cuente con las estructuras y controles adecuados en todos los casos. Véase al respecto LOUGHMAN, B.P. / SIBERY, R.A., *Bribery and Corruption. Navigating the global risks*. Ed. John Wiley and sons. Hoboken (New Jersey), 2011, p. 53.

reaccionar ante un posible incumplimiento de la normativa penal de forma efectiva, esta persona jurídica debería permanecer a salvo de posibles imputaciones¹⁰⁷.

En este sentido, estos PCN configuran un conjunto sistemático de esfuerzos llevados a cabo por los integrantes de una organización, y que desde una óptica empresarial son un ejemplo de los sistemas de calidad que despliegan sus efectos en la actividad corporativa; por este motivo, contienen los aspectos sobre la estructura organizativa, la distribución de responsabilidades y los procedimientos y recursos con los que cuenta una empresa para garantizar la calidad de su dirección¹⁰⁸.

De hecho, nos mostramos de acuerdo con GÓMEZ-JARA DÍEZ cuando opina que la importancia de un PCN viene dada por dos cuestiones: primero, que la Sociología empresarial ha indicado que la cultura de incumplimiento de la legalidad pone en duda la vigencia de las normas en el entorno social; segundo, que dada la importancia de las empresas en nuestro modelo social, éstas han adquirido un determinado estatus relacionado con el concepto de “*Corporate Citizenship*” que tiene efectos tanto a nivel de la responsabilidad penal de sus máximos dirigentes como de la propia persona jurídica¹⁰⁹.

Volviendo a la Circular de la Fiscalía 1/2016, respecto de los PCN se indica que, dada la mencionada referencia del art. 31 bis CP a los “deberes de supervisión y control” a las personas físicas responsables (que no a la propia persona jurídica), estos Programas “*ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla*”¹¹⁰. Sin embargo, el Ministerio Fiscal opina que la intención del CP es que los “modelos de organización y gestión” de riesgos penales sirvan como eximentes a las personas

¹⁰⁷ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos”, en CORTÉS BECHIARELLI, E. / DE LA MATA BARRANCO, N.J. / JUANES PECES, Á. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Ed. Francis Lefevre. Madrid, 2015, pp. 500 ss.

¹⁰⁸ ARTAZA VARELA, O. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal.”, PC, n°16 (vol. VIII) (2013) (en línea, <http://www.scielo.cl/>, consultada el 7 de junio de 2017).

¹⁰⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proceso penal”, Diario La Ley, n° 7534 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.com>, consultado el 29 de octubre de 2017).

¹¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 61.

jurídicas, si cumplen con las condiciones del apartado 5 del art. 31 bis CP, al que nos referiremos más adelante.

Los PCN tienen como objeto principal el de promover una cultura de ética empresarial, mediante el cumplimiento de la legalidad; la evitación de una posible responsabilidad penal debería ser, pues, una consecuencia y no una finalidad¹¹¹. Y si bien la STS 154/2016 da una importancia capital a esta cultura, no hay que olvidar que estos Programas no son, ni pueden ser, una suerte de “seguro” contra riesgos penales¹¹². No obstante, la Fiscalía General del Estado los califica de eximente, en caso de estar hechos correctamente, tanto por lo que se refiere a las conductas de los administradores y directivos como a las de los empleados. Tal como indica la Circular 1/2016, se diseña un “doble régimen de exención, sustancialmente idéntico pero con algunos matices que dibujan un marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados¹¹³”. De hecho, esta Circular recalca que la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas es la que viene indicada en la condición 3ª del apartado 2, únicamente predicable para los delitos cometidos por los administradores y directivos de la organización. La Fiscalía considera que el hecho de que esta condición no se contemple para los subordinados permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos en los que éstos sean los

¹¹¹ En este sentido, ver COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., p. 56.

¹¹² En este sentido, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., pp. 39 s.

¹¹³ En opinión propia, encontramos lógico que un PCN funcione como eximente más fácilmente para las conductas de los subordinados que para las de los administradores. Teniendo en cuenta que la Fiscalía defiende un modelo de heterorresponsabilidad, no hay que olvidar que el comportamiento de los empleados de una empresa responde a su libre albedrío, por más que la organización se esfuerce en prevenir la materialización de los riesgos penales. Los administradores, por otro lado, tienen una vinculación con la organización diferente a la de los trabajadores, mucho más directa dada la parcela de control que tienen sobre ella. Por ello, teniendo en cuenta que, en la práctica, será el administrador quien decida implantar todo el sistema de prevención de delitos (es decir, antes de diseñar el puesto de trabajo del *Compliance Officer* o de asumir o delegar en alguien sus funciones), su identificación con las actividades corporativas es mucho mayor, por lo que es comprensible que se le exija más a un Programa de Cumplimiento Normativo para que sirva como eximente a una conducta delictiva por la que se pueda imputar a una persona jurídica, cometida en su seno y para su beneficio por parte de un administrador. De hecho, el art. 31 bis CP sugiere que si el autor material del delito es un trabajador la eximente podrá venir dada por la mera tenencia de un Modelo adecuado, mientras que si el autor es un directivo o administrador se necesitará cumplir con todos los requisitos del apartado segundo del mismo. Ver al respecto RAYÓN BALLESTEROS, M.C., “Las responsabilidades penales de la empresa y el *Compliance program*: especial referencia a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal”, en CHOZAS ALONSO, J.M. (Coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal. Conforme a las recientes reformas legislativas: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de código Penal; Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECRIM y la LOPJ*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015, p. 409-412.

autores materiales del delito simplemente acreditando que su PCN es adecuado, sin necesidad de probar que la actuación de dicho subordinado infractor había sido fraudulenta.

Finalmente, el Ministerio Fiscal, con razón, entiende que no hay razones para diferenciar entre los PCN exigibles a ambas categorías, sino que en ambos casos deberán ser “idóneos” o “adecuados” y cumplir los requisitos mínimos de contenido del apartado 5 del art. 31 bis CP. Habrán de ser eficaces, claros, concisos y, en todo caso, escritos. Es condición necesaria que estos PCN se hagan “a medida” de la persona jurídica en la que se implantarán, y deberán contemplar y contribuir a evitar sus riesgos penales específicos. Por otro lado, estos instrumentos devendrían ineficaces si la organización simplemente se limitara a copiar otros similares. Esto genera importantes dudas sobre la idoneidad del modelo que se adopte¹¹⁴, así como sobre el compromiso de la organización con la prevención de conductas que constituyan un delito¹¹⁵.

2.3.2. Contenido de un PCN

a) Cuestiones generales

En este contexto, procede hacer referencia a cuál ha de ser el contenido de un PCN. Si bien la regulación dada por la L.O. 5/2010, ya comentada, guardaba silencio al respecto, el actual apartado 5 del art. 31 bis CP indica que estos programas deberán cumplir los siguientes requisitos: identificar las posibles actividades constitutivas de delito, lo que implica llevar a cabo un análisis de los riesgos penales dentro de la actividad concreta

¹¹⁴ Eso sí, no hay que perder de vista que un PCN es sólo un instrumento que evidencia esa cultura, pero ni es el único posible ni su ausencia implica necesariamente una sanción, como ya se ha visto. Como ejemplo, tenemos el AAP Navarra 91/2016, 22 marzo, en el que se determina la no imputación de un determinado club de fútbol en un procedimiento penal dirigido contra él y contra sus directivos por “amañar” el resultado de un partido. Este Auto confirmaba el anterior Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona, de 27 de enero del mismo año, en el que se resolvía la no imputación de dicho club por ese delito puesto que, si bien no tenía implantado ningún PCN, sí contaba con otros instrumentos y protocolos en principio suficientes para evitar ese tipo de situaciones. Para llegar a esta conclusión, el FJ 6 del Auto 91/2016 referido indica que en el art. 31 bis CP no describe qué debe entenderse por medidas de control, ni tampoco existe ninguna normativa de rango inferior que determine cuáles son las que en su caso hubieran sido exigibles. Por tanto, habiendo medidas ciertas que evidencien la cultura de cumplimiento de la organización, y teniendo en cuenta que ese delito se configura como un caso aislado fruto de la actuación de algunos directivos (no todos), no procedía “investigar” al club de fútbol por este delito.

No obstante, el Auto precedente, que comparte este punto de vista, fue criticado por un sector de la doctrina. Véase al respecto GOENA VIVES, B., “Comentario al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona sobre el «caso Osasuna». Perspectivas a partir de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre el procesamiento penal a personas jurídicas”, Diario La Ley, nº 8701 (2016) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

¹¹⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit. p. 43.

de la persona jurídica; establecer protocolos o procedimientos para tomar decisiones y poderlas ejecutar; disponer de los recursos financieros adecuados; informar de los riesgos en los que se puede incurrir y los posibles incumplimientos de la normativa que se pueden llevar a cabo; establecer un sistema disciplinario adecuado, con los instrumentos necesarios para garantizar el cumplimiento del mismo, y, por último, verificar periódicamente los controles.

A nuestro modo de ver, esta regulación, al ser la única de la que se dispone¹¹⁶, resulta extremadamente parca e imprecisa¹¹⁷, dando pie a una multiplicidad de formas y contenidos diferentes para un PCN, cuya eficacia e idoneidad deberá ser analizada caso por caso. No es de extrañar, por tanto, que la doctrina haya hecho distintas propuestas sobre su contenido. Por citar un ejemplo que consideramos acertado, BERMEJO / PALERMO sugieren que, si bien cada Programa ha de ser diferente en cada una de las empresas en las que se implante, hay una serie de elementos comunes a todos, que serían la gestión del riesgo (lo que conllevaría un análisis del mismo), los códigos de conducta, la identificación de líneas de responsabilidad, el sistema de información para la detección de incumplimientos, los medios de control y evaluación del programa (tanto internos como externos) y las medidas internas de sanción¹¹⁸.

En general, el contenido de un PCN no deja de identificarse con el difuso concepto de “debido control” al que hemos hecho referencia antes. En este sentido, NIETO MARTÍN indica que los Programas deben incluir no sólo referencias a normativa pública, sino también a la normativa interna de la organización, puesto que se dirigen a la conservación del buen funcionamiento de la entidad y, en general, la prevención de infracciones¹¹⁹.

¹¹⁶ Si bien el CP únicamente da estas directrices elementales, en la práctica se suelen complementar con otras “normas” no jurídicas, como por ejemplo las normas COSO (en especial la número III), la ISO 19600 o la UNE 19601, entre otras. No obstante, en su mayoría estas “normas” están más enfocadas hacia grandes empresas, por lo que su adecuación real a la economía española, si bien es posible, requiere de interpretaciones y adaptaciones caso por caso. Véase CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Ed. Aranzadi, 2017, p. 59.

¹¹⁷ En contra, BERNAOLA LORENZO, A. / GOENA VIVES, B., “Responsabilidad de la persona jurídica. La carga de la prueba en los procesos contra personas jurídicas” (2016) (en línea, <https://www.economistjurist.es/>, consultada el 1 de mayo de 2020).

¹¹⁸ BERMEJO, M. / PALERMO, O., “La intervención delictiva del *Compliance Officer*”, en KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2013, pp. 171 ss.

¹¹⁹ Ponencia de NIETO MARTÍN, A. en el seminario *Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, relatada por SALVÓ, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (seminario realizado en la Universitat Autònoma de Barcelona el día 8 de junio

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, que también comparte la opinión sobre la pobreza de la regulación del art. 31 bis.5 CP¹²⁰, indica que la intención de su Circular 1/2016 no es la de determinar el contenido de estos documentos. Sin embargo, sí da algunas claves interpretativas. De este modo, la Fiscalía indica que los PCN deberán ser aptos para identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de las actividades de la empresa. Para ello, el Ministerio Fiscal propone un análisis que identifique y evalúe el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones. Otro aspecto que tiene en cuenta es que los procedimientos que estos programas observen y garanticen unos estándares éticos elevados, particularmente en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración, rechazando a quienes tengan unos antecedentes que les hagan parecer “no idóneos”¹²¹.

La Fiscalía también incide en que un PCN, además de tener eficacia preventiva, debe posibilitar la detección de conductas criminales, siendo uno de sus elementos fundamentales la creación de unos canales de denuncia internos. Entra aquí en juego la figura de la persona que denuncia un hecho potencialmente ilícito o, al menos, contrario a la normativa interna de las empresas (que en la nomenclatura anglosajona es el llamado “*whistleblower*”). Respecto de ella, GÓMEZ MARTÍN indica que las empresas pueden preferir potenciar estos canales de denuncia internos y depurar responsabilidades “*de puertas adentro*” en aras de evitar el daño reputacional que supondría que las Autoridades tuvieran conocimiento del hecho delictivo¹²². Más adelante volveremos sobre esta figura.

Asimismo, el sistema disciplinario interno al que se refiere el CP en el artículo citado también debe tener cabida en el PCN. En este sentido, la Fiscalía afirma que no todos los incumplimientos normativos revisten carácter de delito, sino únicamente aquellos

de 2012), en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 53 ss., en especial p. 59.

¹²⁰ A pesar de ello, considera que esta imprecisión es necesaria, al considerar que un desarrollo más completo competiría a normas propias otras ramas del Ordenamiento.

¹²¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 41.

¹²² GÓMEZ MARTÍN, V., “*Compliance y Derechos de los Trabajadores*”, en KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.) *Compliance y teoría*, cit., pp. 125 ss.

que sean más graves. En cuanto a esto, en opinión personal, además de la gravedad debería tenerse en cuenta la falta de adecuación social del hecho¹²³.

Finalmente, esta Circular del Ministerio Fiscal recuerda que los PCN deberán ser revisados periódicamente, aunque la realidad es que ni el CP, ni la jurisprudencia ni la propia Fiscalía indican cada cuánto tiempo ha de ser esta revisión¹²⁴. Como mucho, esta Circular sugiere que *“el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo”*¹²⁵. En cuanto a esto, hay que tener en cuenta que, a pesar del carácter de “Constitución negativa” que el Legislador de 1995 dio al CP, éste ha tenido, hasta la fecha, 30 modificaciones desde su publicación en el B.O.E. el 23 de noviembre de 1995 (si bien sólo dos han tenido afectación en materia de los PCN). Por tanto, ante esta extrema alterabilidad, no es de extrañar que un PCN necesite una actualización, como mínimo, con carácter anual. Sin embargo, y dado que cada organización tiene sus propias características y se mueve en su propio contexto, lo cierto que dicho Programa se deberá modificar cuando se necesite, ya sea porque se haya cometido un delito que no estaba previsto, porque se han detectado nuevos riesgos penales o porque haya habido algún cambio de suficiente entidad en la persona jurídica que requiera una plasmación en el PCN¹²⁶.

¹²³ Vamos a suponer, por ejemplo, un delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP) en el que una determinada empresa, por medio de sus representantes comerciales, hace un regalo a otra empresa cliente. No es lo mismo que el regalo consista en un objeto de pequeña cuantía (por ejemplo, un bolígrafo o un reloj de mesa, ambos de gama media) que en un regalo de precio más elevado (como algún viaje de lujo o similares, por ejemplo), y tampoco es lo mismo que el regalo se ofrezca en un momento cualquiera del año que si se ofrece, por ejemplo, en Navidad u otra fecha señalada. Además de ser extremadamente habitual, en opinión propia resulta socialmente adecuado hacerle un regalo de Navidad “simbólico” a un cliente, y habría que diferenciar este caso del “soborno” que se pretenda hacer para obtener beneficios comerciales (si bien a nadie escapa que un regalo de Navidad probablemente también implicará dicho beneficio). Hay que distinguir entre una política de marketing “agresiva” y una práctica delictiva, y se habrían de tener en cuenta los usos y costumbres del sector como parámetros para determinar cuál es, aproximadamente, la cuantía razonable de un “regalo” a un cliente para considerarlo como un delito. Véase al respecto, coincidente con esta idea, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, REPC, nº 37 (2017) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 31 de octubre de 2017), en especial pp. 287 ss.

¹²⁴ A modo de referencia indicativa, si bien no se trata de una norma jurídica en sentido estricto, la norma UNE 19601 sugiere que las revisiones deben ser anuales. Sin embargo, discrepamos de este criterio, dado que, en opinión propia, no puede establecerse un criterio genérico para cualquier tipo de persona jurídica, sino que se deberá ir caso por caso analizando la conveniencia, según los riesgos detectados, de una actualización con una periodicidad mayor o menor. Un año, según la realidad empresarial española, puede ser válido en algunos casos, pero en otros nos parece claramente excesivo.

¹²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 45.

¹²⁶ En este sentido, desde un punto de vista internacional, BIEGELMAN, M.T., *Building a World-Class Compliance Program. Best practices and strategies for success*. Ed. John Wiley and Sons, Ltd. Hoboken, 2008, p. 203.

Además, cabe tener en cuenta que todo lo dicho anteriormente resulta de aplicación a cualquier persona jurídica con absoluta independencia de su tamaño o del tipo de organización de que se trate. Esto es así a día de hoy porque, si bien el Ministerio Fiscal entiende que las empresas que según la legislación estén autorizadas a presentar la Cuenta de Pérdidas y Ganancias abreviada podrán adaptar a su dimensión los requisitos formales de un PCN, en ningún documento se indica cómo se deberá proceder a dicha adaptación. Bien es verdad que el apartado 3 del art. 31 bis CP entiende que, en estas empresas, las funciones del *Compliance Officer* podrán ser ejecutadas directamente por el órgano de administración, pero en fecha actual no hay norma alguna ni recomendación que indiquen cómo adaptar un PCN a una PYME.

Sin embargo, y a pesar de todo lo dicho hasta ahora, en la práctica debe tenerse en cuenta un matiz: a día de hoy, las empresas españolas no tienen arraigada la “cultura de *Compliance*”¹²⁷, es decir, que la mayoría o bien desconocen lo que es o bien no consideran necesario implantar uno porque consideran que su actuación es, en general, adecuada a la legislación vigente¹²⁸. La inversión extranjera, que como hemos visto es creciente, es un factor que, suponemos, hará que esta percepción cambie progresivamente, si bien en la actualidad las personas jurídicas que implantan un

¹²⁷ En cuanto a esta cuestión, un sector de la doctrina entiende que es el fundamento de la culpabilidad de una persona jurídica, si bien existe un debate acerca de por qué. Así mientras algunos defienden que el fundamento de la culpabilidad es una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad (por ejemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, En letra. Derecho penal, nº2 (2016) (en línea, <https://www.enletrapenal.com/>, consultada el 24 de septiembre de 2017), p. 44; por otro lado, otro sector doctrinal entiende que la fundamentación de la culpabilidad es la falta de cultura cumplimiento de legalidad (por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2011, pp. 65 ss.

¹²⁸ Esta reflexión no es, ni mucho menos, propia de la actualidad. Téngase en cuenta que un estudio llevado a cabo por el INSTITUTO MAX PLANCK afirmó que el 80% de los delitos socioeconómicos son cometidos en el contexto de una persona jurídica o bajo su amparo. En este sentido, GARCÍA ARAN, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en FARALDO CABANA, P. / VALEIJE ÁLVAREZ, I. (Coords.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*. Ed. Universidade da Coruña. A Coruña, 1998, p. 45.

Más actualmente, y sólo a modo de ejemplo, podemos citar el informe que elaboró la agencia de evaluación empresarial CRIF RATINGS *Gobierno corporativo español: largo camino por recorrer* (en línea, <https://es.slideshare.net/>, consultado el 25 de abril de 2020), en el que se hace un análisis de las sociedades cotizadas de España y se concluye que, en el global de los casos, estas empresas no cumplen con las “*mejores prácticas de gobierno corporativo generalmente aceptadas*”. A pesar de ser normas de *lege ferenda*, su incumplimiento denota, cuanto menos, el desdén empresarial por mostrar un comportamiento acorde a la normativa.

Otro ejemplo, mucho más general, lo vemos en el hecho de que sólo un 9% de las empresas españolas cuenten con un Programa de Cumplimiento Normativo, tal como resalta el informe elaborado por la firma GRANT THORNTON, *Hacia sistemas de cumplimiento normativo avanzados* (<https://www.granthornton.es/>, consultada el 26 de abril de 2020), p. 6.

Programa de Cumplimiento en su seno principalmente lo hacen por imagen o porque lo asemejan (erróneamente) a un seguro¹²⁹.

Además, los PCN se perciben, en varios sectores, como un gasto innecesario pensado únicamente para las grandes empresas¹³⁰. Este último punto, no obstante, no es cierto, puesto que, salvo las que indica el art. 31 quinqués CP, cualquier organización con personalidad jurídica propia, sea o no de naturaleza empresarial, puede estar sujeta a responsabilidad penal. Un análisis de riesgos penales en una microempresa o en una empresa pequeña, por ejemplo, será más sencillo que en una empresa más grande porque las estructuras serán menores, la organización interna será más simple, se llevarán a cabo menos funciones, etc. Pero eso no implica que desaparezcan los riesgos o que la responsabilidad sea menor (de hecho, tal como se verá, la multa puede ser por cuotas o proporcional, y no siempre se tiene en cuenta la capacidad de pago de la entidad)¹³¹. Sin embargo, en opinión propia, aún deben pasar varios años para que los PCN se perciban como un elemento “necesario” en una organización, en igualdad de consideración que otros como, por ejemplo, la protección de riesgos laborales.

b) Normas de *soft law*

Otro punto de vista que hemos de tener en cuenta en lo concerniente al contenido de los PCN, y dado el carácter práctico que se pretende dar a esta investigación, es el que encontramos en dos normas de *soft law* que, en la práctica, revisten de gran importancia a efectos de determinar el contenido de los mismos: la norma ISO 19600:2014, de 5 de

¹²⁹ Esta opinión está directamente extraída de la experiencia personal de quien escribe. Bien es verdad que algunas empresas, sin importar su tamaño, sí desean implantar un PCN por pretender garantizar una gestión adecuada a la normativa jurídico-penal, pero son una minoría. Distinto es el caso de las filiales españolas de compañías multinacionales, que puede ser que también quieran implantar un Modelo por imposición de sus respectivas matrices, dándose el caso que dichas matrices así lo requieran por adecuarse a la normativa española.

¹³⁰ Un reflejo claro de esta opinión lo encontramos en la multitud de pronunciamientos que ha habido tratando de desvirtuarla. Por citar algunos ejemplos, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “Programas de 'compliance' y los malentendidos” (2007), (en línea, <https://www.expansion.com/>, consultada el 1 de mayo de 2020), constata que “[u]n buen programa de cumplimiento nunca es un gasto adicional que se soporta ante la eventualidad de que la organización pueda ser penalmente responsable”. En sentido similar, MAGRO SERVET, V., “¿Debo proteger mi empresa con un Compliance? ¿Gasto o Beneficio?”, ponencia pronunciada en el Coloquio organizado por la World Compliance Association en fecha 10 de noviembre de 2017 (véase <https://blog.uchceu.es/direccion-de-empresas/debo-proteger-empresa-compliance-gasto-beneficio/>, consultada el 9 de mayo de 2020). Igualmente, desde un punto de vista de despacho profesional, véase <https://sotesa.com/que-es-el-compliance-penal-delitos-informaticos-negocio/>, consultada el 11 de agosto de 2020.

¹³¹ En este sentido, véase QUARTERMAN, J.S., *Risk Management Solutions for Sarbanes-Oxley Section 404 IT Compliance*. Ed. Wiley Publishing. Indianapolis, 2015, en especial p. 165. Si bien esta obra no trata específicamente de responsabilidad penal de personas jurídicas, las líneas generales son adaptables a este campo, si lo enfocamos desde el punto de vista de análisis de riesgos.

diciembre¹³², y la norma UNE 19601:2017, de 18 de mayo¹³³. Lo primero que hay que tener claro, por obvio que resulte decirlo, es que ninguna de las dos son normas jurídicas y, por tanto, su cumplimiento no es obligatorio, al menos no en sentido estricto. Sin embargo, ambas nos dan unas pautas útiles a la hora de elaborar un PCN. De hecho, un sector de la doctrina llegó a afirmar que la citada ISO se convertía en una suerte de referencia internacional que acentuaba la importancia de que los organismos directivos de una persona jurídica se comprometan con el cumplimiento normativo en general¹³⁴.

Empecemos con la primera de las dos “normas”, la ISO 19600. Esta “norma” propone un sistema basado en el Círculo (o Ciclo) de Deming, es decir, Planificar, Hacer, Comprobar y Actuar en consecuencia¹³⁵. Según GÓMEZ-JARA DÍEZ, se conjugan en ella tanto los elementos clásicos del análisis de riesgos como la exigencia de que haya una cultura empresarial de cumplimiento normativo¹³⁶. Más adelante se dará una breve explicación sobre la norma ISO 19600, que hace referencia explícita a la “cultura de *Compliance*” de una organización, directamente vinculada con la culpabilidad de una persona jurídica.

Centrándonos en las directrices sobre el contenido en sí de un PCN según la ISO 19600, esta “norma” indica que la política de *Compliance* adoptada debería atender a lo siguiente: adecuarse a la finalidad de una organización, determinar el marco en el que se establecerán las políticas en esta materia e incluir a un comité que se encargue de asegurar que la implantación del sistema es la adecuada y que el comportamiento de los trabajadores es el adecuado¹³⁷. Una vez determinadas las líneas generales y vistos los puntos más potencialmente peligrosos, deben delimitarse las pautas a seguir para

¹³² INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, *International Standard 19600:2014. Compliance Management Systems – Guidelines*. Ed. International Organization for Standardization. Ginebra, 2014.

¹³³ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN, *Norma española UNE 19601. Sistemas de gestión de Compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*. Ed. Asociación Española de Normalización. Madrid, 2017.

¹³⁴ Por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, *LH-Bajo*, cit., pp. 143 ss.

¹³⁵ El Círculo de Deming, llamado así en honor a su autor, Edwards Deming, se basa en la secuencia de *Plan – Do – Check – Act*, por lo que en ocasiones también se lo conoce como “Sistema PDCA”. Véase al respecto, entre otros, VILAR BARRIO, J.F., *Las siete nuevas herramientas para la mejora de la calidad*, 2ª ed. Ed. Fundación Confemetal. Madrid, 1997, pp. 121 ss.

¹³⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, en *LH-Bajo*, cit., p. 143.

¹³⁷ Vemos aquí un paralelismo directo con el CP. Tal como se verá, estas son las funciones básicas del “órgano de supervisión con poderes autónomos” al que se refiere la Ley, esto es, el *Compliance Officer* u organismo análogo.

conseguir los objetivos de cumplimiento necesarios. Para ello, se debe asegurar que el Modelo implantado sea realista, pueda contribuir a prevenir, detectar y reducir efectos indeseados y permita a la organización ir mejorando de manera continua. Es por esto que las acciones a llevar a cabo por la organización han de poder controlar los riesgos de incumplimiento, así como permitir su integración en los Programas cuando se necesite y, sobre todo, deben ser evaluables.

Cuando se tengan definidos estos puntos, se podrá comenzar a elaborar una planificación operativa que permita controlar (lo más posible, se entiende) los riesgos penales. Para ello, la persona jurídica deberá tener claros los objetivos de cada uno de los procesos que establezca, determinar cuáles son los criterios de dichos procesos, implementar un sistema de control de procesos según los mismos, y tener y conservar la documentación que se considere necesaria para asegurar que todo se desarrollará según está planeado. Eso sí, la organización debería tener la flexibilidad suficiente como para hacer frente a situaciones inesperadas, si llegase el caso.

Tras esta implementación del PCN viene la fase de evaluación. Es necesario que se establezca un procedimiento interno de supervisión del mismo que permita a la organización ver los puntos en los que funciona y aquellos en los que falla, y ello a todos los niveles (dada la amplia variedad de sujetos que pueden cometer un delito por los que se imputa a una persona jurídica). Para conseguirlo, se pueden utilizar varios métodos, como por ejemplo informes que se hagan en cada caso sobre incumplimientos puntuales que se detecten, o las cuestiones que hayan podido surgir durante las sesiones de formación que en su caso se impartan.

Por último, el círculo se cierra con la gestión, adecuada al Modelo implementado, de los incumplimientos que se hayan detectado. En este sentido, la organización debería tomar las medidas correctoras que considerase adecuadas, valorar la necesidad de eliminar “de raíz” la causa del problema, comprobar la eficacia de las medidas adoptadas y hacer los cambios en el PCN que se hayan demostrado necesarios.

Por su parte, la norma UNE 19601 también recoge ciertas directrices de contenido de un Modelo¹³⁸. En concreto, los Capítulos 6 y, sobre todo, 8 de la misma señalan algunos principios de contenido que deben estar presentes. En este sentido, esta norma indica que una organización debe planificar, implementar y llevar el control debido sobre los

¹³⁸ En lo sucesivo, CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado*, cit., pp. 77 ss.

procedimientos que resulten necesarios para cumplir las exigencias del Sistema de *Compliance* implantado. Por ello, debe llevar a cabo un primer control que demuestre que los procesos de control ideados e implementados se están desarrollando como es debido, así como los cambios que se han dado en ellos. La propia organización debe identificar cuáles son sus procesos más susceptibles de ser el contexto en el que se pueda cometer un delito. En éstos, se debe analizar el funcionamiento general de los mismos, las relaciones de negocio en las que afecten y las categorías de personal que influyan. Con estos elementos, se debe valorar la naturaleza y el alcance de cada riesgo, implementando procedimientos de control en los casos en los que sea conveniente.

Además, la norma UNE 19601 indica que hay que implantar controles financieros y no financieros (cuestión relacionada con el art. 31 bis.5.3 CP). Estos controles pueden incluir la existencia de una política de segregación de funciones, los circuitos de aprobación necesarios para gestionar los recursos financieros, la implementación de sistemas de control y gestión de riesgos a la hora de emitir información financiera y la realización de auditorías financieras. Por su parte, los controles no financieros son aquellos que se llevan a cabo sobre las compras, las operaciones, la comercialización y otros procesos similares que contribuyan a evitar, detectar o gestionar la comisión de hipotéticos delitos. Estos controles son muy variables, en función de la naturaleza de la actividad que se desarrolle, de su tamaño y de los riesgos penales a los que se exponga.

En términos generales, y en la globalidad de los casos, lo más importante es que la organización implante procedimientos adecuados para prevenir la comisión de delitos, así como para conocer los incumplimientos que en su caso hayan tenido lugar. Sin embargo, en este contexto resulta elocuente la opinión de VILA ESPESO, auditor de Sistemas de *Compliance* según lo dispuesto en la mencionada norma UNE 19601. Este autor considera que, si bien la sistematización de los diferentes procesos es necesaria, la implantación de los mismos no siempre resulta eficiente, puesto que las diferencias entre las pautas de contenido de un Sistema de *Compliance* recogidas en el CP y en la UNE 19601, así como la difícil adaptación a las distintas realidades empresariales de unas y otras, hacen que se generen ineficiencias como consecuencia de los errores e improductividades que se dan por este motivo¹³⁹. Compartimos esta opinión, en base a la propia experiencia práctica: si la implantación de un Sistema de *Compliance* es una

¹³⁹ VILA ESPESO, M.A., *El modelo de Compliance penal de la norma UNE 19601*. Ed. Círculo Rojo. Almería, 2017, pp. 28 ss.

cuestión ardua para la mayoría de organizaciones empresariales (que, tal como hemos visto en el Capítulo I, no suelen superar los 50 trabajadores), muy pocas se plantean la posibilidad de implantar un sistema auditable o completo; de hecho, es habitual que se quiera implementar un sistema simplificado, que no suponga ninguna alteración de los procesos ya establecidos (con independencia, en la práctica, de que sean lícitos o no) y que suponga el menor coste posible, tanto en términos pecuniarios como de tiempo. Por supuesto, este tipo de sistemas no sólo no cumplen los requisitos mínimos establecidos por el CP, sino que resultan directamente inútiles, por no contribuir a la prevención real ni realista de ningún riesgo penal¹⁴⁰. Desafortunadamente, esto es un reflejo más de la falta de cultura de cumplimiento normativo de nuestra sociedad, a la que hemos hecho referencia anteriormente.

Finalmente, en cuanto al contenido de un PCN, la práctica ha revelado que los juristas que han desarrollado los primeros PCN en España, ante la práctica carencia de referencias normativas suficientes, han tenido que acudir a ejemplos de Derecho extranjero, principalmente (aunque no de forma única) al estadounidense y al italiano.

En cuanto al primero, destaca que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo para fomentar el buen gobierno corporativo ante la imposibilidad del Estado de mantener un control absoluto de todas las actividades. Además de algunas leyes específicas, como la *Sarbanes-Oxley Act*¹⁴¹ o la *Dodd-Frank Act*¹⁴², en Estados Unidos de América destacan las *US Sentencing Guidelines for Corporations*, cuyo contenido se centra en los siguientes puntos: aprobar procedimientos para prevenir y detectar una

¹⁴⁰ No obstante, debe tenerse en cuenta que no todo Sistema de *Compliance* simplificado será contrario al CP ni a la UNE 19601, por más que ésta última sugiera la elaboración e implantación de una estructura amplia y compleja, que en opinión propia fue elaborada pensando en grandes empresas multinacionales (a pesar de que existan obras, como la citada de VILA ESPESO, que focalicen la implantación de la UNE 19601 en una PYME). La problemática entre una empresa grande y una pequeña no es tan diferente como a simple vista pudiera parecer: por poner un ejemplo, una gran empresa del sector de la distribución podrá dar una información falsa sobre sus productos, lo que supone una estafa, pero una microempresa dedicada a la instalación de sistemas de calefacción también podrá hacerlo. El Sistema de *Compliance* implantado en la grande será más complejo porque a mayor número de trabajadores, mayores fuentes de riesgo se presentan, pero el riesgo en sí es el mismo en ambos casos. En consecuencia, la microempresa necesitará un Sistema de *Compliance* más simple que la gran empresa. Desafortunadamente, no todas las personas jurídicas, sean o no empresariales, cuentan con los recursos económicos necesarios para implantar un sistema de *Compliance*, por simple que sea, y mucho menos para certificarlo.

¹⁴¹ El objetivo de esta Ley es la protección de los inversores mediante la exigencia a las empresas de que sean financieramente más transparentes. Para una mayor explicación al respecto, véase HARTLEY, R.D., *Corporate Crime*. Ed. ABC-Clio. Santa Bárbara, 2008, pp. 20, 52, 151 ss.

¹⁴² Véase GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A. “El *Criminal Compliance* en la reforma americana de la *Dodd Frank Act*”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 131 ss.

conducta delictiva, la supervisión por parte del máximo órgano de gobierno de la implementación de un PCN, determinar un sistema de actualización permanente del mismo, nombrar a estos efectos de un *Compliance Officer*, promover el conocimiento de la normativa en esta materia por parte de todo el personal (así como el uso de las herramientas que se dispongan al efecto) y establecer medidas disciplinarias para el caso de incumplimientos¹⁴³. Cabe notar la gran semejanza entre estos requisitos de contenido y los indicados en el art. 31 bis CP, singularmente el apartado quinto del mismo¹⁴⁴.

Del mismo modo, junto con estas *Guidelines* coexisten ciertas normas de regulación sectorial, al igual que sucede en España¹⁴⁵, que también dan algunas indicaciones que pueden ser de aplicación a los efectos del contenido de un PCN. Tal es el caso, por ejemplo, de las regulaciones emitidas por la Agencia de Protección del Medioambiente (EPA, por sus siglas en inglés) o el Departamento de Salud y Servicios Humanos, que, a su vez, tomaron de base las propias *Guidelines*¹⁴⁶.

En cuanto al sistema italiano, la responsabilidad penal de las personas jurídicas está regulada en el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio. Si bien nuestro art. 31 bis CP tiene una redacción prácticamente idéntica a esta norma (en particular, los arts. 6 y 7 de la misma), lo primero que llama la atención es que en Italia se regula la responsabilidad de las entidades para las infracciones administrativas derivadas de delitos. En otras palabras, que, si bien son los tribunales penales los encargados de

¹⁴³ RAKOFF, J.S. / SACK, J.S., *Corporate Sentencing Guidelines. Compliance and Mitigation*. Ed. Law Journal Press. Nueva York, 2005, pp. 25-27. Asimismo, véase también la tesis doctoral de GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A., *La concreción del castigo*, tesis doctoral defendida en la Universitat Abat Oliba CEU (2017) (en línea, <https://tdx.cat/>, consultada el 29 de julio de 2019), p. 371. Este autor define las mencionadas *Guidelines* como un documento que propone reglas para un marco punitivo y que tienen como objetivo principal evitar una posible arbitrariedad punitiva para personas jurídicas. En el Capítulo IV de la presente investigación trataremos con algo más de detalle, y en su contexto, este documento.

¹⁴⁴ En un sentido similar, aunque en referencia al Proyecto de Reforma de Código Penal de 2008, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Ed. Iustel. Madrid, 2008, en especial pp. 178 ss., en las que este autor comenta algunos aspectos de las *Guidelines* estadounidenses, y 231-240, en las que, además, relaciona su contenido con el de un hipotético Programa de Cumplimiento Normativo, complementándolo con referencias al derecho italiano.

¹⁴⁵ RAYÓN BALLESTEROS, M.C., “La responsabilidad penal de la persona jurídica y el *Compliance Program*”, en CHOZAS ALONSO, J.M. (Coord.), *Los sujetos protagonistas en el proceso penal*, cit., pp. 395 ss. En derecho patrio, esta autora señala algunas referencias normativas extra-penales que inspiraban algunos aspectos del contenido de un Programa de Cumplimiento Normativo y, por extensión, de algunas “pistas interpretativas” del antedicho “debido control”, si bien únicamente se trataba de legislación sectorial (como la referida al acoso laboral o al blanqueo de capitales, por ejemplo) o de normativa destinada a un tipo concreto de empresa (como el Código Unificado de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas o las disposiciones en este sentido del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).

¹⁴⁶ CHANDLER, R.C. (Ed.), *Business and Corporate Integrity. Sustaining Organizational Compliance, Ethics and Trust*. Ed. Praeger. Santa Bárbara, 2014, p. 169.

enjuiciar estos supuestos, las sanciones que reciben las personas jurídicas son de carácter administrativo y no penal. De ahí que una parte de la doctrina italiana haya definido esta situación como un “fraude de etiquetas”¹⁴⁷.

Encontramos otra similitud importante con nuestro ordenamiento en el hecho de que la individualización y/o la identificación de la persona física autora material del delito no es una condición necesaria para que se impute a una persona jurídica¹⁴⁸. De hecho, basta una leída del mencionado Decreto legislativo para ver que los contenidos mínimos de un PCN son exactamente los mismos en Italia y en España¹⁴⁹, con la particularidad de que los cinco primeros requisitos del art. 31 bis.5 CP corresponden con los art. 6.2 de la norma italiana y el requisito del art. 31 bis.6 CP, con el art. 7.4 a) de la misma.

En conclusión, a modo de recapitulación de lo expuesto sobre el contenido de un PCN, debe tenerse en cuenta que la escasa regulación que da al respecto el art. 31 bis CP se complementa con normas de *soft law*, como pueden ser las mencionadas ISO 19600 y UNE 19601, entre otras, si bien se está a expensas de un desarrollo jurisprudencial, similar al que tienen otros países, que indique cuál ha de ser este contenido.

En la práctica, es frecuente que se utilicen herramientas de análisis de riesgos penales, como por ejemplo las “matrices de análisis de riesgos penales”, los “mapas de riesgos” o los “análisis de carencias”, que contribuyen a una mejor determinación de la situación en la que se encuentra la persona jurídica analizada, si bien legislativamente no se hace referencia a ninguno de ellos, ni su forma ni contenido viene recogido en ninguna disposición legal ni administrativa. Es razonable que esto sea así, puesto que son meras herramientas de análisis que se utilizan asiduamente en otros ámbitos (por ejemplo, en la seguridad) sin que tengan reflejo normativo alguno. No obstante, consideramos que se requiere un mayor desarrollo sobre los mínimos que debe cubrir un PCN.

¹⁴⁷ Para un resumen de la discusión doctrinal que existe en esta materia, ver MARINUCCI, G. “*Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 4 (volumen 45) (2002). Ed. Giuffrè Editore. Milán, pp. 1192 ss.

¹⁴⁸ URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, en ROMEO CASABONA, CM. / FLORES MENDOZA, F (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. Ed. Comares. Granada, 2012, pp. 465 ss.

¹⁴⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) / ANTÓN BOIX, J.R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 18 ss.

2.3.3. Instrumentos complementarios a un PCN

Como continuación de nuestra exposición, siguiendo la literalidad del art. 31 bis CP vemos que la implantación de un PCN requiere, además, de la implantación de dos figuras que pasamos a exponer: el *Compliance Officer* y el Canal de denuncias.

a) La figura del *Compliance Officer*

a.1. Concepto y regulación

El *Compliance Officer*, u Oficial de Cumplimiento, es el órgano que se encarga de la implementación y el seguimiento del PCN en una persona jurídica, habiéndose llegado a definir como “*el guardián de la buena ciudadanía corporativa de una organización*”¹⁵⁰. Esta figura se responsabiliza tanto del cumplimiento de toda la normativa legal que afecte al contexto de la organización como del seguimiento de la normativa interna de comportamiento, además de encargarse de la formación y capacitación del personal en esta materia¹⁵¹.

Si bien desde algunos organismos privados se han propuesto reglamentos de actuación y posibles estatutos de funcionamiento, la regulación que el CP ofrece de esta figura es prácticamente nula¹⁵². Tanto es así que algunos postulados consideran que se trata de una mera positivización de la misma, subrayando que tampoco tiene reflejo alguno en la Ley de Sociedades de Capital¹⁵³ (ni, podríamos añadir, en ninguna regulación de otras personas jurídicas, como funciones o asociaciones). Así, en el CP encontramos solamente tres alusiones indirectas en base a las cuales debemos intentar deducir el concepto y las funciones de un *Compliance Officer*: primero, el art. 31 bis.2.2º CP declara la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica si la supervisión

¹⁵⁰ PUYOL MONTERO, J., “La figura del *Compliance Officer*: características y responsabilidades”, en SÁIZ PEÑA, C.A. (Coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pp. 92 ss.

¹⁵¹ HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E. / IZQUIERDO GARCÍA, F. / VEGAS AGUILAR, J.C., “La figura del *Compliance Officer* y los Programas de Prevención de Riesgos Penales”, Diario La Ley, nº 8689 (2016), (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

¹⁵² Nos mostramos, por tanto, de acuerdo con ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento (“*Compliance Officer*”) ante el Derecho penal”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., p. 320, cuando afirma que esta figura no tiene ninguna definición concreta, sino que se debe ir perfilando según el entendimiento general del Compliance en la persona jurídica de que se trate.

¹⁵³ LIÑÁN LAFUENTE, A., “El oficial de cumplimiento: su responsabilidad penal”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) / MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 347 s.

del funcionamiento y del cumplimiento del PCN implantado ha sido confiada a un órgano de la misma 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; segundo, el art. 31 bis.2 .4º CP señala que otro requisito para que se aprecie la eximente es que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte de este órgano; tercero, el art. 31 bis.5 .4º CP indica que es un requisito imprescindible de los PCN que se establezca un canal de comunicación de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia de dicho Programa¹⁵⁴.

No obstante, existe un debate doctrinal acerca de si este organismo con poderes autónomos de iniciativa y control es verdaderamente el *Compliance Officer* o si, por el contrario, el art. 31 bis.2 CP se está refiriendo a otra figura¹⁵⁵. En concreto, haciendo una reflexión desde el Derecho penal italiano, vemos que un redactado prácticamente idéntico al del art. 31 bis.2 CP es el que regula a la figura del *organismo di vigilanza*. Este órgano, distinto del *Compliance Officer*, ejerce tareas de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de los protocolos y políticas de prevención implantados (en su caso, mediante controles periódicos no advertidos previamente), y en grandes empresas es obligatorio que se trate de un organismo colegiado¹⁵⁶. Teniendo en cuenta la inspiración del Código Penal español en el italiano *Decreto legislativo 231/2001* en materia de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

¹⁵⁴ Un dato a tener en cuenta a efectos de la interpretación de este artículo es que se trata de una traducción prácticamente literal del Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio. En este país, la figura del *Compliance Officer* ha sido desarrollada por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia. Ni qué decir tiene que consideraríamos un despropósito del todo absurdo la adopción de los criterios jurisprudenciales italianos como propios en España salvo que el TS se pronunciase en este sentido, pero a modo de mera referencia, téngase en cuenta que el país vecino este organismo tiene una desambiguación en dos: el responsable interno de cumplimiento normativo de una empresa (esto es, el *Compliance Officer* en sentido estricto), cuya labor consiste en difundir las políticas de cumplimiento normativo y asegurarse de dicho cumplimiento, así como de evaluarlas periódicamente y actualizarlas, y cuyo puesto jerárquico se sitúa entre el máximo órgano de gobierno de la entidad y su Alta Dirección; y el “*Organismo di Vigilanza*”, que es un ente colegiado encargado de supervisar a todos los miembros de la organización y, en su caso, adoptar medidas correctoras, lo que supone que su puesto jerárquico está por encima del máximo órgano de gobierno. Véase, por ejemplo, PRESUTTI, A. / BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, 2º ed. Ed. Giuffrè Editore. Milán, 2018, pp. 144 s.

¹⁵⁵ Al respecto, LIÑÁN LAFUENTE, A., en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) / MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado*, cit., pp. 348 ss.

¹⁵⁶ GÓMEZ FRAGA, A., “¿De dónde venimos y a dónde vamos? Sobre la proyectada reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el nuevo delito de administradores”, AJUM, nº 38 (2014) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 10 de mayo de 2020), pp. 15 s.

las diferencias conceptuales entre un *Compliance Officer* y un *organismo di vigilanza* hacen que se dude acerca de si el art. 31 bis.2 CP se refiere a uno o a otro¹⁵⁷.

A modo de comentario final, quisiéramos poner el acento en una cuestión acerca de la regulación de esta figura: su similitud con el Delegado de Protección de Datos. Esta otra figura, creada por el RGPD en 2016, es posterior a la existencia de *Compliance officers* en distintos países (también en Europa) y tiene unas funciones y unas potestades que recuerdan a las de los responsables de cumplimiento normativo. No obstante, los arts. 37-39 RGPD regulan mínimamente su estatuto orgánico, lo que supone un distanciamiento considerable desde el punto de vista del desarrollo de la figura en sí con la homóloga en materia de *Compliance*. Asimismo, los arts. 34-37 LOPD amplían ligeramente esta regulación, si bien únicamente aplicable a España. De *lege ferenda*, pues, consideramos que sería idóneo que el CP español incluyese una norma de contenido similar a estos artículos, tanto del RGPD como de la LOPD.

a.2. Funciones, composición y posición jerárquica

Al hablar de las funciones de un *Compliance Officer*, debe hacerse una especial mención del contenido que da la fuente de información que en la práctica resulta de mayor aplicación para este caso, esto es, la ya citada norma UNE 19601. Según se indica, dichas funciones se deben centrar, como punto principal, en evaluar periódicamente si las políticas en esta materia resultan adecuadas para gestionar los riesgos penales de forma eficaz y si están siendo implementadas de forma adecuada¹⁵⁸. Además, tiene la obligación de informar periódicamente a los administradores (u otras figuras análogas, según el tipo de persona jurídica de que se trate) y a la alta dirección sobre sus conclusiones, incluyendo, en su caso, las distintas investigaciones que se hubieran hecho.

Esta “norma” también indica que las siguientes funciones deben ser llevadas a cabo conjuntamente por el órgano supervisor del *Compliance* y el órgano de administración: impulsar y controlar continuamente la implementación y la eficiencia de los PCN en

¹⁵⁷ Ilustrativamente, como defensor de la postura de que el art. 31 bis.2 CP se refiere al *organismo di vigilanza* y no al *Compliance Officer*, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “Compliance officer” tras la reforma penal de 2015”, en FRAGO AMADA, J.A. (Coord.), *Actualidad Compliance 2018*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2018, pp. 218 s. Por el contrario, a favor de que este artículo sí se refiera al *Compliance Officer*, entre otros, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., pp. 46 ss. Si bien consideramos que ambas posturas tienen argumentos sólidos para justificarse, el modelo de empresa más habitual de España nos sugiere que la interpretación más adecuada a nuestra economía es la segunda, puesto que no nos parece probable que un “empresario” (en el sentido jurídico más amplio de la palabra) esté de acuerdo con tener un organismo externo destinado a supervisarle y, en su caso, controlarle, máxime si la existencia de dicho organismo no es obligatoria y puede costarle dinero.

¹⁵⁸ CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado*, cit., en especial pp. 99 s. Ver también los apartados número 4, 5, 7 y 9 de la propia norma UNE 19601.

todos sus ámbitos; identificar y gestionar los riesgos penales a todos los niveles asegurarse de que la formación que se haya impartido sea la adecuada y, si se requiriese, que se vaya haciendo regularmente; concienciar sobre la responsabilidad de todos los miembros de la organización en materia de *Compliance* penal; adoptar e implementar procedimientos para de canal de denuncias y asegurarse de evaluar periódicamente el buen funcionamiento de las políticas de *Compliance* de la organización, en aras de analizar el funcionamiento y corregir las carencias detectadas¹⁵⁹.

Además, la norma UNE 19601 indica que el órgano supervisor del *Compliance* deberá contribuir a que se identifiquen las obligaciones de los distintos miembros de la organización y traducirlas en nuevos protocolos y políticas de comportamiento (tanto nuevas como otras ya existentes), verificar que haya un acceso a un asesoramiento profesional suficiente para adoptar y gestionar el PCN (y los subprogramas que, en su caso, se decida implantar) y asesorar imparcialmente a la persona jurídica en este campo¹⁶⁰.

Refiriéndose a esta figura, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado señala como principal función del *Compliance Officer* la supervisión del PCN, siguiendo con la literalidad del CP. Deberá ser un organismo creado específicamente para esta función, salvo que la organización ya esté legalmente obligada a tener uno para determinadas funciones de control normativo (por ejemplo, las empresas de servicios de inversión, *ex art. 193.2 a)* de la Ley del Mercado de Valores).

Lo que la Fiscalía parece tener claro es que este organismo deberá participar en la elaboración de los PCN y asegurar su correcto funcionamiento y cumplimiento. Para ello, habrá de establecer sistemas adecuados de auditoría, vigilancia y control que aseguren que se cumplen los requisitos mínimos de contenido de un PCN, a los que nos referiremos más adelante. Un ejercicio insuficiente de estas funciones impedirá que este Programa haga las veces de eximente. Eso sí, no le corresponde establecer la política de control y gestión de riesgos de la empresa, ni su supervisión, puesto que de esto se

¹⁵⁹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN, *Norma española UNE 19601*, cit., p. 17. En un sentido similar, LIÑÁN LAFUENTE, A., *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*. Ed. Aranzadi. Cizur menor, 2019, p. 23.

¹⁶⁰ Por este motivo, un sector de la doctrina sugiere la posibilidad de que el *Compliance Officer* sea una figura parcialmente externalizada. Por ejemplo, ZULGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, en *LH-Bajo*, cit., p. 703. De hecho, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 48, también considera válida esta opción para las grandes empresas.

encarga el órgano de administración¹⁶¹. En idéntico sentido se pronuncia la norma UNE 19601, que mantiene, tal como indica el Código Penal, que quien ha de aprobar el PCN no es el organismo encargado de su cumplimiento, sino que esto es tarea de los administradores (u otros entes análogos). Eso sí, indica que el organismo encargado de supervisar su cumplimiento podrá, si lo considerase necesario, elaborar otros documentos jerárquicamente menores que dependan del PCN general pero que desarrollen únicamente algunos puntales concretos (por ejemplo, encargarse de los riesgos de un departamento o de alguna actividad determinada)¹⁶².

El organismo que gestiona el PCN ha de ser su máximo garante de la supervisión, control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones en esta materia en el seno de una organización. Volviendo a la norma UNE 19601, la/s persona/s que ocupe/n este puesto deben comprometerse con el PCN, han de tener la capacidad de convencer a los demás miembros de la organización de que cumplan con sus obligaciones legales (lo que incluye habilidades de comunicación) y deben tener los conocimientos técnicos necesarios para ello¹⁶³. Es, por tanto, un requisito indispensable que quien forme parte de este organismo tenga acceso directo e inmediato al máximo órgano de gobierno de la entidad para comunicarle lo que estime oportuno, como por ejemplo cualesquiera incidencias que hayan tenido lugar, cambios que se deban hacer en algún proceso concreto, carencias detectadas, etc. Además, su posición jerárquica debe ser suficientemente elevada como para que pueda solicitar y recibir la colaboración total de los demás miembros de la organización¹⁶⁴.

Esta norma UNE 19601 resulta respetuosa en estos puntos con lo que establece el CP. De hecho, atendiendo a las funciones que la misma atribuye al *Compliance Officer*, podemos entender que esta figura es un órgano, que tanto puede ser unipersonal como

¹⁶¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016, cit.*, p. 49.

¹⁶² ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN, *Norma española UNE 19601, cit.*, p. 30.

¹⁶³ Véase BONATTI BONET, F., *UNE 19601. Implementación y certificación de sistemas de Compliance penal conforme a la norma UNE 19601:2017*. Ed. Lefebvre El Derecho (en línea, <https://www.epl.es/>), p. 78.

¹⁶⁴ Tal como hemos visto anteriormente, en España esta cuestión no está resuelta. Haciendo un análisis de Derecho comparado, vemos como en algunos países el *Compliance Officer* ocupa un lugar elevado en la jerarquía, como es el caso de Italia, según se ha comentado, o el de Francia, en el que se equipara a la Alta Dirección, y otros en los que ocupa un lugar más bajo, como Estados Unidos, en el que el 29% ocupan lugares de Gerencia, el 57% de Alta Dirección y el 10% de mandos intermedios (aunque no se especifique, deducimos que ello supone que el 2% restante necesariamente debe estar externalizado). Véase al respecto PRESUTTI, A. / BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità delig enti*, cit. p. 143; KARILA-VAILLANT, CH. (Dir.), *Organisation et management de la fonction juridique en entreprise. Methodologies, outils et bonnes pratiques*. Ed. Larcier. Bruselas, 2013; MOSELEY, G.B., *Manging Legal Compliance in the Health Care Industry*. Ed. Jones&Bartlett Learning. Burlington, 2015, p.160.

colegiado, cuyas funciones son supervisar el funcionamiento del PCN, recibir las denuncias oportunas, y encargarse de la supervisión, vigilancia y control del respeto a la normativa vigente, ya sea una norma con carácter legal o una norma de comportamiento interno.

En esta materia, volviendo a la literalidad del CP, se dice que éste ha de ser un organismo “*de*” la persona jurídica, si bien no se especifica si ha de ser interno, externo o mixto. En opinión propia, en aquellas organizaciones en las que estas funciones recaigan sobre una sola persona, sería lógico entender que ésta fuera interna de la empresa, si bien con ello se estaría perdiendo la imparcialidad que el espíritu de la norma parece requerir. No obstante, una externalización del *Compliance Officer* implicaría la pérdida de información sobre la organización, puesto que hay determinados aspectos del día a día que sólo se conocen si se está trabajando allí. Tal vez lo mejor sería que estas funciones recayeran sobre un organismo colegiado que tuviera al menos un miembro externo a la organización y al menos uno interno, que fuera quien tuviese las capacidades de dirección y gestión del organismo en sí¹⁶⁵.

Ello sin embargo, debe tenerse en cuenta el tamaño de la organización. Naturalmente, consideramos absurdo que haya un organismo colegiado con presencia de un miembro externo en una microempresa o en organizaciones empresariales sin trabajadores, salvo que formen parte de grupos de personas jurídicas (que habitualmente serán sociedades mercantiles) que actúen de forma más o menos unitaria. No obstante, sí sería recomendable la implantación de un comité mixto, en estos términos, para una organización pequeña, mediana o grande, en particular si reviste carácter empresarial. De hecho, en la práctica son varios los ejemplos concretos que encontramos de empresas de distintos tamaños que tengan un comité de composición mixta que haga las funciones de *Compliance Officer*.

En cuanto a su composición, el Ministerio Fiscal tampoco resuelve claramente la cuestión de si debería tratarse de un órgano unipersonal o colegiado, admitiendo las dos opciones. Eso sí, expone que este organismo de supervisión “*deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes*”, lo que tal vez sea más posible (aunque no siempre) si se cuenta con un equipo en vez de una sola persona¹⁶⁶.

En lo referente a su externalización, en aras de facilitar el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación, esta Circular indica que debe tratarse de un

¹⁶⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 48.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 47.

organismo de la persona jurídica (es decir, interno), si bien matiza que se pueden externalizar sus funciones. Tanto es así que opina que muchas de las funciones que debe llevar a cabo “*resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización*”, con tal de aumentar su independencia y confidencialidad¹⁶⁷.

De hecho, la posición que el *Compliance Officer* ha de ocupar en la organización es otro punto que el CP no deja claro. Según BERMEJO/PALERMO, si bien existe una amplia discusión doctrinal sobre cuál ha de ser su régimen jurídico, esta figura ha de tener la posición de garante que en su origen corresponde al empresario, dado que éste delega las funciones de control y vigilancia del área de competencia de la dirección y, por ende, la posición de garante que ello supone¹⁶⁸. Esta opinión es compartida por PUYOL MONTERO, quien, además, destaca que las distintas funciones del *Compliance Officer* son variadas y no están vinculadas entre sí, si bien su objetivo principal es implementar el PCN¹⁶⁹. Por su parte, DEL ROSAL BLASCO considera que el *Compliance Officer* puede y debe supervisar al máximo órgano de gobierno (lo que concuerda, como hemos visto, con la interpretación italiana de esta figura), por lo que debe tener independencia, constancia en las actas de dicho órgano y, además, inmunidad, en el sentido de poder emitir informes discrepantes con la actuación de la entidad o emprender las acciones que considere adecuadas sin posibilidad de represalias¹⁷⁰. No obstante, ello no convierte al *Compliance Officer* en un mero “delegado de vigilancia” (tareas que, opinamos, deberían recaer en personal técnico especializado en funciones de seguridad), sino en la persona responsable de supervisar y, en su caso, corregir el cumplimiento de las políticas y procedimientos implementados en el contexto de la persona jurídica, siempre

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 48. No obstante, esta afirmación nos produce serias dudas en tanto que, para que la externalización de las funciones de *Compliance* sea verdaderamente eficiente, estas se deben llevar a cabo con autonomía e imparcialidad, y sería engañoso pensar que una externalización de las funciones de *Compliance* supone una mayor autonomía de las personas que las ejecuten. Si aceptamos la concepción de este término que propone CASANOVAS YSLA, quien la califica como “*libertad operativa*” y la relaciona con el otorgamiento de “*facultades amplias de acceso a la información, documentación y personas de la organización*”, resulta evidente pensar que la externalización puede reducir esa autonomía, puesto que un profesional externo tiene menos acceso a dichos elementos de una organización de lo que tiene un profesional interno. Véase, aunque defendiendo una opinión contraria, CASANOVAS YSLA, A., *Factores de independencia en Compliance* (2018) (en línea, <https://www.tendencias.kpmg.es/>, consultada el 12 de mayo de 2020), sección de *Presentación* (no paginado).

¹⁶⁸ BERMEJO, M. / PALERMO, O., “La intervención delictiva del *Compliance Officer*”, en KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría*, cit.

¹⁶⁹ PUYOL MONTERO, J., “La figura del *Compliance Officer*: características y responsabilidades”, en SÁIZ PEÑA, C.A. (Coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos*, cit., p. 95.

¹⁷⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal*, cit., p. 116.

que guarden relación con el cumplimiento normativo¹⁷¹. Finalmente, podemos citar a BACIGALUPO ZAPATER, quien considera que las funciones básicas del *Compliance Officer* “son la de vigilancia, asesoramiento, advertencia y de evaluación de los riesgos legales de gestión, que no sólo deben alcanzar al cumplimiento de la Ley y los reglamentos, sino también a las directivas internas y a los standards de conducta internacionales”¹⁷².

Por tanto, impera la lógica de una actitud preventiva y proactiva, en vez de reactiva, en sede de cumplimiento normativo, aunque no queda del todo clara su posición jerárquica ni el alcance total de sus funciones.

a.3. Principales posturas doctrinales sobre su responsabilidad penal personal

i. La responsabilidad penal del máximo órgano de gobierno de una persona jurídica como presupuesto de la del *Compliance Officer*

Dado que en el subepígrafe anterior se ha hecho mención de la responsabilidad penal de los “empresarios” (o figuras análogas, como podría ser el Administrador Único de una Sociedad mercantil o el Consejo de Administración de la misma, por ejemplo), procede hacer mención de la regulación actual de esta figura. En este caso, la regulación básica la encontramos en el art. 31 CP. Esta redacción vino dada por la Ley Orgánica 1/2015, si bien el único cambio que introdujo respecto de la anterior fue la eliminación de la referencia a las faltas¹⁷³.

La STS 86/2017, 16 febrero, haciendo acopio de otros pronunciamientos anteriores, resume la teoría general de esta figura en su FJ 8. Según se desprende, por “administrador de hecho” se entiende a toda persona que adopta e impone las decisiones de la gestión de una Sociedad (fundamentalmente, en este ámbito, las expresadas en los

¹⁷¹ De acuerdo, APARICIO GONZÁLEZ, M.L., “La RSC: nuevo elemento de la gobernanza de sociedades cotizadas”, *LH-Bajo*, cit., p. 724.

¹⁷² BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «Compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *Diario La Ley*, nº 7442 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 15 de octubre de 2017).

¹⁷³ En general, para un análisis general sobre la responsabilidad penal de los administradores véase LIÑÁN LAFUENTE, A., *Responsabilidad Penal del Compliance Officer*, cit., pp. 41 ss.

tipos penales). Por “administrador de derecho” se entiende lo mismo que en Derecho mercantil¹⁷⁴.

Esta resolución añade que los delitos producidos en el ámbito organizativo empresarial suelen ser el resultado de la suma de numerosas acciones, así como de diversas personas entre las que se reparten decisiones y omisiones. En este sentido, el Derecho penal debe poder indicar quién es, dentro de la empresa, el responsable de las infracciones. Para ello, se atiende a un concepto de autoría basado en el dominio social-funcional de los hechos¹⁷⁵, que considera que el autor es aquél que realmente domina la organización en la que se produce un resultado penalmente responsable. En consecuencia, el autor lo sería tanto la persona física que actúa como en su caso el administrador¹⁷⁶.

A pesar de ello, no cabe entender que estemos ante un régimen de responsabilidad objetiva para los administradores en caso de que en el seno de la organización se haya cometido un delito, sino que lo que se persigue es evitar la impunidad de los delitos cometidos en el contexto de una persona jurídica¹⁷⁷. Tal como indica el TS, lo que se pretende es evitar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica. En definitiva, esto implica que si se pretende exigir responsabilidad penal al director o administrador de la persona jurídica de que se trate, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que además habrá de desarrollar una acción u omisión que contribuya a la ejecución material del delito. Por tanto, la condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido, puesto que la condición de sujeto activo lo define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico.

¹⁷⁴ Nos remitimos a lo expuesto *supra* respecto de la inclusión de otras figuras, como la Junta Directiva de una Asociación o el Patronato de una Fundación, dentro del concepto de “Administrador” que menciona el CP.

¹⁷⁵ Sobre este concepto, poco usual, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Autoría y participación en organizaciones complejas”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.) / BACIGALUPO SAGGESE, S. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Gobierno corporativo y Derecho penal: Mesas redondas de derecho y economía 2007*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2008, p.194. Según este autor, este concepto es el utilizado por el TS alemán para determinar la autoría en el ámbito de la delincuencia empresarial.

¹⁷⁶ En palabras de la STS 86/2017, 16 febrero, FJ 8, “*las actividades y formas de actuar de la empresa se consideran comportamientos penalmente relevantes y éstas se imputan penalmente, en primer lugar, a los directivos de la empresa como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad, y, en segundo lugar, o en segunda línea la imputación a los subordinados en atención a las propias circunstancias del caso concreto*”.

¹⁷⁷ DEL CASO JIMÉNEZ, M.T., “Título II. De las personas criminalmente responsables de los delitos”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.), *Código Penal*, cit., pp. 336 s.

Tras esta exposición, debemos señalar, con CAMARERO GONZÁLEZ¹⁷⁸, que aún tras la aprobación y entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, sigue siendo el máximo órgano de gobierno quien ostenta esta función de garante en una persona jurídica. La doctrina mayoritaria sigue este mismo criterio: así, ROBLES PLANAS indica que el administrador es el máximo competente de evitar que la determinación delictiva de un subordinado se traduzca en comisión de un delito, y ello porque las posiciones jerárquicas del éste y de los subordinados determinan una configuración de esferas de poder definidas y diferenciadas¹⁷⁹.

Por ello, nos remitimos a las conclusiones de MONTANER FERNÁNDEZ sobre la delegación; además de lo que se ha expuesto, esta autora opina que la delegación debe distinguirse de la transmisión: si bien ésta sí supone una enajenación total de aquello que sea transmitido, con la delegación no, puesto que, mostrándose de acuerdo con lo que indica LASCURAÍN, el ámbito delegado sigue siendo propio del delegante¹⁸⁰. A mayor abundamiento, resulta relevante la opinión de SILVA SÁNCHEZ sobre los principios de confianza y desconfianza: según este autor, puede ser que el garante originario de que no se cometieran delitos en la empresa delegase algunas de sus funciones en un tercero con conocimientos especializados (lo que no le obligaría a vigilarlo, dada la “confianza” que tiene en él) o bien que el garante sí vigilase a los delegados dado el potencial criminógeno de la organización, que generaría sesgos cognitivos potencialmente incitadores a la comisión de delitos¹⁸¹.

En conclusión, un administrador responderá como persona física cuando se le pueda imputar el hecho delictivo de que se trate, ya sea por acción o por omisión. Se entiende que cuenta con el dominio del hecho, aunque esta pretensión se puede desvirtuar si se demuestra lo contrario. Esta regulación resulta, pues, compatible con la que ofrece el art. 31 bis.1 a) CP, cuando indica que una persona jurídica puede responder por actos de sus administradores, en relación con el ya mencionado 31 ter CP, que proclama la independencia entre la responsabilidad penal de la persona física y la jurídica. Por tanto,

¹⁷⁸ CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., RMF, nº 12 (2004), p. 70.

¹⁷⁹ ROBLES PLANAS, R., en *LH-Bajo*, cit., pp. 490 s.

¹⁸⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución*, cit., p. 90.

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. / MONTANER FERNÁNDEZ, R., “Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed. Ed. Edisofer. Madrid, 2016, pp. 151 s.

podemos concluir que este organismo tiene la posición originaria de garante, aunque la pueda delegar en un tercero (que sería el *Compliance Officer*)¹⁸².

ii. Cuestiones generales

Habiendo establecido cuál es la base de la responsabilidad del máximo órgano de gobierno de una persona jurídica, podemos ya hacer alusión a una de las cuestiones que más preocupan en la práctica en relación con los *Compliance Officers*: su régimen de responsabilidad personal. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado indica que esta figura únicamente asumirá responsabilidad personal de carácter penal en dos supuestos, a saber: que sea el autor del delito o que, conociendo de su existencia, no haya hecho nada para evitarlo¹⁸³. Tal como indica, en este sentido, LASCURAÍN, se podrá decir que el *Compliance Officer* está cometiendo por omisión un delito futuro (o en curso) cuando se inhiba conscientemente si se le ha denunciado. Este autor también señala la profunda discusión doctrinal que existe en esta materia, de indudable trascendencia práctica¹⁸⁴.

Por mencionar algunas de las posturas que nos parecen más adecuadas, DOPICO GÓMEZ-ALLER sugiere que el *Compliance Officer* ostenta una posición de garante en la empresa en la que trabaja. En este sentido, esta figura se encarga de que se respete la legalidad en las empresas, pero asume responsabilidad en caso de que se llegue a cometer alguna

¹⁸² Como anotación pragmática, la construcción dogmática y jurisprudencial aquí mencionada tiene reflejo en la práctica empresarial, y no sólo en el contexto de la figura del *Compliance Officer*. Pongamos por ejemplo una reforma en una empresa del sector hotelero en la que se quiera cambiar los elementos de los cuartos de baño de una determinada planta: habitualmente, el máximo órgano de gobierno del hotel delegará en un jefe de obras las reformas que quiera hacer, dándose la situación de que, al tratarse de reformas menores, no necesitará presentar un proyecto ante ninguna autoridad pública. En la práctica, es habitual que estos jefes de obra, personas cualificadas y especializadas, pretendan ajustar lo más posible el presupuesto. Si en un futuro hay, por ejemplo, un problema de presión con la instalación de las mamparas de las duchas y un turista sale herido, si la mampara estaba en buen estado y su ruptura se debe a que las preferencias por un buen precio hicieron que se instalase una que no era apta para ese lugar, la responsabilidad (que probablemente sea únicamente civil) será para el hotel, quien la podrá repercutir al jefe de obras por “haber hecho mal su trabajo” y, como consecuencia, haber herido a una persona. La delegación que el máximo órgano de gobierno ha hecho sobre el jefe de obras lo convierte en responsable último del accidente. Por tanto, este mismo esquema es el que sugiere la doctrina en relación con el *Compliance Officer* y su posible responsabilidad, en este caso penal, por ostentar la posición delegada de garante. No obstante, cabe decir que, a falta de una regulación de *lege lata* al respecto, esta posición resulta discutible y, en todo caso, deberían analizarse las circunstancias de cada caso para decidir si la delegación fue o no adecuada y, por tanto, si el máximo órgano de gobierno incurre o no en responsabilidad penal por los hechos delictivos acaecidos en su organización.

Véase, en un sentido similar, la reflexión sobre la responsabilidad del *Compliance Officer* como garante en LIÑÁN LAFUENTE, A., *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*, cit., pp. 58 ss.

¹⁸³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., pp. 49 s.

¹⁸⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *¿Puede tener responsabilidad penal el Compliance Officer?* (en línea, <http://almacendederecho.org/>, consultada el 10 de octubre de 2017)

infracción (de ahí su condición, un tanto *sui generis*, de garante) ¹⁸⁵. También defiende esta postura GUTIÉRREZ PÉREZ, quien considera que la responsabilidad de este organismo pudiera llegar a venir dada por la mera comisión de un hecho ilícito en el contexto de la empresa, tal como sucede en Alemania ¹⁸⁶ (muestra de ello es, entre otras la Sentencia Tribunal Supremo Federal alemán de 17 de julio de 2009¹⁸⁷). El posicionamiento del *Compliance Officer* como garante también es defendido por BACIGALUPO SAGGESE, quien, sin embargo, tiene en cuenta que las posibilidades de delegación de funciones que permite la legislación mercantil no en todos los casos resultan compatibles con la posición de garante existente en el ámbito penal ¹⁸⁸.

Sosteniendo una postura contraria, encontramos la opinión de ROBLES PLANAS, quien considera que el *Compliance Officer* no asume la posición de garante, si más no originariamente, puesto que sus funciones se reducen a evaluar los riesgos, implementar un programa en consecuencia, vigilar su cumplimiento, formar a los trabajadores al respecto e informar a la dirección de cuanto observe ¹⁸⁹. En esta misma línea, GÓMEZ TOMILLO indica que la función de garante no es originaria, sino que viene dada por la delegación de funciones que el máximo órgano de gobierno de la entidad le otorga ¹⁹⁰.

En cuanto a la misma, MONTANER FERNÁNDEZ apunta que una delegación real y adecuada liberaría al delegante (el empresario o figura análoga) de responsabilidad,

¹⁸⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Posición de garante del *Compliance Officer* por infracción del deber de control: una aproximación tópica”, en ARROYO ZAPATERO, L. (Dir.) / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 165 ss.

¹⁸⁶ GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “La figura del *Compliance Officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, Diario La Ley, n° 8653 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 15 de octubre de 2017).

¹⁸⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., Diario La Ley, n° 7442 (2010). En relación con esta sentencia, el autor indica que el Tribunal Supremo Federal considera la cuestión de la posición de garante del encargado del departamento de revisión interna de una empresa respecto de las irregularidades manifiestas que se venían dando en algunos departamentos; también resalta que esta posición de garante tiene límites.

¹⁸⁸ BACIGALUPO SAGGESE, S., “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° 7541 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 15 de octubre de 2017).

¹⁸⁹ ROBLES PLANAS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., p. 321. En esta misma obra (p. 320), este autor también hace referencia a una cuestión relevante, que es la de la posible responsabilidad penal del *Compliance Officer* en los delitos especiales. Tal como señala, no se le podrá castigar si él ocupa una posición de *extraneus* en alguno de dichos delitos en el caso de que se llegasen a cometer, ni, tampoco se le podrá sancionar si la persona autora resultase ser *extraneus* de dicho delito. En ambos casos, la posición de garante del *Compliance Officer* no podría suponer su imputación por estos delitos, ni aun en el supuesto de que se acusara a la figura de la autoría mediata. ROBLES PLANAS sugiere que únicamente en el caso de que los mismos no fuesen considerados como delitos especiales sino de posición podría entenderse que el *Compliance Officer* ha usurpado la posición que le da la cualidad especial que permitiría que se le imputase responsabilidad penal por ellos.

¹⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., “Programas de cumplimiento y política criminal”, en *LH-Bajo*, cit., p. 117.

aunque insinúa que debería remplazar al delegado (*Compliance Officer*) en caso de mala gestión, atendiendo a los riesgos genéricos que en cada situación puedan darse y a la actuación respecto de los mismos que éste haya llevado a cabo¹⁹¹. Más aún, esta autora sostiene que el concepto de delegación relevante en el ámbito del Derecho penal no es simplemente formal (es decir, de reparto de tareas), sino material, pues supone una “descarga” de competencias y responsabilidades iniciales, que van a parar a otra persona, lo que a su vez implica una transformación de las respectivas esferas de responsabilidad penal de delegante y delegado¹⁹².

En línea con esto, LASCURAÍN adopta una postura intermedia y desarrolla algunos supuestos bajo los cuales el *Compliance Office* puede responder penalmente. Respecto de la responsabilidad a título de autor, se considera que la delegación de las funciones y responsabilidades a la que nos hemos referido nunca es completa, puesto que siempre queda un remanente (que, a su vez, también puede ser delegado), y que el *Compliance Officer* no podrá ser considerado, en general, como “*autor omisivo del delito finalmente no evitado*”; además, LASCURAÍN opina que otra razón para considerar al *Compliance Officer* como garante es la del deber de conocimiento del grado de peligrosidad de los distintos procesos de la empresa, que debe analizarse por parte del organismo encargado de ello. Por lo que respecta a la responsabilidad a título de partícipe, LASCURAÍN considera que algunas de las funciones delegadas pueden ser propias de un garante, pero otras no, sino que su incumplimiento “*sólo puede tener un significado contributivo al delito de otro, que para que sea penado requiere su carácter previo a la consumación de tal delito*”¹⁹³.

Sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta que, como apunta BACIGALUPO SAGGESE, en cierto modo todos los estamentos de una empresa tienen posición de garante sobre sus departamentos, y no debe entenderse que una única figura

¹⁹¹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., REPC, n° 35 (2015), pp. 733 ss. Esta autora también indica, a modo de apunte sobre derecho comparado, que en Alemania se entiende que el *Compliance Officer* es un delegado del Administrador, por lo que asume, en virtud de dicha delegación, la responsabilidad penal (*ibídem*, p. 750).

¹⁹² MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Ed. Atelier. Barcelona, 2008, p. 85.

¹⁹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Salvar al oficial Ryan” (en línea, <http://www.derecho.usmp.edu.pe/>, consultada el 16 de septiembre de 2018), pp. 16 ss.

centralizada, ya sea el administrador (que es el primer responsable) o el *Compliance Officer*, puedan ser los únicos que ostenten esta posición¹⁹⁴.

Más adelante volveremos sobre este debate y expondremos nuestra toma de postura.

a.4. Visión práctica del *Compliance Officer*

Tal como hemos venido diciendo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España se introdujo hace diez años, por lo que la mayor parte de las figuras relacionadas con esta regulación suponen una novedad en nuestro Ordenamiento. Esta ausencia de tradición jurídica genera un desconocimiento generalizado, y, en cuanto afecta al *Compliance Officer*, esto es particularmente relevante, puesto que son sus compañeros de trabajo, pocos de los cuales con formación jurídica, los que deban entender en qué consiste esta figura y cómo interactuar con ella. Por tanto, a día de hoy, la primera labor de un *Compliance Officer*, tanto si se trata de un profesional interno como de un externo, consiste en poder transmitir a los demás quién es, cuál es su ámbito de actuación, qué diferencias tiene con un abogado de empresa (en caso de que no coincidan ambas funciones en una misma persona, lo que, en ocasiones, sucede) y si es un órgano ejecutivo o meramente consultivo¹⁹⁵.

El desconocimiento de esta figura, además, conlleva una indefinición de su posición jerárquica: así, bien puede ser que se sitúe como asesor del máximo órgano de gobierno de la persona jurídica; que tenga rango de alta dirección, equiparado a otras funciones con más tradición (como puede ser un director financiero o un director de recursos humanos, por ejemplo); o incluso que simplemente tenga un área que dependa de otro departamento, habitualmente el financiero o el de administración (si no fueran el mismo).

De los dos párrafos anteriores podemos extraer una conclusión: la indefinición jerárquica y la no determinación de sus funciones (ejecutivas o consultivas) afectan directamente al debate que hemos mencionado anteriormente acerca de su

¹⁹⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., Presentación de la Guía Práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo, buen gobierno y prevención de la corrupción, elaborada por Transparency International España”. Conferencia impartida en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona en fecha 26 de octubre de 2017.

¹⁹⁵ En este sentido, véase CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Informe 5/2017 La intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo “compliance officer”* (en línea, <https://www.abogacia.es/>, consultado el 12 de mayo de 2020), pp. 75 ss. Este organismo indica que, si bien un Compliance Officer debería tener la formación de un abogado, no debería ser la misma persona que desempeñase el cargo de abogado de empresa o “*in house*”, por tener funciones, en algunas ocasiones, opuestas, lo que podría dar lugar a conflictos de intereses.

responsabilidad penal personal: si tiene a un superior jerárquico que sea quien realmente tome las decisiones, difícilmente se podrá entender que el *Compliance Officer* sea penalmente responsable de ningún delito, puesto que su labor se ha limitado al asesoramiento. No obstante, si tiene rango de director y, en consecuencia, poderes ejecutivos, sí se podrá entender que actúa como delegado del máximo órgano de gobierno en cuanto se refiere a su ámbito, por lo que sí podrá responder personalmente.

Desde un punto de vista de la operativa diaria, el trabajo de un *Compliance Officer* tiene como base el análisis de riesgos, esto es, la determinación de qué delitos por los que puede responder una persona jurídica pueden llegar a suceder en la organización, siempre dentro de lo razonable¹⁹⁶. Para ello, no basta con un estudio apriorístico, sino que es imprescindible la colaboración de todos los miembros de la entidad, que deben mostrarse absolutamente transparentes. Intuitivamente, esto podría parecer más sencillo en una estructura pequeña que en una grande, pero este razonamiento resulta erróneo: en una persona jurídica de dimensiones reducidas hay mucha más empatía entre sus miembros, pero también un mayor conocimiento personal que hace que sea más difícil mostrar los errores que se cometen. Por otro lado, en una estructura mayor hay menos personalismo, por lo que se suele constatar una mayor objetividad a la hora de exponer unos hechos (y, según la propia experiencia, un mayor desdén por las consecuencias hacia terceros que esta muestra de transparencia pueda tener). Esta es, pues, la principal ventaja de contar con un *Compliance Officer* interno: tiene un conocimiento de la organización que un externo jamás puede llegar a adquirir, puesto que los incidentes del día a día únicamente llegarán al externo si la persona responsable les da suficiente relevancia, pero es mucho más posible que lleguen a un interno.

Sin embargo, esto nos ubica ante el problema que hemos mencionado *supra*: pocas personas jurídicas cuentan con estructura y capacidad económica suficiente como para tener un *Compliance Officer* interno. La mayoría utilizan a personal externo para un análisis de riesgos, y es práctica habitual en muchos despachos profesionales el uso de estándares y formularios que optimicen el trabajo realizado mermando la exactitud de los análisis.

Una vez determinados los posibles delitos, es tarea del *Compliance Officer* determinar en qué momentos pueden llegar a cometerse cada uno de ellos (según indica el art. 31 bis.5 a) CP). Este análisis determinará los procesos de la actividad que sean más

¹⁹⁶ Con esta afirmación estamos aceptando la teoría del pronóstico tardío, que, aplicada a este caso, sugiere que una medida destinada a prevenir la comisión de un determinado delito en una persona jurídica será adecuada cuando haya podido evitar los riesgos lo que se podían prever con la información con la que se contaba en el momento de diseñarla, por más que se haya demostrado ineficiente. En el Capítulo IV volveremos sobre esta idea y la desarrollaremos.

sensibles, y será el que determine cuáles son los principales focos de riesgo. Naturalmente, este análisis ha de ser suficientemente flexible como para poderse adaptar no sólo a los cambios que vayan surgiendo, sino a los nuevos riesgos que se vayan detectando, por ínfima que sea su probabilidad.

De la determinación de los momentos sensibles se derivará la elaboración de procedimientos de actuación¹⁹⁷, y es aquí cuando podemos cuestionar, por primera vez, la responsabilidad penal personal de esta figura. Así, si los procedimientos son suficientes, dentro de lo razonable, como hemos dicho, la responsabilidad penal en caso de incumplimiento será de la persona que lleve a cabo el proceso en sí siempre que lo haga de tal forma que sea constitutivo de delito, pero si las instrucciones que se han dado son claramente insuficientes o permiten o facilitan la comisión de algún hecho ilícito, el *Compliance Officer* podrá incurrir en responsabilidad si las ha dictado y ejecutado (o mandado ejecutar). Más cuestionable es el caso de un *Compliance Officer* sin funciones ejecutivas que haya asesorado mal a quien sí las tenga: en estos casos, la persona con poder de decisión no necesariamente tendrá conocimientos jurídicos suficientes como para discernir entre qué es correcto y qué no, lo que nos podría ubicar ante la figura del error (con la consiguiente ausencia de culpabilidad); por otro lado, el *Compliance Officer* o bien habrá cometido un error de apreciación o bien habrá obrado con dolo, pero, en opinión propia, nos parece, cuanto menos, dudoso que pueda recibir responsabilidad penal si no tiene poderes de ejecución (y, en consecuencia, no ha llevado a cabo ninguna acción ni omisión)¹⁹⁸.

Volviendo con las funciones operativas de esta figura, una vez se hayan establecido los procedimientos de actuación, se deberán comunicar y el *Compliance Officer* deberá supervisar su implantación y funcionamiento. En este punto, si es un profesional externo no tendrá acceso a tanta información como un interno, puesto que únicamente hará revisiones generales periódicas y deberá confiar en la información que le transmitan las personas internas que los gestionen. Esto le debería excluir de toda responsabilidad, ya que el dominio del hecho lo tienen estas personas internas. Por otro

¹⁹⁷ Nótese que en el análisis de riesgos previo a la elaboración de estos procedimientos de actuación es esencial constatar con qué elementos se cuenta previamente. Los protocolos y procedimientos de nueva creación deberán limitarse a suplir los aspectos que los ya existentes no cubran, o no del todo. De acuerdo con esta idea, LIÑÁN LAFUENTE, A., en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) / MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado*, cit., pp. 351 ss.

¹⁹⁸ Véase, en un sentido similar, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “¿Puede tener responsabilidad penal el Compliance Officer?” (2017) (en línea, <https://almacenederecho.org/>, consultada el 12 de mayo de 2020).

lado, si estamos ante un *Compliance Officer* interno, tanto puede ser que el reconocimiento de sus funciones de supervisión y control le supongan la capacidad ejecutiva de pedir informes de actividad y corregir directamente los comportamientos inadecuados como que la única capacidad que tenga sea la de asesorar sobre el cumplimiento en base a las apreciaciones de los directivos de la compañía, quienes serán los auténticos ejecutores de las políticas de actuación. En el segundo caso, su régimen de responsabilidad se asemejaría al de un externo, puesto que sus funciones también lo harían, si bien en el primer caso sí pudiera tener responsabilidad penal por omisión de un deber de actuación para evitar que se produjese un resultado contrario a Derecho.

La última de las principales funciones operativas que debe llevar a cabo un *Compliance Officer* es la de gestionar el canal de denuncias, en los términos que se expondrán en el subepígrafe siguiente. En cuanto a ésta, lo primero que se debe hacer notar es que el personal de una organización no siempre sabrá dar un uso adecuado a este canal y comunicará, en ocasiones, algunas cuestiones que se deberían trabajar por otras vías. Por tanto, es función del *Compliance Officer* definir y comunicar los usos de este instrumento. Asimismo, debe tomar las decisiones pertinentes de actuación, o bien asesorar a otros departamentos acerca de qué se debe hacer ante cada uno de estos supuestos. Aquí, de nuevo, debemos distinguir entre uno y otro caso: si las funciones son ejecutivas, una ausencia de medidas correctivas podrá suponer una comisión por omisión del delito de que se trate, lo que le generará responsabilidad penal personal, mientras que un rol meramente consultivo, tanto si se trata de un profesional interno como externo, trasladará la responsabilidad por una posible comisión por omisión a quien verdaderamente tome la decisión de cómo actuar¹⁹⁹.

Finalmente, debemos hacer notar una característica habitual en los *Compliance Officers*, tanto internos como externos: la compatibilidad de sus funciones con las de un Responsable o, en su caso, Delegado de Protección de Datos. Esta figura, de muy reciente creación (en concreto, entró en vigor en 26 de mayo de 2018, si bien la norma que la creaba se aprobó con una *vacatio legis* de dos años), ha sido asimilada por parte del mercado a la del *Compliance Officer*. De hecho, como hemos comentado *supra*, el

¹⁹⁹ En sentido parecido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (“compliance programs”)”, en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*. Ed. La Ley. Madrid, 2011, pp. 189 ss.

RGPD muestra que el estatuto orgánico de esta nueva figura es muy similar al que habitualmente tiene el responsable de la función de *Compliance* de una persona jurídica. Más aún, según refleja la AEPD, el 74% de los profesionales de este sector no consideramos que haya ningún inconveniente en que estas funciones las ejerza una misma persona, y el 69% creemos que el perfil requerido es similar²⁰⁰.

En conclusión, esta exposición sobre la práctica diaria de un *Compliance Officer* refuerza las conclusiones que hemos expuesto *supra*: se requiere un mayor desarrollo de esta figura, definiendo sus funciones, sus límites y su régimen de responsabilidad. Opinamos que la mejor solución consistiría en una regulación de *lege lata*, si bien consideramos más probable que sea el Tribunal Supremo quien fije estos criterios mediante su jurisprudencia.

a.5. Adaptación de esta figura a la economía española

En conclusión de todo lo anterior, el *Compliance Officer* tiene una muy escasa regulación y un desarrollo de sus funciones y características cuanto menos tímido²⁰¹. En opinión propia, es una figura pensada no para cualquier persona jurídica, sino únicamente para estructuras empresariales que revistan de un cierto tamaño; de hecho, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado menciona la posibilidad de que esta figura exista en una empresa de cualquier tamaño, si bien se centra más en las entidades de mayor tamaño, llegando incluso a comparar esta figura con otras similares de sociedades cotizadas o de empresas de servicios de inversión²⁰². Este punto no se adapta del todo a la realidad económica española, puesto que, como se ha visto en el Capítulo anterior, la mayoría de las empresas de nuestro país tienen menos de diez trabajadores, y para estas estructuras consideramos que no tiene sentido la instauración de un organismo tan complejo que se encargue de la supervisión de los miembros de las mismas. Pudiera ser una opción razonable que en estos casos fuera el máximo órgano de gobierno quien ejerciera esta supervisión, tal como prevé la Ley, aunque queda la duda de cómo velaría por su propia independencia, máxime en aquellos casos en los que este

²⁰⁰ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “El *Compliance Officer*, una figura compatible con la del Delegado de Protección de Datos”, Diario La Ley, nº 9432 (2019) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 1 de agosto de 2019).

²⁰¹ Tal como se ha visto *supra*, esta idea ha sido recogida, entre otros, por ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., p. 320; LIÑÁN LAFUENTE, A., en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) / MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado*, cit., pp. 347 s.

²⁰² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 42.

órgano es un administrador único, que muy probablemente no estará dispuesto a contratar los servicios de un profesional externo para supervisarle.

La única respuesta que consideramos más adecuada se basa en lo expuesto anteriormente sobre la delegación: si el máximo órgano de gobierno es el garante originario del cumplimiento normativo en una empresa, puede querer delegar esta responsabilidad en un tercero. En este caso, debe tenerse en cuenta que esta posición de garante la va a tener se tenga o no implantado un PCN (que, como hemos dicho, no le eximirá a él, sino a la organización en su conjunto, de responsabilidad penal), sólo que será dicho Programa, junto con las figuras que lo componen, el que permitirá esta suerte de “salvoconducto de responsabilidad” que es la delegación en un *Compliance Officer*, siempre que reuniera los requisitos antes expuestos.

En este contexto, procede recordar que la jurisprudencia se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de la delegación y ha establecido los criterios a partir de los cuales ésta se considera correcta. A modo de ejemplo, la SAP A Coruña 134/2008, 31 marzo, citando la anterior STS 14 julio 1999, indica que los requisitos son tres: que la delegación recaiga sobre una persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro, que se hayan facilitado al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro y que se implementen las medidas de cautela específicas para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas establecidas previamente. Esto supone un triple deber del delegante: el de elección del delegado, el de instrumentalización y, sobre todo, el de control. Si alguno de estos tres requisitos no se diera, la delegación se entendería por no hecha y, en consecuencia, no surtiría efectos²⁰³.

De hecho, esta reflexión también puede hacerse extensiva a cualquier pequeña y mediana empresa, que son aquellas en las que el CP permite al órgano de administración asumir directamente estas funciones²⁰⁴. En línea con esto, cabe decir que nos parece del todo inadecuado permitir este control directo por parte de dicho órgano

²⁰³ Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Salvar al oficial Ryan”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M.L. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVÁÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad penal de la empresa y Compliance*, cit. pp. 6 ss. Este autor recuerda, además, que hay determinadas funciones que no se pueden delegar por ser inherentes al puesto que se ocupa, y que el delegante siempre podrá seguir recibiendo responsabilidad si incumple con sus deberes de supervisión.

²⁰⁴ En realidad, el art. 31 bis.3 CP indica que el órgano de administración podrá asumir las funciones de supervisión del cumplimiento de los Programas de Cumplimiento Normativo en los casos en los que la persona jurídica esté autorizada a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Esto nos remite al art. 258 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que indica que las entidades que pueden presentar la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada son aquellas que durante al menos dos ejercicios consecutivos cumplan con dos de las siguientes tres circunstancias: “a) *Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.* b) *Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.* c) *Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta*”. Por tanto, en la práctica totalidad de los casos esto nos situará en el contexto de PYMES.

en una empresa pequeña que en una mediana, puesto que no consideramos que deban regir los mismos parámetros para una organización de, por ejemplo, quince trabajadores que para una de, por ejemplo, ciento cincuenta. Ambas son PYMES²⁰⁵, pero su estructura será, previsiblemente, muy distinta, puesto que, mientras que en la primera su reducido tamaño conllevará una departamentalización por funciones pero con una jerarquía simple que permita un control directo de los máximos organismos directivos, en una empresa que se acerque a los doscientos cincuenta trabajadores, aunque no alcance este umbral, la departamentalización será mucho más estricta y los niveles jerárquicos, más numerosos.

A efectos de analizar la adecuación a esta realidad económica de la regulación de la figura del *Compliance Officer*, consideramos que a partir de cincuenta trabajadores²⁰⁶ sí tendría sentido exigir al máximo órgano de gobierno que se apartase de la gestión de estas funciones y que se constituyera un comité parcialmente externalizado (nunca totalmente, puesto que un profesional externo jamás podrá conocer el día a día de la empresa si no trabaja en ella), pero con un número inferior de miembros, siempre en función de las características del caso concreto, es razonable que sea el propio órgano de administración quien ejerza estas funciones. En cuanto a la cuestión de la supervisión de su imparcialidad, tal vez podría solucionarse requiriéndose, por Ley, que este organismo fuera colegiado, si bien esta solución es imperfecta, puesto que la relación personal entre los miembros, inevitable, podría acarrear una cierta connivencia. La inclusión de un tercero externo sin duda contribuiría a una mayor imparcialidad, siempre que se le otorgasen poderes suficientes para actuar de forma adecuada (cosa que, de nuevo, consideramos improbable).

Además, otra cuestión sobre la que se debe poner el acento es la formación que debería tener este organismo. En España la mayor parte son abogados, pero no todos²⁰⁷. En opinión propia, si bien un perfil de persona con formación técnica (como por ejemplo

²⁰⁵ Recuérdese que según la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DOUE núm. 124, de 20 de mayo de 2003) no se considera que una empresa sea “grande” hasta que no llegue al lindar de 250 trabajadores.

²⁰⁶ Consideramos el umbral de cincuenta trabajadores por ser, como se ha visto en el Capítulo I, el que separa las pequeñas empresas de las medianas. En general, la complejidad organizativa de una empresa de más de cincuenta trabajadores hace recomendable que sean los directores de las distintas áreas los que se encarguen de velar por el cumplimiento normativo de las mismas, dejando a los administradores otros roles de gestión propios de su día a día con los que se sientan más familiarizados.

²⁰⁷ <http://lawyerpress.com/2016/07/29/casi-la-mitad-de-los-Compliance-officer-en-espana-no-son-abogados/>, consultada el 9 de noviembre de 2017.

un ingeniero) presenta las claras ventajas de tener conocimiento y experiencia en diseño de procesos que sin duda contribuirían a reducir los riesgos penales de una determinada organización, el conocimiento jurídico prima sobre otras habilidades, por lo que un *Compliance Officer* debería ser abogado. En cuanto a qué tipo de abogado, consideramos que la formación debería ser global, puesto que deberá tener conocimiento de varias ramas del Derecho; como mínimo, debería dar a su trabajo la forma que le daría un abogado mercantilista, aunque debería dominar el Derecho penal para las cuestiones de fondo. No obstante, como decimos, es imprescindible conocer todas las demás ramas del Derecho que afectan a la actividad (como por ejemplo, Protección de Datos o Blanqueo de Capitales).

Sin embargo, consideramos que esta falta de adaptación a la realidad económica y empresarial de la figura que hemos tratado aquí deriva, en el fondo, de la no obligatoriedad legal de implantar no ya un PCN, sino todo el sistema que ello conlleva. Si fuera legalmente obligatorio, una microempresa y una empresa pequeña podrían tener un comité formado por un miembro del órgano de administración y un profesional externo dotado de poderes suficientes de control, y una empresa mediana o grande, un organismo formado por las personas que se considerase, excluyendo a los administradores y también con al menos un profesional externo con poderes para garantizar la imparcialidad. No obstante, no siendo éste el caso, el *Compliance Officer* es una figura que requiere de un mayor desarrollo para que se adecúe a la realidad empresarial española.

b) Los canales de denuncias

b.1. Concepto y regulación

Tal como se ha comentado, el art. 31 bis.5 CP considera que en el contenido mínimo de un PCN ha de constar la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del mismo. No obstante, esto tiene una implicación directa, cual es la creación de un sistema interno de información de los supuestos incumplimientos al organismo encargado²⁰⁸. Este sistema recibe el nombre de Canal de denuncias.

²⁰⁸ Si bien se hace referencia a un sistema interno, cabe decir que un sector doctrinal opina que el mismo puede estar total o parcialmente externalizado. Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2013, p. 147, 151, indica que, en la

De nuevo, el legislador ha dejado el campo totalmente abierto a la creación de este mecanismo por parte de la doctrina y, en el futuro, la jurisprudencia. Cabe notar, como se ha apuntado anteriormente²⁰⁹, que existen varios ejemplos en derecho comparado sobre canales de denuncia, tanto a nivel europeo como internacional (muy especialmente, en Estados Unidos de América²¹⁰), pero las particularidades de la LOPD y del RGPD hacen que no en todos los casos las regulaciones extranjeras sean directamente aplicables a España²¹¹. Sin embargo, es de prever que esta situación se vea modificada con la trasposición por parte de nuestro legislador de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (cuya fecha máxima de trasposición en España es el 17 de diciembre de 2021, dos años después de su publicación en el DOUE)²¹². Esta norma responde a la mayor parte de las necesidades que se tienen en materia de regulación jurídica de los canales de denuncias (pudiéndose remarcar, muy especialmente, las disposiciones relativas a su funcionamiento y a la protección de los informantes), si bien queda ver en qué términos exactos se efectuará dicha trasposición y, sobre todo, cuándo tendrá lugar. No olvidemos que estos canales internos de denuncia son un elemento esencial en un PCN

práctica, algunos empleados de empresas que tengan conocimiento de prácticas ilícitas no quieran usar mecanismos de denuncia internos, sino que acudan directamente a la policía, la fiscalía, un juzgado, o incluso los medios de comunicación. Más aún, este autor comenta que algunas organizaciones deciden externalizar completamente el proceso de denuncia.

²⁰⁹ Ver RAGUÉS I VALLÈS, R., “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit. Ampliamente, RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación*, cit., pp. 91 ss.

²¹⁰ Si bien excede del objeto de la presente investigación profundizar en este aspecto, para una perspectiva de derecho comparado de los canales de denuncia véase THÜSING, G. / FORST, G. (Eds.), *Whistleblowing – A comparative study*. Ed. Springer International Publishing. Heidelberg, 2016. Entre otros aspectos, estos autores comentan que varios Estados han regulado, a nivel legislativo, la figura de los Canales de Denuncia (a diferencia de lo que pasa en España, podríamos añadir). Algunos ejemplos de ello los encontramos en Francia, Alemania o Italia, entre otros europeos, o Estados Unidos de América (con la *Sarbanes Oxley Act*), Japón o Corea del Sur, como ejemplos no europeos. En el ámbito europeo, no obstante, es de suponer que a partir de 2021 las regulaciones de los distintos Estados miembros de la Unión Europea armonicen el contenido de estas figuras mediante la trasposición de la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo.

²¹¹ Véase, en este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., p. 42. En sentido similar, haciendo hincapié en la ausencia e protección a los denunciantes, LUZÓN CÁNOVAS, A., “Instrumentos para la Investigación de la Corrupción”, CPJML, nº 11 (2015), p. 235.

²¹² Al respecto, en general, RAGUÉS I VALLÈS, R., “El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937”, *La Ley Compliance Penal (2020)* (en línea, <https://diariolaley-laleynext-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultada el 7 de noviembre de 2020). Este autor se muestra crítico con esta nueva regulación y opina que, en la práctica, las organizaciones optarán por implementar un canal de denuncias único en el que tengan cabida los distintos supuestos que puedan tener lugar, adaptado a un marco legal intervencionista.

para que la organización pueda sacar provecho de los incentivos ofrecidos por el legislador, además de ser una herramienta útil para conocer y controlar la información sobre la comisión de los hechos supuestamente contrarios a la Ley o a la normativa interna que puedan haber tenido lugar²¹³.

b.2. Funciones

Atendiendo a la disposición al respecto del Código Penal, la función del canal de denuncias es la de “*informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*”.

Teniendo en cuenta esta referencia legal, nos mostramos de acuerdo con GARCÍA MORENO cuando indica que un desuso o un uso incorrecto de este instrumento implica una escasa vigencia del PCN; ello es tanto como decir que una falta de cultura corporativa disminuirá no sólo la eficacia de este canal, sino de todo el sistema de *Compliance* que se haya pretendido implantar. Esta autora también destaca que los canales de denuncias suponen una importante fuente de información para que la compañía detecte los posibles incumplimientos que haya, además de permitir que se sepa si el análisis de los riesgos penales y los protocolos implementados se han desarrollado correctamente²¹⁴. Además, en sentido pragmático, NIETO MARTÍN añade que este instrumento supone una importante ventaja para las empresas en general, que es la de poder controlar las informaciones y conocerlas antes de que les llegue una hipotética citación judicial o una noticia en la prensa²¹⁵.

No obstante, desde una perspectiva absolutamente práctica, RAGUÉS VALLÈS indica que en España nunca ha sido una práctica habitual la comunicación (anónima o no) de las infracciones a los superiores jerárquicos, hayan existido en el seno de las empresas o no canales más o menos oficiales de denuncias (recuérdese, tal como se ha indicado *supra*,

²¹³ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso pena”, Diario La Ley, nº 8120 (2013) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

²¹⁴ GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 206 ss.

²¹⁵ De acuerdo con esta idea, por todos, NIETO MARTÍN, A., Diario La Ley, nº 8120 (2013).

que con independencia de ello siempre se ha podido comunicar al superior jerárquico alguna infracción)²¹⁶.

Siguiendo con la perspectiva práctica, debemos volver a citar la “norma” UNE 19601. En materia de canales de denuncia, se nos indica que la finalidad de los mismos es doble: por un lado, descubrir incumplimientos normativos que se hayan dado en la organización y, por otro, facilitar el asesoramiento a las personas que planteen dudas en materia normativa. Así, se indica que la organización debe implantar procedimientos adecuados para facilitar una comunicación con tal de que los miembros de la misma (y, en su caso, los terceros que corresponda) comuniquen los incumplimientos que haya podido haber tanto de normativa legal como otra de carácter interno de la empresa, garantizando la confidencialidad de estas comunicaciones y prohibiendo cualquier tipo de represalia en caso de que se utilice este instrumento de buena fe. Estos Canales, además, deben facilitar el asesoramiento a las personas que planteen dudas en materia normativa.

La consecuencia del uso del canal de denuncias será la investigación interna que deberá desarrollarse para averiguar qué ha pasado. Los protocolos implementados al respecto²¹⁷ deben dirigirse a adoptar medidas adecuadas para verificar las comunicaciones, asegurándose de disponer de recursos con capacidad, autonomía e independencia para llevar a cabo las investigaciones pertinentes. Todos los departamentos de la organización, si se les requiere, deben colaborar en estas investigaciones, asegurándose de que el órgano de *Compliance* acceda a toda la información y documentación que requiera. En cualquier caso, los derechos del denunciante y del denunciado deben preservarse. Es de resaltar que, si finalmente la investigación se saldase en tener que sancionar a un miembro de la organización, el castigo deberá ser proporcionado a la gravedad del caso. Además, se deberá proceder a realizar los cambios pertinentes en los procesos de control establecidos y, en su caso, informar a las autoridades de los hechos, si revistieran carácter delictivo²¹⁸.

²¹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit. Ampliamente, RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación*, cit., p. 170.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 117. Este autor indica, con acierto, que es fundamental que los empleados de la compañía conozcan la existencia de este canal de denuncias, no siendo suficiente la mera elaboración de procedimientos si éstos no han sido debidamente comunicados.

²¹⁸ CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado*, cit., pp. 203 ss.

Por su parte, la Circular de la Fiscalía 1/2016 también hace sus propias consideraciones acerca de este mecanismo interno, si bien se muestra particularmente cauta, pues se limita a reconocer la importancia de los mismos. En lo que sí incide el Ministerio Fiscal es en la obligatoriedad de establecer un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas preventivas recogidas en el PCN y las directrices de comportamiento de directivos y empleados que en su caso incluyera el código de conducta. Sin embargo, no se hace mención a cómo constituir dicho sistema sancionador²¹⁹. De hecho, la Fiscalía menciona que un PCN, además de tener eficacia preventiva, debe posibilitar la detección de conductas criminales, siendo uno de sus elementos fundamentales la creación de unos canales de denuncia internos. Asimismo, el sistema disciplinario interno al que se refiere el CP en el artículo citado también debe tener cabida en el PCN. En este sentido, la Fiscalía afirma que no todos los incumplimientos normativos revisten carácter de delito²²⁰, sino únicamente aquellos que sean más graves²²¹.

b.3. Elementos de la comunicación

Más allá de lo que se ha indicado, procede hacer mención de los elementos que confluyen en la comunicación de una infracción mediante el canal de denuncias.

El primero de ellos es el emisor de la información. En principio, cualquier persona que conozca de un incumplimiento en una organización debería poder ponerlo en

²¹⁹ A modo de anotación de derecho comparado, ver KAPLAN, J.M. / WALKER, R.S., “Ethics and the regulatory environment”, en FREDERICK, R.E. (Ed.), *A Companion to business ethics*. Ed. Blackwell Publishing. Malden, Massachussets, 1999, p. 370. Estos autores proponen algunas sanciones posibles, tales a amonestaciones verbales o escritas, degradaciones, suspensiones de empleo y sueldo o multas, siempre con la voluntad de diseñar un modelo sancionador que tenga la triple finalidad de detectar las vulneraciones de la normativa, “rehabilitar” a los empleados problemáticos y demostrar a quien corresponda el compromiso de la empresa con el cumplimiento normativo. Estas propuestas de sanción, salvo en lo referente a las degradaciones, tendrían plena adaptación al contexto español, puesto que son las que más frecuentemente se incluyen como sanciones disciplinarias en los convenios colectivos de los distintos ámbitos laborales.

²²⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 54.

²²¹ Ver al respecto AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito en la empresa*, cit., p. 116. Este autor se plantea la necesidad de acudir al Derecho penal para prevenir delitos de empresa, considerando que ciertos problemas pueden encauzarse a través del Derecho laboral; el Derecho penal, según AGUSTINA, debería reservarse únicamente para los casos más graves, atendiendo a la dimensión pública del conflicto, su trascendencia social y su gravedad intrínseca. No obstante, discrepamos de este criterio: en opinión propia, sería más coherente un sistema de sanción interna que únicamente se centrara en las sanciones que el convenio colectivo de aplicación prevea, sin perjuicio de que, además, la empresa denunciase a la persona infractora, lo que supondría la apertura de la vía penal. Opinamos que, en la práctica, sería la solución más sencilla, puesto que las empresas están más familiarizadas con el Derecho laboral que con el Penal y los convenios colectivos no suelen contemplar sanciones para cuestiones penales (aunque, sin perjuicio de ellos, el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores considera procedente el despido de un trabajador que haya cometido un delito en su ámbito laboral).

conocimiento del responsable mediante el canal de denuncias. Este es el sentido en el que se expresa la práctica totalidad de la doctrina. Por citar un ejemplo, RAGUÉS VALLÈS indica que los potenciales denunciadores serían los empleados y otras terceras personas, alegando que los trabajadores pueden tener conocimiento de que en las empresas en las que trabajan se estén cometiendo hechos ilícitos (de hecho, este autor cita un interesante estudio del *Institute of Business Ethics* según el cual el 52% de los trabajadores tienen conocimiento desde su puesto de trabajo de prácticas ilícitas llevadas a cabo por la empresa de la que son empleados)²²². De hecho, algunas entidades llevan este factor al extremo de obligar a sus empleados a comunicar los incumplimientos de los que tengan conocimiento, lo que genera, sin embargo, algunas dudas en ciertos sectores doctrinales²²³.

Volviendo a la UNE 1960, se dispone que las comunicaciones que se hagan no han de ser únicamente en materia de incumplimientos, sino en relación a cualquier mejora que pueda necesitar el sistema de prevención de riesgos penales implantado. Por ello, sugiere que las informaciones provengan de trabajadores, clientes, proveedores, organismos reguladores y los encargados de los registros internos que en su caso se tuvieran²²⁴. Es de destacar que, al igual que la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, la UNE 19601 ponga el acento en la protección del informante: se considera esencial que el *whistleblower* tenga una regulación protectora específica que establezca la propia entidad y que le permita informar sobre supuestos incumplimientos de manera confidencial, mediante sistemas que la garanticen el secreto en las comunicaciones y eliminen el riesgo a sufrir represalias²²⁵. En este sentido, NIETO MARTÍN indica que es habitual en otros sistemas, como el estadounidense, que estos premios consistan en retribuciones para los informantes o rebajas en la sanción para aquellos que confesasen haber participado en un hecho ilícito²²⁶.

²²² RAGUÉS I VALLÈS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., pp. 177 s.

²²³ Véase GOÑI SEIN, J.L., “Sistema de denuncia interna de irregularidades”, en EL MISMO (Dir.), *Ética empresarial*, cit., pp. 319 ss.; MORATO GARCÍA, R., “Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario”, en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.), *Ética empresarial*, cit., pp. 413 ss. Ambas referencias aparecen también citadas por RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación*, cit., p. 117.

²²⁴ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN, *Norma española UNE 19601*, cit., p. 33.

²²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 45.

²²⁶ NIETO MARTÍN, A., *Diario La Ley*, nº 8120 (2013)

Por otro lado, la protección del informante suscita un debate en cuanto a su anonimato. Tal como indica RAGUÉS VALLÈS, en España se permite que la comunicación sea anónima, aunque la AEPD sugiera que no deba serlo (véase al respecto el siguiente subepígrafe)²²⁷. Por su parte, GARCÍA MORENO indica que un sistema de denuncias anónimo implicaría más garantías para el denunciante, lo que supondría una mayor eficacia del Canal al mostrarse los empleados menos reticentes a usarlo; no obstante, esta autora sugiere que el anonimato supone facilitar las denuncias por venganza o con ánimo de perjudicar al denunciado, y es un inconveniente a la hora de sancionar el mal uso de este instrumento²²⁸.

En opinión propia, el emisor de la denuncia debería conservar su anonimato frente al denunciado, pero no frente al receptor de la denuncia. En otras palabras, debería tratarse de un canal confidencial, pero no anónimo. Consideramos que un Canal confidencial ayudaría al informante a comunicar las infracciones, dado que el denunciado no sabría que ha sido él, y se permitiría controlar un mal uso del mismo²²⁹.

Sea como fuere, resolviendo cualquier debate doctrinal, debe atenderse a la actual LOPD indica en su art. 24 que “[s]erá lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable”. Desafortunadamente, la futura entrada en vigor de la Directiva 2019/1973 permite este anonimato, a criterio de cada Estado regulador, por lo que suponemos que la redacción de este precepto se mantendrá inalterada a pesar de que permite la posibilidad de que un

²²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., pp. 181 s. Este autor señala que si se instaurase un canal anónimo, la empresa estaría cumpliendo el requisito del Código Penal de contar con un canal de denuncias (que puede ser o no así, puesto que el CP no especifica nada al respecto), pero se expondría a una sanción administrativa precisamente por haber permitido este anonimato. Véase RAGUÉS I VALLÈS, R. *Whistleblowing. Una aproximación*, cit., p. 115.

²²⁸ GARCÍA MORENO, B., en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal*, cit., p. 224.

²²⁹ En este sentido ver RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?”, *Diario La Ley*, nº 9003 (2017) (en línea, diariolaley.laley.es, consultada el 24 de octubre de 2017); EL MISMO, *Whistleblowing. Una aroximación*, cit., pp. 122 ss.

canal de denuncias sea utilizado de forma indebida sin que se derive por ello ninguna responsabilidad²³⁰.

El siguiente elemento de la comunicación es el receptor de la información. Ya se ha visto en el epígrafe inmediatamente anterior que una de las funciones del *Compliance Officer* es, precisamente, la de gestionar el Canal de denuncias. Por tanto, éste será el receptor de las comunicaciones.

En este sentido, BACHMAIER WINTER indica que este órgano, además de las posibles denuncias o incidencias, deberá recibir información periódica sobre el cumplimiento del PCN, así como llevar a cabo evaluaciones periódicas acerca de su efectividad²³¹. Por su parte, RAGUÉS VALLÈS indica los requisitos que debe cumplir este receptor, a saber: que tenga conocimientos jurídicos suficientes para discernir entre las denuncias que tengan relevancia legal (penal o no) y las que no la tengan, que goce de independencia respecto de los departamentos con mayor riesgo de comisión de prácticas ilegales y que tenga la capacidad de impulsar las investigaciones internas que correspondan, además de acceder directamente a los máximos órganos directivos de la entidad (incluso a otros posibles órganos de control o incluso a los socios, en caso de una sociedad mercantil)²³².

En este sentido, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado se muestra conforme con que el *Compliance Officer* sea el receptor de las denuncias (que, como se ha visto, es lo que habitualmente sucede en la práctica), si bien añade que esto lo sitúa en un puesto de especial responsabilidad. En este sentido, tal como se ha indicado *supra*, esta figura tendrá responsabilidad penal personal si conoce de la comisión de un delito y no hace nada para evitarlo. Esto implica que tanga mayor riesgo penal que el resto de directivos de la organización puesto que, “*puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la*

²³⁰ Al respecto, haciendo hincapié en la confidencialidad, BERMEJO, M., “Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937”, La Ley especial Compliance Penal (2020) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 30 de noviembre de 2020).

²³¹ BACHMAIER WINTER, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *Compliance*”, Diario La Ley, nº 7938 (2012) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 22 de octubre de 2017).

²³² RAGUÉS I VALLÈS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., pp. 185 s.

*denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación”*²³³.

En este sentido cabe citar la norma UNE 19601, cuando indica que debe regularse internamente la involucración del “órgano de *Compliance*” (es decir, el *Compliance Officer* o asimilados) con el canal de denuncias. Será él quien dirija la investigación interna o, en caso de que la organización decida otra cosa, deberá estar permanentemente informado de todos los descubrimientos que se hagan²³⁴.

El tercer elemento de la comunicación es el propio canal. NIETO MARTÍN sugiere que, para que funcione, se deben dar dos requisitos cumulativos: el primero, que esté integrado en un sistema de cumplimiento eficaz en el que los trabajadores crean, que consideren útil y con el que estén comprometidos; el segundo, que proporcione seguridad al denunciante, quien debe conocer sus derechos, sus deberes y el funcionamiento del canal²³⁵.

Por su parte, ORTIZ PRADILLO²³⁶ sugiere varias opciones que configuren mejor al canal interno de denuncias: así, tanto puede tener la consideración de un confidente anónimo, de un testigo protegido o de alguien que simplemente se hubiera arrepentido. En el primer caso, este autor considera que no debe equipararse a la figura de la persona que denuncia un hecho con el informador de la policía, si bien duda sobre si la denuncia debería o no ser anónima. En los dos otros casos, opina que las medidas de protección de testigos de nuestro ordenamiento no incentivarían lo suficiente la colaboración, ya que ninguna norma prevé su anonimato absoluto y, además, en caso de ser coautor él también será sancionado penalmente (aunque con una pena atenuada); además, la jurisprudencia se muestra extremadamente recelosa con quienes dicen arrepentirse y aportar pruebas contra sí mismos y otros compañeros, por lo que la valoración de sus testimonios e informaciones debería ser considerada con particular precaución²³⁷.

Una cuestión que en la práctica es relevante es si la gestión del canal puede externalizarse. GARCÍA MORENO defiende la opción de un canal externalizado alegando que sería más efectivo, puesto que se garantizaría la imparcialidad, no habría presiones

²³³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., pp. 49 s.

²³⁴ CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado*, cit., pp. 203 s.

²³⁵ NIETO MARTÍN, A., *Diario La Ley*, nº 8120 (2013).

²³⁶ ORTIZ PRADILLO, J.C., “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, *Diario La Ley*, nº 4064 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

²³⁷ En esta materia ver, por todas, la STS 210/1995, de 14 febrero.

por parte de trabajadores ni de directivos y sería el mejor modo de garantizar la no divulgación de informaciones personales sensibles²³⁸. En cuanto a la materialización en sí, esta misma autora propone usar vías como el correo postal, el fax o la comunicación directa, así como líneas telefónicas, buzones de voz o correos electrónicos²³⁹.

Como apunte estrictamente pragmático basado en la práctica de quien escribe, en la mayor parte de ocasiones se opta por usar dos tipos de canal: el correo electrónico y la comunicación directa, dado que sus costes son prácticamente nulos, el acceso a ambos por parte de todo el personal es muy sencillo y su implementación no supone más cambio que el de crear una nueva dirección electrónica. Cabe suponer que una PYME incluso una microempresa, como lo son la mayoría, desearán un sistema lo más simple posible, aunque sin perder la efectividad. Por otro lado, las empresas más grandes suelen contar con canales de denuncia en sus redes de comunicación telemática internas (intranet o similares) o incluso un apartado específico en su página web²⁴⁰.

El siguiente elemento de la comunicación es el mensaje que se transmite. Ya hemos visto que el canal de denuncias tanto se puede usar para comunicar infracciones como para asesorarse en materia normativa. Cabe decir, no obstante, que otras opiniones doctrinales entienden que únicamente se deberían utilizar para informar sobre irregularidades, dejando la función de asesoramiento para otras instancias²⁴¹. En España, GARCÍA MORENO apunta que una opción sería restringir el contenido de las comunicaciones a irregularidades económicas, fiscales, organizacionales o, en los casos en los que sea de aplicación, relacionadas con el mercado de valores, siendo no obstante habitual que se utilicen para conductas relacionadas con acoso sexual y *mobbing*²⁴².

Ante esta indeterminación, que no viene en modo alguno clarificada por el CP²⁴³, debemos acudir al Derecho extranjero para entender mejor el tipo de mensajes que

²³⁸ GARCÍA MORENO, B., en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, cit., p. 235.

²³⁹ *Ídem*, p. 239.

²⁴⁰ Por ejemplo, el canal de denuncias de la sociedad Lidl Supermercados, S.A.U.: <https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=12ldl12&c=es&language=spa>.

²⁴¹ Por ejemplo, BERMEJO, M., “Elección Racional, oportunidad para delinquir y prevención situacional: la utilidad de este enfoque para el estudio de la delincuencia empresarial”, en *LH-Felson*, p. 321.

²⁴² GARCÍA MORENO, B., en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal*, cit., p. 237. No obstante, hay que tener en cuenta que este dos últimos ilícitos no forman parte de la lista de delitos por los que pueda responder una persona jurídica, por lo que, en opinión personal, es incorrecto utilizar el Canal de denuncias para ellos, sino que se deberían habilitar otras vías alternativas.

²⁴³ El único apunte que se da al respecto lo encontramos en el art. 31 bis.5.4 CP, que indica que los Programas de Cumplimiento Normativo “[i]mpondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. Se podría entender, en una interpretación literal, que únicamente se comuniquen comportamientos consistentes en infracciones de la normativa, si bien una interpretación sistemática sí permitiría usar el Canal de denuncias como vía de asesoramiento, dada la función preventiva y formativa del *Compliance Officer*, que, como hemos visto, es el receptor de las comunicaciones.

deben copar los canales de denuncia. Para ello, una primera referencia es la estadounidense *Sarbanes-Oxley Act* de 2002. De su análisis podemos extraer que el uso de un canal de denuncias es para las vulneraciones de los códigos éticos²⁴⁴ (que, por su concepción, suelen incidir en la no concurrencia de ciertas actitudes o ciertas acciones ilícitas, tanto penales como de otra índole). Además, en el supuesto de compañías filiales cuyas matrices se encontrasen en el extranjero, de acuerdo con esta Ley se deberían comunicar las infracciones de los códigos éticos y de la legislación de los respectivos países en donde se encontrasen dichas filiales²⁴⁵. Con posterioridad, la *Dodd-Frank Act* de 2010 posibilitaba la opción de otorgar premios económicos a las personas que informasen de algún incumplimiento de la legislación en sus empresas, si bien en este caso no se refería a canales de denuncia internos, sino a denuncias ante el Departamento de Justicia²⁴⁶.

Complementando a esta Ley, existen la *US Sentencing Guidelines*, que, en esta materia, destacan que el uso del canal de denuncias debe hacerse de buena fe, aunque este elemento deba determinarse en base a criterios subjetivos, siempre y cuando el emisor de la información sea capaz de aportar detalles sobre el hecho denunciado²⁴⁷.

Otra referencia internacional es la *Bribery Act* anglosajona de 2010. Para empezar, debe decirse que, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos de América, en Reino Unido se rechaza la opción de pagar a los informantes, alegándose que no existen evidencias empíricas sobre una mejora del sistema con este tipo de incentivos²⁴⁸. Esta Ley, en términos generales, se elaboró para combatir ya no cualquier tipo de ilícito penal, sino específicamente aquellos relacionados con la corrupción, tanto a nivel empresarial como a otros niveles. Por tanto, el objeto de las comunicaciones del canal de denuncias en lo referente a esta norma de nuevo deja de lado la asesoría y se centra en la comunicación de un hecho ilícito, concretamente relacionado con prácticas de corrupción²⁴⁹.

²⁴⁴ WILLIAMS, C., *Management*, 5ª ed. Ed. South Western. Mason, 2009, p. 133.

²⁴⁵ THÜSING, G. / FORTS, G. (Eds.) *Whistleblowing*, cit., p. 149.

²⁴⁶ HOGDES, C., *Law and Corporate behaviour. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Ed. Bloomsbury. Oxford/Portland, 2015, p. 524.

²⁴⁷ NIETO MARTÍN, A., "Internal Investigation, Whistle-Blowing and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process", en MANACORDA.S/CENTONZE, F. / FORTI, G. (Eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*. Ed. Springer. Heidelberg, 2014, p. 75.

²⁴⁸ HOGDES, C., *Law and Corporate behaviour*, cit., p. 524.

²⁴⁹ *Ibidem*.

Por tanto, inspirándonos en el derecho extranjero vemos que estos dos ejemplos centran el mensaje en infracciones (reales o supuestas de buena fe), no en cuestiones formativas o de asesoramiento. Ello no obstante, desde nuestra perspectiva, no vemos ningún inconveniente en usar el canal de denuncias para preguntar sobre la legalidad o ilegalidad de determinadas conductas, y ello por dos motivos: el primero, por prevención, puesto que no todos los trabajadores tienen por qué conocer los detalles de cada delito y su aplicación al caso concreto, por lo que es favorecedor a la prevención de delitos que puedan preguntar, incluso si dicha pregunta esconde una inculpación a un compañero o a uno mismo; el segundo, porque una de las tareas del *Compliance Officer* es, precisamente, la de formar al personal de una empresa (a todos los niveles) en materia de delitos corporativos, por lo que debería estar siempre disponible para resolver cuantas dudas se le planteasen, y consideramos que es más ágil usar una única línea comunicativa que dos (una para infracciones y otra para preguntas).

Siguiendo con los demás elementos de la comunicación, consideramos que no plantean mayores problemas. Así, el contexto en el que se deberían producir sería el de la empresa en la que se implantase el canal de denuncias. Ya se ha visto que, en un contexto de una empresa filial, tanto puede comunicarse a la matriz directamente como a un organismo de la propia filial que posteriormente reporte al organismo correspondiente de la matriz²⁵⁰. En cualquier caso, dado que el CP guarda silencio al respecto, podemos entender que este punto es de desarrollo libre por parte de cada entidad.

Lo mismo sucede con el último elemento de la comunicación, el código utilizado, que deberá ser el que se establezca en cada caso (y que habitualmente será la lengua que más se utilice en la organización de que se trate y, en caso de comunicación con un organismo extranjero, la que se haya pactado como *lingua franca*).

En cuanto al ruido informativo (es decir, aquellas comunicaciones que no deberían haberse tramitado por medio del canal de denuncias), nos remitimos a lo que ya se ha expuesto: el uso malintencionado de esta herramienta deberá ser sancionado, aunque, evidentemente, un uso erróneo de buena fe no lo sea.

²⁵⁰ THÜSING, G. / FORTS, G. (Eds.) *Whistleblowing*, cit., p. 149. En la práctica, es muy habitual que haya un *Compliance Officer* (u organismo análogo) de la filial que informe a su homólogo de la matriz sobre las denuncias recibidas, aunque en algunos casos un miembro del organismo de la matriz forma parte de dicho organismo de la filial para estar al corriente de todo cuanto suceda, y ello tanto en grupos de empresas nacionales como internacionales.

b.4. Breve mención acerca de la posición de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

A modo de apunte, la AEPD emitió en 2007²⁵¹ un informe titulado *Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”)*, que remarcaba la importancia de crear y dar de alta ante esta Agencia un fichero de titularidad privada que versara sobre las denuncias internas que se hubieran producido²⁵². El responsable del mismo sería también quien se encargaría de comunicar a los trabajadores su existencia y las garantías de confidencialidad que este sistema otorga. Como justificación, la Agencia indica que el trabajador que ha sido sometido a un proceso de denuncia interna queda, en muchos casos, estigmatizado dentro de la organización, por lo que es necesario un tratamiento del proceso que observe la confidencialidad debida en referencia a esta situación.

De hecho, esto motiva otra de las cuestiones que se pueden plantear en referencia al canal de denuncias interno, que es si el tratamiento de datos confidenciales se podría entender incardinado en la existencia de un contrato entre las partes. A ello, la Agencia entiende que sí, y que, de hecho, este tratamiento de datos podría considerarse necesario para la relación contractual (en su caso, laboral, aunque no necesariamente), siempre y cuando la consecuencia de la utilización de dicho canal interno de denuncias afectase significativamente a esta relación. Ello resulta coherente con el hecho de que se deben sancionar tanto los actos ilícitos cometidos como, en su caso, aquellos que, no

²⁵¹ Si bien a primera vista podría sorprender que este informe estuviera fechado tres años antes de que entrara en vigor la L.O. 5/2010 y ocho antes de que lo hiciera la L.O. 1/2015, téngase en cuenta que el mismo vino motivado por la práctica del canal interno de denuncias que se estaba implantando en otros estados de la Unión Europea, y cuya implantación en España, fuera de los casos de las empresas que hubieran decidido tener uno aún sin contar con un Programa de Cumplimiento Normativo, era previsible. En este sentido, GARCÍA MORENO indica que ya antes de 2010 la mayoría de grandes entidades españolas contaban con Canales de Denuncia, unidos a Códigos de Conducta u otras políticas como, por ejemplo, las relativas al acoso laboral. Véase GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la Administración Pública”, en NIETO MARTÍN, A. / MAROTO CALATAYUD, M. (Dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2014, p. 44. Haciendo hincapié en la tradicional ausencia de comunicaciones a los superiores sobre infracciones cometidas por compañeros, BLUMENBERG, A.D. / GARCÍA MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., pp. 273 ss.

²⁵² Para un comentario general al respecto, véase BACHMAIER WINTER, L., Diario La Ley, nº 7938 (2012).

contraviniendo directamente ley alguna, sean contrarios a la normativa interna de la organización²⁵³.

En este mismo sentido, la AEPD consideró, en el momento de redactar este informe, que las denuncias no deberían ser anónimas en aras de garantizar la exactitud y la integridad de la información contenida en ellas. A esto podríamos añadir que un buen motivo para que las denuncias no fueran anónimas es el de evitar (o, al menos, controlar) un uso excesivo y abusivo de las mismas. Sin embargo, el legislador de 2018 (en línea con lo que había indicado el pre-legislador de 2017) entendió que se tenía que permitir el anonimato en las denuncias, si así lo quería el denunciante, y plasmó esa decisión en el art. 24.1 LOPD, como hemos referido *supra*. Eso sí, más dudoso es si la persona denunciada debería conocer la identidad de su denunciante, a lo que la AEPD opina que no, por no estar ello previsto en la legislación, cualquiera que sea la interpretación que se dé a los derechos en ella contenidos (fundamentalmente los de acceso, rectificación, cancelación y oposición, que, en cualquier caso, se deberán observar y respetar)²⁵⁴.

b.5. Visión práctica de los canales de denuncia

En la práctica, los canales de denuncia se encuentran con varias circunstancias que dificultan su funcionamiento óptimo. Para empezar, el mayor problema es el que hemos

²⁵³ Una cuestión relevante en este sentido es la potestad investigadora de un empresario respecto de sus trabajadores, por ejemplo mediante el uso de cámaras de vigilancia o la lectura de sus correos electrónicos de servidores profesionales. Respecto a las primeras, tradicionalmente la jurisprudencia ha considerado que es improcedente el despido de un trabajador en base a las grabaciones de videovigilancia si no se le ha advertido previamente (por ejemplo, en su contrato de trabajo) de esa posibilidad (véase, singularmente, la STS, 4ª, 630/2016, 7 julio).

En cuanto a la lectura de correos electrónicos, en el Capítulo III se hará referencia a la “doctrina Barbulescu” y a su superación en España según la STS, 4ª, 226/2017, 17 marzo, FJ 4; de momento, baste apuntar que, a pesar de que inicialmente se consideraba que el acceso a dicho material estaba restringido, en la actualidad se considera que un correo electrónico ya leído por el trabajador es accesible también al empresario por constituir un documento de trabajo de iguales características a los demás.

²⁵⁴ Teniendo en cuenta que este canal parece pensado para ser de aplicación fundamentalmente en las sociedades mercantiles, consideramos que hay otro motivo por el que es recomendable que las denuncias no sean anónimas pero que el denunciado no conozca la identidad del denunciante: el mal ambiente laboral que necesariamente acarrearía el hecho de saber que un compañero ha denunciado a otro. El sistema del canal de denuncias recuerda a la “denuncia anónima” propia de la Santa Inquisición, en la que la “denuncia del vecino” era uno de los principales medios que los clérigos juzgadores utilizaban para conocer de los actos contrarios a la fe y a los dogmas de su religión. No es muy difícil ver el paralelismo que esta institución medieval guarda con el canal de denuncias internas de un Programa de Cumplimiento Normativo, tanto en su forma como en su finalidad. Sin embargo, el ambiente laboral es un factor fundamental para la realización de los trabajadores y para su productividad, por lo que los organismos directivos deberían velar para que la implantación de este canal no afectase negativamente a las relaciones laborales, dentro de lo posible. Sin embargo, esto es mucho más fácil de lograr en una gran empresa que en una PYME, a pesar de que, en la práctica, los canales de denuncia se aplicarán a unas y otras por igual, dada la importancia de este instrumento en sede del Programa de Cumplimiento Normativo.

expuesto en este epígrafe: en muy pocas ocasiones se utilizan los canales de denuncia, sobre todo en las organizaciones pequeñas²⁵⁵. Los motivos son variados: se considera que el hecho es irrelevante, se tiene miedo a las represalias por suponerse que se va a conocer el nombre de la persona denunciante, se prefiere resolver los conflictos por vías exclusivamente internas (en caso de que sea un servicio externalizado), etc. La cuestión es que, en no pocas ocasiones (sobre todo, en entidades pequeñas), la persona que tiene conocimiento de un potencial hecho delictivo (o, si más no, constitutivo de infracción) es el propio gerente/director general de una compañía, y, por tanto, es esta figura quien debería informar al *Compliance Officer* de los hechos. Ello no obstante, por las razones que acabamos de exponer (entre muchas otras) no se emiten las comunicaciones pertinentes.

Este desuso, sin embargo, es contraproducente: si un *Compliance Officer* no sabe todo lo que está sucediendo en una organización, no podrá llevar a cabo un análisis de riesgos correcto, por lo que cualquier sistema de cumplimiento que diseñe adolecerá siempre de ser incompleto, precisamente en aquellos puntos más sensibles, que son los que verdaderamente dan sentido político-criminal a un PCN²⁵⁶. Lamentablemente, esto es un reflejo de la ausencia de cultura empresarial de cumplimiento normativo que aún impera en nuestro país, por lo que nos reafirmamos en lo que hemos expuesto en el anteriormente al afirmar que esta filosofía incumplidora existe y es uno de los principales obstáculos de aplicación de la normativa. Más aún, en cuanto se refiere al contenido de los arts. 31 bis CP y concordantes, la no obligatoriedad legal de implantar un Programa de Cumplimiento, unida a esta desgana por admitir los puntos débiles, hace que estemos ante una regulación que aún deberá tener un largo recorrido para que sea socialmente aceptada y, en consecuencia, cumpla plenamente con su finalidad político-criminal²⁵⁷.

Esto afecta al tema principal de esta investigación. Opinamos, sin embargo, que no constituye una falta de adaptación de la norma a la realidad, sino que en este caso

²⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit. p. 170.

²⁵⁶ GARCÍA MORENO, B., en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal*, cit., pp. 206 ss.

²⁵⁷ Esto entronca con la reflexión de GÓMEZ MARTÍN, V., “Compliance y Derechos de los Trabajadores”, en KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría*, cit. pp. 125 ss., a la que nos hemos referido *supra*: este autor sostiene, con razón, que muchas empresas prefieren resolver los incidentes que se den en sus respectivos contextos de manera interna. No obstante, en la práctica no resulta extraño pensar que los miembros de una persona jurídica, en especial si es de pequeñas dimensiones, se sentirán más cómodos si su denuncia se gestiona por parte de una entidad externa, puesto que con ello se evitaría el miedo a represalias.

es la realidad la que debe cambiar para amoldarse a lo que dicta la norma, que no resulta, en modo alguno, absurda, impertinente ni desproporcionada.

Otra de las circunstancias que hacen que los canales de denuncias no tengan un funcionamiento óptimo es que se encuentran con la misma dificultad que hemos mencionado *supra* sobre los *Compliance Officers*: sus usuarios desconocen su funcionamiento. Parecería lógico pensar que una explicación al respecto, ya en forma de curso presencial, ya por escrito, sería suficiente para esquivar este escollo, pero no es así: es frecuente que se confunda el canal de denuncias con un “buzón de sugerencias” o, incluso, que se utilice como vía para comunicar disfunciones operativas sin la más mínima relevancia jurídica (no digamos ya jurídico-penal). Tal como hemos indicado, en la práctica totalidad de los casos será el *Compliance Officer* quien estará detrás de ese canal de denuncias, por lo que, de nuevo, la indefinición de sus funciones hace que no quede claro cómo debe responder en uno u otro supuesto²⁵⁸.

Pongamos tres ejemplos con los que se ha encontrado quien escribe en su práctica profesional. El primero, el de un canal de denuncias de una residencia de la tercera edad de Barcelona al que llegó una vez una queja de un familiar de un usuario conforme se había acabado el papel higiénico en el lavabo de visitas; el abogado externo remitió la comunicación a la secretaría del centro para que se pusiese en contacto con la persona correspondiente y se evitase incurrir en estos incidentes en el futuro (sin embargo, hubiera sido razonable que dicho abogado simplemente obviase el hecho dada su irrelevancia a efectos de *Compliance*). El segundo, el de una conocida cadena de supermercados en el que la implantación de un canal de denuncias supuso, en su inicio, que se comunicasen muy reiteradamente unos supuestos incumplimientos de los horarios laborales en las tiendas; el *Compliance Officer*, que era interno, remitió el caso al departamento de Recursos Humanos de la empresa, quien emprendió las acciones correspondientes. El tercero, el de una empresa de distribución de productos tecnológicos que informó al abogado externo que gestionaba el cumplimiento normativo, durante una sesión del “Comité de *Compliance*” que se había constituido con personal interno (siendo dicho abogado el asesor del mismo) de que había llegado una denuncia por un posible delito contra la

²⁵⁸ Resulta lógico pensar que una de las habilidades que ha de tener es saber remitir las diferentes comunicaciones a los destinatarios que verdaderamente deban encargarse de ellas, lo que ocasionalmente supone fricciones sobre la competencia para resolver los distintos casos que se pueden dar. Sin embargo, sería deseable, también aquí, una mayor concreción de las funciones de esta figura, así como de su posición jerárquica, que permitiese llevar a cabo esta delegación de tareas sin que hubiera oposición al cambio. No obstante, también parece razonable extender las potestades del *Compliance Officer* a ámbitos normativos extrapenales, y hacerlo tan amplio como se requiriese. En ambos casos, se trata de opciones factibles que se dan tanto si la gestión del cumplimiento normativo se desarrolla internamente como si se hace de manera externa, y en ambos casos se parte de la base errónea de que la persona que gestiona los canales de denuncias tiene conocimientos suficientemente amplios de toda la normativa aplicable: resulta evidente que un *Compliance Officer* debe navegar cómodamente entre legislaciones de distintas ramas, y un abogado de un despacho podrá contactar con otros compañeros especialistas en otras materias (salvo que se trate de una firma especializada), pero, en la práctica, ni es cierto que un *Compliance Officer* interno tenga un dominio suficiente de todas las ramas del ordenamiento ni tampoco lo es que la contratación de los servicios de un despacho profesional dé acceso a todo su personal sólo por haber contratado un servicio que puede resultar algo más generalista que otros.

propiedad industrial al utilizar un nombre comercial sin consentimiento de su titular. Sólo este caso es digno de mención en un canal de denuncias, pero no se utilizó.

Debemos entender, sin embargo, que se requieren unos ciertos conocimientos jurídicos para distinguir qué debería ser materia de canal de denuncias y qué no. Para alguien sin formación jurídica, no hay apenas diferencia entre una “queja” y una “denuncia”, o entre una “infracción normativa” y un “delito”, lo que propicia que las comunicaciones que se emiten resulten, en ocasiones, desacertadas. Sin embargo, aún con esta desventaja, cualquier mensaje que se envíe a través del canal de denuncias, con la excepción que comentaremos a continuación, da al *Compliance Officer* (y, por extensión, a las personas a quien éste deba informar) una información valiosa acerca de cuestiones problemáticas de las que no siempre se podría llegar a tener el conocimiento necesario, particularmente en estructuras organizativas medianas o grandes.

El tercer y último aspecto que impide un buen funcionamiento de los canales de denuncia es, precisamente, la excepción a lo que acabamos de referir: la legislación actual (art 24.1 LOPD) permite que las comunicaciones que se emitan sean anónimas, y esto da pie a malos usos del canal. En concreto, estos malos usos pueden consistir en denuncias por venganza contra alguien en concreto o, simplemente, en comunicaciones falsas que pretendan conseguir algún resultado concreto de forma indirecta (por ejemplo, una queja por malas condiciones laborales que pretenda una mejora en las mismas a pesar de ser estas plenamente plausibles según la legislación actual)²⁵⁹. Naturalmente, la mayor parte de organizaciones que cuentan con un canal de denuncias, con independencia de su tamaño, establecen en sus protocolos internos que un mal uso del mismo es sancionado, pero el anonimato hace que resulte prácticamente imposible determinar quién ha sido la persona que está detrás de una denuncia malintencionada. El legislador, opinamos, ha pecado de un exceso de inocencia al creer que esta circunstancia permitiría, simplemente, una mayor facilidad para denunciar, evitando posibles represalias por no saber contra quién dirigirlas, pero ha cometido el error de no ponderar correctamente (sobre todo, en cuanto afecta a las organizaciones más grandes) los riesgos de que los usuarios del canal abusasen de la posibilidad del anonimato.

En conclusión, opinamos que los problemas con los que a día de hoy se topan los canales de denuncia tienen un importante trasfondo cultural: siguiendo con la distinción

²⁵⁹ En sentido similar, como se ha indicado, GARCÍA MORENO, B., en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal*, cit., p. 224.

que propone BENÍTEZ PALMA, no es lo mismo la figura del “chivato” (esto es, quien piensa en su propio beneficio a la hora de comunicar unos hechos) que la del “*whistleblower*” (que piensa en el bien común de su organización y actúa por ética y responsabilidad)²⁶⁰. Al parecer de nuestra experiencia, consideramos que, desafortunadamente, los primeros abundan mucho más que los segundos, si bien reiteramos que son pocas las personas que finalmente se deciden a utilizar un canal de denuncias²⁶¹. Todo ello hace que su finalidad preventiva, tanto general como especial, según se considere, no llegue a satisfacerse completamente.

b.6. Adaptación de este instrumento a la economía española

En conclusión, los canales de denuncia son elementos necesarios en un PCN que fomentan que un miembro de la organización haga saber al *Compliance Officer* que se ha cometido un hecho potencialmente ilícito²⁶². Si bien debemos admitir que es un instrumento sin el cual el sistema de *Compliance* quedaría desvirtuado, de nuevo nos mostramos discrepantes con la adecuación al contexto empresarial real de España de esta figura. El motivo es que en una estructura empresarial de menos de diez trabajadores los factores personales intervienen de manera más evidente que en estructuras grandes, lo que puede conllevar un posible encubrimiento del hecho ilícito por parte de quien lo conozca. De hecho, en una organización propia de una pequeña empresa sería razonable pensar lo mismo, si bien, como es lógico, a medida que se va aumentando el tamaño de la organización se va disminuyendo el factor personal en el

²⁶⁰ BENÍTEZ PALMA, E., “El control externo y el *whistleblowing*”, RECE (vol. XX), nº 59 (2018) (en línea, <https://www.tcu.es/>, consultada el 24 de septiembre de 2019), p. 14.

²⁶¹ Esta conclusión encuentra su constatación práctica también en sede procesal. Agradezco al Ilustrísimo Sr. D. Óscar SERRANO ZARAGOZA, Fiscal de delitos económicos de la Audiencia Provincial de Barcelona, que me indicase su visión de este problema, que, por su práctica, achaca a una “*solidaridad mal entendida*” entre los miembros de una persona jurídica. En su opinión, es tarea del *Compliance Officer* (o, en su defecto, de la persona que se designe) la de concienciar a todos los miembros de una organización de las consecuencias negativas para todos sus miembros de las infracciones potencialmente delictivas cometidas por una persona. No obstante, este Fiscal sugiere que una concienciación se toparía con el obstáculo, casi insalvable, de qué sucedería si el delito fuese en beneficio directo de todos los miembros de la persona jurídica, puesto que, en este caso, los demás compañeros tendrían un incentivo mucho menor para denunciarlo. En este caso, además, se da otro problema de índole exclusivamente procesal: la dificultad probatoria en caso de que quien denunciase fuese un competidor ajeno a las prácticas exactas de la organización para la que trabaja esta persona.

²⁶² Por todos, NIETO MARTÍN, A., Diario La Ley, nº 8120 (2013). Este autor considera que un Canal de denuncias es una herramienta útil para conocer y controlar la información sobre la comisión de los hechos supuestamente contrarios a la Ley o a la normativa interna que puedan haber tenido lugar. Además, destaca que este control da a la empresa el poder de decisión sobre qué hacer con la información: darla a conocer (denunciar los hechos) o bien reservársela e intentar resolver el asunto por cauces internos, o reunir más pruebas para una mejor colaboración futura. En definitiva, lo que le permite es manejar la información a la mejor conveniencia de su reputación.

global de la plantilla (sin perjuicio de que este siempre exista, pero quede aislado a nivel de equipo o de departamento).

No obstante, este sistema de “denunciar a los compañeros” se encuentra con otras dificultades. Por ejemplo, el mero hecho de denunciar ya implica una actividad que, si no se hace de manera anónima, en algunos casos puede dar reparo a la persona denunciante, sobre todo si conoce al denunciado o si sabe que el organismo que tramite la denuncia lo conoce. Además, podría plantearse si realmente existe una “obligación de denunciar”, o si esta cuestión se deja a la voluntad de quienes tengan conocimiento de los hechos²⁶³.

Sin embargo, reiteramos la utilidad práctica del canal de denuncias como método para que un PCN sea realmente efectivo. La ausencia del mismo dificultaría que el *Compliance Officer* tuviera conocimiento, en muchas ocasiones, de los hechos que constituyeran una infracción grave de la normativa, sobre todo en estructuras empresariales medianas o grandes. Pero en una estructura de menores dimensiones, puede no ser tan útil y, además, es posible que empeore el ambiente laboral, lo que conlleva una menor productividad y, a la larga, una mayor probabilidad de que surjan problemas en la salud mental de los trabajadores, como estrés o depresiones.

A esto cabría preguntarse qué papel jugaría el abogado interno de la empresa, si lo hubiera. Tal como sugiere MULLERAT BALMAÑA²⁶⁴, el secreto profesional que envuelve a esta figura implica que no está claro si ha de actuar como *whistleblower* o, al contrario, ha de limitarse a impedir actuaciones delictivas y denunciarlas si sospecha de su existencia. En opinión propia, dado el secreto profesional de un abogado “*in house*”²⁶⁵, su deber debería limitarse a informar al *Compliance Officer* o, en su caso, al órgano de administración, si bien no creemos que le sea exigible informar a las Autoridades de posibles hechos ilícitos. Como única excepción, podría considerarse el hecho de que el supuesto infractor fuera el propio administrador, en cuyo caso sí podría tener sentido una obligatoriedad de denunciar los hechos.

²⁶³ GARCÍA MORENO, B., en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal*, cit., p. 239.

²⁶⁴ MULLERAT BALMAÑA, R., “La conciencia de la empresa (algunas cuestiones éticas de los abogados de empresa)”, *La Ley*, nº 1 (2007). Ed. La Ley. Madrid, pp. 1789 ss.

²⁶⁵ Para una disertación detallada sobre esta cuestión, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO / BRAVO-FERRER, M., “El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7668 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

Sea como fuere, el *whistleblower* deberá tramitar la denuncia interna a través del canal que la persona jurídica haya implementado expresamente para ello, lo que implica la necesidad de establecer procedimientos internos de trámite de denuncias.

A modo de propuesta personal, una estructura que resulta operativa y útil en las empresas consiste en lo siguiente: primero, se recibe la denuncia, que no es anónima, pero garantizando la confidencialidad de su autoría. A continuación, se decide si el hecho denunciado constituye o no una posible infracción a la normativa (en este punto, si se quiere, sí se puede entender que hay una cierta labor de asesoramiento, puesto que se pondrá en conocimiento del denunciante que su indicación es o no relevante a estos efectos y por qué). Posteriormente, en caso de determinar que el comportamiento sí constituye una infracción, se convoca a la persona denunciada y se le conceden dos semanas para que aporte cuantas informaciones, pruebas, documentación, etcétera considere pertinente para explicar su versión de los hechos. Tras oírle, se toma una segunda decisión sobre la licitud o no de su comportamiento. Finalmente, en caso de que se estime que su acción infringe alguna norma, se le debe notificar y se le debe sancionar, tanto internamente (siguiendo lo establecido en el Convenio Colectivo que sea de aplicación) como, en su caso, denunciándole ante las autoridades competentes²⁶⁶.

2.3.4. Excurso: los PCN en la práctica

Tras describir y analizar brevemente el concepto y los componentes de un PCN, debemos hacer un excurso, siquiera breve, sobre su realidad práctica desde un punto de vista de operativa empresarial²⁶⁷. En este sentido, debemos partir de una premisa que ya hemos expuesto *supra* y sobre la que insistiremos más adelante: la escasa sensibilidad hacia el cumplimiento normativo que presentan las empresas españolas²⁶⁸. Esto no se

²⁶⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, cit., p. 192.

²⁶⁷ De nuevo, las opiniones y los análisis expuestos en este epígrafe derivan directamente de la práctica de quien escribe, si bien han sido comentados en diversos foros, en los que los participantes han mostrado su conformidad. Con todo, nos mostramos bastante de acuerdo con COCA VILA, I., “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., en especial pp. 56 ss.

²⁶⁸ A modo de ejemplo que justifique esta afirmación, en términos generales, el informe titulado *La gestión de los riesgos de corrupción* elaborado por el OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA en el año 2018, reflejó que la información que proporcionan las empresas del IBEX-35 en materia de transparencia es meramente anecdótica, y que se ha incrementado su presencia en Estados fiscalmente opacos o poco colaboradores. Analizando ejemplos más concretos, el informe titulado *Ley de transparencia y grandes empresas en España* elaborado por la entidad TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, publicado en 2018, pone el acento sobre el elevado nivel de incumplimiento de las obligaciones que la Ley 19/2013, de Transparencia, otorga a las grandes empresas, en gran parte por desconocimiento, pero

debe, en modo alguno, a una voluntad de obrar con mala fe, sino, simplemente, a una cultura basada en dos pilares: la persecución de objetivos “a toda costa” y la hiperespecialización de los puestos de trabajo clave (sobre todo en una estructura de dimensiones medianas o grandes).

Una de las principales cuestiones que encontramos en este ámbito es cuándo una organización (que en la práctica totalidad de los casos será una empresa) decide internalizar el “aseguramiento”, en la medida de lo posible, del respeto a la normativa y cuándo se decide externalizar. Los factores que inciden en esta decisión son, básicamente, dos: el deseo *verdadero* de asegurar un comportamiento acorde a la normativa (ya por iniciativa propia, ya por imposición de un tercero) y las posibilidades económicas con las que se cuente. Desafortunadamente, ninguna de las dos variables suele ser demasiado elevada, lo que justifica el escaso número de empresas que tengan un sistema de prevención de delitos²⁶⁹.

El hecho de externalizarlo supone una reducción de los costes de la implementación de este sistema. Sin embargo, un profesional externo jamás tendrá la misma información que uno interno, como ya se ha apuntado, y no tendrá tanto contacto con los mandos de la entidad como lo puede tener un compañero. En general, una externalización supone que se contraten los servicios de un abogado, que trabaje por su cuenta o integrado en un despacho profesional, que examinará la documentación con la que cuenta la entidad analizada, valorará su suficiencia, determinará qué documentos hacen falta y establecerá protocolos generales de actuación; frecuentemente, y siempre en acuerdo con las personas de la empresa con quien esté en contacto (que habitualmente son la Dirección Financiera y la Gerencia) designará a las personas que se encarguen de la gestión

también por percibirse esta norma como de “*escasa relevancia*”. No obstante, el problema no se ciñe únicamente a las empresas privadas, sino que también afecta a otros tipos de organizaciones: tal es el caso de los partidos políticos, de quienes el informe del GRECO titulado *Transparency on Party Funding* (2015) indicó que había habido una mejora sustancial en el ámbito de la transparencia y legalidad de su financiación, si bien se trataba de una materia que tradicionalmente había sido “*propensa a malas prácticas*” (p. 13).

Doctrinalmente, en referencia a la tipificación en 2010 del delito de corrupción privada, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Los delitos patrimoniales y económico-financieros”, en Diario La Ley 7534 (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 2 de agosto de 2018), comentó, con razón, que iba a suponer una modificación de prácticas habituales en el tejido empresarial español. En idéntico sentido, mucho antes también había sido apuntada esta idea por GARCÍA ARAN, M., en FARALDO CABANA, P. / VALEIJE ÁLVAREZ, I. (Coords.), *I Congreso hispano-italiano*, cit., p. 45.

²⁶⁹ Tal como se ha mencionado *supra*, el total de personas jurídicas con un PCN se aproxima al 9%, tal como pone de manifiesto el informe elaborado por la firma GRANT THORNTON, *Hacia sistemas de cumplimiento normativo avanzados* (<https://www.grantthornton.es/>, consultada el 26 de abril de 2020), p. 6.

interna del cumplimiento normativo mientras él desempeña un papel de asesor externo. Este profesional también hará un análisis de los distintos riesgos penales que encuentre, esto es, determinará qué delitos se pueden llegar a cometer (siendo realistas y en un contexto normal) y los valorará según la metodología que estime más conveniente. Por último, y en función de la extensión del servicio que cada abogado (o despacho) desee dar, hará un seguimiento de los avances de los puntos críticos que se hayan detectado y asesorará a la empresa qué hacer para evitarlos²⁷⁰.

En definitiva, un trabajo externo se limita a un análisis documental y a una guía genérica sobre cómo actuar, que podrá ser más detallada y adaptada a la empresa o menos. Otros servicios, como las formaciones o los seguimientos, dependen de la calidad con la que guste trabajar. Sin embargo, lo que está claro es que un trabajo externo deberá ser, necesariamente, genérico, puesto que los auténticos problemas se detectan en el día a día, y muchos pasan desapercibidos para quien no tiene una visión jurídica (o simplemente se decide ignorarlos por motivos reputacionales²⁷¹).

Por otro lado, la internalización sí supone una mayor exhaustividad en los trabajos que se elaboren, y una mayor efectividad de los mismos, en tanto que se cuenta con mucha más información y bastante más tiempo para elaborarlos. La clave de un buen PCN es el conocimiento de la organización en la que se implanta, y en este ámbito un profesional externo no puede competir con uno interno. Un profesional interno llevará a cabo, básicamente, las mismas tareas que un externo, si bien en este caso se garantizará que los trabajos estén adaptados a cada circunstancia y el análisis no se centrará tanto en los documentos sino en los procesos.

Naturalmente, vemos aquí el problema económico: la estructura necesaria para tener a un experto en *Compliance* y la capacidad económica requerida no están al alcance de todas las empresas. De hecho, dudamos de la necesidad de contratar a un profesional de estas características en una estructura pequeña²⁷². Sin embargo, el establecimiento de un

²⁷⁰ En sentido similar, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.), *Ética empresarial*, cit., pp. 189 ss.

²⁷¹ GÓMEZ MARTÍN, V., en KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.) *Compliance y teoría*, cit., pp. 125 ss.

²⁷² Salvo que, hipotéticamente, se detectasen riesgos particularmente elevados y difíciles de controlar. Por ejemplo, pudiera ser el caso de una empresa tecnológica formada por menos de 50 trabajadores (de hecho, la mayoría no llegan a 10) formada por expertos informáticos que pueden utilizar sus ordenadores para cometer delitos informáticos, o incluso contra la propiedad intelectual o industrial. En este caso, al estar hablando de riesgos muy focalizados a una actividad muy determinada, se requeriría un perfil especializado en estas cuestiones que combinase tanto conocimientos técnicos como jurídicos. Eso sí, la

sistema como el que describen el CP y, sobre todo, la “norma” UNE 19601 requiere de una inversión considerable que no todas las organizaciones, sean o no empresariales, estarán dispuestas a hacer.

No obstante, a pesar de todo lo dicho hasta ahora, la práctica propia nos muestra que lo verdaderamente importante en un sistema de cumplimiento normativo de una empresa no es el Programa en sí: este Programa es sólo un resguardo de todos los procesos que tiene la organización y la prueba documental de su existencia; habitualmente, además, incluirá medidas generales para el cumplimiento de la normativa, y es costumbre que se ponga a disposición (al menos, parcialmente) de los trabajadores. Pero lo importante no es dejar constancia de qué documentos se tiene, sino analizar de qué medidas de seguridad efectivas se carece²⁷³. En otras palabras, el trabajo verdaderamente relevante de un *Compliance Officer* es el análisis de los riesgos penales, habitualmente mediante tablas analíticas que dan como resultado un mapa de riesgos que relaciona el impacto y la probabilidad de que sucedan²⁷⁴.

La consecuencia de este estudio, que va más allá de un mero repaso documental (aunque, naturalmente, no debe pasarlo por alto) es poder determinar, de forma clara e indudable, qué grado de cobertura tiene cada uno de los riesgos y ver, en base a la relación probabilidad-impacto mencionada, qué aspectos son más urgentes. A partir de ahí es cuando se debe empezar a trabajar en cada uno de los puntos que se hayan descubierto, y esto teniendo en cuenta dos puntales: cuál es la forma correcta de proceder en cada caso concreto de los que se han detectado como problemáticos y

contratación de un *Compliance Officer* interno, en este caso, sería una muestra de desconfianza del empresario hacia sus trabajadores, por lo que se debería valorar si, a efectos de estrategia empresarial, es más interesante contratar los servicios de un externo.

²⁷³ En este sentido, agradezco al Ilmo Sr. D. Óscar SERRANO ZARAGOZA, Fiscal de delitos económicos de la Audiencia Provincial de Barcelona, que compartiera conmigo que la Fiscalía, a la hora de evaluar la responsabilidad penal de una persona jurídica, se fije en aquellos controles concretos que afectan al delito concreto que se juzga, y que, en ocasiones, llegue a proponer la existencia de algunos en concreto si considera que su ausencia es la que ha propiciado su comisión. Este apunte de la praxis procesal denota que el Programa de Cumplimiento Normativo en sí no es lo importante, sino que el nivel de detalle exigido hace que lo que verdaderamente cobra importancia sean los controles individualmente considerados.

²⁷⁴ A modo de ejemplo, centrándose en el delito contra la Hacienda Pública (pero con una explicación extrapolable al resto), FERRÉ OLIVÉ, J.C., “El compliance penal tributario”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) / MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado*, cit., pp. 215 ss. En términos generales, LIÑÁN LAFUENTE, A., *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*, cit., pp. 22 ss. En general, sobre cómo elaborar estos mapas y cómo interpretarlos, JIMÉNEZ CARBAYO, V., “La valoración de los riesgos en un programa de Compliance. El Método de Mosler como método de análisis y evaluación de los riesgos penales”, *Diario La Ley*, nº 8973 (2017) (en línea, <http://diariolaley.laleynext.es>, consultada el 11 de diciembre de 2020).

cuáles son las medidas que se establecerán para asegurar que se siga dicha forma de proceder. La constancia documental de todo esto es esencial, pero debe evitarse caer en la trampa de tener, simplemente, lo que comúnmente se llama un “*paper Compliance*” (o “*Compliance* cosmético”)²⁷⁵, es decir, un documento que dé una apariencia de respeto a la normativa que no se ajuste a lo que realmente sucede.

En este contexto, resulta muy interesante la observación de TORRAS COLL cuando expone que, en la práctica, hay ciertos indicadores de que estamos ante un “*paper Compliance*”, como pueden ser el momento en que el mismo empieza a surtir efectos, la información al respecto que se da a la compañía o la implantación de los instrumentos propios de los sistemas de cumplimiento (análisis de riesgos, canales de denuncia...), entre otros²⁷⁶. Sin embargo, discrepamos en un matiz: lo importante no es comunicar que existe un PCN, sino que se deben comunicar, a todas las personas que les corresponda, la implementación de cada una de las medidas que se instauren caso por caso. Naturalmente, es importante comunicar que existe un Programa y que la organización va a ir en esa dirección porque pretende mostrar un comportamiento ético y respetuoso con la normativa, pero la verdadera esencia del *Compliance* yace en las políticas individuales que establezcan procedimientos *ad hoc* y que tengan sus propios controles para asegurar su cumplimiento. Estas son, por tanto, las cuestiones que más primordialmente se deben trabajar y comunicar.

Sin embargo, lo cierto es que no se puede obligar a una persona a hacer aquello que no quiere hacer. En consecuencia, la tarea de todo *Compliance Officer* de concienciar a los miembros de una organización resulta más que esencial, y nos atrevemos a afirmar que es la más importante de todas. Más adelante retomaremos esta cuestión y la ampliaremos.

²⁷⁵ Véase GARCÍA MORENO, B., en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal*, cit., en especial p. 207 (haciendo referencia a los canales de denuncia).

²⁷⁶ TORRAS COLL, J.M., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa *Compliance*”, *La Ley penal*, n° 130 (2018) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 1 de octubre de 2019).

2.4. RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.4.1. Algunas cuestiones previas

Una vez analizados los aspectos que más afectan a esta investigación en materia de los PCN, procede ahora tratar una de las cuestiones que consideramos más trascendentes a los efectos de determinar el tipo de empresa y de mercado que supone el legislador a la hora de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, el sistema de penas posibles²⁷⁷.

Así, lo primero que cabe analizar es la diferencia entre las penas que se pueden imponer a una persona jurídica (art. 33.7 CP) y las llamadas medidas accesorias (art. 129 CP). Un sector de la doctrina²⁷⁸ considera que existe un fraude etiquetas entre estas dos figuras, puesto que recibe un nombre distinto algo que tiene igual contenido que las penas. La principal diferencia no está en la naturaleza jurídica de las “sanciones” que se impongan, sino en el tipo de organización en la que se impondrán: mientras que el régimen de penas únicamente se contempla para las personas jurídicas de derecho privado (y, con algunos límites, las organizaciones empresariales de carácter estatal), las medidas accesorias se dirigen a entidades sin personalidad jurídica (a las que, por tanto, no les sería de aplicación el art. 31 bis CP). Otro sector doctrinal se muestra aún más duro en su interpretación, llegando a afirmar que las “penas” para la persona jurídica “*sólo lo son porque el Legislador precisamente así lo indica*”²⁷⁹, sino que son más bien una suerte de *tertium genus* entre responsabilidad civil derivada de delito y un sistema de medidas de seguridad interdictivas.

Resulta particularmente llamativa la opinión de MANZANARES SAMANIEGO, quien opina que, al ser todas las posibles penas para una persona jurídica susceptibles de ser impuestas como sanciones administrativas o como consecuencias accesorias, “*la*

²⁷⁷ Nótese, sin embargo, que un sector de la doctrina considera que las sanciones que se imponen por la vía penal a las personas jurídicas no son auténticas penas, por lo que el principio de *societas puniri non potest* sigue en vigor. Se alega, en este sentido, que, si bien el sentido de la palabra *pena* nunca sería el mismo para una persona física que para una persona jurídica, para éstas se trata más bien de consecuencias jurídicas que responden a la naturaleza de la responsabilidad civil o de las medidas de seguridad. Véase, en este sentido, CIGÜELA SOLÁ, J. / GÓMEZ MARTÍN, V. / MIR PUIG, S., “Consecuencias jurídicas para las personas jurídicas (art. 33.7)”, en CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / DÍAZ MORGADO, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal económico y de la empresa. PG y PE. Tomo II*, 2ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 163 s.

²⁷⁸ Ver, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción*, cit., pp. 44 ss.

²⁷⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., en LANDA GOROSTIZA, J.M. (Dir.) / GARRO CARRERA, E / ORTUBAY FUENTES, M. (Coords.), *Prisión y alternativas*, cit., p. 281.

*complejidad de los correspondientes procesos penales en numerosos casos, (...) hará que con frecuencia la sanción imponible a estas últimas se demore ad calendas graecas mientras la Administración nada puede hacer por su parte, a la espera de que finalice el procedimiento previo”.*²⁸⁰

Sin embargo, nos mostramos plenamente de acuerdo con BACIGALUPO SAGGESE cuando señala que las sanciones que se pueden imponer a una persona jurídica tienen todas ellas la consideración de penas en sentido estricto (por tanto, no son ni medidas de seguridad ni meras consecuencias accesorias), “*ya que todas las consecuencias penales son, por definición, privación de derechos fundamentales o constitucionales*”²⁸¹.

Más adelante se volverá sobre esta cuestión, así como otras directamente relacionadas, y se planteará la toma de postura. De momento, déjese apuntado que consideramos que sí se trata de penas, a pesar de las diferencias que hay con las penas para las personas físicas, y no sólo porque esta sea la calificación que les da el art. 33.7 CP (que, además, las tilda de graves), sino porque no consideramos que las sanciones a una persona jurídica derivadas de la comisión de un delito en los términos del art. 31 bis CP deban ajustarse, necesariamente, a los mismos criterios que rigen para las personas físicas (fundamentalmente, en cuanto a culpabilidad se refiere), sino que se necesitan otros que se adapten a la idiosincrasia de una persona jurídica. Al estar hablando de una realidad diferente, el principio de igualdad exige que también lo sean los criterios utilizados (en este caso, para determinar si estas sanciones tienen o no verdadera consideración de “penas”). En el Capítulo IV se ampliará esta explicación.

2.4.2. Catálogo de sanciones posibles y normas generales de aplicación

- a) Observaciones de *lege lata* y *lege ferenda* sobre las posibles penas que se pueden imponer a una persona jurídica

El art. 33.7 CP, que vio la luz por primera vez tras la reforma del CP dada por la L.O. 5/2010 y que con la reforma de 2015 se ha mantenido inalterado, expone un catálogo de las posibles penas que se pueden imponer a una persona jurídica, todas ellas con la consideración de graves. Estas sanciones son las que se tratarán a continuación.

²⁸⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Las penas de las personas jurídicas”, Diario La Ley, nº 7920 (2012) (en línea, <http://diariolaley.laley.es>, consultada el 24 de octubre de 2017).

²⁸¹ BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., p. 45.

La primera es la multa, que puede ser por cuotas o proporcional. Respecto a ello, la Fiscalía General del Estado opina en su Circular 1/2011, de 1 de junio, que esta pena “es potencialmente la más útil para contrarrestar el desequilibrio económico derivado del beneficio y/o ahorro económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva, en buena parte de los casos”²⁸². Esta pena en concreto, al igual que sucede con la de disolución de la persona jurídica, tiene la característica de que no se rige por el régimen de agravantes que pudiera afectar a las demás penas²⁸³. De hecho, los arts. 50 y 52 CP indican que, tratándose de multa por cuotas, deberá atenderse a la capacidad económica de la persona jurídica y oscilará entre los 30 y los 5.000 euros diarios, debiéndose abonar en como máximo cinco años. En cambio, si se impone una multa proporcional, se tendrá en cuenta el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio que éste haya reportado. Además, en este sentido resulta oportuno recordar que la doctrina ha observado que, para evitar un posible *bis in ídem* en los casos en los que se condenase a la pena de multa a una persona física y a una jurídica, se deberá modular la cuantía de la misma en función de la gravedad de los hechos²⁸⁴.

La pena de multa, al igual que sucede en otros ordenamientos extranjeros (como el francés o el estadounidense, por ejemplo), es la sanción principal que se puede imponer a una persona jurídica, teniendo todas las demás la consideración de complementarias²⁸⁵. De hecho, tal como observa GÓMEZ TOMILLO, el carácter “imperativo” de este tipo de sanción supone la existencia de un patrimonio autónomo que otorgue a la persona jurídica condenada la capacidad abstracta de hacerla efectiva²⁸⁶.

Por su parte, BAUCELLS LLADÓS opina que esta pena tiene varias ventajas. Así, este autor subraya que se trata de una pena de fácil cumplimiento, gran flexibilidad, que implica bajos costes para su imposición y que puede llegar a suponer una importante fuente de ingresos para el Estado; además, BAUCELLS valora la idoneidad para alcanzar fines preventivos de esta pena, en consideración a que las empresas de un sistema

²⁸² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 62.

²⁸³ HORMAZABAL MALARÉE, H., en *LH-Bajo*, cit., pp. 185 ss.

²⁸⁴ Por todos, PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 44.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción*, cit., p. 24.

económico capitalistas persiguen una maximización del beneficio y, en consecuencia, “*calculan escrupulosamente los costes y beneficios derivados de su actuación*”²⁸⁷.

En opinión de quien escribe, teniendo en cuenta que, como se ha visto en el capítulo anterior, la práctica totalidad de empresas en España son trabajadores autónomos, microempresas y empresas pequeñas, la condena a una pena de multa que no tenga en cuenta su facturación sino la gravedad de los hechos supondrá en la mayoría de casos el cierre de la organización, tal como, de hecho, está sucediendo en la actualidad²⁸⁸. Por supuesto, siempre es posible pensar en una empresa mediana, o incluso tal vez una pequeña, con suficiente patrimonio para afrontar una multa no muy elevada, pero el tejido empresarial español prototípico, en opinión propia, difícilmente es capaz de asumir la mayoría de multas penales que los jueces y tribunales han ido imponiendo a las personas jurídicas desde que entró en vigor la Ley Orgánica 5/2010. En otras palabras, si bien no nos atrevemos a decir que la imposición de una multa supondría el cierre definitivo de la entidad condenada, puesto que ello sería equivalente a decir que cualquier condena a una persona jurídica implicaría su disolución, sí es cierto que la severidad de esta sanción hace que deba ser objeto de especial consideración, puesto que, en un contexto como el nuestro, pocas empresas podrían hacer frente a una multa de estas características, lo que sí conllevaría su cierre y, por tanto, dejar en el paro a sus trabajadores²⁸⁹.

La siguiente sanción que propone el CP es la disolución de la persona jurídica, que deberá inscribirse, por mandato judicial del propio órgano sentenciador, en el Registro Mercantil²⁹⁰. La Fiscalía tilda esta sanción de “*pena capital*” para una persona jurídica. Por ello, indica que sólo será procedente para los supuestos más extremos, y siempre y cuando imponer esta sanción no sea contraproducente para lo que se pretende evitar²⁹¹. A pesar de estas consideraciones, creemos que es acertada la observación de GÓMEZ

²⁸⁷ BAUCCELLS LLADÓS, J., “Sistema de penas para la delincuencia económica en el Derecho español”, en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *La delincuencia económica*, cit., p. 411.

²⁸⁸ En el Capítulo IV se analizará esta circunstancia con más detenimiento. No obstante, nótese que, dese que se inició esta investigación hasta ahora, las multas impuestas a las personas jurídicas como condena por la comisión de un delito han reducido notablemente su cuantía, sobre todo en cuanto se refiere a las multas por cuotas.

²⁸⁹ Siguiendo con BAUCCELLS, y a tenor de lo expuesto, este autor comenta la necesidad de implementar un modelo de multa que se adapte a las finalidades preventivas. Para ello, señala que su importe debería ser idóneo para desincentivar la actividad delictiva o motivar su evitación, y denuncia que el sistema del CP actual parece basarse en unos criterios de “*absoluta improvisación*”. Ver al respecto BAUCCELLS LLADÓS, J., en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *La delincuencia económica*, cit., pp. 412 s.

²⁹⁰ ROMA VALDÉS, J.A., *Responsabilidad penal*, cit., p. 58.

²⁹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 65.

TOMILLO cuando afirma que la disolución supone la “muerte civil” de la persona jurídica, por lo que difícilmente puede entenderse que se trate de una pena graduable por los derechos de trabajadores, acreedores y/u otras partes interesadas²⁹². Este autor también señala que el Código Penal no indica qué debe hacerse con el patrimonio de la persona jurídica disuelta, si bien sugiere atender a las disposiciones del Código de Comercio y otras concordantes para resolver estas cuestiones²⁹³.

Haciéndose eco del Derecho comparado, BAUCELLS considera que, al igual que viene pasando en Francia, esta pena será de muy escasa aplicación en España. Tanto es así que este autor se muestra sorprendido de la inclusión de esta pena en el catálogo del art. 33.7 CP, puesto que no existe ningún instrumento normativo que obligue a ello²⁹⁴. La Fiscalía, por su parte, entiende que esta pena deberá ser de aplicación sólo en muy pocos casos, dándose preferencia a otras como, por ejemplo, la intervención judicial (cuyo propósito es, precisamente, salvaguardar los derechos de los trabajadores y/o los acreedores durante hasta cinco años)²⁹⁵.

No obstante, en nuestra opinión, queda preguntarse por la adecuación de esta pena a la economía española real. Como hemos visto en el capítulo anterior, nuestra economía está sobreendeudada con sus propios trabajadores, de tal forma que las pensiones que deben financiarse con los recursos laborales actuales están financiándose con “recursos futuros”. Por ello, si bien es innegable la oportunidad de disolver una organización que se utilice como plataforma para delinquir, debe atenderse a las consecuencias sociales que siempre habrá, y a la oportunidad de desemplear a un colectivo de trabajadores, quizás incluso ajenos al hecho delictivo, que ni tengan recursos para mantenerse ni contribuyan a generar ingresos con los que sufragar las pensiones u otros aspectos propios del Estado del Bienestar. Por supuesto, esto sería incluso peor si la mayoría de empresas fueran de más de 250 trabajadores, pero no por ello resulta menos preocupante en una economía como la nuestra.

Permítasenos un excurso en relación con la consideración de persona jurídica como plataforma para delinquir. Si bien es cierto que pueden usarse estructuras organizativas a fin y efecto de encubrir distintos tipos de actividades ilícitas, cuestión que está oportunamente recogida en el propio art. 66 bis CP, debe tenerse

²⁹² BACIGALUPO SAGGESE, S., “Art. 33-7”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 282.

²⁹³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción*, cit., p. 23.

²⁹⁴ BAUCELLS LLADÓS, J., en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *La delincuencia económica*, cit., pp. 418 s.

²⁹⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 69.

en cuenta que no siempre que una persona jurídica sea responsable de un delito se deberá a esta circunstancia, sino que pueden darse este tipo de ilícitos en entidades cumplidoras con la normativa. Se trataría de supuestos en los que algún proceso concreto, o incluso alguna actividad determinada dentro de todo un proceso, se hiciera de forma incorrecta, o con algún elemento indebido que fuese constitutivo de infracción. Podría pensarse, incluso, en el caso de que esta actividad fuese secundaria y no estuviese relacionada con la actividad principal de la organización. De *lege ferenda* opinamos que este criterio debería ser determinante no sólo para la imposición de la pena de disolución, sino para todas las demás, y que se debería tener en cuenta muy especialmente para graduar el importe de la multa que, en su caso, se impusiera.

Otra de las penas posibles para una persona jurídica es la suspensión de sus actividades por un plazo de hasta cinco años (sanción que podría adoptarse, en su caso, como medida cautelar en la fase de instrucción de un hipotético proceso penal), que consiste en expulsar a una empresa del mercado durante cinco años. Ello puede equivaler, en muchos casos, a decretar su disolución y, por este motivo, la Fiscalía indica que esta pena se deberá reservar para supuestos graves. Si la persona jurídica ejerciera su actividad en varios ámbitos, sólo deberá suspenderse la actividad en el más directamente vinculado con la actividad delictiva por la que se condene. Esta suspensión también deberá inscribirse en el Registro Mercantil²⁹⁶.

Desde una óptica práctica, nos mostramos de acuerdo con el sector doctrinal que considera que esta pena es equivalente a la de disolución²⁹⁷. Es evidente que si una determinada empresa no puede ejercer ninguna actividad durante un lapso de tiempo determinado perderá buena parte de su clientela, sus empleados deberán buscar otro trabajo y parte de sus deudas se mantendrán. De hecho, depende del sector del que se trate, la suspensión de las actividades de la organización durante unos pocos días supondría el cierre definitivo²⁹⁸.

²⁹⁶ ROMA VALDÉS, J.A., *Responsabilidad penal*, cit., p. 58.

²⁹⁷ Por todos, BACIGALUPO SAGGESE, S., “Art. 33-7”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 282.

²⁹⁸ Pensemos, por ejemplo, en el sector asistencial. Las residencias de ancianos o de personas con alguna discapacidad, entre otras, no pueden dejar de ejercer su actividad durante ningún momento; de hecho, el cuerpo de gerocultores/as debe estar funcional las veinticuatro horas del día en aras de evitar posibles perjuicios a los residentes. Por ello, si se condenase a una residencia a la pena de multa más a la suspensión de actividades, lo más lógico es que los residentes y sus familiares contratasen los servicios de un competidor a la máxima brevedad, y, dado que en este sector los usuarios tienden a querer cambiar lo menos posible, es probable que la residencia condenada se viera abocada al concurso de acreedores por falta de liquidez y a su posterior disolución. Lo mismo podemos decir del sector sanitario. Si, por ejemplo, un hospital suspendiera sus actividades durante una semana (olvidémonos de los cinco años que prevé como máximo la Ley) no podría prestar servicios a sus pacientes, lo que conllevaría situaciones de difícil solución.

La siguiente sanción posible es la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo de hasta cinco años (que también podría adoptarse como medida cautelar): la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado sugiere que, a diferencia de lo que sucede con las dos penas anteriores, ésta podría aplicarse únicamente a algunos locales de la Sociedad y no a todos, según cuáles estuvieran más ligados a la actividad delictiva de que se tratase²⁹⁹. Esta pena ya se contemplaba en diversos artículos del Código Penal de 1973, si bien con una redacción ligeramente diferente³⁰⁰.

Consideramos que esta pena es muy similar a la anterior, puesto que una microempresa o una empresa sin trabajadores, igual que muchas empresas pequeñas y algunas medianas, probablemente tengan un único local en el que lleven a cabo toda su actividad. Piénsese, por ejemplo, en una microempresa cualquiera del sector servicios, o en algún pequeño taller de producción de bienes artesanos con pocos empleados. En consecuencia, también sería planteable la equiparación entre esta pena y la de disolución, puesto que en estos casos el cierre de un único local implicaría la ausencia de producción de bienes y/o servicios en la empresa, lo que conllevaría su desaparición del mercado.

Por supuesto, en estructuras mayores esto es distinto: por ejemplo, si condenamos a la Facultad de Derecho de una determinada Universidad privada por un delito contra la propiedad intelectual, sería absurdo clausurar la Facultad de Biología, y la Universidad en su conjunto podría seguir funcionando aunque se clausurase la Facultad de Derecho en la que se ha cometido el delito. En estos supuestos sí tendría sentido esta pena, pero nótese que estamos hablando de estructuras empresariales de cierta envergadura, lo que no se corresponde con la práctica totalidad de empresas que hay en España³⁰¹.

De hecho, un sector doctrinal considera que tanto la pena de clausura de locales comerciales también puede ser igual a la disolución (al igual que la de suspensión de actividades, como ya se ha visto), por lo que se propone suspender sólo las actividades

²⁹⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 67.

³⁰⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., pp. 21 ss.

³⁰¹ De hecho, basta echar un rápido vistazo a las estadísticas económico empresariales españolas para justificar esta afirmación: según se desprende del INE, e España existen, aproximadamente, 3.337.646 de empresas activas que ocupan un total de 3.771.343 locales comerciales, lo que da una media de 1,13 locales por empresa. En consecuencia, la sanción de clausura de locales deberá tener una aplicación tan reducida como la suspensión de actividades o la disolución, puesto que, de otro modo, esta clausura supondría la finalización de toda actividad, con las consecuencias lógicas que ellos conlleva. Véase INE, *Estructura y dinamismo del tejido empresarial en España. Directorio Central de Empresas (DIRCE) a 1 de enero de 2018* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 24 de septiembre de 2019), p. 7.

más relacionadas con el delito cometido o clausurar únicamente algunos locales³⁰². No obstante, no compartimos del todo este razonamiento en lo que se refiere a la suspensión de actividades, puesto que en ese caso no vemos diferencia entre esta pena y la de prohibición de llevar a cabo la actividad en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Además, ello se ajusta a estructuras empresariales en las que cada local tiene una actividad propia y única, lo que sucede en pocos casos.

Otra de las penas que se pueden llegar a imponer es, como acabamos de mencionar, la prohibición, temporal o definitiva, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta sanción puede implicar desde dejar de ejercer las actividades en alguno de los sectores en los que actúe la empresa hasta tener que cambiar de sector o de objeto social³⁰³. Por ello, si únicamente la empresa fuera condenada a abstenerse de realizar actividades de alguna línea negocio en concreto pero manteniendo las demás, la afectación económica sería siempre proporcionada al hecho delictivo cometido. En los supuestos en los que una misma persona jurídica lleve a cabo varias actividades diferentes, el organismo juzgador, en su Sentencia, deberá determinar el ejercicio de cuál o cuáles queda prohibido³⁰⁴. En cuanto a los criterios de aplicación de esta pena, PÉREZ ARIAS sugiere tener en cuenta la necesidad de imponerla para prevenir la continuidad del delito y/o de sus efectos, las consecuencias hacia terceras partes interesadas y el puesto jerárquico de quien incumplió el deber de control; además, en caso de que esta pena se imponga por un tiempo superior a dos años, deberá ser porque o bien hay reincidencia o bien la actividad ilegal es “más relevante” a efectos prácticos que la legal (art. 66 bis.2 CP)³⁰⁵.

A modo de opinión personal, dado que buena parte de las personas jurídicas tiene, en la práctica, un único objeto social, la prohibición de realizar su única actividad conllevaría la implantación de cambios que, con toda probabilidad, también haría que desapareciera del mercado. Por ejemplo, una fábrica de cables de ochenta personas cuyo único objeto

³⁰² Por todos, AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á.L., *Derecho penal de las personas jurídicas*, cit., p. 110.

³⁰³ Obsérvese que muchas personas jurídicas de corte empresarial tienen un único objeto. En este contexto, pues, resulta pertinente la observación de BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., pp. 47 ss., cuando se pregunta, para el caso de que se imponga esta pena temporalmente, qué diferencia guarda con la suspensión de actividades. La duración de una y otra sanción es diferente, así como su naturaleza, si bien ambas se podrán imponer en su máxima extensión únicamente en el caso de sociedades pantalla o que estemos ante alguno de los supuestos del art. 66.5 CP.

³⁰⁴ SÁNCHEZ ROBERT, M.J., *El delito urbanístico. Art. 319 del Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 328.

³⁰⁵ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal*, cit., pp. 40 s.

sea éste, posiblemente pueda reutilizar parte de su maquinaria para otra finalidad, pero sin duda incurrirá en grandes costes y gastos por la adaptación de un objeto social a otro (derivados de la falta de conocimientos de su nueva actividad, la necesidad de nuevas máquinas, la adaptación en su caso de las que ya tiene, etc.). Por ello, consideramos que en buena parte de las empresas españolas esta pena también supondría, a corto plazo, su disolución.

Lo mismo cabe decir sobre la duración temporal de esta sanción. Si una empresa no puede ejercer su actividad durante un cierto período de tiempo (aun cuando esta prohibición quede lejos de los quince años que el CP marca como máximo), los costes en los que haya incurrido para adaptarse a una nueva actividad probablemente serán disuasorios para que vuelva a su actividad original. Por otro lado, en caso de que la persona jurídica tuviera varias actividades y sólo se prohibiera el ejercicio de una, en opinión propia esto es equivalente a una pena de “suspensión parcial de actividades” que, en consecuencia, la eliminaría del mercado en el que se moviese en el ejercicio de esa actividad concreta, haciendo muy difícil y costoso su retorno por haber desaparecido su cuota en el mismo.

Siguiendo con el listado de penas, la siguiente que menciona el art. 66 bis CP es la 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, durante un máximo de quince años. En general, se trata de un conjunto de penas que tienen en común su carácter temporal y de las que, a criterio del Juez o Tribunal, se podrán poner todas o sólo algunas³⁰⁶. Según la Circular 1/2011 de la Fiscalía, “*la finalidad principal es impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas. La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas es a su vez concreción de ese mismo pensamiento: las Administraciones no colaborarán en la consecución de objetivos de interés común con las personas jurídicas condenadas como responsables de delitos*”³⁰⁷.

Esta reflexión del Ministerio Fiscal merece un comentario aparte. El 18 de abril de 2016 entró en vigor en España la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (DOUE núm. 94, de 28

³⁰⁶ ROMA VALDÉS, J.A., *Responsabilidad penal*, cit., p. 59.

³⁰⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 68.

de marzo de 2014), que, entre otros aspectos, prohíbe a las Administraciones Públicas contratar con empresas que hayan sido condenadas por sentencia firme por los delitos de formar parte de una organización delictiva, corrupción, fraude, terrorismo, blanqueo de capitales o trata de seres humanos. Además, una empresa quedará excluida de la participación en un procedimiento de contratación si quien resolviese la adjudicación supiera que ha incumplido sus obligaciones en materia del pago de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social, si así ha quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme. Sin embargo, las empresas podrán evitar esta exclusión siempre y cuando demuestren que han adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales. En este sentido se expresa GÓMEZ-JARA DÍEZ³⁰⁸, quien considera, además, que esta Directiva es un incentivo para que quienes quieran contratar con el sector público tengan implantado en su seno un PCN penal o, en caso de tenerlo, que lo refuercen³⁰⁹.

La afectación al funcionamiento de la persona jurídica que provoca esta pena puede variar dependiendo del sector empresarial en el que se sitúe la persona jurídica sancionada. Por ejemplo, supongamos un colegio concertado que comete un delito de descubrimiento de secretos de un alumno que forma parte del Consejo Escolar, por el que obtiene un beneficio consistente en tenerlo decantado hacia una postura concreta en sus votaciones (bajo la coacción de revelar el secreto descubierto). Si se le condena por ello y la pena que se impone, además de la correspondiente multa, es la de perder el concierto durante un período determinado, ese colegio no tendrá otro remedio que privatizarse, por lo que es de esperar que muchos alumnos lo abandonen y que, en consecuencia, el colegio cierre (a pesar, en relación con lo que hemos apuntado *supra*, que sus actividades habituales se desarrollen dentro de la legalidad). De hecho, son varias las empresas que dependen del sector público, ya sea por un contrato, por una subvención o por la propia estructura de su negocio; la cuestión es que la dependencia del Estado es tal que perder el contacto con la Administración supondría la imposibilidad de afrontar las deudas en la mayor parte de casos y, en consecuencia, su probable desaparición del mercado.

³⁰⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, Diario La Ley, nº 8423 (2014) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 17 de abril de 2017).

³⁰⁹ Cabe decir que esta Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento, aunque con retraso, mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. El art. 71 de la misma dispone lo expuesto en este apartado.

Por último, el legislador también contempla la posibilidad de sancionar a la persona jurídica con la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por un máximo de cinco años. En este caso, el Juez o Tribunal deberá determinar tanto si la intervención es del total de la organización o sólo de alguna de sus instalaciones como quién se hará cargo de ella y en qué plazos. La mencionada Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado indica que esta pena pretende salvaguardar los derechos de los trabajadores, por lo que debería ser de aplicación preferente a otras más estrictas, como la disolución. En este caso, el organismo juzgador deberá determinar si la intervención es del total de la organización o sólo de alguna de sus instalaciones, por un lado, y quién se hará cargo de ella y en qué plazos, por otro³¹⁰. El interventor³¹¹ podrá acceder a todas las instalaciones de la organización y recibirá la información que a su criterio sea necesaria para llevar a cabo su cometido.

Como ya se ha dicho, para todos los delitos se prevé una pena de multa, de cuantía variable. Además, en todos ellos, excepto en los de insolvencias punibles, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y la falsificación de moneda y efectos timbrados, se añade que los jueces y tribunales deberán tener en cuenta las reglas establecidas en el art. 66 bis CP, y, según ellas, podrán imponer, además de la multa, alguna de las otras penas previstas en el art. 33.7 CP³¹².

Ello implica que estas penas no están expresamente establecidas para cada delito en concreto, sino que el Código hace una remisión a las normas generales de su art. 66 bis, que, en resumen, consisten en que la autoridad judicial correspondiente deba valorar su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales (especialmente los efectos para los trabajadores) de la imposición de dichas penas y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupen las personas físicas que incumplieron con las medidas de control.

Más aún, en los casos en los que se decida imponer con una duración limitada alguna de las penas de suspensión de las actividades, clausura de locales y establecimientos,

³¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., pp. 68 ss.

³¹¹ El CP se remite a un Reglamento que determine “*los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria*”, si bien a día de hoy no se ha aprobado ninguno.

³¹² A modo de apunte, para el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social también se añade esta cláusula, si bien se elimina la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación para obtener subvenciones públicas. En el caso de los delitos de insolvencias punibles especifica los rangos entre los que oscilará la multa bajo diversos supuestos. Para el caso del delito de falsificación de moneda y efectos timbrados, únicamente se prevé la pena de multa.

prohibición de realizar ciertas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, esta duración no podrá ser más larga que la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito hubiera sido cometido por una persona física. Cabe notar, además, que la sanción no podrá tener una duración superior a dos años, salvo que la persona jurídica sea reincidente o bien que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal³¹³. Sin embargo, si la responsabilidad penal de la persona jurídica viene dada por un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas no podrán tener una duración de más de dos años.

Para la imposición de la pena de disolución de la persona jurídica o la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido, favorecido o encubierto el delito, así como para sancionar durante un período de más de cinco años a la persona jurídica con esta prohibición o con la sanción de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, deberá darse al menos una de estas circunstancias: o bien que la persona jurídica sea reincidente, con la cualificación de que hubiera sido condenada ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título, siempre que sean de la misma naturaleza; o bien que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales (es decir, que su actividad legal sea menos importante que la ilegal, según indica el propio CP).

En lo referente a la aplicación de agravantes y atenuantes, se infiere del art. 66 bis CP que en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se deberán tener en cuenta las mismas reglas generales que rigen para las personas físicas.

A nuestro modo de ver, atendiendo al tejido empresarial español, la imposición de cualquiera de estas penas, aún en los supuestos en los que únicamente se imponga la multa, conlleva necesariamente el cierre de la organización, ya sea inmediato o a corto plazo. El motivo es que una microempresa o incluso una PYME difícilmente va a ser capaz de asumir la carga económica que implica una multa proporcional o por cuotas que se le pueda imponer por los hechos delictivos cometidos; ni qué decir tiene que en algunos casos sí se podrá hacer con mayores o menores dificultades, pero dados los

³¹³ Como se ha apuntado *supra*, en estos casos se entiende que la persona jurídica es un mero instrumento para la comisión de delitos.

tamaños y las facturaciones de la mayoría de empresas españolas opinamos que esto constituirá más la excepción que la norma Y, por supuesto, consideramos que en el caso de que se imponga cualquier otra pena además de la multa, con independencia del tamaño o de la facturación, la persona jurídica está inevitablemente destinada a salir del mercado (cosa que, nos parece, es la auténtica finalidad del legislador), a pesar de que, como hemos apuntado, el comportamiento delictivo se ubique en el contexto de una actividad que, a su vez, forme parte de un proceso secundario o no relacionado con la actividad principal que se pretende desarrollar.

Frente a ello cabe notar el riesgo económico y social que tiene el hecho de forzar el cierre de empresas en una economía sobreendeudada con sus propios trabajadores. Ya se han expuesto en el capítulo anterior las deficiencias en cuanto a mano de obra de nuestra economía, y cómo ello contribuye a que el desempleo estructural se sitúe entre un 15-20%. También se ha hecho referencia a la alta temporalidad de los contratos y a la baja tasa de conversión de contratos temporales en definitivos. Pues bien, si a estas carencias le sumamos el cierre de empresas en las que se haya cometido un delito, en opinión propia la situación no puede sino empeorar, lo que a largo plazo conllevará la insuficiencia de medios para afrontar la financiación de los elementos esenciales de nuestro Estado del Bienestar. El legislador parece suponer un contexto económico sin esta dificultad, o bien sí la conoce, pero la ignora deliberadamente fomentando el desempleo de personas que, aun no habiendo cometido ningún delito, formen parte de estructuras organizativas en las que sí se haya cometido alguno por los que se puede condenar a una persona jurídica. Semejante inconsciencia, sobre la que volveremos más adelante, es una de las muestras de que, como apuntábamos en la hipótesis inicial, el modelo económico y de mercado en el que se basa el Legislador a la hora de regular la materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se corresponde con la economía real.

Finalmente, no podemos acabar este epígrafe sin hacer una sucinta mención a la responsabilidad civil derivada de delito para una persona jurídica³¹⁴. La comisión de un delito lleva aparejada, además de la lógica responsabilidad penal, una responsabilidad de tipo civil cuya fundamentación es el propio hecho delictivo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, así queda complementada con su responsabilidad civil

³¹⁴ SSTs 1305/2017, 6 abril, 76/2017, 9 febrero, y 31/2017, 26 enero.

derivada de delito, de tal forma que esta deba ser satisfecha de forma solidaria por la persona física y la jurídica, *ex art 116 CP*³¹⁵, si bien eso puede conllevar dos situaciones problemáticas, a saber: que la persona física que deba satisfacer solidariamente la responsabilidad civil no haya sido condenada por ausencia de culpabilidad materia, por un lado, y que esta persona física haya fallecido, por otro³¹⁶. En la primera de las situaciones, conjugando los arts. 118 CP y 1089 CC, debería prevalecer la regla de la solidaridad, puesto que permanece el carácter antijurídico de la conducta que se haya dado. En la segunda, por su parte, al tratarse de responsabilidad civil (aunque derive de un delito), el crédito se transmite a los herederos, por lo que también permanecería esta solidaridad entre persona jurídica y los herederos de la física³¹⁷.

b) Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de una persona jurídica

Es ahora el momento de centrarnos en las circunstancias que, si bien no eximen de responsabilidad penal a una organización, sí pueden atenuarla. Las encontramos en el art. 31 quater CP, cuyo contenido reproduce el ya antiguo art. 31 bis.4 CP.

Consisten en realizar, con posterioridad al hecho delictivo, y a través de los representantes legales de la persona jurídica, alguna de las siguientes actividades: confesar la infracción antes de saber que se había iniciado un procedimiento contra la organización, colaborar en la investigación, reparar o disminuir el daño antes del juicio oral, y establecer, también antes del inicio de esta fase, medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos cometidos en el seno de la persona jurídica penalmente responsable. En relación con su fundamento, GOENA VIVES considera que se trata de fomentar comportamientos posteriores al hecho delictivo que contribuyan a facilitar la persecución judicial de la persona física autora o a reparar el daño causado³¹⁸.

³¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *PG*, cit., p. 616.

³¹⁶ Detalladamente, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la Responsabilidad*, cit., pp. 243 ss., en especial, pp. 246 s.

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 245 s.

³¹⁸ GOENA VIVES, B., “La atenuante de colaboración”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Criminalidad de empresa*, cit., p. 235. De hecho, esta autora defiende que el fundamento de la ética empresarial que debe verse reflejada en un Programa de Cumplimiento Normativo (al que ella denomina “Modelo de Prevención de Delitos”) es, precisamente, la colaboración con la justicia, puesto que la idoneidad de este instrumento radica en lo útil que resulte para promover una cultura corporativa respetuosa con la normativa; LA MISMA, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2017, pp. 300 s.

Tal como indicó en su día la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, se trata de un listado *númerus clausus*, cosa que viene subrayada por el adverbio “sólo”, con el que se inicia el texto del artículo, y que, por tanto, implica la exclusión de las circunstancias atenuantes que son de aplicación a una persona física ex art. 21 CP³¹⁹. Se excluye como atenuante para una persona jurídica, por tanto, las dilaciones indebidas en los procedimientos, cuestión que se mantuvo con la reforma de 2015³²⁰. Además, esta Circular señala que, si bien estas atenuantes estaban ligadas a la colaboración entre la persona jurídica y el órgano jurisdiccional, se podía lograr fácilmente la aplicación de dos de ellas: reparación del daño e implementación de medidas de prevención y descubrimiento de delitos³²¹.

Este punto, sin embargo, genera discusión: tal como destaca ZUGALDÍA ESPINAR, no puede excluirse la aplicación de las atenuantes, por ejemplo, de dilaciones indebidas o de error de prohibición vencible, y debería tenerse en cuenta todas las circunstancias que concurran para valorar la gravedad de la culpabilidad de las personas jurídicas³²². Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS apunta que, siendo las atenuantes de este artículo las únicas que aplican a una persona jurídica, debe entenderse que las que no afectan a la culpabilidad del ente sí son aplicables, pues sólo de esta manera tendría sentido la redacción del art. 66 bis CP cuando remite a las normas sobre aplicación de agravantes y atenuantes a la hora de determinar la pena para una persona jurídica³²³.

Entrando a detallar las circunstancias atenuantes una por una, la mencionada Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado nos da algunas indicaciones. Para empezar, en lo tocante a la atenuante de confesión, dado que ésta ha de ser previa a que la persona jurídica conozca su imputación, el Ministerio Fiscal indica que valdrá cualquier medio para probar que la conocía. Esta confesión, si bien no se indica, puede hacerse ante jueces, fiscales y autoridades policiales y/o administrativas. Además, las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no impiden que en un momento posterior se aprecie

³¹⁹ En este sentido es interesante el análisis de SALVO ILABEL, N., en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Dir.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales...*, cit., pp. 151 ss.

³²⁰ A pesar de esto, la jurisprudencia en ocasiones ha aplicado esta atenuante, a nuestro parecer erróneamente (véase, por ejemplo, la SAP Pontevedra 38/2017, 30 junio, FJ 4).

³²¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit. p. 51.

³²² ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., CIIDPE (2014), cit., p. 23.

³²³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret 1/2012* (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 29 de octubre de 2017), p. 15.

esta atenuante, ya que estas diligencias no pueden considerarse procedimiento judicial³²⁴.

Respecto a la misma, GÓMEZ-JARA DÍEZ plantea dos cuestiones³²⁵. La primera es cuándo se entiende que una persona jurídica tiene conocimiento de que se dirige contra ella un procedimiento judicial. A ello, sugiere que no basta notificar a cualquier empleado de la entidad, sino que se debe tratar del representante legal de la misma (no considerándose válido a estos efectos el inicio de un procedimiento penal contra ella).

En opinión propia, cabría preguntarse a quién notificar si no hay un representante legal definido (por ejemplo, una microempresa que contactase con una determinada gestoría para los trámites fiscales y para su constitución, pero que no prestase más servicios jurídicos que esos y que la microempresa no los tuviera contratados por no requerirlos). En este caso, entendemos que la notificación se debería hacer en el domicilio social de la propia entidad, y necesariamente la persona física que la recibiera debería ser cualquier trabajador.

La segunda cuestión es qué autoridades pueden considerarse válidas a los efectos de la limitación de la aplicación de esta atenuante. La respuesta que da es ligeramente discrepante con la que da la Fiscalía a este respecto, puesto que, en opinión de este autor, bastará la confesión a las autoridades administrativas (aunque el proceso judicial ya esté declarado) o ante la propia Fiscalía, si aún se está en fase prejudicial.

Esta atenuante, según RODRÍGUEZ RAMOS, así como la que expondremos a continuación, son más susceptibles que las demás de generar conflictos de intereses entre las personas físicas que materialmente hayan cometido el delito y las personas jurídicas³²⁶. Como contrapunto, DÍEZ RIPOLLÉS considera que la confesión de la persona jurídica no tiene por qué identificar a la persona física que ha cometido el delito, si bien sí debe dejar claro que el autor material ha sido alguien con los cargos o funciones dentro de la organización suficientes como para llevar a cabo la infracción dentro de sus funciones legales y/o contractuales³²⁷.

En lo referente a la atenuante de colaboración, la Fiscalía General del Estado considera que debe aportarse “*material probatorio inédito que además sea concreta y particularmente eficaz*”. Esta atenuante enfrenta los intereses procesales de la persona jurídica y de la persona física que haya cometido el delito, cosa que, podríamos añadir,

³²⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit. p. 53.

³²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Diario La Ley*, nº 7534 (2010).

³²⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Diario La Ley*, nº 7561 (2011).

³²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *InDret 1/2012*, p. 26.

es lo que pretende el legislador cuando regula la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que mediante este “incentivo” se reduce su opacidad³²⁸.

GOENA VIVES interpreta esta atenuante a la luz de la teoría de la pena y llega a la conclusión de que la persona jurídica que pondere los costes y beneficios de la misma terminará por colaborar con la Administración de Justicia aportando pruebas³²⁹. De hecho, esta autora hace hincapié en la escasa eficacia del Derecho penal en la lucha contra la criminalidad empresarial por falta de colaboración de las propias empresas con el Estado. Esto, según PASTOR MUÑOZ, se debe a tres factores principales: el hecho de que las empresas no puedan controlar ni el proceso penal que se generará tras la denuncia (ni aquellos que hipotéticamente se pudieran generar después, aunque fuera a raíz de ese), el daño reputacional al nombre de la empresa y el clima de intranquilidad que pueden generar la denuncia y el proceso penal desencadenado³³⁰. Si valoramos estas consideraciones desde la práctica, no podemos más que estar plenamente de acuerdo con ambas.

Por su parte, GÓMEZ-JARA DÍEZ hace una interesante apreciación sobre la problemática que suscita esta atenuante en la práctica internacional: la renuncia por parte de las empresas a la confidencialidad abogado-cliente, el hecho de que sea un tercero (autoridad judicial o Ministerio Fiscal) quien determine unilateralmente si la empresa ha cumplido o no, sin que ésta pueda cuestionar dicha determinación y, en algunos casos, que se exija a la empresa que no abone los gastos de defensa procesal de sus empleados. Un cuarto problema que también expone este autor es el hecho de que una persona jurídica colabore en todo cuanto se le pida, pero que las pruebas aportadas no esclarezcan las responsabilidades penales dimanantes de los hechos (por ejemplo, porque ya obran en poder de las autoridades o porque esclarecen únicamente algunos hechos), por lo que, en una interpretación literal, no sería de aplicación esta atenuante a pesar de la “buena fe” de la entidad³³¹.

³²⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 54.

³²⁹ GOENA VIVES, B., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Criminalidad de empresa*, cit., p. 243. Esta autora también recuerda que la posibilidad de colaborar con la justicia también está recogida en la *US Sentencing Guidelines*, si bien las diferencias entre los sistemas procesales español y estadounidense otorgan unos efectos distintos a esta figura en ambas regulaciones; LA MISMA, *Responsabilidad penal y atenuantes*, cit., pp. 221 s.

³³⁰ PASTOR MUÑOZ, N., “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *InDret* 4/2006 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 29 de octubre de 2017), p. 6.

³³¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Diario La Ley*, n° 7534 (2010).

Hay otro posible inconveniente, que pone de manifiesto NIETO MARTÍN: el hecho de que acabe por haber un conflicto de intereses entre la persona física y la jurídica que suponga que ésta deba asumir el papel de colaborador de la policía con tal de evitar recibir alguna sanción³³². En línea con esto, DÍEZ RIPOLLÉS indica que las pruebas que aporte la persona jurídica se deberían centrar en determinar responsabilidades penales (principalmente de la persona física autora material del delito), pero nada impide que se aporten pruebas destinadas a exculpar a otras personas, físicas o jurídicas, siempre que diluciden información nueva al proceso y se aporten en una fase procesal oportuna³³³.

Respecto de la atenuante de reparación o disminución del daño, la Circular 1/2011 de la Fiscalía se remite a la STS 1185/2010, 23 diciembre, FJ 2, según la cual esta atenuante pretende fomentar las reparaciones del daño o la disminución de sus efectos, por lo que el Estado tiende a satisfacer la función de tutela de las víctimas con un retorno al orden jurídico, si bien matiza que *“la acción reparadora debe ser suficientemente significativa y relevante, de manera que no es posible reconocer consecuencias atenuatorias a acciones meramente aparentes, como tampoco a reparaciones reducidas”*. Se trata de una atenuante que, al igual que la anterior, también lo puede ser para las personas físicas; de hecho, consideramos que la descripción que aporta la Fiscalía es perfectamente aplicable también a una persona física lo que, en opinión propia, no deja de ser una muestra de desconocimiento (por otro lado, perfectamente lógica) de la materialización que esta atenuante podía tener en el caso de las personas jurídicas³³⁴. La doctrina opina, casi unánimemente, que esta circunstancia atenuante presenta los mismos matices para las personas jurídicas que para las personas físicas³³⁵, aunque con ligeras diferencias (como por ejemplo cómo y cuándo entender que se da en los casos en que haya daños presente y futuros³³⁶).

En cuanto se refiere a la atenuante de establecer medidas preventivas, tal como hemos indicado antes, se trata de una de las primeras referencias que el ordenamiento penal español hizo a los PCN. En el momento de la entrada en vigor de la reforma del CP dada por la L.O. 5/2010, este concepto era desconocido, por lo que la Fiscalía únicamente indicó en su Circular 1/2011 que se considerarían insuficientes las

³³² NIETO MARTÍN, A., *Responsabilidad*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., CPJML, nº 6 (2009), p. 276.

³³³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., InDret 1/2012, pp. 27 s.

³³⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 54.

³³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., InDret 1/2012, p. 28.

³³⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Diario La Ley, nº 7534 (2010).

operaciones de imagen de mejora empresarial, aunque se tendría que evitar un exceso de formalismo y evaluar en abstracto la capacidad de las medidas en su caso adoptadas “para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de una corporación”³³⁷. A día de hoy, la Circular 1/2016 detalla más exhaustivamente el concepto y el contenido de estos Programas, tal como ya se ha visto.

El fundamento de esta atenuante, según un sector de la doctrina, está en la culpabilidad de la persona jurídica: el hecho de haber implantado medidas tendentes a prevenir la comisión de delitos, una vez ya cometidos pero antes del juicio oral, es un “premio” penológico, puesto que está demostrando una filosofía de cumplimiento de la normativa³³⁸. Eso sí, en tanto que estamos hablando de prevención de delitos, las medidas de vigilancia y control que se establezcan deberán estar focalizadas precisamente en el Derecho penal, no siendo suficientes otras medidas destinadas a combatir, por ejemplo, ilícitos administrativos o civiles³³⁹. No obstante, discrepamos con esta última consideración: si bien la naturaleza de los PCN es de base penal, el cumplimiento que debe observar una organización abarca todos los demás ámbitos, y una prevención general que partiese de los ilícitos penales pero también abarcase otras ramas del ordenamiento sería mucho más eficaz, al ser también más exigente.

No obstante, el CP indica expresamente que las medidas han de ser “eficaces”, es decir, que tengan aplicabilidad real y que no tengan como única finalidad la de dar una imagen de cumplimiento³⁴⁰. Dado que se deben tomar estas medidas antes del juicio oral y dado que si estamos en este contexto es porque se ha cometido ya el hecho delictivo, la única conclusión interpretativa que se nos ocurre es que, o bien se haya pasado de no tener ninguna medida a tener éstas, o bien se hayan corregido las ya implantadas pero que se hayan demostrado ineficientes. En ambos casos, nos mostramos de acuerdo con la Fiscalía cuando indica que el juez deberá “efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido”³⁴¹, sólo que en este contexto deberá hacerse ese juicio para un delito que aún no se haya cometido (es decir, que se deberá valorar la posibilidad de comisión a la

³³⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit. p. 55.

³³⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., CPJML, nº 6 (2009), p. 274.

³³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Diario La Ley*, nº 7534 (2010).

³⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *InDret* 1/2012, p. 28.

³⁴¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 44.

luz de las nuevas medidas implementadas, aunque la Ley no indique cómo). Más adelante volveremos sobre esta cuestión y expondremos nuestra toma de postura.

Finalmente, cabe mencionar que hay una quinta atenuante que no está recogida en este artículo. En efecto, el párrafo segundo del apartado 2 del art. 31 bis CP establece que “[e]n los casos en los que las anteriores circunstancias [referentes a los requisitos para que la persona jurídica esté exenta de responsabilidad en caso de que la persona física autora sea un administrador o directivo] *solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena*”. En otras palabras, podemos decir que esta atenuante se refiere al hecho de que una organización tenga implantado un PCN, pero que éste no contenga todas las medidas de vigilancia y control idóneas, que algún aspecto de la organización y la vigilancia estuviera insuficientemente desarrollado, o que el *Compliance Officer* no haya desempeñado sus funciones con la diligencia debida.

c) Ejemplos prácticos de aplicación de penas

A pesar de que la reforma del CP que incluía la responsabilidad penal de personas jurídicas en nuestro ordenamiento entró en vigor en 2010, a día de hoy existe un conjunto de jurisprudencia suficiente como empezar a entender cuál es la aplicación práctica del sistema sancionador de una persona jurídica. No obstante, cabe decir que en la actualidad la mayor parte de resoluciones son absolutorias para las personas jurídicas (aunque ocasionalmente se las condene como responsables civiles subsidiarios)³⁴².

Para ello, el primer ejemplo que analizaremos es el de la STS 154/2016, 29 febrero. Esta es la primera en la que el TS se pronunció abiertamente sobre la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bien es cierto que, con anterioridad, había dictado la STS 514/2015, 2 septiembre, en la que ya hacía mención a esta realidad, pero no fue hasta la posterior STS 154/2016, 29 febrero, en la que el Pleno sentó las primeras bases de la doctrina jurisprudencial que ha venido desarrollando.

Centrándonos en el punto de vista que nos interesa, el de las penas impuestas, en esta ocasión el TS estimó parcialmente los recursos de casación impuestos contra la anterior

³⁴² Antonio DEL MORAL GARCÍA llegó a esta conclusión en la ponencia impartida en el seminario *Avances y conclusiones en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, impartida en el Instituto Superior de Derecho y Empresa (ISDE) en fecha 30 de abril de 2020 (en línea, <https://isde.es/videos/webinarcatedrasantander.mp4>, consultada el 1 de diciembre de 2020).

SAN 51/2014, 17 noviembre, que condenaba, a estos efectos, a tres personas jurídicas por delitos de contra la salud pública, quebrantamiento de medida cautelar y falsificación en documento oficial. Inicialmente, la AN (en adelante, AN) había condenado a dos de las personas jurídicas a la pena de disolución, así como al pago de una multa de 775.633.440 euros, y a una tercera a la prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo de 5 años y al pago de una multa de igual cantidad que la anterior. El FJ Décimo de la STS aquí tratada incide en la incorrecta aplicación de la pena de disolución para una de las dos sociedades, alegando que daba trabajo a más de cien personas. Esta alegación es una manifestación, según el propio TS, del criterio interpretativo del art. 66 bis 1ª b) CP cuando indica que las penas deberán imponerse atendiendo a sus “*consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores*”. Se señala, además, que para imponer la pena de disolución se requiere una multirreincidencia que no se aprecia en este supuesto.

No obstante, a pesar de que el TS decida no aplicar esta sanción, considera que la multa ha sido determinada correctamente. Eso sí, en aras de posibilitar un pago que no afecte necesariamente a la continuidad de la empresa (y que, por tanto, implicase que todos los trabajadores se quedasen sin trabajo por un hecho que no habían cometido), se permite un pago fraccionado de la misma. Lamentablemente, en la actualidad, la empresa cuenta con menos de una décima parte de sus trabajadores³⁴³.

Otra cuestión llamativa es la consideración sobre la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores. El TS rechaza esta opción alegando que la acusación no la ha pedido y, por tanto, no procedería imponerla. Sin embargo, sí matiza que es un mecanismo contemplado en el inciso segundo del art. 53.5 CP para aquellos supuestos en los que se produzca el impago de la multa, en el plazo señalado, por parte de la persona jurídica condenada.

Por otro lado, el TS estimó procedente la pena de disolución para otra persona jurídica, que estimó que era una simple sociedad pantalla “*sin contenido real*” y “*carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos*”. En este caso, el Tribunal llegó a afirmar que este tipo de organizaciones deberían quedar al margen del régimen del art. 31 bis CP “*por resultar*

³⁴³ http://www.expansion.com/directorio-empresas/transpinelo-sl_1599021_H42_28.html, consultada el 4 de noviembre de 2017. Cabe decir, no obstante, que esta misma Sociedad fue condenada posteriormente al pago de otra multa y a la pena de suspensión de actividades en virtud de otro procedimiento distinto.

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"; en estos casos, el TS considera que se debería proceder, *ex art.* 129 CP, a la disolución de la entidad³⁴⁴. A esta misma conclusión llegó también la Fiscalía General del Estado³⁴⁵.

Este punto es importante, puesto que el TS está definiendo un auténtico régimen de inimputabilidad penal de personas jurídicas para las “sociedades pantalla” que únicamente sirvan para ocultar los delitos cometidos en ella³⁴⁶ (es decir, las organizaciones cuya actividad lícita sea meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, que se considerarán como personas jurídicas puramente simuladas, no reales)³⁴⁷.

Otro ejemplo de aplicación del sistema de penas para una persona jurídica lo encontramos en la STS 583/2017, 19 julio. En este caso, el TS resolvió un recurso de casación de nuevo de una SAN, en concreto la número 29/2016, 15 julio, que condenaba a diversas personas físicas y jurídicas por un delito de blanqueo de capitales. Dejando a un lado las brillantes explicaciones sobre dicho delito (y que no afectan a los propósitos de esta investigación), el TS decide reducir la pena de multa impuesta a los condenados (tanto personas físicas como jurídicas) por desproporción de la cuantía establecida (el FJ 8 de la resolución indica que la AN no justifica por qué se supera el umbral mínimo a la hora de determinar la cuantía, por lo que no procede superarlo). Según alega, para fijar la cantidad correcta debe tenerse en cuenta la intervención de varios responsables y que *“se establecen multas también para diversas personas jurídicas con forma jurídico mercantil societaria que están participadas en porcentajes o altos o totales por quienes son a su vez responsables penales y por tanto merecedores de una multa”*. Así, si bien inicialmente la AN había fijado la cantidad de la multa en 2.000 euros diarios durante cinco años para dos de las personas jurídicas condenadas, el TS la reduce a una cuota diaria de 100 euros durante dos años.

Además de esta pena, en su sentencia original la AN condenó a varias personas jurídicas a la suspensión de actividades y a la clausura de locales durante cinco años. Respecto a esto, el TS razona que, *ex art.* 66 bis CP, no existe base para que la clausura de locales deba durar más de dos años. De nuevo la rebaja penológica encuentra su justificación en la falta de motivación de una condena mayor, puesto que las estrictas normas del art. 66 bis CP limitan a dos años la duración máxima imponible para estas penas. Por tanto, vemos como el principio de

³⁴⁴ Este criterio se ha mantenido en jurisprudencia posterior, véase la STS 534/2020, 22 octubre, FJ 4.

³⁴⁵ Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 37; LA MISMA, *Circular 1/2016*, cit., p. 27. A modo de apunte, esta última Circular incide en la posibilidad que desde la Fiscalía se lleve a cabo un alzamiento del velo que demuestre que se trata de una sociedad ficticia, por lo que debería perseguirse a las personas físicas que están detrás.

³⁴⁶ Véase al respecto HORMAZÁBAL MALARÉE, H, en *LH-Bajo*, cit., p.201.

³⁴⁷ Cabe decir que este mismo criterio ha sido utilizado por la jurisprudencia, como se puede ver, entre otras resoluciones, en los Autos de la AN de 6 septiembre 2017 y 19 mayo 2014. Más adelante se insistirá sobre este aspecto.

proporcionalidad también debe ser observado en lo que a personas jurídicas se refiere.

No obstante, llama la atención que el TS, en la “segunda sentencia”, mencione las penas de multa y de clausura de locales, obviando del todo la suspensión de actividades a la que había condenado la AN. Dado que dicha “segunda sentencia” indica expresamente que se mantienen los pronunciamientos de la de instancia “*en el resto y en cuanto no sean contradictorios con [la] presente*”. Cabe entender que se mantiene la suspensión para las personas jurídicas a las que se impuso y por los plazos que se indicaron.

2.4.3. Mención sobre la extinción de la responsabilidad

Por último, en cuanto a la extinción de la responsabilidad civil, el Título VII del CP da una regulación que destaca por su parquedad. Lo primero que cabe notar es que, tal como sucede en otras legislaciones europeas (como la portuguesa³⁴⁸ o la italiana³⁴⁹), la responsabilidad penal de una persona jurídica subsiste aún en el caso de que esta se transforme, se fusione o absorba a otra o se escinda; en estos casos, *ex art. 130.2 CP*, la responsabilidad deberá afrontarla la persona jurídica resultante. Se incluye una cláusula por la que el Juez o Tribunal tendrá la potestad de moderar este traslado de la pena, según la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con la resultante del proceso. Eso sí, la responsabilidad penal no se extingue en los casos de disolución encubierta o aparente de la persona jurídica (esto es, en los casos en los que se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, en todo o en la parte más relevante). Se puede considerar, pues, que estamos ante una presunción del legislador de que la disolución es meramente aparente si se continúa con la actividad económica que se había ejecutado hasta la disolución y se mantienen los mismos clientes, proveedores y empleados³⁵⁰.

En cuanto a este punto, la doctrina se ha pronunciado en sentidos diversos. Así, FEIJOO SÁNCHEZ³⁵¹, a cuya opinión nos sumamos, considera que la persona jurídica a quien se impone la pena (y que, por tanto, sufre sus consecuencias) es otra distinta a aquella en cuyo seno se cometió la infracción, cosa que resulta frontalmente contraria al principio

³⁴⁸ BRANDÃO, N. / JESUS, S., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués”, en Eguzkilore, nº 28 (2014) (en línea, <http://www.ehu.eus/>, consultada el 8 de noviembre de 2017), pp 125-144. (trad. BÉRASALUCE BEREZIARTUA, L.).

³⁴⁹ <http://www.enaip.it/>, consultada el 8 de noviembre de 2017, art. 31.

³⁵⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit.

³⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016, pp. 297 ss.

de personalidad de la pena. Por otro lado, ORTIZ DE URBINA³⁵² entiende que, si bien sí se transmite la responsabilidad penal, el traslado únicamente podría darse cuando la organización en cuyo seno no se hubiera cometido un delito no se hubiese mostrado diligente en el momento de comprobar si la otra organización estaba incurso en un proceso penal o, en su caso, era previsible que lo llegase a estar.

Ante esto cabe decir que, probablemente, la práctica mercantilista se verá afectada por esta regulación cuando se deba llevar a cabo un proceso de *due diligence* en el contexto de una fusión y/o adquisición de otra compañía, dado que a partir de la entrada en vigor de este precepto con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la responsabilidad penal es uno de los factores que, en opinión propia, más pueden afectar a la continuidad o no de la transacción. Cabe decir, además, que esta consideración resulta de aplicación en algunos sistemas extranjeros³⁵³.

Como contrapunto, SERRANO ZARAGOZA³⁵⁴ considera que aunque no se establezca expresamente, debe permitirse a los jueces y tribunales que den el tratamiento a esas personas jurídicas en principio disueltas de personas jurídicas no disueltas mientras dure el proceso penal, independientemente de si existe o no escritura pública de cancelación debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Igualmente, deben poder indicar en su resolución que la persona jurídica subsiste y, por tanto, puede ser objeto de las correspondientes sanciones. Según este autor, el legislador pretende evitar un enriquecimiento indebido de la sociedad resultante con el correspondiente empobrecimiento del Estado, aunque ello no implique que fuera del contexto del proceso penal dicha organización haya sido realmente disuelta.

Como ejemplo de todo lo anterior, a nivel jurisprudencial podemos citar el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 4, 15 enero 2019, en referencia a la absorción de la sociedad Banco Popular Español, S.A. por parte de Banco Santander, S.A. En esta resolución se indica que la entidad absorbente asume la posición procesal que ocupaba la absorbida en un procedimiento penal dirigido contra ella, citándose expresamente, como fundamento jurídico, el mencionado art. 130.2 CP. No obstante, esta resolución fue recurrida y, por medio del posterior AAN 246/2019, 30 abril, se desimputó a la sociedad Banco Santander, S.A. (sin perjuicio de que investigaciones posteriores obligasen a su nueva imputación en el mismo procedimiento). La AN basó su decisión en el caso precedente de la absorción de la sociedad Banco de Valencia, S.A. por parte de CaixaBank, S.A., en el que la entidad absorbente no recibió responsabilidad penal alguna por los posibles delitos cometidos por la cúpula directiva de la entidad absorbida por

³⁵² ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV, *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*. Ed. Francis Lefevre. Madrid, 2011, pp. 95 ss. Nótese que la última edición de esta obra, de 2016, no se contiene esta observación.

³⁵³ Por ejemplo, BIEGELMAN, M.T. / BIEGELMAN, D.T., *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook*. Ed. Wiley. New Jersey, 2010, p. 263.

³⁵⁴ SERRANO ZARAGOZA, Ó., “Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica”, RDConc, nº 24 (2016). Ed. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 149 ss.

considerar que lo contrario se opondría a los principios de culpabilidad y personalidad de las penas y, además, sería perjudicial para el sistema de saneamiento bancario.

Finalmente, las penas que se interpongan a las personas jurídicas por sentencia firme, al tener todas ellas la consideración de graves, prescribirán a los diez años. Este mismo plazo será el necesario para la cancelación de los antecedentes delictivos, si no se hubiera vuelto a cometer ningún delito en su seno por el que se la pudiera imputar.

En conclusión, tras haber repasado el sistema sancionador de las personas jurídicas consideramos que, directa o indirectamente, la severidad de las sanciones implica el deseo del legislador de eliminar del mercado a cualquier entidad a través de la cual se delinca, incluso si el delito por el que se le condena forma parte de alguna de sus actividades principales o si se trata de una actividad aislada. Si bien esto puede llegar a ser comprensible, no nos parece que lo sea en el contexto económico español, que simplemente no puede permitirse el lujo de cerrar empresas y dejar a los trabajadores en el paro, dado que, como se ha visto en el capítulo anterior, el desempleo estructural es una de las mayores debilidades de nuestra economía.

Podemos entender que tiene sentido un sistema que conduzca necesariamente a la disolución de personas jurídicas si las que desaparecen no tienen actividad empresarial real. Sin embargo, en los demás casos, resulta imperativo que, como mínimo, haya una tutela judicial y legislativa de los trabajadores que a día de hoy es inexistente a pesar de que la Ley la prevea.

2.4.4. Reflexión sobre las penas destinadas a personas jurídicas en el contexto económico español

La exposición anterior nos conduce a una conclusión que nos genera dudas en cuanto a la coherencia global del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la imposibilidad de imponer determinadas sanciones a determinadas personas jurídicas.

Pensemos por ejemplo en una de las grandes empresas del oligopolio energético: dada la enorme dependencia energética de la que adolece la economía española respecto del sector exterior³⁵⁵, es impensable imponer a estas empresas la pena de disolución o la de suspensión de actividades, y tampoco sería viable para la economía la prohibición de

³⁵⁵ Tal como se ha visto en el Capítulo I, véase JIMÉNEZ JIMÉNEZ, J.C., en GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit. pp. 112 ss.

realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; además, teniendo en cuenta la actividad, tampoco vemos posible castigarlas con la 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. Un cierre de locales, si estamos hablando de pequeños centros cuya actividad es fundamentalmente estar de cara al público, podría tener sentido en los casos en los que la acción delictiva se hubiera cometido exclusivamente en ellos, pero no si el hecho ilícito viniera dado por una decisión tomada por la sede principal de la empresa.

Lo mismo podemos decir del sector primario, que también es un oligopolio, a pesar de que la dependencia del sector exterior no sea tan grande³⁵⁶. Como hemos comentado en el Capítulo anterior, la imposición de la pena de 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 supondría la desaparición de la organización sancionada, dada la extrema dependencia de este sector de las subvenciones públicas. Además, no hay que olvidar que en algunas Comunidades Autónomas se trata un sector de gran importancia³⁵⁷, por lo que un cierre de las empresas dedicadas a esta actividad supondría graves problemas económicos en la población.

En cuanto al sector terciario, que por su propia naturaleza es el que más se aleja de prácticas oligopolísticas a nivel de todo el sector (aunque, por supuesto, puedan existir en niveles inferiores), consideramos que es el que contiene el tipo de empresa que mejor puede adaptarse a esta regulación. Naturalmente, la suspensión de actividades para una gran empresa de, por ejemplo, dos mil trabajadores supondrá un perjuicio económico para otras tantas familias, pero el global de la economía no se verá tan gravemente afectado, puesto que la multiplicidad de actores hace que se pueda ocupar el vacío de mercado que ha dejado la empresa que ha sido condenada penalmente. La excepción que debemos hacer en este ámbito es en dos subsectores: el turístico y el financiero. El primero, porque tiene una fuerte intervención estatal que lo hace depender del sector público, y el segundo, porque la importancia que las entidades financieras tienen en una

³⁵⁶ COLINO, J. / MARTÍNEZ PAZ, J.M., en GARCÍA DELGADO, J.L./MYRO SÁNCHEZ, R., *Lecciones*, cit, pp. 83 ss.

³⁵⁷ Por poner un ejemplo, véase la importancia de este sector en la Comunidad Valenciana en HONRUBIA LÓPEZ, J. (Coord.), *Globalización y desarrollo local. Una perspectiva valenciana*. Ed. Universitat de València. Valencia, 2004, p. 33.

economía (y más en la nuestra) es tan grande que su desaparición, tal como la Historia ha demostrado en no pocas ocasiones, genera un empobrecimiento de la sociedad cuyos perjuicios son muy superiores a los que pudieran darse por la comisión de actos delictivos por parte de estas organizaciones³⁵⁸.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que no es conveniente castigar penalmente a las empresas más grandes, dada la afectación negativa que dichas sanciones tendrían en el global de la economía. Sería discriminatorio, sin embargo, un sistema de penas que únicamente sancionase a las empresas de pequeñas dimensiones, justificando que su desaparición no tendría tanto impacto económico, pero en opinión propia la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentra un obstáculo insalvable en las empresas que son *too big to fail*³⁵⁹.

Consideramos que esto se debe a que en España determinadas organizaciones empresariales de muy diversos sectores tienen un rol económico tan potente que nuestra economía simplemente no puede permitirse el lujo de perderlas. La desaparición de una empresa pequeña no supondría una gran dificultad económica, a pesar de las implicaciones a largo plazo que tendría una desaparición de un gran número de empresas. No obstante, hacer desaparecer a algunas otras empresas supondría tener que afrontar problemas que afectarían a toda la economía directamente de una manera imposible de afrontar a corto plazo y cuyas repercusiones, aun suponiendo que se superasen, perdurarían en un horizonte temporal mucho mayor. El sistema actual sería correcto si los mercados presentasen rasgos de competencia perfecta, pero al no ser éste el caso, creemos que el sistema sancionador debería adaptarse. Por tanto, opinamos que el sistema de penas para las personas jurídicas es ineficiente por ser demasiado severo.

Nos mostramos plenamente de acuerdo con el hecho de sancionar a una entidad en cuyo contexto y beneficio se haya cometido un delito, pero consideramos que se debería reenfoque esta cuestión por parte del legislador, atendiendo a las repercusiones sociales y económicas para todas las partes implicadas, máxime dado el contexto económico en el que nos encontramos.

³⁵⁸ RONCAGLIA, A., *Economistas que se equivocan. Las raíces culturales de la crisis*. Ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2015, p. 74.

³⁵⁹ De acuerdo con esta idea, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., citado por GÓMEZ MARTÍN, V., “Penas para las personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?”, en LANDA GOROSTIZA, J.M. (Dir.) / GARRO CARRERA, E / ORTUBAY FUENTES, M. (Coords.), *Prisión y alternativas*, cit., p. 271 s.

2.5. PRINCIPALES CUESTIONES PROCESALES

Si bien el punto de vista que se pretende adoptar en esta investigación, como ya se ha apuntado, no es el procesal sino el de la práctica empresarial, esta puede acabar por desembocar en procesos penales dirigidos contra una persona jurídica, por lo que antes de acabar este Capítulo conviene dejar reflejadas, siquiera a título enunciativo, las principales características de dichos procesos³⁶⁰.

Lo primero que hay que decir en esta materia es que, si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en España hace una década, a día de hoy no se ha previsto ningún proceso específico que se adapte a las concretas necesidades que esta situación pudiera requerir³⁶¹, sino que los casos deben seguir las normas del mismo proceso ordinario o, en su caso, abreviado³⁶² en el que se juzgue a las personas físicas. De hecho, tanto es así que el acto en el que se enjuician a unas y a otras es uno y el mismo³⁶³. Eso sí, LECrim contempla determinadas disposiciones sobre las especialidades propias del enjuiciamiento de una persona jurídica³⁶⁴, si bien no quedan cubiertas todas las deficiencias que, en la práctica se dan (muy especialmente, en el ámbito de la representación, cuya regulación resulta insuficiente por no prevenir de forma adecuada los conflictos de interés)³⁶⁵.

³⁶⁰ Salvo cita en contra, se seguirá la exposición de AGUDO FERNÁNDEZ, E. / PERRINO PÉREZ, A.L. / JAÉN VALLEJO, M., *Derecho penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 57 ss.

³⁶¹ En detalle, PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado y lo imaginado”, en PÉREZ GIL, J. / DE ROMÁN PÉREZ, R. (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios. Una perspectiva multidisciplinar*. Ed. Universidad de Burgos. Burgos, 2011, pp. 383 ss. Aportando un punto de vista de derecho comparado, ROMA VALDÉS, J.A., *Responsabilidad penal*, cit., 2012, p. 73.

³⁶² Además, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado también contempla, en supuestos muy determinados, la posibilidad del Procedimiento Especial para el Enjuiciamiento Rápido de Delitos, si bien desaconseja esta opción dada la “previsible complejidad de las investigaciones en las que se vean implicadas las personas jurídicas” (p. 102).

³⁶³ Más aún, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 103, no recomienda incoar piezas separadas, salvo que ello ayude a esclarecer los hechos. Asimismo, en referencia a la problemática práctica que eso conlleva, véase NAVARRO MASSIP, J., “El estatuto procesal de la persona jurídica. 10 años de pocas luces y muchas sombras”, RAD 8/2020. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (en línea, <https://insignis-aranzadigital-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultado el 19 de octubre de 2020).

³⁶⁴ Tanto es así que varias normas que rigen el proceso penal contra las personas jurídicas están reguladas en el CP y otras, en la LEC, tal como menciona VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cauterales sobre la persona jurídica delincuente”, en DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M / LOPO LÓPEZ, M.A. / MARTÍN MOLINA, P. (Coords.), *El Procedimiento Concursal en toda su dimensión*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 336 s.

³⁶⁵ En sentido similar, NAVARRO MASSIP, J., RAD 8/2020. Si bien no es el objeto de la presente investigación, únicamente pretendemos dejar apuntado que, en nuestra opinión, una ley de enjuiciamiento criminal destinada específicamente a las personas jurídicas sería una buena solución a los conflictos que

En este sentido, en cuanto se refiere a la imputación, el art. 119 LECrim indica que las reglas a aplicar en materia de comparecencia serán las mismas que se aplican a una persona física, aunque con ciertas particularidades. Así, la citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos³⁶⁶. De hecho, aunque no se designe representante se podrá sustanciar el procedimiento igualmente con el abogado y procurador designado. Además, la comparecencia se practicará con el representante que la persona jurídica haya designado³⁶⁷ si bien, en caso de que no asistiera, el acto se practicará con el abogado de la entidad³⁶⁸. En cualquier caso, el Juez debe informar a la persona jurídica por escrito a través de su representante o, subsidiariamente, su abogado, de los hechos que se le imputan. Finalmente, en cuanto se refiere a la designación del procurador, se practicarán con éste todos los actos de comunicación posteriores a la notificación, que podrá hacerse tanto en su dirección como en la de la persona jurídica (según se hubiera designado)³⁶⁹.

A esto añade el art. 409 bis LECrim que cuando una persona jurídica haya sido imputada, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella,

se plantean por estos motivos, al poderse inspirar en principios informadores propios distintos de los que afectan a las personas físicas.

³⁶⁶ En cuanto a este extremo, la citada *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011* indica que las personas jurídicas “*deben ser consideradas titulares del derecho a no sufrir injerencias injustificadas o abusivas por parte del Estado tanto en su domicilio como en sus comunicaciones*”, puesto que en ellas puede haber datos e informaciones que afecten a la intimidad de personas físicas titulares de este Derecho Fundamental (p. 105).

³⁶⁷ Tal como observa GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El pleno jurisdiccional del TS sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, *Diario La Ley*, nº 8724 (2016) (en línea, diariolaley.laley.es, consultada el 10 de enero de 2017), la práctica de nombrar el mismo abogado para la persona física imputada y para la persona jurídica puede resultar bastante común debido a que el anterior régimen de responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica conllevaba que la defensa de las organizaciones pasase por la defensa de las personas físicas imputadas. La STS 154/2016, 29 febrero, llega a la conclusión de que en este caso nada impediría que se repitiese el juicio oral, aunque fuera únicamente en lo que refiere a la persona jurídica, y que ésta fuera representada por alguien ajeno a ella o, si más no, que no fuera a ser juzgado en esas actuaciones. Esta decisión se basa en el hecho de pretender que una persona jurídica tenga iguales derechos de defensa que una persona física, cosa que se vería vulnerada si la persona física representante de la jurídica tuviera otros intereses procesales (y personales) opuestos a los de la persona jurídica.

³⁶⁸ En este contexto, la STS 123/2019, 8 marzo, FJ 1, indica que una persona física acusada no puede comparecer en el acto del juicio como representante de la persona jurídica. Este criterio, sin embargo, no encuentra respaldo legal expreso, si bien lo consideramos adecuado por ser una forma de evitar un posible conflicto de intereses.

³⁶⁹ Véase un comentario al art. 119 LECrim en BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica en fase de instrucción”, en BANACLOCHE PALAO, J. / ZARZALEJOS NIETO, J.M. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 166 s.

asistido de su abogado. Esta declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad, así como de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le serán de aplicación los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable³⁷⁰, si bien una persona jurídica no es titular del derecho a la justicia gratuita³⁷¹. Además de estos, la Circular del Ministerio Fiscal 1/2011 añade que las personas jurídicas extranjeras tienen derecho a un intérprete³⁷². No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar³⁷³.

Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, según el art. 544 quater LECrim, las medidas cautelares que podrán imponérsele son, únicamente³⁷⁴, las siguientes: clausura temporal de los locales o establecimientos, suspensión de las actividades sociales e intervención judicial. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente, si bien no procederá imponer ninguna si no concurren, a la vez, las circunstancias de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*³⁷⁵.

En la fase en enjuiciamiento, por su parte, deben tenerse en cuenta algunas cuestiones particulares³⁷⁶. El punto que merece un tratamiento más detenido es el de la prueba³⁷⁷.

³⁷⁰ En este sentido, por todas, SSTS 541/2015, de 15 de septiembre, FJ 2, 221/2016, 16 marzo, FJ 5.

³⁷¹ El Tribunal Constitucional avaló este extremo en su STC 117/1998, 2 junio, FJ 7, alegando que ni vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva ni se vulneraba tampoco el principio de igualdad en relación con el trato que recibiría una persona jurídica que no tuviera ánimo de lucro. En general, véase VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos jurídicos y procesales”, Diario La Ley, nº 7883 (2012) (en línea, diariolaley.laleynext.es, consultada el 19 de octubre de 2020).

³⁷² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 90.

³⁷³ Ampliamente, NEIRA PENA, A.M., “La imputación de la persona jurídica”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. / FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir.) / NEIRA PENA, A.M. (Coord.), *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. Ed. Universidades da Coruña. A Coruña, 2012, pp. 607 ss.

³⁷⁴ Un sector de la doctrina se sorprende de que haya algunas medidas cautelares que puedan ser impuestas a personas físicas pero no a jurídicas, como puede ser el caso de la prohibición de realizar determinadas actividades. Véase AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., *Penas, medidas y otras consecuencias del delito*. Ed. Dykinson. Madrid, 2017, p. 49. Crítico con este hecho, PÉREZ GIL, J., en PÉREZ GIL, J. / DE ROMÁN PÉREZ, R. (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios*, cit., pp.402 ss.

³⁷⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 72. Este organismo añade que, si bien la duración de estas medidas no queda determinada, no puede ser superior al de la pena por la que, en su caso, se llegase a condenar a la persona jurídica.

³⁷⁶ Como marco general, véanse los arts. 786 bis y 787.8 LECrim.

Claro está, y a esta conclusión llega la STS 221/2016 en su citado FJ 5, que el núcleo duro de la cuestión será determinar si la persona jurídica imputada tiene o no implantados suficientes mecanismos de prevención de delitos, o, desde otro punto de vista, si el elemento esencial de su imputación consistente en un fallo organizativo resulta o no de aplicación. En este sentido, resulta especialmente pertinente la observación de NIETO, que compartimos plenamente, cuando se pregunta, citando a GÓMEZ COLOMER, si una persona jurídica está obligada a aportar a un proceso documentación que legalmente debe tener y, en su caso, si dicha documentación se pudiera usar en su contra en caso de haberse entregado a alguna autoridad bajo coerción³⁷⁸. No obstante, tiene razón NEIRA PENA cuando indica que resulta imposible para la defensa practicar una prueba diabólica consistente en demostrar un hecho negativo (esto es, que no se omitió el control debido), por lo que ésta se encaminará a demostrar la implementación de un PCN que reúna los requisitos legales³⁷⁹.

Es, precisamente, en el contexto de la carga de la prueba en el que el debate sobre autorresponsabilidad vs heterorresponsabilidad cobra más sentido: tal como se ha visto *supra*, las posturas que abogan por la autorresponsabilidad defienden que sea la acusación quien soporte dicha carga, mientras que los defensores de la heterorresponsabilidad consideran que la prueba debe ser aportada por la persona jurídica acusada. No procede repetir los mismos argumentos que se han expuesto, y que retomaremos *infra* desde otro punto de vista³⁸⁰, por lo que únicamente recordaremos que el TS, aunque con vacilaciones, considera que el sistema se basa en la autorresponsabilidad penal de una persona jurídica y que la carga de la prueba recae en la parte acusadora³⁸¹.

³⁷⁷ En general, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución”, InDret 1/2020 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultada el 4 de diciembre de 2020).

³⁷⁸ NIETO MARTÍN, A., “Introducción”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 19 s.

³⁷⁹ NEIRA PENA, A.M., “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de la prueba en el proceso penal”, *Política Criminal* (vol. XI), nº 26 (2016) (en línea, <http://www.politicacriminal.cl/>, consultada el 19 de octubre de 2020).

³⁸⁰ Véase el Capítulo IV de esta investigación.

³⁸¹ La STS 221/2016, 16 marzo, FJ 5, ahonda en esta cuestión, siguiendo la línea del pronunciamiento principal de la STS 154/2016, 29 febrero. Así, esta Sentencia contempla que la parte acusadora en un proceso penal contra una persona jurídica deberá demostrar la comisión de un hecho delictivo por parte de alguna de las personas a las que se refiere el art. 31 bis CP pero, además, deberá acreditarse que el delito en cuestión “*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*”. Eso sí, no puede caerse en la trampa de considerar que, una vez acreditada la comisión del delito, ha habido un fallo organizativo, sino que este también debe probarse,

Por otro lado, otra reflexión que debe hacerse es cómo se puede practicar esta prueba o, dicho en otras palabras, cuál va a ser la manera de demostrar que las medidas de control y, en su caso, los PCN, eran correctos o, al menos, suficientes³⁸². Según MAZA MARTÍN, la prueba que más importancia tiene es la pericial, puesto que a día de hoy un análisis de las medidas de vigilancia y prevención de riesgos de comisión de un delito que pueda tener una empresa requiere de un conocimiento muy específico³⁸³. En este sentido, DE MADRID-DÁVILA RICO considera que “*el perito debe pasar al ejercicio de evaluar, a partir de los «hechos que él cree probados», cómo califica la actividad de la empresa en la aplicación de la normativa sobre RPPJ*”³⁸⁴.

Finalmente, en lo referente al régimen de recursos, se aplicarán a una personas jurídica exactamente los mismos principios que a una persona física, pudiéndose proyectar, en su caso, su impugnación sobre las decisiones del Tribunal “*en relación con el delito de la persona física, aunque esta no haya recurrido o haya dado un enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos y sus consecuencias jurídicas*”³⁸⁵. Por otro lado, la Circular de la Fiscalía 1/2011 hace especial hincapié en el hecho de que, si en un determinado proceso por unos hechos sólo es parte una persona física o una persona

pues en caso contrario se estaría vulnerando el principio a la presunción de inocencia. Y todo ello con independencia de que se opte por un criterio de autorresponsabilidad o de heterorresponsabilidad, pues, como sigue diciendo esta resolución, la responsabilidad penal de una persona jurídica “*no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física*”.

³⁸² De hecho, la Circular de la Fiscalía 1/2011 ya se planteaba la posibilidad de que las medidas que se tomaran para pretender demostrar un cumplimiento del deber de vigilancia y control fueran inútiles, a penas poco más que meros documentos escritos sin aplicabilidad alguna y que, por tanto, poca eficacia probatoria podían tener. Esto es lo que habitualmente se conoce como “*paper Compliance*” o “*Compliance* meramente estético”. En el Capítulo IV se hará referencia a esta figura.

³⁸³ MAZA MARTÍN, J.M., “*Compliance Penal y peritaje judicial*”, conferencia pronunciada en la jornada “*Novedades sobre el peritaje en Compliance penal. Comentarios a la Circular 1/2016 de la Fiscalía sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”, organizada por la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses y la Asociación de Probática y Derecho Probatorio. Barcelona, 2016.

³⁸⁴ DE MADRID-DÁVILA RICO, E., “*Peritaje en materia de compliance en la aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Caso español*”, en ABEL LLUCH, A. (Coord.) *Tratado Pericial Judicial*, 1ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 467 ss. Este autor propone un método de peritaje de un Programa de Cumplimiento Normativo basado en los siguientes puntos: definir el problema a peritar: hay que acotar qué delito y qué hechos que pudieran llevar a cometerlo deben peritarse, indicando el nivel de decisión empresarial involucrado y el nivel técnico y tecnológico que tenga lugar; analizar el contexto: arquitectura societaria, antecedentes en esa misma organización o en otras similares, conocimiento de las actividades sujetas a dicho Programa, etc.; investigar y recolectar información: debe hacerse tanto desde el proceso global de cumplimiento normativo (es decir, llevar a cabo una recolección de la documentación en la que se basa el Programa en sí) como desde la óptica de individualizar los elementos básicos del delito cometido en relación con el/los sujeto/s que lo hayan llevado a cabo; y determinar los “*hechos probados*” y su implementación en el plano de los hechos: en esta fase se puede llegar a elaborar una primera hipótesis de los acontecimientos, con sus medios de prueba correspondientes.

³⁸⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 106.

jurídica, enjuiciando en otro proceso posterior a quien de las dos no haya formado parte del primero, la resolución vertida en él no vinculara a la del segundo juicio.

2.6. CONCLUSIONES PARCIALES

A lo largo de este capítulo se han expuesto y descrito los principales rasgos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, poniendo especial énfasis en aquellos más relacionados con el tema de la presente investigación. En este contexto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Cualquier persona jurídica puede ser imputada por alguno de los delitos para los que se prevé expresamente esta posibilidad, si bien la redacción parece pensada más bien para entidades empresariales, sean o no sociedades mercantiles.

2. Puede sancionarse a una persona jurídica por los hechos delictivos referidos siempre que se cometan por algún miembro de la misma y que le reporten un beneficio directo o indirecto (entendiendo por esto último una expectativa de beneficio). En esta regulación tienen cabida desde las sociedades mercantiles que ejercen su actividad en el mercado por medio de grandes empresas hasta las microempresas, dada la amplitud de los términos, así como fundaciones sin ánimo de lucro, entidades recreativas o deportivas, asociaciones, etcétera. No obstante, el CP no recoge un concepto propio de “persona jurídica”, lo que obliga a acudir a regulación propia de otras ramas del Derecho. Ello supone, entre otras cuestiones, que los trabajadores autónomos no están sometidos a este régimen si no forman parte de ninguna sociedad, puesto que éstos tienen consideración de “personas físicas” aunque ejerzan actividades mercantiles.

3. Se prevé una separación entre la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física que *de facto* haya cometido los hechos. Esto puede implicar que las empresas (que, en realidad, son quienes más afectadas se ven por la materia de la regulación penal de las personas jurídicas) deban funcionar sin un líder con poder suficiente. El legislador parece suponer que las entidades empresariales pueden funcionar así sin problemas durante el tiempo que dure la condena, aspecto con el que discrepamos, teniendo en cuenta que la amplia mayoría de empresas de España tienen menos de diez trabajadores, no suele haber una estructura de apoderados definida (por

ser innecesaria) y la responsabilidad de los máximos directivos suele acarrear tareas de representación que otros trabajadores no podrían ejercer.

4. Para evitar una sanción, y con independencia de su actividad o su tamaño, una persona jurídica debe implantar un PCN que prevea y prevenga la comisión de los posibles delitos que se puedan cometer en ella. Esta posibilidad, que no obligación (en tanto que lo contrario no constituye delito), sirve a cualquier tipo de persona jurídica sin importar sus características, y se basa en una supervisión y un control de los procesos que obvia factores estrictamente personales que impliquen una disfuncionalidad del mismo. Además, si bien es cierto que en la práctica los PCN se deben adaptar a cada persona jurídica en concreto (y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 hace especial incidencia en ello), el CP establece el mismo contenido mínimo para todas.

5. A pesar de las estructuras orgánicas simples de la mayoría de empresas españolas, el legislador prevé que el sistema de prevención de riesgos penales cuente con un programa que se vea complementado por un *Compliance Officer* que ejerza labores de supervisión y control (y que en una estructura de menos de 250 trabajadores puede ser el propio órgano de administración) y un canal de denuncias en el que los miembros de una organización pongan en conocimiento del mismo que un compañero ha infringido una norma. El legislador no tiene en cuenta que en una estructura empresarial de dimensiones reducidas hay un factor personal importante entre los miembros de la organización que probablemente hará que los canales de denuncias de la mayoría de organizaciones (aunque con excepciones) caigan en desuso. Del mismo modo, parece olvidar que en empresas de pocos trabajadores las tareas de vigilancia y control difícilmente se llevarán a cabo por diversos motivos, como pueden ser el desconocimiento de las formas de llevar a cabo un aseguramiento efectivo de que las gestiones sean adecuadas a la legalidad o la falta de voluntad de incidir y controlar en este sentido a los empleados y directivos de una entidad, entre otros. Todo ello viene acentuado por la no obligatoriedad de implementar un sistema de cumplimiento normativo en las organizaciones, puesto que si las personas jurídicas percibieran que hay una auténtica necesidad de esta figura se verían obligadas a ejercer las funciones y a asegurarse del cumplimiento de la legalidad con mayor rigor.

6. La figura del *Compliance Officer* no está desarrollada por la legislación ni la jurisprudencia. No se ha determinado su posición jerárquica ni el alcance exacto de sus

potestades. Consideramos que en muy pocos casos un órgano de gobierno de ninguna persona jurídica, sea cual sea su forma y/o su actividad, querrá invertir dinero para crear una figura que pueda llegar a supervisarle e incluso a corregirle y sancionarle, en su caso, si no tiene obligación legal para ello. No obstante, sí puede ser interesante tenerla desde el punto de vista de la delegación de funciones, que lleva aparejada la de responsabilidades que originariamente incumben al máximo órgano de gobierno y que se puedan trasladar, mediante este mecanismo, al *Compliance Officer*. No obstante, insistimos en que la falta de regulación de *lege lata* (aunque sí existan propuestas doctrinales de *lege ferenda*) hace que esta figura pueda tener unas funciones, potestades y responsabilidades distintas en cada organización en la que esté.

7. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en general y de “*Compliance*” en particular, sin embargo, sí se adapta a una estructura empresarial mediana o grande en la que haya una mayor despersonalización de los puestos de trabajo y una mayor dificultad de control de la organización. No obstante, únicamente el 0,12% de las empresas españolas tienen más de 250 trabajadores, y la mayoría no llegan a diez, por lo que este sistema topa con dificultades que poco tienen que ver con cuestiones jurídicas o empresariales y que desvirtúan el sistema.

8. El sistema de penas que se puede imponer a una persona jurídica se basa en la imposición de una multa y, a criterio del organismo juzgador, alguna otra de las penas previstas. El legislador parece suponer que la imposición de dichas sanciones no afectará a la continuidad en el mercado de las organizaciones sancionadas, o bien olvida que la economía española está sobreendeudada con sus propios trabajadores y que adoptar medidas que contribuyan a una desaparición de las empresas empeora esta situación, puesto que, en la práctica, la dureza de las mismas difícilmente conllevará su quiebra y consiguiente disolución. En una economía que realmente estuviera basada en el libre mercado un sistema tan severo podría tener sentido, pero al no ser el caso de la economía española, debería imponerse un sistema de sanciones administrativas.

9. Por tanto, la conclusión final es que el tipo de persona jurídica que dibuja el legislador español en la regulación de la responsabilidad penal de estas entidades es una empresa de tamaño medio-grande, en la que no haya relaciones afectivas personales relevantes entre los trabajadores y los directivos, en la que todos los miembros puedan ser fácilmente sustituibles y haya capacidad para hacer frente (aunque con claras

repercusiones financieras) a una sanción como las establecidas. Se trata de una empresa con estructura dividida en departamentos en la que no va a haber inconveniente en mostrarse franco a la hora de descubrir los errores ajenos, y en la que el máximo organismo de gobierno esté dispuesto a desembolsar la cantidad de dinero necesaria para establecer los mecanismos efectivos de vigilancia que estime suficientes y que, en su caso, pudieran conllevar a que le sancionasen a él mismo. A pesar de ello, se va a mostrar colaborador con dicho organismo en todos los aspectos que se requiera, sin sugerirle que “mire hacia otro lado” en ningún momento. Entendemos, pues, que se trata de un modelo de empresa inexistente en España, puesto que las empresas que superan los cincuenta trabajadores únicamente constituyen un 0,748% del total, la departamentalización no siempre está clara (sino que en muchos casos la tendencia es hacia la multifunción del personal), las relaciones personales entorpecerán el funcionamiento adecuado de un sistema de vigilancia y sanción como el que insinúa el CP, pocos organismos de gobierno querrán asumir el riesgo de incluir un órgano en sus empresas cuya finalidad sea vigilar y proponer sanciones (teniendo en cuenta la posibilidad de que dicho órgano se pusiera en contacto con las autoridades policiales directamente) y no todos los profesionales que sean contratados para estas funciones arriesgarán sus puestos de trabajo con esta rigurosidad en sus labores de investigación.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

Tras haber repasado los aspectos de la parte general del Código Penal que más relevancia tienen en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas desde el punto de vista de su adecuación a la realidad económico-empresarial, procede ahora hacer lo propio con la parte especial del mismo. Se pretende con ello entender cuál es el modelo de mercado que se dibuja con la regulación de los delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de una persona jurídica, así como el tipo de empresa a la que va dirigida esta regulación. Si bien son varios los comportamientos típicos que encajan en esta categoría (en total hay veintiséis artículos en el CP que prevén esta responsabilidad, y en muchos casos se engloban varias conductas en cada uno de ellos¹), a los efectos de la presente investigación se han observado únicamente aquellos delitos cuya comisión es más factible, sea o no habitual, en los contextos empresariales².

En cuanto a la metodología de análisis, no se pretende hacer una exposición dogmática de estos delitos, sino que el objetivo es analizar su adecuación a la realidad empresarial, aunque sin perder de vista las cuestiones esenciales sobre los mismos. Se han obviado, pues, aquellos aspectos que, a pesar de su importancia en otros contextos, en éste resultarían superfluos. El orden de exposición se corresponde con la ubicación de cada delito en el Código Penal. Dado el enfoque eminentemente práctico que se pretende dar a esta investigación, si bien el análisis de los delitos mencionados tiene en cuenta algunas posturas doctrinales, se ha dado particular relevancia a la jurisprudencia

¹ Véase, en el capítulo anterior, el listado *numerus clausus* de delitos por los que puede responder una persona jurídica de acuerdo con lo previsto en el CP español.

² Para ello, se ha atendido a una muestra de 50 personas jurídicas españolas y se han analizado sus riesgos penales (es decir, los delitos que hipotéticamente pudieran tener lugar, siempre desde una óptica razonable, se hayan llegado a cometer o no), habiéndose seleccionado únicamente aquellos que han resultado comunes a todas ellas. Esta muestra se ha obtenido directamente de la práctica profesional propia. No se reproduce el nombre de las organizaciones por motivos de secreto profesional.

existente sobre esta materia, en aras de aproximarlos en la mayor medida posible a la realidad y a su aplicación práctica.

3.1. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

3.1.1. Bien jurídico protegido

La tipificación de los delitos recogidos en los arts. 197-201 CP³ se encuentra bajo la rúbrica del Título X: *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*⁴. En este sentido, MENDO ESTRELLA sugiere que debería determinarse si únicamente se protege la intimidad, la propia imagen o ambas, concluyendo, junto con la doctrina mayoritaria, que mediante estos artículos únicamente se pretende dar amparo penal a la intimidad⁵. No obstante, téngase en cuenta que esta intimidad es predicable de las personas físicas, y sólo de forma limitada de las jurídicas⁶; estos delitos únicamente protegen a las primeras⁷, puesto que el descubrimiento y revelación de los secretos empresariales, como se verá más adelante,

³ Ante la multiplicidad de tipos delictivos recogidos en estos artículos, se ha optado por un análisis general de todos los tipos en vez de uno individualizado, puesto que lo contrario hubiera supuesto incurrir en innumerables reiteraciones. Se harán puntualizaciones de artículos concretos cuando por sus circunstancias así se requiera.

⁴ MORALES PRATS, F., “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE del Derecho penal*, 10ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016, p. 432, opina, con razón, que es un acierto encuadrar conjuntamente estas figuras delictivas, que se encontraban dispersas en el Código Penal de 1973, puesto que así se tutela la intimidad con unidad y coherencia sistemática.

⁵ MENDO ESTRELLA, Á., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”, RECPC 18-16 (2016) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultado el 10 de abril de 2018), pp. 5 ss. Un punto de vista discrepante lo aporta DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra los sistemas de información”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*. Ed. Dykinson. Madrid, 2018, p. 732, según el cual el bien jurídico protegido es la seguridad en los sistemas información y, en su caso, la confidencialidad de los datos que permitan su correcto funcionamiento.

⁶ Si bien, en una primera interpretación de los Derechos Fundamentales, el TC afirmó que una persona jurídica no era titular del derecho a la intimidad (STC 137/1985, 17 octubre, FJ 2), el art. 200 CP incluyó una suerte de amparo a la intimidad de una organización. Al respecto, la STS, 3ª, 24 de noviembre de 2014, FJ 2 (entre otros) interpretó que en el ámbito penal, las personas jurídicas “*merecen la protección los datos de las personas jurídicas y de esta manera en el art. 200 del Código Penal se incluyen como sujetos pasivos a las personas jurídicas de los delitos de descubrimiento, revelación y cesión de datos reservados*”, a pesar de no estar amparadas por el derecho fundamental a la intimidad (si más no, en el mismo sentido en que lo están las personas físicas). Más adelante se insistirá en este aspecto y se desarrollará con más detalle.

⁷ En este contexto, AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*. Ed La Ley. Madrid, 2009, pp. 46 ss., aboga por una tipificación *en todo caso* de las intromisiones contra la intimidad, concluyendo que debe distinguirse entre el acceso a la información personal y el uso posterior que se haga de la misma, si bien una oportuna tipificación penal parece justificada ante intromisiones en esferas particularmente íntimas.

se protege en otros artículos del CP⁸. En la jurisprudencia, el TS ha establecido que el primer apartado del art. 197 CP está dirigido a proteger la intimidad y que el segundo pretende proteger la autodeterminación informativa⁹. No obstante, debe tenerse en cuenta que el concepto de “secreto” es más amplio que el de “intimidad” o “autodeterminación informativa”¹⁰.

3.1.2. Comportamiento típico

Los tipos penales recogidos en los arts. 197-201 CP (particularmente, hasta el art. 199) recogen diversos comportamientos típicos, que podemos clasificar entre aquellas conductas que suponen el descubrimiento ilícito de un secreto y aquellas que suponen la revelación del mismo, tanto si se haya tenido conocimiento de él de forma lícita (en cuyo caso serían dos tipos penales autónomos) como ilícita (lo que supondría que la revelación sería una agravante específica del tipo de descubrimiento)¹¹. Las distintas conductas relacionadas con el descubrimiento están fundamentalmente recogidas (aunque no de forma única) en los arts. 197.1 y 197.2 CP, por lo que nos centraremos en ellos.

Empezando por el art. 197.1 CP, un primer grupo de comportamientos lo constituiría el apoderamiento¹² de documentos escritos que contengan información que afecte a la intimidad de las personas¹³, ya se trate de documentos físicos (como cartas o papeles), documentos en soporte informático o telemático (correo electrónico, mensajes enviados

⁸ BONILLA SÁNCHEZ, J.J., *Personas y derechos de la personalidad*. Ed. Reus. Zaragoza, 2010, p. 218.

⁹ Véanse, en este sentido, las SSTS 638/2017, de 27 de septiembre, FJ 1, y 803/2017, 11 diciembre, FJ 3, con cita a la anterior STS 586/2016, 4 julio.

¹⁰ Véase, a mayor abundamiento, HUETE NOGUERAS, J.J., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: estudio de los tipos básicos y agravados art. 197.1.2.4.5 y 6 del C. Penal”, ponencia impartida en el “XI Congreso Nacional de la Abogacía” (2015) (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 21 de mayo de 2018), p. 6. En igual sentido, STS 666/2006, 19 junio.

¹¹ En general, la jurisprudencia (por todas, la STS 123/2009, 3 febrero, FJ 4, a pesar de que las últimas reformas del CP hayan modificado la numeración de los artículos relacionados), ha resumido con acierto la generalidad de los tipos básicos que constituyen este bloque delictivo. En lo sucesivo se seguirá esta clasificación.

¹² Según POLAINO NAVARRETE (citado por OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO), debe entenderse por este concepto el traslado de conocimiento que confiere a quien lo realiza el hecho de poder conocer el contenido de los documentos. Véase OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L., *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del art. 197.1ª del código Penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009, p. 79.

¹³ En cuanto a la información contenida en estos soportes, si bien no tiene por qué corresponderse con un ámbito de desconocimiento absoluto frente a todos, el contenido de los mismos tiene que tener objetivamente relevancia para hacerle merecedor de tutela penal. Este criterio es unánime en toda la jurisprudencia del TS al respecto (véase, por todas, la STS 445/2015, 2 julio, FJ 2, cuya lectura resulta interesante por la contraposición entre la tutela penal de la intimidad y la civil, explicando los límites basándose en el caso concreto.

a través de plataformas de comunicación por teléfonos u otros instrumentos análogos¹⁴) o cualesquiera otros documentos o efectos personales¹⁵. Los objetos reconducibles al ámbito de intimidad relevante deben delimitarse atendiendo a que se trate o no de objetos que materialicen una proyección de la intimidad del sujeto¹⁶. Sin embargo, en cuanto a los mismos, encontramos un supuesto singular en el ámbito laboral. La jurisprudencia ha admitido que, salvo aviso en contra por parte del empleador, el hecho de que el ordenador sea de la empresa y no del trabajador no permite al empresario ver los correos de sus trabajadores, aunque obre de buena fe, si con ello vulnera los derechos fundamentales de los mismos (particularmente, la intimidad y el secreto de las comunicaciones)¹⁷. Constituiría un comportamiento típico, pues, la lectura de estos correos sin las garantías debidas para el trabajador. En este sentido, coincidimos con GÓMEZ MARTÍN cuando indica que, dentro del ámbito laboral, debería respetarse siempre la intimidad del trabajador, aunque entendiendo que en un centro de trabajo hay ocasiones en las que, por causa de una investigación interna, este derecho fundamental pueda quedar parcialmente limitado, hasta el punto de que ciertas intromisiones puedan no constituir un delito de los aquí tratados¹⁸.

¹⁴ Véase CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Ed. Bosch. Barcelona, 2014, p. 77. Esta autora apunta a que, si se interpreta desde el punto de vista de la práctica, los mensajes popularmente conocidos como “SMS” también constituyen un documento a los efectos de este delito. Coincidente, STS 544/2016, 21 junio, FJ 12.

¹⁵ Véase al respecto el comentario del tipo básico de este delito de MARQUINA BERTRÁN, M. “Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 5/2010”, CPJML, nº 12 (2016), pp. 321 ss. En igual sentido, SAP Sevilla 609/2015, 23 diciembre, FJ 2 (y, por remisión, la STS 694/2003, 20 junio, FJ 5).

¹⁶ En opinión propia, la referencia a papeles y cartas que hace el art. 197.1 CP nos parece clara: el legislador de 1995 pensaba en la documentación personal en soporte escrito, mucho más habitual en aquellas épocas que en las actuales. Sin embargo, un correo electrónico que se imprima pasa a ser un documento en soporte papel (teniendo en cuenta el concepto de “documento” del art. 26 CP), por lo que también entraría en esta categoría. Véase ROMEO CASABONA, C.M., “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet”, DyC, nº 2 (2002). Ed. Universidad de Huelva. Huelva, 2002, p. 128.

¹⁷ Ver, por todas, la STS, 4ª, 226/2017, 17 marzo, FJ 4. Esta resolución se apoya en otras anteriores, entre las que destacan varias Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la de 3 de abril de 2007, caso Copland vs Reino Unido, de 25 de junio de 1997, caso Halford vs Reino Unido, o de 16 de febrero de 2000, caso Amann vs Suiza. No obstante, la jurisprudencia social se ha mostrado, por lo general, vacilante y poco cohesionada en esta materia, según se indica en AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*. Ed. La Ley. Madrid, 2009, p. 61.

¹⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., en KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.) *Compliance y teoría del delito*, cit., pp. 136 ss. Este autor opina que, a efectos de *Compliance*, nos podemos encontrar con situaciones en las que la intromisión sea típica y antijurídica (por ejemplo, si se comete con ella un delito de coacciones o contra la integridad moral), típica pero no antijurídica (como podría ser el caso de los registros personales desproporcionados) o atípica (tal como sucede en los supuestos en los que se puede deducir a través de “elementos periféricos” que la información recabada no es personal o no es secreta. Coincidente, entre otras, la STS 489/2018, 23 octubre, en especial los FFJJ 3-7).

El último comportamiento recogido en el art. 197.1 CP consiste en la interceptación¹⁹ de las telecomunicaciones, que se produce en el momento en que una conversación telemática se intercepta, bien directamente o a través de instrumentos o artificios técnicos de escucha²⁰. Este precepto requiere la utilización de artificios técnicos o tecnológicos, estén o no dirigidos a una comunicación concreta, pero deja a un lado otros supuestos (como por ejemplo escuchar detrás de una puerta)²¹. Esto genera una compleja cuestión práctica: la detección y la evitación de estos ataques a la intimidad. Los programas antivirus de los dispositivos informáticos, por ejemplo, únicamente protegen del 5% de ataques, y de manera casi constante determinadas personas llevan a cabo intromisiones masivas en un determinado espacio geográfico, la mayoría de las cuales no se llega a detectar²². Por tanto, una tipificación de este delito debería ir acompañada de una mejora en las medidas de prevención y detección de los actos ilícitos que lo conforman, cosa que se ha demostrado utópica dado el vertiginoso avance de las tecnologías y el carácter reactivo, que no proactivo, de la normativa sectorial²³.

En cuanto a las conductas del art. 197.2 CP, como hemos indicado *supra* se refieren a la libertad informática. La conducta típica consiste en apoderarse, utilizar o modificar, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, así como acceder²⁴ a los mismos, alterarlos o utilizarlos en perjuicio del titular de los datos o de un tercero, sin estar autorizado y por cualquier medio²⁵. Debemos referirnos, en fin, a las conductas

¹⁹ Según el ATS 1146/2017, 6 julio, FJ 1, se entiende por “interceptación” la “*aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación*”.

²⁰ Tal como señala QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. PE*, 7ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p. 322, resulta irrelevante si esta escucha se registra o se documenta.

²¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, 22ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 258 s.

²² Véase al respecto GOODMAN, M., *Los delitos del futuro*. Ed. Ariel. Barcelona, 2015.

²³ Téngase en cuenta la redacción genérica de este art. cuando habla de “*artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación*”. Con ello, el legislador trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pudieran derivar de los avances de la tecnología (STS 544/2016, 21 junio, FJ 12, con cita a varias anteriores).

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 259. En este sentido, la STS 532/2015, 23 septiembre, FJ 5, citando una abundante cantidad de sentencias anteriores, sugiere que, aunque no se indique expresamente, la conducta consistente en el “acceso” también debería ser típica únicamente en caso de que se haga en perjuicio de tercero y concluye que el acceso como tal a datos personales no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que dicho perjuicio fuera implícito al acceso, por la naturaleza de los datos descubiertos. Más adelante, al exponer los elementos objetivos de este tipo penal, volveremos sobre esta idea.

²⁵ Más en detalle, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., pp. 326 s., señala que resulta irrelevante si esta escucha se registra o se documenta. No obstante, de esta primera lectura (casi literal) podemos extraer una

que suponen la revelación de los datos descubiertos. Tal como hemos dicho antes, tanto puede ser que dicha revelación sea de unos datos descubiertos de forma que constituya un delito de descubrimiento de secretos como los que acabamos de ver (en cuyo caso sería una agravante específica del mismo) o que se revelen secretos obtenidos de modo lícito (lo que constituiría un delito autónomo). En cualquier caso, es irrelevante que el perjuicio se llegue o no a producir²⁶.

En este contexto, y teniendo en cuenta de la simplificación expositiva a la que hemos hecho referencia al principio de este epígrafe, nos empezaremos refiriendo a la conducta del art. 197.3 CP. En este caso, se tipifica una conducta dolosa que equipara las acciones típicas de difundir, revelar y ceder, aunque interpreta que la primera de las tres tiene un mayor alcance que la segunda; por su parte, la acción de “ceder” se refiere a los supuestos del tipo básico de del art. 197.2 CP²⁷. Por otro lado, el segundo párrafo tipifica la revelación de datos obtenidos por otro de forma ilícita con conocimiento de dicha ilicitud. Esta redacción supuso una novedad legislativa dada por la L.O. 1/2015.

Finalmente, en cuanto respecta al art. 199 CP, que tipifica el delito de revelación de secretos aun cuando éstos hubieran sido descubiertos legítimamente, debe tenerse en cuenta que los verbos típicos son dos: “revelar” y “divulgar”. Existe un debate doctrinal sobre si estos dos verbos son sinónimos o no²⁸: nos alineamos con quienes consideran que sí lo son, puesto que la revelación necesariamente implica la divulgación de los contenidos²⁹. En general, este tipo penal se divide en dos apartados, en función de si quien comete la acción divulgativa tiene una relación laboral con los secretos

dificultad práctica: la estrecha relación que existe con la normativa administrativa en materia de protección de datos, singularmente con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales. Este Reglamento da un concepto de “fichero” (en su art. 4) que difiere sucintamente del que hasta la fecha daba la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (actualmente derogada en su mayor parte) y que ha sido tratado por nuestra jurisprudencia, tal como ilustra, entre otras, la STS 586/2016, 4 julio, FJ 4.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 259.

²⁷ JORGE BARREIRO, A., “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del art. 197 del CP”, *RJUAM*, nº 6 (2006) (en línea, <http://revistas.uam.es>, consultada el 20 de junio de 2018), pp. 99 ss. (en especial, pp. 123 s.).

²⁸ Véase una exposición del mismo en FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “El delito de revelación y divulgación de secretos en el ámbito sanitario”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Estudios jurídicos sobre la responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009, p. 308.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed. Ed. La Ley. Madrid, 2009, p. 500.

divulgados, en cuyo caso nos ubicamos dentro del primer apartado de este artículo; o si la relación es mercantil, tratándose entonces de un supuesto previsto en el segundo apartado³⁰.

3.1.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

En este caso, la diversidad de tipos penales hace que exista una amplia lista de elementos objetivos y subjetivos para los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, puesto que cada subtipo tiene sus características propias. No obstante, la jurisprudencia se muestra particularmente generosa a la hora de indicar cuáles son.

En cuanto al tipo básico del art. 197.1 CP, se puede dividir en dos modalidades: el apoderamiento de objetos que pudieran contener información que afectase a la intimidad de su titular, por un lado, y la obtención de dicha información, por otro³¹. La doctrina mantiene un debate, sin una solución de consenso, entre quienes defienden que la falta de consentimiento del titular de la intimidad es un elemento del tipo que se configura negativamente y cuya inobservancia daría pie a la atipicidad y quienes consideran que el consentimiento sería una causa de justificación³². En cuanto al elemento subjetivo de este delito, se trata de un tipo doloso³³ que se caracteriza por que todos los actos que supongan descubrimiento de secretos han de ir encaminados a vulnerar la intimidad del sujeto pasivo³⁴. Doctrinalmente, además, se ha destacado como núcleo del injusto el hecho de que este comportamiento se lleve a cabo “en perjuicio de tercero”, aunque no “con perjuicio”³⁵.

Por lo que se refiere al tipo de descubrimiento del art. 197.2 CP, se sanciona la libertad informática. La principal característica es que, en este caso, los datos personales se hallan en ficheros informáticos, electrónicos o telemáticos, entendiéndose por “fichero”

³⁰ *Ibidem*.

³¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 320, opina que resulta irrelevante si esta escucha se registra o se documenta.

³² Véase una referencia a este debate en JORGE BARREIRO, A., *RJUAM*, n° 6 (2006), p. 106.

³³ En detalle, STS 694/2003, 20 junio, FJ 5.

³⁴ CASTIÑEIRA PALOU, M.T., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, 3ª ed. Ed. Atelier. Barcelona, 2011, p. 144-145. En este sentido, y con esta misma cita, MENDO ESTRELLA considera que el elemento subjetivo de desear vulnerar la intimidad también debe ir unido al dolo, aunque se trat de un elemento diferente; véase MENDO ESTRELLA, Á., *RECPC* 18-16 (2016), p. 19.

³⁵ MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M.J., “Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos”, *REPC*, n° 37 (2017) (en línea, <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/4063/4923>, consultada el 3 de junio de 2018), pp. 448 s. De acuerdo con esta idea, STS 557/2017, 13 julio, FJ 1.

todo conjunto ordenado de datos personales (sin importar su formato, extensión, titularidad ni ninguna otra circunstancia)³⁶. Por este motivo, dentro de las conductas típicas se incluye, además de las del apartado anterior, el acceso a estos, siempre que, en cualquier caso, no haya autorización para ello³⁷. Debe exigirse, además, un perjuicio para el sujeto pasivo³⁸.

Téngase en cuenta que con la actual regulación en materia de protección de datos que establecen el Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos y otras normas concordantes, esta interpretación se puede mantener: si bien al concepto actual de “dato personal” es más amplio que el que establecía la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, las categorías de datos de especial protección y las que no requieren dicha especial protección quedan amparadas por el art. 197.2 CP siempre que formen parte de un fichero (es decir, un conjunto estructurado de datos) informático. No obstante, tal como recuerda GÓMEZ NAVAJAS, hay que distinguir entre las infracciones administrativas, sancionadas por la normativa sectorial, y las penales, reguladas en este art.³⁹.

En cuanto a los elementos subjetivos, se requiere que la conducta sea dolosa y que vaya encaminada a generar el perjuicio que acabamos de referir, si bien existe un debate entre quienes opinan que no es necesario que este se llegue a producir y quienes opinan que el perjuicio es la consecuencia de la infracción, aunque sí interpreta que ésta deba ser dolosa, admitiéndose el dolo directo, indirecto o eventual⁴⁰.

Por último, en lo tocante a las conductas de revelación de secretos, debemos distinguir entre cuándo éstos se han descubierto ilícitamente (art. 197.3 CP, que se aplica a la revelación de “secretos no profesionales”) o no (art. 199 CP, que sanciona la revelación de lo que la doctrina ha llamado “secretos profesionales”)⁴¹. En el primer caso, no importa que los ficheros estén automatizados o no, sino únicamente que se trate de datos que se hayan descubierto mediante las artimañas a las que se refieren los dos apartados anteriores⁴². Por lo demás, este tipo penal, que no supone más que una de las

³⁶ Nos referimos al concepto legal dado por el art 4 RGPD.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 259.

³⁸ STS 532/2015, 23 septiembre, FJ 5.

³⁹ GÓMEZ NAVAJAS, J., “La protección de los datos personales en el código Penal español”, *RJCyL*, nº 16 (2008) (en línea, <https://www.uv.es/>, consultada el 3 de junio de 2018), p. 334.

⁴⁰ Véase una referencia en este debate en JORGE BARREIRO, A., *RJUAM*, nº 6 (2006), p. 101.

⁴¹ A modo de ejemplo, véase RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2006, p. 458.

⁴² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2011, p. 197. No obstante, téngase en cuenta

agravaciones específicas del tipo básico, tiene los mismos elementos objetivos y subjetivos que en los dos tipos anteriores, añadiéndose, como es natural, el hecho de divulgar sin consentimiento del sujeto pasivo la información secreta de la que se haya tenido conocimiento.

En cuanto se refiere al tipo del art. 199 CP, revelación de secretos laborales y profesionales (exista o no una obligación legal de mantener la confidencialidad, según si estamos hablando del tipo del primer apartado de este artículo⁴³ o del tipo del segundo), se sanciona a quien presta determinados servicios profesionales que le llevan, por su naturaleza, a conocer información que no está al alcance de la población en general⁴⁴; en otras palabras, se sanciona la divulgación en sí. Por tanto, un elemento objetivo sería este deber de guardar secreto⁴⁵, si bien únicamente constituiría delito o bien cuando lo diga expresamente una ley (para los supuestos de secretos laborales) o bien cuando exista alguna ley o código deontológico que así lo indique (para los supuestos de secretos profesionales⁴⁶). En consecuencia, ha de existir alguna norma que sancione la divulgación de los secretos para poder apreciar este deber de confidencialidad.

En cuanto a los elementos subjetivos de los tipos penales relacionados con la revelación de secretos, dejando a un lado el elemento objetivo de que se trata de tipos penales especiales (en tanto que sólo puede cometerlos el profesional⁴⁷ que por razón de su cargo pudiera acceder a los secretos), estamos de nuevo ante tipos dolosos, si bien en este caso no se requiere el elemento concreto del ánimo de perjudicar al sujeto pasivo⁴⁸.

que esta cita es anterior a la publicación del RGPD, por lo que se debería atender a la nueva regulación para conceptualizar lo que es un “fichero”.

⁴³ Según GARCÍA SANZ, B., “El secreto profesional en el ámbito sanitario”, en *LH-Mantovani*, p. 467, se tipifica la revelación de secretos ajenos llevada a cabo por una persona con una relación laboral o similar con el titular del secreto.

⁴⁴ Véase, por todas, la STS 521/2017, 11 diciembre, FJ 4.

⁴⁵ Esta misma Sentencia define secreto como “*lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine*”. No obstante, y dada la amplitud de esta definición, a continuación se matiza que “*se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 28/2/94)*”.

⁴⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., pp. 343 ss. De acuerdo con él, STS 809/2017, 11 diciembre, FJ 4.

⁴⁷ La mencionada STS 521/2017, 11 diciembre, define “profesional” como “*quien presta un servicio cuyo desempeño va unido al conocimiento de una información necesaria para el cumplimiento de su función y que queda legalmente obligado a no revelar. El guardar secreto forma parte necesaria del núcleo central de los servicios propios de la profesión que ejerce. Esto es lo que les convierte en “confidentes necesarios*”.

⁴⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal comentado*. Ed. Bosch. Barcelona, 2013, p. 1654.

3.1.4. Ejemplo práctico

El hecho de que este delito no suponga, en modo alguno, una novedad legislativa da pie a que exista una abundante jurisprudencia al respecto que ha sentado doctrina interpretativa de esta materia. Buen ejemplo de ello es la STS 778/2013, 22 octubre⁴⁹, en la que se juzgaba un caso de un médico, trabajador de un centro sanitario, que, para denunciar a su empresa, accedió ilícitamente a expedientes de varios pacientes y divulgó su contenido, presentándolo ante diversas Fiscalías regionales y ante el organismo gubernamental autonómico de Salud. Cabe recordar que, como norma general, la denuncia de unos hechos ante las autoridades hecha por un trabajador en relación con su empresario no es constitutiva de un delito de los aquí tratados⁵⁰, si bien las circunstancias concretas de este caso hicieron que la decisión fuese en sentido contrario.

Inicialmente, estos hechos fueron juzgados ante la Audiencia Provincial de Valencia, quien determinó, en su Sentencia 323/2012, de 30 de mayo, que, si bien el primer descubrimiento había sido accidental y había sucedido sin que mediase ninguna maniobra ilegal, todos los demás sí habían requerido de artimañas ilícitas para ser conocidos. Además, la información descubierta había sido divulgada a las autoridades mencionadas, lo que no hubiera sido necesario, dado que éstas la hubieran podido conocer igualmente tras una oportuna denuncia. Según el FJ 1 de esta Sentencia, el acceso a los datos personales de las personas interesadas por parte del personas médico no es suficiente para que se vulnere el derecho fundamental a la intimidad de los pacientes, puesto que éste es *“un derecho básico del ser humano que proscrib[e] la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de ir a una consulta médica”*. Al final, la Audiencia apreció un error de prohibición vencible en el sujeto activo, puesto que había recabado asesoramiento legal, por lo que la pena impuesta fue menor. Cabe decir, no obstante, que se le condenó por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, aunque se le absolvió del tipo autónomo de revelación del art. 199 CP.

⁴⁹ En lo sucesivo, y salvo que se indique lo contrario, RAGUÉS I VALLÈS, R., “La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas. Comentario a la Sentencia del TS 778/2013 sobre el “caso de las prótesis mamarias””, InDret número 3/2015 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultado el 20 de junio de 2018).

⁵⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., en ARROYO ZAPATERO, L / NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Fraude y corrupción*, cit., p. 459.

Sin embargo, el TS discrepó de este pronunciamiento y estimó que el error era invencible, precisamente por tratarse de un profesional de la Medicina (no del Derecho) que se había asesorado antes y que creía que la indagación de los hechos era condición previa indispensable para la presentación de la denuncia. Eso sí, se mostró de acuerdo con el criterio de la Audiencia de absolver al acusado por el delito de revelación de secretos del art. 199 CP, puesto que, como indica el FJ 3 de esta Sentencia, el acusado no vulneró, en un primer momento, ningún deber al divulgar secretos de terceros, sino que *“cumplió con la obligación legal de denunciar unos hechos de los que tuvo conocimiento por su actividad profesional (...) que entendió eran constitutivos de delito y lo hizo tras asesorarse de su obligación y deber de actuar en la forma en que lo hizo”*.

Analizando los hechos aquí expuestos, RAGUÉS VALLÈS duda sobre la tipicidad de los mismos, argumentando que, si bien es cierto que se divulgaron datos e imágenes desconocidas para el público y que afectaban directamente a la intimidad de los pacientes, dicha revelación se hizo ante las autoridades competentes, por lo que carecería de sentido considerarla ni como tipo autónomo ni como agravante específica del tipo de descubrimiento. No obstante, este autor acaba por argumentar, con cita a la SAP Sevilla 4 febrero 2009, que *“la comunicación de información a estos funcionarios por parte de quien tiene deberes de confidencialidad no puede dejar de considerarse como acto de revelación”*⁵¹. Además, si bien es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un deber genérico de denuncia para quienes conozcan de la perpetración de un delito, no indica que se requiera una investigación propia previa a la misma, por más que lo contrario pudiera entrañar el peligro de una denuncia falsa, aún sin intención de ello⁵².

En opinión propia, sin embargo, discrepamos del criterio de que se considere revelación la comunicación de datos de este tipo (o de cualquier otro) a las autoridades competentes: a los efectos de estos delitos, consideramos que debería tenerse en cuenta que se están comunicando los resultados de una investigación que supuestamente apuntan hacia la comisión de un delito, y que ello debería valorarse, con independencia del contenido de la misma, por no estar dirigida a una persona física o jurídica individualizada sino, precisamente, a un representante del Estado. En otras palabras: si entendemos los derechos fundamentales como instrumentos de salvaguardia de los

⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, R., InDret, 3/2015, p. 19

⁵² *Ibidem*, pp. 18 s., 26 s.

individuos para evitar los posibles abusos de los poderes públicos⁵³, no por ello debemos interpretar que una comunicación a los mismos de investigaciones personales, aun con las características del caso que nos ocupa, sean constitutivas de una revelación de secretos, puesto que, en la práctica, no saldrán del ámbito restringido del cuerpo funcional al que se dirijan salvo en el hipotético supuesto de un juicio penal público, e incluso así nos seguiríamos quedando en un caso en el que poca gente lo conocería.

Por hacer una comparativa, aunque en un contexto ligeramente distinto, sería lo mismo que pasaría en los casos en los que una entidad quisiera tratar unos datos de carácter personal de un individuo identificado o identificable. Como norma general, el art. 6.1 RGDPD establece que se requiere el consentimiento del interesado, si bien no es necesario en algunos supuestos, como por ejemplo el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales o el “interés legítimo”, que es un concepto jurídico indeterminado que permite el tratamiento de un determinado dato si la persona responsable del mismo lo considerase esencial para conseguir un fin legítimo. Pues bien, lo mismo pasaría en este caso: la información dada a la Fiscalía, consistente en un conjunto de datos, persigue el interés legítimo de apoyar una demanda, por lo que no se trata de una revelación con intención de perjudicar la intimidad de nadie.

Además, cabe tener en cuenta que, como se ha visto, el TS indica que el elemento subjetivo de este delito, esencialmente doloso, es que se actúe “en perjuicio” y no “con perjuicio”, por lo que, al no ser la finalidad del médico el hecho de perjudicar a las personas cuya intimidad se vio vulnerada, no consideramos que se dé el elemento subjetivo necesario para apreciar la comisión de delito.

Por este mismo argumento, tampoco opinamos que se dieran todos los elementos como para considerar consumado un delito de descubrimiento: objetivamente, el sujeto activo accedió a unos datos a los que legítimamente no debería haber tenido acceso y, en consecuencia, tuvo conocimiento de una información secreta. No obstante, su intención no era la de perjudicar a esas personas, sino la de apoyar su denuncia. Por tanto, este elemento subjetivo no coincide con el que la jurisprudencia ha considerado necesario para observar la consumación de este delito.

Finalmente, de este caso llama la atención que se presente a la organización como sujeto pasivo. En este contexto, la Sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Valencia indicó en su extenso FJ 1 que una persona jurídica sí era titular del derecho a la intimidad, dado que era propietaria de documentación contable, documentación relacionada con clientes, historiales médicos y demás información similar. En el caso

⁵³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 43.

aquí comentado, la conducta había supuesto la revelación de datos que vulneraban “la intimidad de una empresa, porque ¿qué otro tipo de datos objetivos pueden ser más íntimos para una persona jurídica que desarrolle una actividad empresarial con ánimo de lucro, que los referentes a su actividad empresarial o económica?”.

Tal como hemos visto *supra*, la concepción conforme a la cual una persona jurídica no es titular del derecho a la intimidad, al menos en cierto sentido, quedó superada hace dos décadas⁵⁴. Así, podría interpretarse que la persona jurídica ejerce una acción penal por un ataque hacia un derecho fundamental del que es titular. En el epígrafe siguiente volveremos sobre esta idea, si bien adelantamos que, en opinión propia, la pregunta que se formula la AP de Valencia al final de la cita nos parece sesgada e inadecuada, puesto que deja poco margen a los delitos de los arts. 278-280 CP, a los que más adelante nos referiremos.

3.1.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

De la exposición hecha en los epígrafes anteriores, podemos deducir que estos delitos en general se adaptan a la práctica económica y empresarial a nivel de generar responsabilidad penal para una persona física, si bien con algunos importantes matices que, por lo que se expondrá en este epígrafe, hacen que no consideremos adecuado que puedan generar responsabilidad penal en una persona jurídica.

El primero consiste en el hecho de que el tipo penal no haga una referencia expresa al ámbito laboral, a pesar de su problemática específica. Ya se han expuesto algunos postulados al respecto, por lo que no es necesario volver al ellos. Sin embargo, sí opinamos que se requeriría una redacción del tipo que hiciese especial mención al uso de los equipos informáticos y de telecomunicaciones en el ámbito del trabajo, compatible con la legislación laboral al respecto⁵⁵ pero que se centrara, en virtud del

⁵⁴ ELVIRA PERALES, A., “Sinopsis art. 18” (2011) (en línea, <http://www.congreso.es/>, consultada el 27 de junio de 2018). Jurisprudencialmente, la STC 292/2000, 30 noviembre, FJ 6, indica que la protección de la intimidad no se centra únicamente en los datos más sensibles de una persona, sino a cualquier dato personal cuyo tratamiento por parte de un tercero pueda afectar a los derechos de su titular. A pesar de ello, esas Sentencias no hacen referencia al art. 200 CP, sino al 197.1 de la misma norma.

⁵⁵ Además de lo expuesto *supra* en relación con la reflexión de AGUSTINA SANLLEHÍ, véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 septiembre 2017 (asunto *Barbulescu vs Rumanía*), a pesar de que la ya citada STS 489/2018, 23 octubre, la matiza (aunque observa su contenido). En ella, este organismo concluyó que no era suficiente un código interno de conducta que prohibiese al trabajador usar el correo electrónico de la empresa para fines personales para revisar su correspondencia electrónica por sospechas de infracción de esta norma. Según estableció el TEDH, deben concurrir tres requisitos para que dicha revisión sea ajustada a Derecho: primero, el trabajador debe estar informado con carácter previo de la posibilidad de que la empresa establezca

principio de última ratio del Derecho penal, en los aspectos más graves, como por ejemplo la lectura de un correo electrónico o la grabación de una conversación en la que se hiciese referencia a la privacidad o a la intimidad de un trabajador, siempre que hubiese indicios racionales de ese contenido que sugiriesen al empresario, a su superior, al responsable informático o a quien correspondiese intuir lo privado del mismo. Esta hipotética especificación debería incluirse dentro del subgrupo de delitos de descubrimiento de secretos, de tal modo que le resultase de aplicación la agravante específica de revelación; del mismo modo, la divulgación por parte de alguna de las personas referidas de esta clase de información debería tener la consideración de delito autónomo *ex art.* 199 CP.

Otra cuestión que surge es la dificultad de establecer mecanismos preventivos que sean suficientes como para reducir las posibilidades de comisión de este delito. En el capítulo anterior hemos indicado las diferencias de importancia que puede tener un PCN en el plano teórico de la política criminal y en el de la práctica. Este grupo de delitos nos supone, en opinión propia, un ejemplo más: una persona jurídica puede establecer las medidas que estime más oportunas para procurar que la información que almacena y que gestiona no sea descubierta indebidamente ni divulgada, pero es imposible que la protección abarque la totalidad de la información que se maneja en su contexto, sobre todo en cuanto se refiere a informaciones privadas que se contienen en soportes personales o en conversaciones reservadas.

Pongamos un ejemplo concreto: una empresa puede tener implantadas unas políticas internas de protección de datos que se adecuen a la normativa en vigor, e incluso es probable que cuente con un sistema que sea verdaderamente funcional y operativo que le permita cumplir con todas sus obligaciones en esta materia. No obstante, este sistema no podrá evitar que un trabajador indiscreto lea indebidamente las conversaciones telemáticas de un compañero cogiéndole el teléfono móvil, o que decida divulgar una determinada información reservada de la que tuviera conocimiento, aun por medios lícitos.

medidas de vigilancia y de cómo éstas se desarrollarán; segundo, se debe optar por la medida menos intrusiva en la intimidad de los trabajadores, valorando varias opciones; tercero, la monitorización debe estar suficientemente justificada. En este sentido, ROJO TORRECILLA, E., “De Barbulescu I a Barbulescu II. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016” (en línea, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>, consultada el 13 de junio de 2018).

Supongamos un caso real: un trabajador (“A”) cogió el teléfono móvil de un compañero suyo (“B”) para apagar la alarma, ya que le estaba molestando, y al hacerlo vio una conversación entre “B” y un excompañero (“C”), recientemente despedido, en la que le pedía documentación para demandar a la empresa por despido improcedente. Ante la negativa de “B” a facilitársela, “C” le comentó que una compañera sí le iba a dar algunos documentos. Al enterarse, “A” acudió al empresario y se lo dijo. Como consecuencia, la compañera fue despedida en el acto.

Probablemente, “A” tenía la intención de ayudar a su empresa al detectar una traición potencialmente perjudicial para la compañía, pero cometió un delito de descubrimiento de secretos agravado con la revelación del mismo. Difícilmente ninguna medida hubiera podido ser suficientemente disuasoria en este caso⁵⁶, puesto que el acto vulnerador de la intimidad de “B” y “C” mediante la lectura de su conversación se corresponde con una actuación hecha por “A” que no tenía nada que ver con sus funciones laborales. No obstante, estamos ante un delito cometido por un miembro de la persona jurídica, por el que está tipificada su responsabilidad penal y con el que la misma ha obtenido un beneficio directo; además, en aquél momento la entidad no contaba con un PCN, por lo que hubiera podido ser condenada por este hecho.

Ante la imposibilidad real de una organización cualquiera de prevenir de manera suficiente estos comportamientos⁵⁷, en opinión propia cabría preguntarse la oportunidad de tipificar la responsabilidad penal de una persona jurídica para estos casos, puesto que la entidad, como tal, no cuenta con el dominio del hecho positivo ni negativo⁵⁸. Para el global de los datos de carácter personal que maneja ya existe una regulación administrativa con sus propias exigencias, y en relación con hechos puntuales en los que un empresario, responsable de departamento, informático de una empresa, etcétera, accediese a los correos informáticos de un trabajador, consideramos que, dado el contenido potencial de estas comunicaciones, más se deberá a un hecho cometido por motivos personales que profesionales. En este sentido, el dominio del hecho, tanto

⁵⁶ Al tratarse de un hecho de estas características, se podría pensar en una formación en la que se explicase que este tipo de acciones son constitutivas de delito, si bien consideramos que este tipo de medidas no son suficientes para prevenir de forma efectiva estos delitos. En este sentido, téngase en cuenta la abundante jurisprudencia sobre el llamado “conocimiento en esfera del profano” (entre muchas otras, STS 710/2017, 27 octubre, FJ 3).

⁵⁷ En este sentido, es interesante el punto de vista de DE LA CUESTA ARZAMENDI, cuando indica, en alusión a HEINE, que no se debería atender al dominio del hecho sino al dominio sistémico-funcional de la organización, con el que la culpabilidad se debería interpretar como una culpabilidad por la dirección de la empresa. Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *LH-Barbero Santos*, cit., p. 986.

⁵⁸ En este sentido cabe citar la tesis doctoral de Clara GUTIÉRREZ MUÑOZ, cuando habla del “dominio de la organización” de una persona jurídica como concepto equivalente al de “dominio del hecho” para una persona física. Según esta autora, un defecto organizativo puede ser el fundamento de la culpabilidad empresarial por un hecho propio, si bien opina que la intención del legislador parece ser la contraria. GUTIÉRREZ MUÑOZ, C., *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona (2016) (en línea, <https://ddd.uab.cat/>, consultada el 27 de junio de 2018), pp. 160 s. En un sentido similar, véase ROXIN, C. REJ, nº 7 (2016), pp. 13 ss.

positivo como negativo, lo tendría la persona física que decide acceder a la información indebidamente o la que decide revelarla. Bien es verdad que una interpretación amplia de esta ausencia de dominio del hecho conllevaría la no observancia de la responsabilidad penal de una persona jurídica en ningún caso⁵⁹, si bien consideramos que esta interpretación iría en contra de la voluntad del legislador, y que debería reservarse, únicamente, para aquellos casos en los que una prevención “completa” es imposible.

Para acabar, la última cuestión que nos resulta controvertida en la práctica es la de observar la titularidad del derecho fundamental a la intimidad para una persona jurídica. Por supuesto, en tanto que tiene reconocimiento en la jurisprudencia constitucional e incluso en el art. 200 CP no podemos dudar de su existencia, por mucho que se interprete como meramente instrumental⁶⁰, si bien no consideramos adecuada esta interpretación: según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por intimidad la “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*”⁶¹. No consideramos que una persona jurídica tenga ninguna “*zona espiritual íntima*” ni que le sea de aplicación, en este sentido, el concepto de “*familia*”. De hecho, y volviendo al ejemplo del epígrafe anterior en el que se divulgó que ciertas personas contaban con implantes mamarios, es cierto que el hecho de indicar que las prótesis que se implantaron no eran las acordadas supone decir que una determinada persona lleva implantes desde una determinada fecha y que la operación tuvo lugar por parte de un determinado profesional (o, en este caso, una compañía especializada). Sin embargo, si admitimos que éstos son datos reservados de la persona jurídica, puesto que estamos hablando de sus clientes, de nuevo deberíamos ver qué intimidad se ve vulnerada y por qué. El acceso y posterior divulgación de los datos referidos a estas personas físicas (que incluían a la persona jurídica) no se ha hecho “en” su perjuicio, sino en todo caso “con” su perjuicio, por lo que de nuevo el elemento subjetivo nos indica que no deberíamos enfocar la cuestión en este sentido. Como mucho, podemos considerar que la divulgación se ha hecho “en” perjuicio de la persona jurídica, si bien esto es inherente a cualquier denuncia penal que se interponga.

⁵⁹ Nos remitimos a la referencia al debate doctrinal existente sobre esta cuestión que se ha hecho en el capítulo anterior.

⁶⁰ AAN 19/2013, 8 mayo, FJ 2.

⁶¹ <http://dle.rae.es/?id=LyCn6I9>, consultada el 27 de junio de 2018.

Encontramos que una interpretación tan amplia del derecho a la intimidad contradice el principio defendido tradicionalmente por el que la “expectativa razonable de intimidad” parte de las acciones que realice de cada interesado⁶². En este caso, según la interpretación de los tribunales, la privacidad se protege también por lo que otros hagan por el mismo, si son responsables del tratamiento de sus datos⁶³. Desde el punto de vista del titular de éstos, que desea proteger su intimidad, esta interpretación resulta positiva, puesto que encuentra un nuevo refuerzo. No obstante, consideramos que es excesivamente amplia y que no tiene en cuenta la definición del concepto de “intimidad” ni su esencia. En todo caso, opinamos que un dato que utilice una persona jurídica para su actividad, afecte o no a la intimidad de alguien, sería más bien objeto de protección por los delitos de los arts. 278-280 CP, en materia de “secretos empresariales”, puesto que, tal como define el art. 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se entiende por este concepto cualquier información que tenga un especial valor empresarial (actual o potencial) precisamente por ser secreto, siempre que se hayan tomado medidas razonables para protegerlo.

3.2. DELITO DE ESTAFA

3.2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por el legislador mediante la tipificación de este delito es, según la doctrina mayoritaria a día de hoy (y a pesar de los debates que históricamente se han dado al respecto⁶⁴), el patrimonio⁶⁵, aunque otros postulados doctrinales

⁶² Véase al respecto GUERRERO PERALTA, O.J., “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, DPC (vol. XXXII), nº 92 (2011) (en línea, <https://revistas.uexternado.edu.co/>, consultada el 28 de junio de 2018), pp. 42 ss.

⁶³ Interpretamos que, necesariamente, el art. 200 CP se refiere a un responsable de tratamiento, en los términos que define el art. 4 RGPD.

⁶⁴ Tal como se deduce de un rápido repaso doctrinal. Entre otros, véase ANTON ONECA, J., “Estafa”, en MASCAREÑAS, C.E. (Dir), *Nueva Enciclopedia jurídica (Tomo IX)*. Ed. Francisco Seix. Barcelona, 1958, p. 67. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal”, en SALVADOR CODERCH, P. / SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Simulación y deberes de veracidad. veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*. Ed. Civitas. Madrid, 1999, pp. 98 s. Para un estudio de derecho comparado sobre esta cuestión, véase PASTOR MUÑOZ, N., “Estafa y negocio ilícito Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)”, RDPC, 2ª época, nº 5 (2000), pp. 351 s.; esta autora recuerda que por *patrimonio* debe entenderse un conjunto de elementos jurídicamente reconocidos (atendiendo para ello a criterios jurídico-civiles), careciendo de relevancia la lesión a la libertad de disposición a cualesquiera otros elementos.

⁶⁵ MATA MARTÍN, R.M., “Art. 248”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 966.

minoritarios entienden que lo que se protege es la buena fe en el tráfico jurídico⁶⁶. Esto es así porque, para entender consumado este delito, de la conducta engañosa se debe derivar que haya habido un perjuicio patrimonial generado con el acto de disposición que haya hecho la persona engañada⁶⁷. Por otro lado, algunos postulados sostienen que el propio ciudadano debe mantener la disponibilidad sobre sus bienes jurídicos, y el Estado sólo debería intervenir cuando esta autotutela fracasase⁶⁸. No obstante, ello queda matizado con la condición mental del sujeto pasivo: si es un menor o una persona con alguna discapacidad intelectual, el engaño que conlleva el acto de disposición sería constitutivo de hurto y no de estafa⁶⁹.

3.2.2. Comportamiento típico

Para que se considere que ha habido una estafa se requiere una conducta engañosa, por acción o por omisión⁷⁰, de un sujeto a otro, y que baste para producir error en el sujeto pasivo⁷¹. Doctrinalmente, se entiende por “engaño” la afirmación como verdadero de un hecho falso, la ocultación o deformación de hechos verdaderos, o cualquier tipo de acción malintencionada encaminada a un aprovechamiento patrimonial en perjuicio de otro, incluso si fuera omisiva⁷². No obstante, otro sector de la doctrina considera que la redacción del tipo penal del art. 248 CP deja un muy escaso campo para la admisibilidad de la omisión, llegando a proponer, incluso, que, dado el menor desvalor de la omisión, estos supuestos deberían reservarse para el ámbito civil y no el penal⁷³.

Este engaño debe venir dado antes de que el acto dispositivo tenga lugar (puesto que si tuviera lugar después de la transmisión no estaríamos ante un delito de estafa, sino ante

⁶⁶ Sin embargo, la jurisprudencia se ha alineado con la tesis mayoritaria. Véanse las SSTs 817/2017, 13 diciembre; 241/2014, 26 mayo; 483/2012, 7 junio; 987/2011, 5 octubre; 909/2009, 23 septiembre, y 182/2005, 15 febrero, entre otras.

⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004, p. 15.

⁶⁸ Véase HÖRNLE, T., “Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección”, en ROBLES PLANAS, R. (Ed.), *Límites al Derecho penal. Principios orientativos en la fundamentación del castigo*. Ed. Atelier. Barcelona, 2012, pp. 91 ss.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit. pp. 394 s.

⁷⁰ Existe un debate doctrinal al respecto de la admisibilidad o no en el sistema español de las estafas por omisión, si bien la jurisprudencia se ha decantado por admitirlas (por ejemplo, ATS 170/2018, 11 enero, FJ Único, con cita de abundante jurisprudencia previa).

⁷¹ Por ejemplo, STS 364/2011, 11 mayo, FJ Único.

⁷² RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código penal*, cit., pp. 814 ss.

⁷³ NIETO MARTÍN, A., “El papel del engaño en la construcción de un delito de estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Fraude y corrupción*, cit., 2006, p. 250. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa*, cit., p. 74.

uno de apropiación indebida)⁷⁴. En general, este engaño ha de hacer que la persona afectada incurra en un error que ponga en riesgo su patrimonio, si bien ha de hacer el acto de disposición voluntariamente (aunque con voluntad evidentemente viciada). Este elemento distingue la estafa de otros delitos patrimoniales⁷⁵. Como contrapunto, la doctrina ha admitido que a este engaño, si bien ha de ser suficiente, no se le puede exigir ninguna eficacia concreta (puesto que, de otro modo, no podría haber formas imperfectas de ejecución⁷⁶. Esto supone que no deban quedar fuera de protección las personas con escaso intelecto o con poca información, si bien tampoco puede considerarse este engaño como “bastante” en cualquier caso, sino que debe hacerse una valoración en cada supuesto acerca de su suficiencia⁷⁷.

3.2.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

Si bien doctrinalmente existen diversas clasificaciones sobre cuáles son los elementos que componen el delito de estafa, la jurisprudencia del TS deja, en este caso, pocas dudas acerca de los mismos⁷⁸. En cuanto a los elementos objetivos, el primero es, como ya se ha expuesto en el epígrafe anterior, el engaño, ya sea precedente o concurrente al acto de disposición⁷⁹, aunque entendido en sentido amplio por no haberse incluido en el texto legal actual ningún ejemplo⁸⁰. Asimismo, cabe afirmar que el tipo de engaño requerido por el CP español es uno de los más restringidos de todos los ordenamientos jurídicos europeos, puesto que está objetivizado y despersonalizado al tenerse que considerar “bastante” (y, por tanto, no constituyendo estafa los llamados engaños

⁷⁴ Por todas, STS 147/2014, 18 febrero, FJ 7.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F. *PE*, cit., p. 395. En igual sentido, STS 817/2017, 13 diciembre, FJ 13.

⁷⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J., *PE*, cit., p. 526.

⁷⁷ *Ibidem*. En este sentido, también, la STS 802/2007, 16 octubre, FJ 10, indica que existe un margen en que se está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, que dependerá, entre otras cuestiones, de lo que sea adecuado en el sector en el que se opere o de la importancia de las prestaciones a que se obliga. Más aún, esta Sentencia añade que se excluyen del ámbito de la imputación objetiva de la estafa los siguientes supuestos: “a) *negocios de riesgo calculado o especulativos (...)*. b) *relaciones jurídico-económicas entre comerciantes (...)*. c) *utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular (...)*. d) *casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad*”.

⁷⁸ La jurisprudencia en esta materia es abundante. Ténganse en cuenta, por ejemplo, los recientes AATS 95/2018, 21 diciembre 2017, FJ 3 y 154/2018, 25 enero, FJ 2, así como la STS 31/2018, 22 enero, FJ 5.

⁷⁹ Por todas, STS 755/2016, 13 octubre, FJ 3. Doctrinalmente, y en relación con este punto, se debate acerca de si toda estafa requiere o no de una “puesta en escena” [al respecto, ARAYA PAREDES, I. / BALMACEDA HOYOS, G. /, “Engaño en la estafa. ¿Una puesta en escena?”, *Estudios Socio-Jurídicos* 11 (2009) (en línea, <https://www.researchgate.net/>), sobre todo, p. 26]. Nos posicionamos con quienes entienden que sí se requiere, si bien este concepto debe ser interpretado en el sentido más amplio posible: puede ser una “puesta en escena”, a estos efectos, una página web engañosa, una publicidad escrita que resulte falsa, un comentario engañoso en el que no se haya incidido, etc.

⁸⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código penal*, cit., p. 815.

burdos)⁸¹ como para producir error en otro y porque las expectativas, como tales, no se recogen dentro del concepto de “patrimonio”⁸². Nótese que este criterio de suficiencia debe basarse en la valoración de si ese engaño es suficiente como para hacer que un agente medio en un sector de mercado determinado incurra en error, no cumpliéndose este requisito con un engaño burdo que únicamente pudiera “desorientar” a un “agente económico descuidado”⁸³.

El siguiente elemento objetivo del delito de estafa es el error en el sujeto pasivo, que debe ser consecuencia del mencionado engaño bastante⁸⁴. Doctrinalmente, son varias las posturas que se han sostenido respecto del alcance y la tipología del mismo. Si bien históricamente se consideraba que el elemento central del engaño era su idoneidad⁸⁵, se ha sostenido que se debe interpretar desde un punto de vista psicológico⁸⁶, o como el impulso del acto dispositivo del sujeto pasivo, de forma tal que delimita la clase de actos de disposición que tienen relevancia típica y que están encaminados a inducir al sujeto pasivo a la realización de un acto dispositivo que de otro modo no hubiera hecho⁸⁷.

Siguiendo la clasificación jurisprudencial antes mencionada, el siguiente elemento objetivo del delito de estafa es el acto de disposición patrimonial, que ha de conllevar un perjuicio⁸⁸ para quien lo ejecuta o para un tercero y que será el elemento clave para

⁸¹ Más ampliamente, QUERALT JIMÉNEZ, J., *PE*, cit., p. 526. Para un concepto jurisprudencial de “engaño bastante”, SSTs 817/2017, 13 diciembre, FJ 13, y 135/2015, 17 febrero, FJ 2.

⁸² NIETO MARTÍN, A., “El papel del engaño en la construcción de un delito de estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, cit., p. 241.

⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *RXUSC* (vol. XXI) 1/2012. Ed. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, pp. 7 ss.

⁸⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J., *PE*, cit., p. 525, indica que los diferentes elementos de la estafa deben darse en este orden de forma concatenada. De acuerdo con él, STS 94/2018, 23 febrero, FJ 2.

⁸⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Función y contenido del error en el tipo de estafa”, *ADPCP* 1985. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1985, p. 338. Este mismo autor también niega que se encuentre en esta situación de error el sujeto pasivo que duda acerca del hecho que resulta falso, si bien otros postulados más modernos sí admiten que quien está en duda también se encuentra en un “estado de error”, tal como indica BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, p. 47.

⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2ª ed. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2008, p. 172.

⁸⁷ SOTO NIETO, F., “Engaño “bastante” en el delito de estafa. Factor subjetivo”, *Diario La Ley*, nº 7087 (2009) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 28 de marzo de 2018).

⁸⁸ No obstante, a pesar de su importancia, estamos ante un concepto jurídico indeterminado: ningún ordenamiento europeo define qué debe entenderse por “perjuicio”, a pesar de que la mayoría lo incluyan como uno de los elementos del delito de estafa (aunque otros, como por ejemplo el francés, el irlandés o el belga, no lo consideren así, admitiendo la consumación del delito con el mero engaño con ánimo de lucro). Véase VOGEL, J., “Estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal*, cit., p. 48.

determinar la gravedad del delito⁸⁹. El perjuicio patrimonial típico se produce con la mera disminución en el patrimonio del afectado que dé lugar a un enriquecimiento del sujeto activo, siempre que dicha disminución se derive del antedicho engaño bastante que produzca error, con absoluta independencia de que este sujeto pasivo pretendiese, a su vez, estafar a otro⁹⁰. A pesar de ello, téngase en cuenta que la tipicidad del art. 248 CP no indica que ni el acto de disposición ni el perjuicio deban ser patrimoniales, sino que se mencionan ambos elementos desde un punto de vista genérico. Sin embargo, la doctrina mayoritaria parece dar por sentado que, al ser el patrimonio el bien jurídico protegido, se deba disponer de éste y generarle un perjuicio. En opinión propia, dado el concepto de “patrimonio” que se ha dado *supra*, no debemos centrarnos en el patrimonio económico de una persona (sus bienes, su dinero...), sino en todo aquello que le pertenezca, tenga o no valor económico cuantificable⁹¹.

Pongamos un ejemplo. Si un banco de sangre hace una campaña para captar donantes alegando que se usará la sangre para frenar una determinada emergencia, pero luego se usa para otras finalidades que no se anuncian ni se comunican de ningún otro modo, sean lícitas o ilícitas, un donante dispondrá de su sangre y la dará a esta persona jurídica. En nuestra opinión, a pesar de que el patrimonio económico del donante se mantenga intacto y únicamente haya perdido 450 mililitros de sangre, este hecho sería constitutivo de estafa. Además, tal como se ha visto, que el TS define el patrimonio como “*un conjunto dinámico, funcionalmente dirigido a satisfacer las necesidades de su titular*”; la sangre cumple una función esencial en la vida orgánica de su “titular” y forma parte del conjunto del organismo (de hecho, en tanto que compuesto, la sangre es un conjunto en sí misma)⁹². Más adelante retomaremos esta cuestión al tratar la adecuación a la economía real de la tipificación de este delito.

A pesar de todo lo anterior, la cuestión del perjuicio tiene un último matiz a destacar y que en la práctica puede generar conflictos: su diferencia con el importe de lo defraudado. Este importe se refiere al total de la adquisición fraudulenta, mientras que

⁸⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho penal e Internet*, cit., p. 44.

⁹⁰ ROMEO MALANDA, S., “La relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en los delitos de estafa”, en *LH-Lidón*, p. 564. Este autor, además, hace hincapié en la alta frecuencia con la que se da la situación de que el sujeto pasivo pretendiera engañar al sujeto activo.

⁹¹ En contra de esta opinión, NIETO MARTÍN acepta el uso de la teoría económica del patrimonio en los delitos de estafa, de tal modo que sólo resulten típicos los engaños que afecten a una circunstancia del bien o servicio que influya en el valor de mercado del bien. Véase NIETO MARTÍN, A., “El papel del engaño...”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal*, cit., p. 240.

⁹² Agradezco, en este punto, la información que me facilitó la Doctora María del Carmen NÚÑEZ ZORRILLA, Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Barcelona, conforme a la cual existe un vacío legal sobre la consideración de “patrimonio” de las partes del cuerpo humano y una discusión doctrinal al respecto que no ha sido resuelta por la jurisprudencia. Nos posicionamos a favor de quienes consideran que dichas partes del cuerpo sí forman parte del patrimonio, aunque de forma limitada, puesto que es verdad que no pueden ser valoradas económicamente ni embargadas tras un hipotético procedimiento judicial.

el perjuicio puede ser diferente si la indemnización se lleva a cabo, total o parcialmente, mediante la restitución de lo defraudado (ya sea de los objetos en sí o del importe que tengan). Como posible solución, un sector de la doctrina, con el que nos identificamos, sugiere que una compensación patrimonial elimina el perjuicio y, en consecuencia, la estafa en sí misma, si bien dicha restitución debería ser efectiva, sin que bastase el mero reconocimiento del derecho a ésta⁹³.

Cerrando la lista de elementos objetivos de este tipo penal, el último es el nexo causal que ha de haber entre el engaño y el perjuicio: es necesario que el perjuicio patrimonial se deba al concreto engaño del sujeto activo. BAJO FERNÁNDEZ indica que dicho perjuicio no sólo es imputable al engaño cuando exista nexo causal, sino cuando la conducta en sí cree o incremente el riesgo jurídicamente reprochable que traiga como consecuencia el perjuicio⁹⁴. Por su parte, QUERALT opina que la estafa debe basarse en una aparente contraprestación, no existiendo perjuicio típico en actos de liberalidad por no haberse destruido en ellos ningún crédito entre el sujeto activo y el sujeto pasivo⁹⁵. No obstante, discrepamos de esta opinión: a nuestro entender, habría engaño si, por ejemplo, una ONG llevase a cabo una campaña de recogida de fondos falsa. En este caso, el perjuicio patrimonial lo tendrían todos los donantes que hiciesen una aportación a esta campaña, dado que, si bien saben que no obtendrán ningún retorno material por dicho donativo, conservarían el importe donado de haber sabido cuál era la verdadera finalidad.

Tratemos ahora los elementos subjetivos del delito de estafa. En este caso, doctrina y jurisprudencia mayoritarias han detectado únicamente dos: el dolo y el ánimo de lucro. En todo caso, el dolo, que puede ser incluso eventual⁹⁶, debe referirse a los elementos objetivos del tipo⁹⁷. Por su parte, LORCA MARTÍNEZ distingue entre las estafas propias e impropias (arts. 248 y 251, respectivamente) en cuanto a dolo se refiere: tal como indica este autor, en las primeras el dolo es siempre antecedente o bien concurrente al acto de disposición, mientras que en las segundas el dolo puede ser sobrevenido (como por

⁹³ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa*, cit., pp. 49 s. En igual sentido, STS 94/2018, 23 febrero, FJ 1.

⁹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa*, cit., p. 57. De acuerdo con él, STS 47/2017, 1 febrero, FJ 2.

⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J., *PE*, cit., p. 532.

⁹⁶ ATS 271/2018, 8 febrero, FJ Único.

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, p. 398.

ejemplo, en algunos supuestos de doble venta de un bien inmueble)⁹⁸. Otra cuestión que, en la práctica, resulta de capital relevancia es la distinción entre dolo civil y dolo penal; no obstante, dada la problemática que suscita, baste aquí con dejarla apuntada, y se desarrollará más adelante.

El segundo elemento subjetivo es el ánimo de lucro, que es la causa que excluye la imprudencia como elemento subjetivo de este delito⁹⁹. RODRÍGUEZ RAMOS indica que este ánimo de lucro resulta esencial en todos los delitos contra la propiedad, si bien en el concreto caso de la estafa es irrelevante que el lucro obtenido haya sido todo el esperado o sólo una parte¹⁰⁰. De hecho, MUÑOZ CONDE matiza que lo importante para apreciar la consumación del delito de estafa no es el lucro como tal, sino la forma de conseguirlo, puesto que los sujetos activos únicamente pretenden enriquecerse sin importarles la magnitud del perjuicio que sufran los terceros¹⁰¹.

Como conclusión de este epígrafe, la consumación del delito de estafa tiene lugar cuando una persona, actuando dolosamente y con ánimo de lucro, produce un perjuicio a otra, haya recibido o no un provecho por ello, siendo igualmente punible la comisión en grado de tentativa¹⁰². No obstante, cabe matizar que, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, no cabe apreciar la consumación de un delito patrimonial cuando una persona ejecuta actos en pro de la satisfacción de un crédito a su favor, puesto que no hay un ánimo de lucro propiamente dicho, sino que a lo sumo se podría contemplar un delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP)¹⁰³.

3.2.4. Ejemplo práctico

Tras esta breve exposición sobre los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa, veamos un ejemplo real de aplicación. En este caso, analizaremos desde el punto de vista aquí tratado la importante STS 221/2016, 16 marzo, la segunda en la que este organismo dio directrices interpretativas en materia de responsabilidad penal de

⁹⁸ MARTÍNEZ LORCA, A., “Estudio de las estafas impropias y de un supuesto de atipicidad”, *La Ley*, nº1 (2006) (en línea, <http://diariolaley.laley.es>, consultado el 1 de abril de 2018).

⁹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J., *PE*, cit., p. 532. En igual sentido, ATS 1489/2017, 23 noviembre, FJ 3.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código penal*, cit., p. 816. De hecho, la jurisprudencia (por todas, SSTS 407/2016, 12 mayo, FJ 3 y 475/2016, 2 junio, FJ 2), aprecia este elemento “cuando el autor pretende alguna clase de beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero”, sin que exista una mayor concreción.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., pp. 398 s.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ RAGUÉS I VALLÈS, R., “El ánimo de hacerse pago en las defraudaciones. ¿Elemento subjetivo o causa de justificación?”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 451 ss., en especial p. 452.

personas jurídicas. Resumiendo los hechos, el TS consideró probado que la Sociedad había recibido unos pagos por sus servicios que no se correspondían con los debidos, puesto que el precio del bien inmueble objeto de la compraventa (un piso) era inferior al que la inmobiliaria alegaba. En este caso, el TS absolvió a la persona jurídica por no haber sido formalmente imputada, alegando que todos los derechos procesales aplicables a una persona física lo son también a una persona jurídica. No obstante, en este caso, la persona jurídica (una empresa del sector inmobiliario) había sido condenada previamente por un delito de estafa por la Audiencia Provincial de Cáceres a la pena de multa de 24.000 euros y al cierre durante seis meses de la oficina que tenía en esa ciudad.

Ante el argumento por parte de la defensa de la entidad de que los compradores pudieron haber conocido el precio auténtico del inmueble, el Tribunal replica que no procede alegar el deber de autoprotección, al que hemos hecho referencia anteriormente, puesto que “*la ponderación del grado de credulidad de la víctima no puede hacerse nunca conforme a reglas generales estereotipadas*”, por existir el riesgo, en este caso, de no proteger a personas con capacidades intelectuales mermadas¹⁰⁴. De hecho, el TS indica que la doctrina sobre el deber de autoprotección se aplique fundamentalmente a aquellos supuestos en los que la persona estafada pretende ser, en verdad, la estafadora, no siendo el caso que ocupa esta Sentencia: en este supuesto, por tanto, rige el principio de confianza y buena fe en los negocios¹⁰⁵.

Otra cuestión destacable es la agravación de la pena que inicialmente se impuso. La AP de Cáceres estimó que el buen nombre comercial de la entidad y el tiempo que llevaba ejerciendo su actividad en la zona implicaban que ésta se había aprovechado de una especial credibilidad en el mercado, por lo que procedía aplicar la agravante prevista en el art. 250.1.6º CP. Sin embargo, el TS matizó que estas circunstancias no eran suficientes para apreciar dicha agravante específica, puesto que, en ese caso, cualquier empresario que llevase tiempo ejerciendo su actividad en una determinada localidad sería susceptible de ser sancionado con la pena agravada únicamente por este motivo.

¹⁰⁴ Como ya se ha visto *supra*, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 526. En su alegato, el TS cita las SSTS 1285/1998 29 octubre, 529/2000 27 marzo, 738/2000 6 noviembre, 2006/2000, 22 diciembre y 1686/2001, 24 septiembre, que se pronuncian en igual sentido.

¹⁰⁵ Estaríamos, pues, ante una “puesta en escena”, usando la terminología vista *supra* por parte de ARAYA PAREDES, I. / BALMACEDA HOYOS, G., *Estudios Socio-Jurídicos*, nº 11 (2009).

Finalmente, en cuanto a la condena a la persona jurídica en sí, el TS considera que se dan todos los requisitos para su imputación (es decir, que el delito efectivamente cometido sea uno por los que se la pueda condenar, que la persona física autora sea miembro de la organización, que se haya recibido un beneficio directo o indirecto por ello y que no se disponga de ningún mecanismo de prevención de la comisión de ese delito concreto. No obstante, como se ha indicado, acaba por absolverla por no haber sido formalmente imputada, alegando que en caso contrario se estarían infringiendo sus derechos procesales¹⁰⁶.

3.2.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

Tras haber analizado estos parámetros del delito de estafa, procede compararlo con la actividad económica española. En este sentido, hay tres cuestiones en las que encontramos fricciones: la distinción entre este delito y un mero incumplimiento contractual, la posibilidad de que el objeto material sea una parte del cuerpo humano y las implicaciones que tiene la relación concursal de este delito con el de falsedad publicitaria.

En cuanto a la primera, es frecuente en la práctica profesional que haya discrepancias entre las condiciones pactadas en un contrato y las reales. Por ejemplo, si un consumidor contrata un servicio esperando unas prestaciones que acaba por no percibir, o si se adquiere un bien determinado por unas características que el vendedor le atribuye, resultando éstas ser falsas. En ambos casos podemos debatir si las expectativas del consumidor eran razonables teniendo en cuenta lo que el vendedor le había dicho o si se basaban en conclusiones a las que había llegado por otros medios. De hecho, aun suponiendo el primer caso, deberíamos ver si el vendedor ha obrado con dolo, y siendo así, cuándo surgió.

Para responder a estas cuestiones, la jurisprudencia tradicionalmente ha concluido que, como norma general, el dolo que merece reproche penal es el que surge con anterioridad a la celebración del contrato o que concurre con la misma, pero no el *dolo*

¹⁰⁶ Para un comentario desde el punto de vista procesal, véase GONZÁLEZ BENÍTEZ, L.S.V., “¿Es un fraude de etiqueta el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídica español? Un análisis desde la óptica de la imputación objetiva, con énfasis en la institución de los deberes negativos y positivos en el Derecho penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. / CARO CORIA, D.C. / ESCOBAR BRAVO, M.E. (Eds.), *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2020, pp. 33 ss.

*subsequens*¹⁰⁷. No obstante, existen voces discrepantes. Por ejemplo, en opinión de DOPICO GÓMEZ-ALLER, esta distinción es insuficiente, puesto que únicamente distingue la estafa del dolo de incumplimiento obligacional (art. 1101 CC), no teniendo en cuenta el dolo vicio (arts. 1269-1270 CC)¹⁰⁸. Del mismo modo, este autor se muestra de acuerdo con el TS cuando sugiere que la distinción a estos efectos entre ilícito civil e ilícito penal radica en la tipicidad del delito, si bien tacha esta postura de ser en exceso vaga¹⁰⁹ (aunque, de hecho, un sector de la doctrina considera que hay un límite de engaño socialmente permitido, que es el que determinará la diferencia entre ilícito civil e ilícito penal¹¹⁰). En este sentido, DOPICO sugiere apreciar la existencia de dolo civil en aquellos casos en los que el dolo penal fuera inapreciable o, al menos, muy difícil de demostrar en un hipotético proceso penal, así como en aquellos en los que la acción penal resultase directamente inviable¹¹¹.

En nuestra opinión, consideramos insuficientes estas alternativas, sobre todo en cuanto a personas jurídicas se refiere, puesto que en la práctica toda estafa (así como, en general, todo delito socio-económico) reviste una apariencia de legalidad que dificulta su detección¹¹². Por tanto, determinar cuándo el engaño es o no suficientemente grave como para merecer reproche penal nos parece una utopía demasiado sujeta a criterios subjetivos del organismo juzgador, cosa que reduciría sustancialmente toda seguridad jurídica en este ámbito. Consideramos que el criterio de tipicidad puede ser de ayuda a la hora de determinar la distinción entre ambos tipos de dolo en las estafas especiales y en las impropias (arts. 248.2 CP y 251 CP, respectivamente), pero la amplitud de acciones constitutivas de estafa propia hace que una tipificación completa sea imposible. En todo caso, consideramos que en las estafas propias debería atenderse, como indica la jurisprudencia mayoritaria, al momento de nacimiento del dolo, puesto que también serviría para el dolo-vicio del art. 1269 CC si el defraudador conociese el vicio y lo omitiese. Nos posicionamos, por tanto, a favor de la admisión de la estafa por omisión, puesto que opinamos que guardar silencio sobre un aspecto y permitir que la

¹⁰⁷ Por todas, SSTS 435/2010, 3 mayo, FJ 4, o 787/2011, 14 julio, FJ 3.

¹⁰⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., RXUSC (vol. XXI) 1/2012, p. 11.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 18 s.

¹¹⁰ Véase al respecto SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A. / SERRANO TÁRREGA, M.D. / VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal. PE*, 5ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2019, p. 326.

¹¹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., RXUSC (vol. XXI) 1/2012, pp. 30 s.

¹¹² Son varias las obras que se pueden citar en este sentido. Por todas, valga el comentario jurisprudencial sito en MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad penal*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 541.

contraparte caiga en un error, siendo el sujeto activo consciente de ello, equivale a usar un engaño que baste para producir dicho error.

El siguiente punto de fricción lo encontramos en el concepto mismo de “patrimonio”, entendido como bien jurídico protegido por el delito de estafa. En este caso, ya hemos argumentado que no nos parece adecuado ceñir este concepto a una interpretación económica del mismo, y hemos puesto el ejemplo de una hipotética actuación fraudulenta de un banco de sangre. No obstante, podemos ampliar los supuestos a cualquier *res extra commercium* referida al cuerpo humano, puesto que, si bien no pueden ser valorados económicamente, sí pueden ser el objeto de un contrato de donación. En España es constitutivo de un delito de tráfico ilegal de órganos humanos¹¹³ el hecho de vender órganos, sangre o plasma a un tercero, ya sean propios o ajenos. No obstante, la donación de estos elementos no sólo está permitida, sino que frecuentemente hay campañas fomentándola, impulsadas por entidades especializadas y legales (en ocasiones, incluso, dependiendo de organismos públicos). No obstante, no hay que olvidar que la donación no deja de ser un contrato, y que cuando una persona decide libremente hacerse donante lo hace porque la entidad especializada correspondiente le ha dado una información que le condiciona a tomar esta decisión.

Como posible respuesta, podría argumentarse que una obtención fraudulenta de estos elementos constituiría un delito del art. 156 bis CP, o incluso una mera infracción administrativa de la regulación sectorial¹¹⁴. No obstante, dicha regulación no hace referencia *explícita* al deber de veracidad en la información al donante acerca de la finalidad de la misma, y la interpretación que el TS da al delito de tráfico ilegal de órganos humanos¹¹⁵ se ciñe a los verbos promover, favorecer, facilitar o publicitar, a la sazón, los que indica el primer apartado de este artículo¹¹⁶. Por tanto, dada esta

¹¹³ Art. 156 bis CP, por el que, por cierto, también se puede imputar a una persona jurídica.

¹¹⁴ Fundamentalmente, el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, y el Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Esta normativa traspone al ordenamiento español las diversas Directivas comunitarias en esta materia.

¹¹⁵ STS 710/2017, 27 octubre.

¹¹⁶ Véase al respecto DOLZ LAGO, M.J., “Primera condena por tráfico ilegal de órganos”, Diario La Ley, nº 9124 (2018) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 4 de abril de 2018).

interpretación tan restrictiva consideramos que los supuestos de donación con unas finalidades distintas de las reales no están suficientemente recogidos.

Esto conlleva que, atendiendo, como hemos dicho, a la naturaleza contractual de una donación de material biológico propio, el acto de disposición con consentimiento viciado por una errónea concepción de la finalidad de la donación no tenga encaje ni en la normativa administrativa ni en el delito de tráfico ilegal de órganos. Por ello, consideramos que tiene sentido suponer que ese vicio en el consentimiento dado por un engaño haga que estemos ante un supuesto de estafa, si la parte receptora del material biológico se lucra con ello. No obstante, para aceptar esta tesis deberíamos dar un concepto más amplio de patrimonio que el meramente económico, por lo que encontramos que esta concepción limitada a los bienes que pertenecen a una persona no se ajusta a la realidad económico-empresarial. Consideramos, no obstante, que una redacción más amplia del art. 248 CP que incluyera estos supuestos, o bien una tipificación directa de los mismos, supliría esta fricción.

El tercer y último punto en el que encontramos dificultades de encaje entre el texto legal y la práctica empresarial viene dado por la amplísima gama de acciones que pudieran resultar típicas, lo que en opinión propia implica que no sea una técnica legislativa razonable el hecho de establecer un listado, ya sea *númerus apertus* o, sobre todo, *númerus clausus*. La cuestión problemática viene dada por el hecho de que este tipo sea esencialmente doloso, pero el simple dolo eventual sea suficiente para considerarlo cometido. Pongamos un ejemplo: existe una relación de concurso medial de delitos, que más adelante se desarrollará, entre el tipo de publicidad engañosa (art. 282 CP) y el de estafa. En la actualidad, la mayor parte de organizaciones, incluso las que no tienen carácter empresarial, cuentan con una página web (que, por definición, es un medio publicitario¹¹⁷). Pues bien, la mera falta de actualización de dicha página web, si afectase a bienes o servicios cuyas propiedades se describen en la misma, supondría que durante el lapso de tiempo desde que se decide el cambio en el bien o servicio hasta que se refleja en la web todos los pedidos que se hicieran responderían a unas características anunciadas distintas de las reales. El tipo de publicidad falsa también es esencialmente

¹¹⁷ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*, 6ª ed. Ed. Pirámide. Madrid, 2012, pp. 296 ss.; KOTLER, P., *Los 80 conceptos esenciales de marketing de la A a la Z*. Ed. Pearson Prentice Hall. Madrid, 2005, p. 129.

doloso (y, por tanto, puede ser cometido también a título de dolo eventual)¹¹⁸, por lo que una mera “indiferencia” a la hora de actualizar una página web aun sabiendo que se debe hacer, o bien una mera “imposibilidad” de actualizarla por falta de tiempo de la persona encargada de la gestión, podría ser constitutiva de ambos delitos.

El problema viene con la inmensa frecuencia con la que se da este hecho tan aparentemente banal. La comisión a título de dolo eventual de un delito de estafa supone, a nuestro modo de ver, una exigencia del legislador hacia el rigor en los contratos que en ocasiones resulta excesiva. Naturalmente, en un contrato bilateral negociado entre ambas partes, en el que haya una negociación previa, esta exigencia parece un mínimo imprescindible a seguir, pero la realidad es más compleja, y hoy en día la contratación electrónica, cuyo flujo no puede frenarse (ni resulta deseable hacerlo), hace inmanejable una exigencia tan elevada. Consideramos, pues, que el dolo necesario para la apreciación de una estafa debería ceñirse a dolo directo o indirecto, pero dejando a un lado el eventual.

Sin embargo, con estas modificaciones, concluimos que sí es pertinente pensar que estos comportamientos puedan generar responsabilidad penal en una persona jurídica, puesto que es perfectamente razonable (y, de hecho, es frecuente en la práctica) que se utilice a una organización real, y no únicamente una “sociedad pantalla” o algún instrumento similar, para atentar contra el patrimonio ajeno mediante un engaño.

Como propuestas de mecanismos de prevención con los que dicha organización podría contar para prevenir estos hechos, y partiendo de la base de que la amplia casuística es tan variable de una persona jurídica a otra que hace del todo imposible elaborar un listado cerrado de elementos preventivos, podría pensarse en algunos ejemplos concretos. Así, una política conforme a la cual se anexaran en los contratos los documentos que acreditasen los puntos más importantes de los mismos (principalmente, los relacionados con su objeto y con las principales prestaciones y contraprestaciones acordadas), en aras de garantizar su veracidad. Del mismo modo, y sin entrar en el ámbito de un eventual delito de los del art. 282 CP, deberían hacerse públicos, si la entidad tuviera las herramientas para ello, los precios de todos los bienes y/o servicios ofrecidos. Sería adecuado, también, y siempre que el tamaño de la organización lo

¹¹⁸ SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pp. 199 s.

permitiese, que dichos bienes o servicios tuvieran controles de calidad periódicos y debidamente acreditados. Por último, si se estimase pertinente dadas las características de la actividad concreta que se desarrollase, debería existir un control del acceso a la documentación relativa a los datos bancarios y económicos de los clientes y los proveedores, de forma que sólo puedan acceder a esa información las personas que, por sus cargos, necesaria e imprescindiblemente la necesiten, prohibiendo terminantemente el acceso a la misma por parte del resto del personal.

3.3.DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN Y DE INSOLVENCIAS PUNIBLES

Si bien no se trata de delitos homogéneos, dada su similitud en algunos ámbitos se ha optado por considerarlos conjuntamente, puesto que, además de compartir, en algunos casos, el mismo bien jurídico protegido¹¹⁹, en la práctica ambos afectan a la contabilidad de una organización, y su último responsable es, además del administrador, el Director Financiero o la persona que ejerza sus funciones¹²⁰.

3.3.1. Bienes jurídicos protegidos

Los delitos de frustración de la ejecución supusieron una reforma y una ampliación, dada la inclusión de nuevos subtipos penales y la nueva redacción de los ya existentes que dio la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, del tradicional delito de “alzamiento de bienes”. Algunas voces consideran que esta reforma venía dada como respuesta al contexto de recesión financiera y económica que estaba atravesando España desde 2007, por lo que se debía reforzar la protección del derecho a la satisfacción del crédito y, en general, el buen funcionamiento del sistema económico crediticio (a la sazón, el bien jurídico protegido)¹²¹. Otras, sin embargo, opinan que el art. 258 CP pretende proteger no sólo

¹¹⁹ En este mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER opina, respecto del Proyecto de Ley Orgánica que cristalizó finalmente en la mencionada L.O 1/2015, que se estaba copiando la sistemática de los Códigos Penales alemán y austriaco precisamente en un punto erróneo: según este autor, existen pocas diferencias en cuanto a los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de frustración de la ejecución y los relacionados con las insolvencias punibles, puesto que ambos protegen los intereses que tienen los acreedores a la satisfacción de sus créditos contra los deudores. Véase BACIGALUPO ZAPATER, E., “Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013”, Diario La Ley, nº 8303 (2014) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 29 de abril de 2018).

¹²⁰ Véase al respecto, la comparación de la redacción actual de ambos delitos que expone la STS 429/2017, 14 junio, FJ 6.

¹²¹ LÓPEZ FERRER, P., “La reforma de los delitos de alzamiento de bienes: los nuevos delitos de frustración de la ejecución”, AJUM, nº 41 (2015). Ed. Dykinson. Madrid, 2015, pp. 120 ss.

los intereses de crédito, sino también el propio procedimiento ejecutivo que se derive de una condena previa como medio concreto para proteger los mencionados intereses de los acreedores¹²². En nuestra opinión, se trata de un delito socio-económico, no centrado únicamente en el patrimonio¹²³. De hecho, consideramos que la protección del patrimonio es la consecuencia, aunque no la finalidad, de esta tipificación, puesto que el objeto de protección es supra-personal.

Por otro lado, en cuanto se refiere estrictamente al delito de insolvencias punibles, debe tenerse en cuenta que, si bien en absoluto constituye una novedad jurídica impuesta por la L.O. 1/2015, esta reforma supuesto una revolución en este campo, puesto que lo desarrolló y dotó de un contenido del que anteriormente carecía. En cuanto al bien jurídico protegido del llamado “delito concursal”, tradicionalmente se habían sostenido dos posturas: la mayoritaria, según la cual se trata de un delito contra el patrimonio (fundamentándose el injusto en un fraude de carácter patrimonial) y la minoritaria, que clasifica este delito como socioeconómico, alegando que su tipificación se debe a la voluntad del legislador de proteger la economía crediticia¹²⁴. El TS, creemos que con razón, ha defendido la postura mayoritaria, identificando el bien jurídico protegido con el de la estafa y sugiriendo que esta tutela penal refuerza el principio civil de la responsabilidad patrimonial universal¹²⁵

3.3.2. Comportamientos típicos

Tal como se ha indicado, la reforma del CP del año 2015 alteró muy sustancialmente estos dos grupos de delitos, añadiendo nuevas modalidades comisivas y desarrollando otras ya existentes. En cuanto al delito de frustración de la ejecución, tal como indica DE LA MATA BARRANCO, se basa en una relación crediticia previa cuyo cumplimiento se pretenda evitar por medio de una despatrimonialización (en su caso, incluso antes de

¹²² ROIG TORRES, M., “La “frustración de la ejecución”: el modelo alemán y la nueva regulación del código Penal español”, RGDP, nº 25 (2016) (en línea, <http://roderic.uv.es/>, consultado el 29 de abril de 2018), p. 5. Coincidente con esta idea, GONZÁLEZ CAMPO, E. “Frustración de la ejecución y bancarrota”, CPJML, nº 12 (2016), p. 174. Este autor considera que el bien jurídico protegido por el art. 258 CP es de naturaleza procesal, puesto que se trata, en última instancia, de una declaración mendaz o de una ausencia de declaración.

¹²³ STS 789/2004, 18 junio, FJ 1.

¹²⁴ FEJOO SÁNCHEZ, B., “Crisis económica y concursos punibles”, Diario La Ley, nº 7178 (2009) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 29 de abril de 2018).

¹²⁵ STS 749/2017, 21 noviembre, FJ 8.

que la deuda fuera exigible¹²⁶). Podemos encontrar dos modalidades del tipo básico: por un lado, el llamado delito de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores, si bien no existe ninguna interpretación auténtica sobre este concepto¹²⁷; por otro, llevar a cabo actos para eludir un embargo por parte del deudor. De nuevo, la despatrimonialización provocada puede ser anterior al vencimiento de la deuda¹²⁸, aunque, de hecho, la eliminación de la condición “*haciéndose total o parcialmente insolvente*” de la anterior regulación sugiere que la disminución del patrimonio no tiene por qué llegar a la insolvencia¹²⁹.

El art. 257 CP contiene también un segundo apartado en el que se tipifica la realización de actos de disposición, contraer obligaciones que disminuyan el propio patrimonio u ocultar por cualquier medio elementos del mismo sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder. Vemos que en este caso, a diferencia del anterior, sí se hace mención específica de la ocultación de bienes, cuya ausencia en el apartado primero ha sido objeto de crítica por parte de algunos sectores¹³⁰.

Hablemos ahora de los tipos recogidos en los arts. 258 y 258 bis CP. El art. 258 CP recoge una novedad para el Derecho penal español, consistente en la presentación de una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo. Su contenido es, en fondo y en estructura, muy similar al tipo del art. 261 CP, en materia de insolvencias punibles, con mayor tradición jurídica en España (salvo por el hecho de que en este otro tipo penal el presupuesto es un procedimiento concursal, no ejecutivo)¹³¹, con la característica de que el nuevo tipo penal recoge una conducta activa, si bien el propio artículo recoge, más adelante, la modalidad omisiva. Por su parte, el último subtipo delictivo de frustración de la

¹²⁶ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Frustración de la ejecución”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 294.

¹²⁷ De hecho, el TS considera que este “alzamiento” es un delito integrado por una pluralidad de actos que han de integrarse en una unidad típica de acción (STS 93/2017, 16 febrero, FJ 2).

¹²⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Frustración...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 298.

¹²⁹ LÓPEZ FERRER, P., AJUM, nº 41 (2015), p. 123.

¹³⁰ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La nueva regulación del alzamiento de bienes”, ponencia impartida en “Curso: la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 5 de febrero de 2018), p. 9.

¹³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa*. PE, 6ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, p. 115.

ejecución, recogido en el art. 258 bis CP, lo constituye el uso no autorizado de bienes embargados por una autoridad, siempre que dicho uso revista de cierta entidad¹³². Este tipo constituye un delito común y se ha comparado con una apropiación indebida “de uso” dada su estructura y contenido¹³³.

Por otro lado, los arts. 259 CP y siguientes tipifican los nuevos delitos de insolvencias punibles, que, al igual que los anteriores, han supuesto una importante novedad legislativa. En este caso, la jurisprudencia venía solicitando al legislador una mejora en la redacción de este tipo penal, detallando, al igual que sucede en otros ordenamientos, los comportamientos comisivos que pudieran dar lugar a este delito¹³⁴. Si bien es cierto que la reforma de 2015 especificó qué comportamientos constituían este delito, en opinión propia no se hizo de manera acertada, puesto que los ocho primeros comportamientos recogen la práctica totalidad de supuestos en los que se pudiera llegar a cometer y el noveno punto es una cláusula de cierre que convierte el listado en un *númerus apertus* que, por definición, hace que los comportamientos no queden determinados, sino únicamente ejemplificados.

En cuanto a los mismos, las cuatro primeras conductas constituyen conductas propias de “alzamiento de bienes” que podrían tener relevancia penal autónoma aunque no produjeran declaración de concurso de acreedores¹³⁵. Se trata de conductas que encuentran su reflejo en la legislación mercantil (como la LC, o la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), si bien tienen la característica de que deben consumarse en el contexto de una situación de insolvencia actual o inminente. Todas ellas son, en global, acciones contrarias al deber de diligencia en gestiones económicas de un deudor (sea persona física o jurídica, aunque, en nuestra opinión, esta redacción parece apuntar más a las segundas que a las primeras), dificultándose el conocimiento de su verdadera situación patrimonial¹³⁶.

En cuanto a la quinta conducta, indica QUINTERO OLIVARES que se trata de un comportamiento típico copiado del Derecho alemán, si bien existe entre ambos

¹³² *Ídem*, p. 120.

¹³³ GONZÁLEZ CAMPO, E., “Frustración de la ejecución y bancarrota en la reforma 1/2015 del código Penal”, CPJML, nº 12 (2016). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao, pp. 184 s.

¹³⁴ Véase, por todas, la STS 771/2006, 18 julio, FJ 6.

¹³⁵ GONZÁLEZ CAMPO, E., CPJML, nº 12 (2016), p. 189.

¹³⁶ ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *Derecho penal. PE. Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, 2º ed. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016, p. 415.

ordenamientos una concepción diferente de lo que es un “negocio especulativo”¹³⁷. Este autor opina que en nuestro ordenamiento este concepto se relaciona con el de conductas rechazables en el mercado, por lo que resulta difícil suponer que puedan llegar a tener justificación económica alguna. No obstante, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que, por más que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dé acepciones peyorativas del verbo “especular”, no por ello se trata de algo intrínseco al concepto, por lo que sí puede llegar a tener dicha justificación¹³⁸.

En lo tocante a los comportamientos típicos sexto a octavo del art. 259.1 CP, la doctrina ha indicado que se corresponden con la tradicionalmente llamada “bancarrota documental”, puesto que recogen distintas infracciones que afectan a la contabilidad empresarial (lo que, en consecuencia, afecta a la apariencia de solvencia de una organización hacia sus acreedores), siempre que se superen tres filtros: uno temporal (las irregularidades contables han de ser posteriores o coetáneas a la existencia de una situación económica especialmente negativa), uno normativo (debe infringirse gravemente el deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos) y uno relativo a la idoneidad de la conducta, puesto que únicamente se sancionarán las acciones de este tipo que realmente impidan conocer la verdadera situación patrimonial o financiera¹³⁹.

Por último, el noveno punto del art. 259.1 CP no es un comportamiento comisorio como tal, sino que es una cláusula de cierre que convierte el listado de acciones típicas en un *númerus apertus* que, en opinión propia, desdibuja la idea del TS cuando demandaba una especificación de las conductas, puesto que el catálogo es amplio y cubre la mayor parte de supuestos. Tal vez el legislador debería haber hecho un ejercicio abstracto de discernir entre las cuestiones que verdaderamente merecen reproche penal y las que únicamente merecen reproche civil, en vez de usar una cláusula de cierre ambigua que resta seguridad jurídica a una amplia variedad de asuntos que puedan relacionarse con este delito.

Estas conductas, además, tanto pueden cometerse dolosamente o por imprudencia (art. 259.3 CP), aspecto del que, por su relevancia a los efectos que aquí importan, nos

¹³⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de concurso o bancarrota”, en EL MISMO (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015, p. 508.

¹³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., pp. 132 s.

¹³⁹ NIETO MARTÍN, A., “Falsedades en la empresa”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., pp. 705 s.

ocuparemos más adelante. De momento, baste apuntar que este es uno de los problemas que mayores fricciones con la práctica económico-empresarial representan, en nuestra opinión, ya que amplían de un modo que consideramos excesivo la casuística que pudiera llegar a resolverse por la vía penal en vez de por otras menos gravosas, lo que pone en duda el respeto al carácter de *última ratio* del Derecho penal.

A los efectos de la presente investigación, el último artículo que interesa es el 260.1 CP, el comportamiento típico del cual se centra en el favorecimiento de acreedores. Para ello se deben reunir tres circunstancias, a saber: que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente (esto es, que prevea que no podrá cumplir correctamente con sus obligaciones); que realice un acto de disposición patrimonial o que le genere obligaciones con el objetivo de pagar un crédito no exigible o facilitar una garantía a la que no tenía derecho y que dicho acto carezca de justificación económica o empresarial. En este contexto, un sector doctrinal opina que el objetivo del legislador con esta regulación es que los acreedores puedan iniciar acciones penales contra el deudor antes de que el juez del concurso admita a trámite la solicitud, cuestión que en ocasiones puede llegar a dilatarse en el tiempo¹⁴⁰.

Finalmente, el art. 261 CP muestra un problema de índole procesal del que nos ocuparemos más adelante y que consiste en una especial incriminación a las conductas constitutivas de falsedad contable, siempre y cuando, a diferencia de lo que ocurre con el tipo del art. 310 CP, se encamine a la provocación del concurso de acreedores¹⁴¹. Según NIETO MARTÍN, se trata de un delito de peligro que pertenece a las llamadas “falsedades de uso” y que constituye una estafa procesal anticipada (dado que su destinatario final es un juez). Este autor indica que este artículo no se refiere sólo a las falsedades materiales, sino que también incluye las falsedades en las narraciones de los hechos¹⁴² (incluyéndose la falsedad que recaiga sobre datos contables y excluyéndose la referente a juicios de valor¹⁴³).

¹⁴⁰ CORTÉS LABADÍA, J.P. / MARTÍN, S., “El delito concursal tras la reforma del Código penal vs el concurso punible”, Diario La Ley, nº 8618 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 22 de julio de 2018).

¹⁴¹ ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *PE*, cit., p. 421.

¹⁴² NIETO MARTÍN, A., “Falsedades en la empresa”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 709.

¹⁴³ STS 730/2017, 13 noviembre, FJ 2.

3.3.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

LUZÓN CÁNOVAS resume los elementos del delito de frustración de la ejecución ubicando, como primer elemento objetivo, la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor que conlleva unas obligaciones económicas por parte de un deudor; ello va aparejado a un elemento dinámico consistente en “*cualquier actividad de ocultación, destrucción, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes o simulación fraudulenta de créditos*”¹⁴⁴. Las obligaciones deben ser, a efectos del alzamiento de bienes, únicamente las que deriven de normas de Derecho Privado, y los bienes, propiedad del deudor, han de ser embargables y estar sujetos a los requerimientos del art. 1911 CC¹⁴⁵. Ello se debe ver acompañado del hecho de encontrarnos ante una situación, real o aparente de insolvencia¹⁴⁶. Otro elemento objetivo del tipo es el perjuicio que se debe producir. Jurisprudencialmente, si bien no se trata de un criterio unánime, es creciente la opinión de que basta con la concurrencia del ánimo de perjudicar a los acreedores, más que un perjuicio en sí mismo¹⁴⁷. En cuanto al elemento subjetivo, se trata de un delito doloso que no sólo comprende el conocimiento y la voluntad de vaciar el propio patrimonio, sino que también incluye la voluntad de perjudicar a los acreedores¹⁴⁸, defraudando sus expectativas concretas de cobro¹⁴⁹.

Por su parte, el delito de insolvencias punibles, en su actual redacción, presenta bastantes similitudes con estos elementos, aunque también algunas diferencias. Con la regulación anterior había un presupuesto de aplicación del delito de insolvencias punibles que lo diferenciaba del de alzamiento de bienes: debía haberse declarado un concurso de acreedores, si bien tras la reforma dada mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, esto ya no es necesario¹⁵⁰ (o, podemos añadir, no en todos los casos, puesto que el art. 259.1 CP sanciona a quien se encuentre en una situación de insolvencia actual o

¹⁴⁴ LUZÓN CÁNOVAS, M., ponencia impartida en “Curso: la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015”, cit., p. 5.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 407.

¹⁴⁶ STS 2403/2001, 19 diciembre, FJ 3. Si bien se refiere a una redacción anterior de este delito, a nivel estructural esta observación sigue siendo válida.

¹⁴⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios el Código Penal*. Ed. La Ley. Madrid, 2016 (en línea, <http://laleydigital.laley.es>, consultado el 29 de julio de 2018).

¹⁴⁸ ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *PE*, cit., p. 397.

¹⁴⁹ LUZÓN CÁNOVAS, M., ponencia impartida en “Curso: la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015”, cit., p. 5.

¹⁵⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 314.

inminente). Ello no obstante, nos mostramos de acuerdo con el sector doctrinal que sugiere que la interpretación de este delito debe hacerse a la luz de los que dispone la Ley Concursal¹⁵¹.

El primer elemento objetivo del tipo es que esta situación de insolvencia se vea agravada (o, en los casos del art. 259.2 CP, se llegue a producir) por alguno de los comportamientos comisorios indicados en el primer apartado de este artículo¹⁵². En consecuencia, debe constatarse la preexistencia de uno o varios derechos de crédito a favor de un tercero, tal como venía requiriéndose en la regulación anterior¹⁵³. En consecuencia, el siguiente elemento es el perjuicio, que lleva aparejado al delito de insolvencias punibles desde sus inicios¹⁵⁴, a pesar de que, como recuerda DE LA MATA BARRANCO, ninguna de las nueve conductas del art. 259.1 CP exige explícitamente que se genere un perjuicio, sino que este viene implícito a dichos comportamientos (particularmente en los cinco primeros y en el noveno, que actúa como cláusula de cierre)¹⁵⁵.

Ello conduce a valorar el elemento subjetivo de este tipo penal: con la nueva regulación, no se exige que el comportamiento sea doloso, sino que se sanciona (art. 259.3 CP) la mera imprudencia, cuestión que más adelante trataremos con más amplitud. Tradicionalmente, un sector de la doctrina había indicado que, además, se requería otro elemento subjetivo, consistente en el ánimo de perjuicio hacia los acreedores¹⁵⁶, si bien cabe tener en cuenta que, con anterioridad a la reforma del CP de 2015, este tipo penal únicamente se podía cometer de forma dolosa, ya fuera mediante dolo directo o indirecto¹⁵⁷.

En cuanto a la imprudencia, debe tenerse en cuenta que, si bien el legislador no indica si ha de ser grave o menos grave, ésta deberá ser entendida como grave, puesto que, de lo

¹⁵¹ Por todos, DE ALFONSO LASO, D., “Las insolvencias punibles a la luz de la Ley Concursal”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n° 135 (2009). Ed. Wolters Kluwer. Madrid, pp. 55 ss.

¹⁵² SAN 13 julio 2018, FJ 3.

¹⁵³ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal*, cit., p. 573.

¹⁵⁴ STS 667/2000, 12 abril, FJ 1.

¹⁵⁵ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 314.

¹⁵⁶ Por todos, GÓMEZ PAVÓN, P. “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, CPC, n° 64 (1998). Ed. Dykinson. Madrid, 1998, pp. 35 ss.

¹⁵⁷ Por todos, FEJOO SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Ed. B de F. Montevideo (Uruguay), 2009, pp. 163 s. Jurisprudencialmente, en idéntico sentido, STS 40/2008, 25 enero, FJ 4.

contrario, la normativa mercantil en sede concursal carecería de sentido¹⁵⁸. Por las importantes fricciones con la realidad económico-empresarial que genera la posibilidad de apreciar una consumación imprudente de este tipo, más adelante volveremos a esta cuestión.

3.3.4. Ejemplo práctico

Tras haber expuesto los principales puntos que, a efectos de la presente investigación, tienen relevancia en el ámbito de los delitos de frustración de la ejecución y de insolvencias punibles, pasamos a analizar un ejemplo real de aplicación. Un caso particularmente ilustrativo lo encontramos en la STS 429/2017, 14 junio. En este caso, se constituyó una sociedad mercantil cuya actividad y fuente de financiación principal era la consecución de capital privado a través de la celebración de contratos de préstamo con inversores, ya fueran éstos suscritos por el titular de la misma o por sus empleados (siguiendo sus instrucciones), en los que prometía a los inversores intereses muy elevados sin declaración ni retención fiscal. No obstante, el titular de la mercantil sabía que ni podía llegar a pagar todos los intereses a sus inversores ni podía llegar a suscribir todos los contratos, si bien mostraba una gran capacidad de solvencia. Para evitar que la verdadera situación se descubriese, se practicaban graves irregularidades contables (entre otras, no registrar más de una cuarta parte de las deudas contraídas, y aún éstas únicamente se reflejaban como deudas a largo plazo, cuando en realidad vencían a corto plazo). Con el paso del tiempo, la sociedad empezó a tener problemas para pagar, y empezó a captar nuevos inversores a fin y efecto de poder satisfacer los derechos de crédito que tenía en su contra. Paralelamente, continuaba desarrollando una actividad inmobiliaria consistente en la enajenación de activos, cuya contabilización tampoco se hacía de manera correcta, con lo que había un ahorro fiscal y se daba una imagen contable distinta de la que debió haber sido.

Si bien la SAP Sevilla 47/2016, 14 julio, que fue la que ventiló el caso en una primera instancia, fue recurrida por diversos motivos (todos ellos desestimados por el TS), el FJ 6 de la STS aquí comentada es el que nos interesa a efectos de esta investigación. El él, el TS confirma la condena, entre otros, por varios delitos de insolvencias punibles,

¹⁵⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos de frustración...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 317. Este mismo autor añade que, por la propia dicción de las conductas del art. 259.1 CP, muchas de ellas no se podrán cometer imprudentemente.

alegando que, desde la reforma del CP operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, el art. 259 CP sanciona a un deudor que esté en situación de insolvencia (actual o inminente), si comete, además, ciertas acciones constitutivas de fraude, se acredite o no una relación causa-efecto entre dicha acción fraudulenta y la insolvencia en la que se halla (o inminentemente se hallará). Este delito, por tanto, pasa a ser de mera actividad y no de resultado¹⁵⁹.

Tal como puede observarse, se utilizan los conceptos de “alzamiento de bienes” junto con los artículos relacionados con los tipos penales de insolvencias punibles, a pesar de que el “alzamiento de bienes” como tal esté expresamente recogido en el art. 257.1 CP, relativo al delito de frustración de la ejecución. De hecho, si bien el concepto de “alzarse con los bienes” sigue sin contar con una interpretación auténtica desde su inclusión en el Código Penal de 1848, el legislador de 2015 pretendió separar este delito de los de insolvencia o bancarrota, a pesar de que el primero de estos conceptos continúe vinculado a la interpretación del delito de “alzamiento de bienes”¹⁶⁰.

Siguiendo con la STS aquí comentada, a continuación de lo expuesto se añade un nuevo argumento, basado en el bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido, que el TS indica que es el derecho personal de crédito, lo que ubica a este delito en la categoría de los delitos socio-económicos. Tal como se ha visto en el epígrafe correspondiente, la doctrina no es completamente unánime a la hora de determinar el bien jurídico protegido por el delito de insolvencias punibles, pero mayoritariamente se entiende que se trata del patrimonio del sujeto pasivo¹⁶¹. Este punto ha sido ratificado por la jurisprudencia mayoritaria, si bien la STS del ejemplo aquí comentado se muestra de acuerdo, también, con la corriente doctrinal minoritaria que entiende que se protegen los derechos de crédito. Este posicionamiento, que en este supuesto tiene más carácter de *obiter dicta* que de *ratio decidendi*, contrasta con otros del mismo organismo, tal como ya se ha visto.

¹⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 813, señala que, siendo esto así, existe la posibilidad teórica de que se den tipos de imperfecta ejecución.

¹⁶⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos de frustración...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 295. En palabras de este autor, “[l]a ejecución del deudor insatisfecho se frustra porque no puede hacerse pago con todos los bienes del deudor (art. 1911 CC) y no puede hacerse pago porque no hay o no encuentra bienes suficientes para ello, esto es, porque el deudor está en situación de insolvencia”.

¹⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Diario La Ley*, nº 7178 (2009).

Continuando con el análisis de la STS 429/2017, 14 junio, a continuación se nos hace una referencia a la normativa concursal, que, como se ha comentado, sirve de base a la actual regulación del delito de insolvencias punibles¹⁶². Llama la atención que una gran parte de las conductas previstas en el art. 259.1 CP también se recojan en el art. 164.2 de la antigua LC (vigente en el momento de la promulgación de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo), relativo al concurso culpable. De hecho, ya se ha visto que la doctrina indica la relación entre esta legislación y los delitos aquí tratados. En referencia a esta Ley, así como a alguna de las reformas que ha tenido, resulta relevante el comentario de MARTÍNEZ-PEREDA, quien observó que el anteproyecto de LC de 2003 ya proponía la derogación del art. 260 CP con tal de separar las esferas civil y penal en este ámbito, así como para eliminar el carácter represivo de los procedimientos concursales y porder, a la vez, mantener la redacción de los arts. 259 y 261 CP de aquel momento¹⁶³. Esto supone, dicho en otras palabras, que el CP ha pasado a incluir, con algunas limitaciones, la acción rescisoria en su regulación de los delitos de insolvencias punibles y de frustración de la ejecución¹⁶⁴, cosa que, tal como se verá en el epígrafe siguiente, consideramos que desdibuja la línea que debería quedar marcada por el carácter de *última ratio* de esta rama de las Ciencias Jurídicas.

3.3.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

Tras la exposición dada en los apartados anteriores, vamos a tratar ahora los principales puntos en los que, en opinión propia, esta regulación no acaba de tener un encaje pleno con la realidad económico-empresarial¹⁶⁵. El primer punto de fricción lo encontramos en el delito de frustración de la ejecución, en concreto en su vertiente procesal (que, si bien no es el enfoque principal de esta investigación, no debemos olvidarlo, puesto que supone la plasmación final de la problemática cuando las medidas de prevención no han sido eficaces). En este sentido, debe tenerse en cuenta que un Juzgado puede contar con la información facilitada por los organismos oficiales (Hacienda Pública, Seguridad

¹⁶² Al respecto, reflexionando sobre la regulación anterior, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pp. 143 ss. Este autor se muestra crítico con la actual regulación, que tilda de irracional,

¹⁶³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “La calificación del concurso”, La Ley, nº 4 (2004), 2004, pp. 1528 ss. (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 29 de julio de 2018).

¹⁶⁴ En este sentido, PRADOS RAMOS, L., “Acción rescisoria concursal: STS 1051/2017” (2017) (en línea, <https://www.notariabierta.es/>, consultada el 29 de julio de 2018).

¹⁶⁵ En cuanto a las observaciones en materia procesal, agradezco a la Ilustre Señora Doña Iris CARRIÓN MARÍN, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 8 de Rubí, su inestimable colaboración prestando su testimonio en base al ejercicio diario de sus funciones.

Social, Registros...), pero resulta prácticamente imposible conocer la situación económica real de la entidad que se está investigando (habitualmente, una empresa). En estos supuestos, los Juzgados cuentan con un auditor de cuentas externo que lleva a cabo un peritaje de la entidad encausada y que determina dentro de sus posibilidades, si puede haberse consumado o no un delito de frustración de la ejecución; no obstante, este perito cuenta con las mismas limitaciones operativas que el resto del Juzgado.

Existe, además, un elemento distorsionador: la separación entre la vía civil y la penal, que hace que en la mayor parte de los casos los afectados acudan a aquella en vez de a ésta, puesto que es más sencilla, menos costosa y una situación de alzamiento de bienes puede tener la apariencia externa de un incumplimiento contractual.

Detallemos este punto. En la práctica totalidad de los supuestos, un acreedor tiene diversos deudores que pueden desconocer que no son los únicos que están en esta situación. Por lo tanto, estos acreedores simplemente ejercitan una acción civil contra su deudor. No obstante, esta insatisfacción de la deuda puede venir dada por un delito de alzamiento de bienes, y no tratarse de un mero incumplimiento civil, aspecto del que se desprenden indicios cuando hay varios acreedores en la misma situación y, sin embargo, el deudor (o la persona física que está detrás de la organización deudora) lleva un alto tren de vida. Sin embargo, las posibilidades de que se detecte esto por parte de los Juzgados es relativamente escasa, puesto que en muy pocas ocasiones se solventan todas las demandas civiles en un mismo Juzgado y, además, éste no tiene potestad para llevar a cabo averiguaciones sobre el patrimonio de las personas que forman parte del entorno del deudor. En consecuencia, es probable que muchos casos que realmente constituyen una verdadera frustración de la ejecución (en cualquiera de sus modalidades) pasen por simples insolvencias civiles.

En cuanto al delito de insolvencias punibles, la problemática es más amplia, si bien a efectos procesales la situación es muy similar. CORTÉS LABADÍA/MARTÍN señalan, acertadamente, algunas de las principales cuestiones que se pueden suscitar¹⁶⁶. Para empezar, siguiendo en sede procesal, estos autores se plantean cómo determinarán los jueces penales si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente, cosa de la que se ha encargado hasta ahora el juez del concurso. Proponen, como posible solución, la aportación de informes periciales que acrediten dicha situación de insolvencia, si bien los mismos deberían ser valorados por el juez de lo penal.

Otra cuestión es el hecho de que el actual art. 260 CP conserve la literalidad del antiguo 259 CP (esto es, el delito de favorecimiento indebido a acreedores sin justificación económica ni empresarial), lo que supone una no superación de la problemática que

¹⁶⁶ En lo sucesivo, CORTÉS LABADÍA, J.P. / MARTÍN, S., Diario La Ley, nº 8618 (2015).

tanto la doctrina como la jurisprudencia se había planteado, fundamentalmente, aunque no de forma única, si debe limitarse a los supuestos de concurso necesario por ser el único que puede dar lugar a la admisión a trámite de la solicitud. En estos casos, a nivel doctrinal se entiende que la respuesta es negativa, puesto que *“resultaría injustificado excluir del ámbito de aplicación de este delito el supuesto de concurso voluntario, premiando al deudor que favorece ilícitamente a otros acreedores tan solo porque él mismo haya promovido su declaración de concurso”*¹⁶⁷.

Por su parte, DE LA MATA BARRANCO señala que la tipificación de las conductas comisorias pueden acarrear dificultades prácticas *per se* en los supuestos del segundo apartado del art. 259 CP. En su opinión, el delito de frustración de la ejecución ya estará consumado si los comportamientos del apartado 1 de este artículo son los que han generado la insolvencia del deudor; en ese caso, añade, el principio de alternatividad hace que se debiera aplicar el art. 257 CP, no el 259.2 CP (que tiene una mayor pena), por lo que pasa a ser un tipo penal que, según prevé este autor, tendrá una difícil aplicabilidad¹⁶⁸.

No obstante, lo que en nuestra opinión suscita una mayor problemática a efectos de la nueva redacción de este tipo penal es que, novedosamente, se haya contemplado la consumación imprudente de este delito. Un aspecto que la jurisprudencia ha examinado es el parecido, que no igualdad, entre la figura de la prisión por deudas y la tipicidad del delito de insolvencias punibles¹⁶⁹. El TS se ha pronunciado sobre la diferencia entre ambos conceptos en varias ocasiones, afirmando que *“no es la mera situación de insolvencia lo que se persigue con estos delitos [de insolvencias punibles], ya que ello supondría reinstaurar una proscrita prisión por deudas, sino aquella conducta dolosa*

¹⁶⁷ CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS-KPMG, “El ámbito penal y la legislación concursal”, Diario La Ley, nº 7505 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 7 de agosto de 2018).

¹⁶⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos de frustración...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 317.

¹⁶⁹ El Tribunal Constitucional, en la ya antigua STC 230/1991, 10 diciembre, limitó el concepto de prisión por deudas a aquellos supuestos en los que una insolvencia tuviera su base en el incumplimiento de una obligación derivada de contrato. En idéntico sentido se ha pronunciado el TS (por todas, SSTs 859/14 y 378/2013), enfatizando siempre la prohibición de esta figura en nuestro Ordenamiento. De hecho son varias las normas de Derecho Internacional que establecen dicha prohibición, pudiendo citar como ejemplo el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977), que dispone que *“[n]adie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”*.

que provoca o agrava la situación de insolvencia del deudor en perjuicio de sus acreedores”¹⁷⁰.

La tipificación de la imprudencia en este delito nos lleva a replantear la cuestión del parecido que tiene con la figura de la prisión por deudas: lo tajante de la redacción que a lo largo del tiempo ha ofrecido el TS deja claro que el dolo es la única barrera que hasta la reforma del CP dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha impedido que se considerase que había habido un retorno de dicha figura. No obstante, la tipificación de la comisión imprudente de este delito implica la eliminación de la necesidad de apreciar este elemento subjetivo en aquellas conductas de las del nuevo art. 259.1 CP que se produzcan en situación de insolvencia actual o inminente, o que la provoquen. Dicho de otro modo, se elimina el hecho de que la comisión dolosa sea la única posible del delito de insolvencias punibles.

Por tanto, siendo el dolo precisamente el “*caracterizador del tipo penal*” y el único impedimento que el TS aprecia para mantener que no hay una “*tipicidad basada en la prisión por deudas*” en sede de insolvencias punibles, en el momento en el que puede cometerse este delito por mera imprudencia por la vía del nuevo art. 259.3 CP cabe preguntarse si estamos ante un retorno de esta figura. En opinión propia, la posibilidad de comisión imprudente en el delito de insolvencias punibles hace que la línea de doctrina jurisprudencial que se ha expuesto devenga insuficiente para justificar que la tipificación de este delito en su nueva redacción no implique un retorno de la prisión por deudas. Jugando el dolo un papel interpretativo tan importante, en los casos en los que se llegue a considerar que hay delito cometido a título de mera imprudencia la interpretación jurisprudencial expuesta de este tipo resulta anticuada y no parece dar argumentos para justificar una no inclusión de esta figura en el nuevo CP¹⁷¹.

¹⁷⁰ SSTS 1799/2000, 20 noviembre; 237/2004, 26 febrero; 1359/2005, 18 noviembre; 620/2006, 6 junio; 771/2006, 18 de julio; 146/2009, 18 febrero. La más reciente STS 307/2015, 29 abril, establece sin rodeos que: “[el dolo] es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas”. Llama la atención que esta resolución es posterior a la publicación en el BOE de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que este criterio se eliminaba. Si bien, como es evidente, esta modificación del CP todavía no estaba en vigor y, por tanto, no resultaba de aplicación, no deja de parecernos curioso que el TS reiterase su argumentación sobre la inexistencia de prisión por deudas basada en el dolo justo en el momento en el que la imprudencia iba a ser un elemento subjetivo posible para la consumación de este delito.

¹⁷¹ De acuerdo con esta idea, y con una argumentación similar, RODRÍGUEZ CELADA, E., “La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en

No obstante, como contrapunto, hay dos aspectos a tener en cuenta: el primero, que los concursos fortuitos no serán sancionados penalmente y el segundo, que no todo comportamiento, doloso o imprudente, está contemplado en el tipo, sino sólo los del listado del art. 259.1 CP. Basándonos en esto, y a modo de conjetura personal, pudiera interpretarse que sigue sin haber una tipicidad basada en la prisión por deudas por estar tipificados sólo el dolo y la imprudencia para ciertos supuestos de insolvencia, y no para la totalidad de los mismos. Sin embargo, el hecho de que el listado del art. 259.1 CP sea *númerus apertus* nos hace dudar, en sede de comisión imprudente, de esta interpretación¹⁷². Debería, en este caso, cambiarse la redacción del art. 259.3 CP siguiendo la pauta que comentó el TS en reiterada jurisprudencia (como se ha visto) según la cual era necesario que el tipo penal de insolvencias punibles tuviera en cuenta en el tipo objetivo la exclusión de la prisión por deudas. La actual redacción de este delito no excluye en ningún momento de forma expresa esta figura, máxime cuando ni siquiera indica el tipo de imprudencia que se tipifica¹⁷³.

En conclusión, sin embargo, creemos que sí es adecuado que una persona jurídica pueda responder penalmente por estos hechos, y consideramos que, salvo por las cuestiones aquí tratadas, la tipificación resulta bastante adecuada a la realidad económico-empresarial española, a pesar de que el legislador debería plantearse qué comportamientos reservar para el ámbito penal y en cuáles bastaría una intervención mediante otras ramas del Derecho¹⁷⁴.

Como posibles elementos preventivos que debería incluir un PCN, si bien es algo muy variable en función de las dimensiones de la persona jurídica de que se trate, sería recomendable que los niveles de endeudamiento de la misma quedasen definidos, estableciéndose un máximo y, en su caso, un mínimo, de tal modo que únicamente se

relación con el delito concursal”, InDret 1/2017 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultada el 1 de agosto de 2018), pp. 15 ss.

¹⁷² Sin embargo, nos mostramos de acuerdo con QUINTERO OLIVARES cuando indica que esta concreción puede ser positiva, puesto que contribuye a una mejor interpretación de este tipo penal, ya que con la regulación anterior había diversas dudas interpretativas que, en opinión de este autor, contribuían a su poca aplicación. Véase QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de concurso o bancarrota”, en EL MISMO (Dir.), *Comentario a la reforma*, cit., p. 501.

¹⁷³ FOUREY GONZÁLEZ, M., “El concurso punible: regulación actual e implicaciones del proyecto de reforma del código penal”, AJUM, nº 37 (2014) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 1 de agosto de 2018), pp. 138 ss. Esta autora señala, acertadamente, que se debería interpretar que la referencia a la imprudencia debe entenderse como grave, o bien que se establecieran parámetros de interpretación sobre qué imprudencia es típicamente relevante.

¹⁷⁴ Como acertadamente señala QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 773, “[l]os ecos de las modalidades de los arts. 164 y 165 LC son más que evidentes”.

podieran superar con la autorización expresa del máximo órgano de control. Asimismo, la externalización, si resultase factible, de todas o algunas de las tareas relacionadas con la contabilidad de la organización aportaría un añadido de objetividad que dificultaría el falseamiento de estados financieros, en su caso. Por último, si bien un protocolo meramente preventivo al respecto resultaría casi inútil, sí se deberían establecer las medidas operativas necesarias (de carácter detectivo) para garantizar la no utilización de activos que, en su caso, hubieran sido constituidos en depósito, como por ejemplo un precinto, un aseguramiento de que están desconectados o, si las circunstancias concretas lo permitiesen, trasladar el activo a un lugar en el que no pudiese operarse con él.

3.4.DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

3.4.1. Bienes jurídicos protegidos

En esta ocasión, nos encontramos ante un conjunto de conductas bastante heterogéneo¹⁷⁵, que pretende proteger, a nuestro modo de ver, a la parte productora de una transacción comercial. En este sentido, el productor de bienes y/o servicios en un mercado necesita tener el amparo legal necesario para proteger sus invenciones e innovaciones en el mismo que le permitan actuar diferenciándose de sus competidores y abriéndose a mercados nuevos, así como proteger su nombre y evitar que nadie se aproveche de su posicionamiento y situación. En este contexto, se configuran los delitos contra la propiedad intelectual, por un lado, y contra la propiedad industrial, por otro.

La práctica totalidad de la doctrina actual opina que se protege la dimensión patrimonial de la propiedad intelectual. Para ello, los distintos postulados doctrinales se centran en diferentes elementos, como pueden ser los principales postulados jurisprudenciales¹⁷⁶, la

¹⁷⁵ Si bien estamos ante dos grupos de tipos penales distintos que comprenden una amplia gama de subtipos, tanto uno como otro, se han agrupado, a efectos de la presente exposición, por la fuerte interrelación que hay entre ellos. Véase al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”, DPC (vol. XXX), nº 88 (2009) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 16 de diciembre de 2018), pp. 112 s.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 115. A modo de ejemplo, podemos citar la ya antigua STS 529/2001, 2 abril, FJ Único, que indica que “[e]l objeto de protección del delito del art. 270 CP, por lo tanto, es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia leal en el mercado”. El TS añade que la regulación penal en materia de protección de la propiedad intelectual complementa la legislación sectorial en esta materia, de tal modo que únicamente protege, como es su función, una parte de los bienes jurídicos

disponibilidad del bien jurídico, la exigencia de un beneficio económico (directo o indirecto) como elemento del tipo¹⁷⁷, el hecho de que el bien jurídico se caracterice por los intereses económicos que derivan de los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual y de los derechos conexos a la misma¹⁷⁸ o la introducción de tipos agravados de contenido exclusivamente patrimonial, tales a la vulneración de dispositivos que impidieran la elaboración de copias ilegales de las obras¹⁷⁹.

Por otro lado, en materia de la protección penal de la propiedad industrial, encontramos diversas opiniones sobre qué es lo que verdaderamente se protege¹⁸⁰. Así, un sector mayoritario considera que el bien jurídico es el derecho exclusivo de la creación (en concreto, ciertas invenciones, creaciones o signos distintivos)¹⁸¹, aunque no monopolístico¹⁸², amparándose siempre el derecho del titular registral, puesto que si lo que se pretendiese proteger fuera el derecho patrimonial de los consumidores, dándose los demás elementos, estaríamos ante un delito de estafa¹⁸³. Otro sector, sin embargo, defiende que el bien jurídico protegido es de carácter patrimonial, pues el patrimonio se pone en peligro cuando se lesiona el derecho a la exclusividad (que constituye el núcleo común de todos los delitos contra la propiedad industrial)¹⁸⁴. Finalmente, una tercera postura la copan quienes consideran que esta regulación protege la competencia leal entre los empresarios, en última instancia, si bien también se admite la protección del

¹⁷⁷ PLANCHADELL GARGALLO, A. / VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos contra la propiedad intelectual. Consideraciones Generales”, en FAYÓS GARDÓ, A. (Ed.), *Propiedad intelectual en la era digital*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 274.

¹⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., p. 203.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ MORO, L., “Evolución histórica y “patrimonialización” de la tutela penal de la propiedad intelectual en la legislación española”, AFDUC, nº 15 (2011) (en línea, <https://ruc.udc.es/>, consultada el 16 de diciembre de 2018), p. 489-490.

¹⁸⁰ TIRADO ESTRADA, J.J., “Delitos contra la propiedad industrial. Protección penal de invenciones industriales (patentes y modelos de utilidad) y signos distintivos (marcas y nombres comerciales). Tipos básicos y problemática acusatoria” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 17 de diciembre de 2018), p. 8. Este autor, si bien se inclina a favor de la tesis mayoritaria, admite que el debate doctrinal está abierto y no tiene una respuesta clara, aclarando que la Fiscalía no muestra un posicionamiento definitivo en esta materia.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La protección penal de la propiedad industrial”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Ed.), *La propiedad Industrial. Teoría y práctica*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2001, p. 368.

¹⁸² MAPELLI CAFFARENA, B., “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”, DyC, nº 1 (2001) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 19 de diciembre de 2018), p. 115.

¹⁸³ MORILLAS CUEVA, L., “Los intereses de los consumidores como bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial. Especial consideración a los signos distintivos”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*. Ed. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 106 s.

¹⁸⁴ FARALDO CABANA, P., “Algunos aspectos relativos al delito contra la propiedad industrial tras la reforma de 2015”, en *LH-Bajo*, cit., p. 939.

interés patrimonial privado de los empresarios, con contenido socioeconómico¹⁸⁵. De hecho, un sector de entre quienes defienden esta consideración de afectación socioeconómica sugiere que debe separarse el delito contra la propiedad industrial de los patrimoniales, siendo únicamente integrable dentro de la categoría de los socioeconómicos¹⁸⁶.

3.4.2. Comportamientos típicos

Son varios los comportamientos típicos que encontramos bajo las rúbricas genéricas de “delitos contra la propiedad intelectual” y “delitos contra la propiedad industrial”, máxime si tenemos en cuenta que son dos grupos distintos de tipos penales separados, por muchas interrelaciones que tengan. En consecuencia, a efectos de la presente investigación, se tratarán únicamente aquellos aspectos generales que sean más relevantes.

En lo que respecta a los delitos contra la propiedad intelectual, el art. 270.1 CP muestra un tipo mixto alternativo sin que la ejecución sucesiva de varias conductas dé lugar a varios delitos¹⁸⁷. Todas estas conductas deben cometerse sin el consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual, puesto que, de lo contrario, estaríamos ante una situación atípica¹⁸⁸. Esta autorización debe ser expresa, aunque no deba cumplir con ninguna formalidad concreta, y limitada en el tiempo, entendiéndose que dura cinco años en caso de no especificarse nada al respecto¹⁸⁹.

En cuanto a las conductas típicas individualmente consideradas, seguiremos, en lo sucesivo, la exposición de MESTRE DELGADO al respecto. La primera consiste en la reproducción de una obra, ya sea total o parcial, a cuyos efectos interpretativos debemos estar a lo que establece el art. 18 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la

¹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., pp. 445 ss.

¹⁸⁶ MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La PE del Derecho penal*, 4ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2019, p. 429.

¹⁸⁷ GALÁN MUÑOZ, A., “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., pp. 771 s. Este autor expone que expone que únicamente estaremos ante la comisión de este tipo penal en casos en que la conducta ejecutada implique explotación económica de la propiedad intelectual.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., p. 208.

¹⁸⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 599.

materia¹⁹⁰ De esta conducta destaca que, tradicionalmente, haya sido la más habitual en lo que a estos delitos se refiere, si bien su formato ha ido evolucionando: así como, en el pasado, era frecuente que se hicieran fotocopias de obras impresas en papel, en la actualidad las conductas más habituales se centran en la reproducción a través de internet¹⁹¹.

Otra de las conductas típicas es el plagio, que MESTRE DELGADO define como “*la usurpación, ante la sociedad, de la condición de autor de una obra ajena*”¹⁹². En la práctica, un sector doctrinal señala que existe cierta dificultad para considerar que ha habido plagio, dada la multitud de formas en que se puede presentar y la diversidad de variaciones que puede presentar una misma obra¹⁹³. Como posible respuesta, MESTRE, en base a la jurisprudencia sobre esta materia, señala cinco presupuestos que deben observarse para entender cometido un plagio: primero, que las ideas que no tienen reflejo alguno en ningún tipo de soporte carecen de protección; segundo, que para que una idea quede protegida por los derechos de propiedad intelectual debe estar plasmada en algún medio, con un formato determinado y con un cierto desarrollo; tercero, que esta creación debe ser original, esto es, que sea una idea primigenia fruto de un esfuerzo intelectual propio; cuarto, que únicamente se considera plagio si se ha usurpado la condición de titular del derecho de propiedad intelectual; quinto y último, que el derecho a la propiedad intelectual del titular tuviera reflejo registral según la normativa aplicable (si bien este aspecto puede obviarse si mediase prueba suficiente)¹⁹⁴.

La siguiente conducta típica es la distribución no consentida de la obra¹⁹⁵. Podemos relacionar esta conducta con el tipo privilegiado del art. 270.4 CP, que establece una atenuación en la pena a la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, fenómeno que se relaciona con el vulgarmente llamado “*top manta*”. El legislador, consciente de la situación de necesidad por la que generalmente atraviesan las personas que ejercen esta actividad (habitualmente, inmigrantes ilegales), ha creado

¹⁹⁰ MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio...”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., pp. 468 ss.

¹⁹¹ ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *PE*, cit., pp. 445 s.

¹⁹² MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio...”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., p. 468.

¹⁹³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 595.

¹⁹⁴ MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio...”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., pp. 468 s.

¹⁹⁵ Para el concepto de “distribución” debemos atender a la interpretación auténtica que proporciona el legislador en el art. 19 TRLPI.

un tipo privilegiado con menor sanción; de hecho, MUÑOZ CONDE afirma que la jurisprudencia había llegado incluso a absolver por este delito a sus sujetos activos atendiendo a los principios de lesividad o de proporcionalidad¹⁹⁶.

En consecuencia, este tipo, en opinión propia, está pensado exclusivamente para las personas físicas que se ven abocadas a llevar a cabo estas actividades, pero tiene difícil encaje práctico en cuanto respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que muy difícilmente las personas que se dediquen a este tipo de distribución ambulante de obras protegidas por la propiedad intelectual constituirán una persona jurídica de ningún tipo con todos los elementos que la Ley requiere para ello. Además, si aceptamos, como hace este autor¹⁹⁷, que la rebaja de la sanción se debe a la menor importancia del hecho y del daño causado, no encontramos sentido a una aplicación del tipo a aquellas situaciones en las que una organización correctamente definida desde el punto de vista jurídico se dedique a llevar a cabo estas conductas, puesto que difícilmente se podría apreciar una “escasa gravedad” del hecho si hubiese todo un engranaje formalmente constituido detrás.

Continuando con los comportamientos típicos, el siguiente que encontramos es el de la comunicación pública, para cuya interpretación debemos atender al art. 20.1 TRPLI. Del mismo modo, otro comportamiento típico, relacionado con este, lo encontramos en la facilitación del acceso a la localización en internet de obras o prestaciones amparadas por derechos de propiedad intelectual, lo que incluye facilitar el acceso a listados ordenados de enlaces a contenidos diversos amparados por dichos derechos. En este contexto, en la actualidad hay múltiples supuestos en los que una persona cualquiera puede acceder a reproducciones no consentidas de obras publicadas en internet, lo que, a priori, podría suponer la comisión de este tipo por parte de quien las publica¹⁹⁸; podríamos añadir que lo mismo sucede con el segundo comportamiento, puesto que únicamente requiere de un dispositivo electrónico con acceso a internet¹⁹⁹. No obstante,

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit. p. 451. En idéntico sentido, aunque en base a la regulación anterior, CASTIÑEIRA PALOU, M.T. / ROBLES PLANAS, R., “¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)”, *InDret* 2/2007 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultada el 2 de enero de 2019).

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio...”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., p. 470.

¹⁹⁹ Véase, sobre este tema, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Los nuevos contornos de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015”, en MARTÍN LÓPEZ, J.J. / CASAS VALLÈS, R. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 841. Jurisprudencialmente podemos citar la STS 638/2015, 27 octubre, FJ 2, que realiza un comentario de la anterior STJUE 13 febrero 2014, Caso

la jurisprudencia, por el principio de intervención mínima, había llegado a considerar que esto era constitutivo de delito (por todas, la SAP Álava 3 febrero 2012)²⁰⁰.

A continuación, el apartado segundo del art. 270 CP contiene un tipo penal que guarda una fuerte relación con la conducta de puesta a disposición de una obra protegida por los derechos de propiedad intelectual, así como con el de la comunicación pública de la misma, todo ello en el marco de los servicios de la sociedad de la información. La Fiscalía General del Estado llega a esta misma conclusión en su Circular 8/2015, añadiendo que tanto se sancionan las páginas web que ofrecen contenidos como aquellas que simplemente proporcionan enlaces a los mismos. Este organismo también considera que el legislador pone el foco en los prestadores de los servicios de intermediación, concepto para el cual debe atenderse a la conceptualización del mismo dado por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico²⁰¹.

Respecto al contenido de este tipo, vemos un ejemplo claro en los sistemas P2P (esto es, *Peer to peer*, por sus siglas en inglés). Tras la reforma del CP dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la doctrina mayoritaria entiende que el uso de una herramienta de compartición de archivos de tipo P2P, hecho de forma no neutral (activa) y reuniendo los demás elementos de estos tipos penales (en especial, al ánimo de lucro) sí sería constitutiva de un delito de los del art. 270.2 CP²⁰². Como matiz, en nuestra opinión, este ánimo de lucro no tendría por qué ser directo: bastaría con lucrarse, por ejemplo, de los ingresos que se pudieran obtener de la publicidad que contuviera la aplicación P2P que se tratase; recuérdese que, en la práctica, las “descargas” de contenido suelen ser gratuitas y quienes las facilitan obtienen sus ingresos de estas fuentes.

Svennson, destacando la doctrina del mencionado organismo en materia de interpretación de qué se entiende por “comunicación pública”: en el sentido de la Directiva 2001/29/CE, enlazar, en una página web, obras que puedan consultarse libremente en otra, no supone efectuar una comunicación al público sino una mera puesta a disposición, por lo que no se exige que los titulares de los derechos presten su consentimiento expreso. La única excepción viene dada cuando los destinatarios de la misma sean un público nuevo, lo que no puede darse si la obra se ha publicado en internet en una página de libre acceso.

²⁰⁰ Al respecto, MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 449, explica que se ha pasado a tipificar como delito la difusión exclusiva o preponderante de contenidos que constituyan objeto de propiedad intelectual a través de portales de internet. En estos casos, se interrumpirá la prestación de estos servicios y se podrán imponer las medidas cautelares que se estimen necesarias, siempre que la actividad no se reduzca a ser un motor de búsqueda de contenidos o que únicamente se contengan enlaces a los mismos.

²⁰¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015* (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 23 de diciembre de 2019), pp. 28 s.

²⁰² ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *PE*, cit., p. 448

El art. 270 CP recoge también, en su quinto apartado, otros comportamientos, que genéricamente podemos resumir en conductas referentes a la exportación de objetos protegibles mediante derechos de propiedad intelectual, su almacenamiento, su importación, el favorecimiento o facilitación de estas conductas, o la elusión o facilitación de la misma de las popularmente llamadas “medidas anticopia”. A los efectos que aquí interesan, MUÑOZ CONDE hace hincapié en una de las principales dificultades interpretativas que, en nuestra opinión, tiene este precepto: las importaciones de contenidos procedentes de otros ordenamientos jurídicos. En este ámbito, este autor señala que las importaciones de contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual son punibles tanto si su origen es lícito como si es ilícito, siempre que éstas no estén debidamente autorizadas, y no lo son si se han adquirido directamente de su titular o si media su consentimiento. Con ello, concluye, se zanja el debate respecto de las “importaciones paralelas” en el ámbito de la Unión Europea, primándose el derecho comunitario frente al nacional y convirtiéndolas en lícitas²⁰³.

Este artículo acaba con un sexto apartado que sanciona a quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio (programa, herramienta física, etc.) principalmente concebido para vulnerar o dejar sin funcionamiento uno de los dispositivos anticopia mencionados anteriormente. Un sector doctrinal ha considerado que esta tipificación sanciona de manera desproporcionada lo que pueden ser meras conductas preparatorias que no llegan a producir una lesión efectiva del bien jurídico protegido, si bien con ello se traspone al ordenamiento español la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador (que, por otro lado, no obliga a que sea una protección penal)²⁰⁴. No obstante, discrepamos de esta opinión, puesto que, a nuestro modo de ver, la puesta en circulación sí lesiona el bien jurídico protegido directamente, y las demás conductas suponen comportamientos encaminados directa y necesariamente a dicha lesión, lo que justifica su reproche penal.

La regulación de los tipos penales contra la propiedad intelectual finaliza con una cláusula de cierre contenida en el art. 271 CP, que describe determinadas situaciones en

²⁰³ *Ibidem*, pp. 431 s.

²⁰⁴ MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio...”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., p. 472.

las que, por razón de la trascendencia económica y del perjuicio causado, los tipos anteriores se sancionan con una pena mayor. Se trata, pues, de evitar lagunas de impunidad, por lo que se prevén concretamente estos supuestos: que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener tenga una especial trascendencia económica (aunque no se especifique qué umbral debe superarse para apreciar dicha trascendencia); que los hechos revistan de especial gravedad, teniendo en cuenta distintos medidores cuantitativos y cualitativos (como, por ejemplo, el valor de los objetos producidos, el número de obras ilícitamente reproducidas o la especial importancia, de nuevo sin más concreción, de los perjuicios ocasionados); que el sujeto activo perteneciese a una organización o asociación cuya finalidad fuese la comisión de estos delitos o que se utilizase a menores de 18 años en dicha comisión²⁰⁵.

Tratemos ahora los comportamientos de los delitos contra la propiedad industrial. Coincidimos con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ cuando indica que el listado de verbos que constituyen los posibles comportamientos del tipo básico del art. 273.1 CP, que es un tipo mixto alternativo, supone un trasvase de la normativa mercantil (en concreto, el art. 50 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, en adelante, LP), criticado por la doctrina por desdibujar la línea divisoria entre ilícito civil y penal (sobre todo en los casos en los que la norma mercantil parece más restrictiva que la penal)²⁰⁶. De hecho, algunas de las principales claves interpretativas de estos delitos las encontramos, precisamente, en la normativa mercantil, lo que implica que hay ciertos límites a la tipicidad de las conductas. Así, dentro de la “importación” no se entiende incluido el tránsito, dentro de la “introducción en el comercio” sí se incluye la exportación y la reexportación, y dentro de la “importación” se incluye también la reimportación²⁰⁷.

MUÑOZ CONDE, por su parte, trata conjuntamente las acciones de los dos primeros apartados del art. 273 CP, por lo que podemos añadir a lo que acabamos de exponer que con la tipificación en el segundo apartado de las conductas relacionadas con el uso de procedimientos patentados se cubre todo el ciclo de defraudación de la propiedad industrial en lo que afecta a patentes y/o modelos de utilidad (en los términos que se verá *infra*)²⁰⁸. Asimismo, a mayor abundamiento, QUERALT JIMÉNEZ destaca que la modalidad de traficar con productos patentados pudiera recordar al delito de

²⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 452.

²⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, *PE*, cit., pp. 229.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., pp. 453 ss.

receptación, si bien el principio de especialidad hace que más deba pensarse en un tipo de cooperación necesaria relacionado con la propiedad industrial, a pesar de los paralelismos; de hecho, como él mismo observa en referencia al tipo básico, se está explotando un objeto protegido por derechos de propiedad industrial sin la debida autorización ni compensación hacia su legítimo titular, por lo que estamos de acuerdo con esta reflexión²⁰⁹.

Por último, las acciones recogidas en el art. 273.3 CP son idénticas a las del primer apartado, si bien en este caso los objetos son distintos. Más adelante se hará referencia a ellos. De momento, baste indicar que el propio legislador se ha mostrado partidario de equiparar no sólo las conductas, sino también las demás condiciones en las que éstas deban darse²¹⁰. En nuestra opinión, esto genera una duda acerca de la técnica legislativa, puesto que, dado que la única diferencia entre el primer apartado del art. 273 CP y el tercero es el objeto (incluso las penas son las mismas), no entendemos por qué el legislador no se ha limitado a ampliar el listado de objetos posibles dentro del art. 273.1 CP. De hecho, se podría hacer una consideración similar acerca del segundo apartado, si bien aquí sí entendemos que haya una tipificación aparte, puesto que las acciones son diferentes. Sin embargo, opinamos que la redacción de este tipo podría estar claramente simplificada, lo que daría múltiples ventajas interpretativas que, desde el punto de vista de la gestión empresarial, contribuirían a una mayor clarificación de la eterna pregunta sobre hasta dónde llegan los límites de la legitimidad de actuación en cada caso concreto.

Repasemos ahora la conducta típica del art. 274 CP. Si bien la amplia multiplicidad de objetos protegidos se desarrollará en el epígrafe siguiente, aquí debe mencionarse que el apartado primero de este artículo castiga, por un lado, la fabricación, producción o importación de productos que incorporen algún signo distintivo idéntico o confundible con otro, perteneciente a un tercero y registrado debidamente conforme a la legislación sectorial, y, por otro lado, el ofrecimiento, distribución o comercialización al por mayor de los mismos²¹¹. La protección penal se centra en las conductas que generen “riesgo de

²⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., pp. 614 ss.

²¹⁰ MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio...”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., pp. 483 s.

²¹¹ Véase GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos contra la Propiedad industrial e intelectual”, en CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / DÍAZ MORGADO, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal, económico*, cit., pp. 397 s. Este autor señala que la L.O. 5/2010 destipificó las llamadas importaciones paralelas, por el principio de agotamiento comunitario del derecho, lo que deja a este fenómeno dentro del

confusión”, y no necesariamente una confusión efectiva, lo que excluye, a su vez, los casos de riesgo de asociación (en los que los signos distintivos, por muy similares que sean, se aplican a productos diferentes)²¹². Según MARTÍNEZ-BUJÁN, el inciso “al por mayor” es el eje diferenciador entre los supuestos del primer apartado de este artículo y los del segundo²¹³.

Siguiendo en esta línea, si bien es cierto que el art. 274.2 CP se refiere al comercio detallista, QUERALT JIMÉNEZ observa que, excepcionalmente, un pequeño distribuidor que sirviera a pequeños comerciantes pudiera tener también cabida en este tipo, dada la ausencia de fines industriales de su actividad²¹⁴. Eso sí, se excluirían en todo caso los vendedores ambulantes u ocasionales, quienes, a tenor de lo dispuesto en el apartado siguiente, tienen un tipo privilegiado introducido por la L.O. 1/2015. En estos casos, al igual que ocurría en los delitos contra la propiedad intelectual, se privilegian las conductas relacionadas con el “*top manta*”²¹⁵.

El último apartado del art. 274 CP tipifica el delito relativo a obtenciones vegetales. MARTÍNEZ-BUJÁN remarca que esta tipificación responde a la reclamación que la doctrina venía haciendo al respecto desde que entró en vigor el actual CP en 1995, basada en el hecho de que la legislación mercantil sectorial otorga al titular de los derechos de propiedad industrial referentes a obtenciones vegetales unos derechos y protecciones muy similares a las que recoge dicha normativa sectorial²¹⁶. Se tipifica, en este caso, el registro, la producción o la reproducción, el acondicionamiento con vistas a

ámbito del injusto civil, pero no penal. Este autor considera que la eliminación de la referencia a las importaciones intracomunitarias se debe a su carácter superfluo, ya que, siendo la UE un espacio económico único, el término “importación” debería reducirse a situaciones extracomunitarias.

²¹² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal. PE (Tomo II)*, 8ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2020, pp. 416 s. Este autor señala que, en la práctica, la valoración de confundibilidad se hará teniendo en cuenta otras circunstancias, como por ejemplo el lugar de venta, la calidad o la forma externa de presentación del mismo.

²¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., pp. 247 s. Este autor indica que, atendiendo a la normativa extrapenal, la distribución al por mayor es aquella que se hace con fines de revender la producción de que se trate, mientras que la distribución al por menor es la que se dirige al consumidor final, así como la referida a la prestación de ciertos servicios. No obstante, se plantea si las conductas de ofrecer, distribuir o comercializar al por mayor se sancionarán por la vía penal sólo si recaen sobre signos distintivos asociados a productos o si también serán perseguibles por esta vía cuando recaigan sobre servicios u otras actividades, concluyendo, en base a la legislación mercantil, que únicamente se debería mantener la interpretación de este artículo referida a productos.

²¹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., pp. 623 s.

²¹⁵ GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos contra la Propiedad industrial e intelectual”, en GÓMEZ MARTÍN, V. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / DÍAZ MORGADO, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal económico*, cit., p. 402, explica que, si bien ha desaparecido el lindar de los 400 euros, delimitador antiguamente entre el delito contra la propiedad industrial y su correspondiente falta, se pueden entender integradas las conductas del antiguo art. 623.5 CP en el tipo actual.

²¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., p. 253.

las mismas, el ofrecimiento en venta, la venta o la comercialización, exportación, importación o posesión con cualquiera de estas finalidades de material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales siempre con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro.

3.4.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

Habiendo repasado sucintamente los distintos comportamientos típicos, procedamos ahora a ver sus elementos. En cuanto a los delitos contra la propiedad intelectual, QUERALT JIMÉNEZ indica que, en términos globales, son delitos comunes en los que el sujeto pasivo es el titular de los correspondientes derechos económicos de propiedad intelectual: el autor o quien los ostente por algún título transmisivo o sucesorio. En consecuencia, debemos dirigirnos a la regulación sectorial para comprender el alcance global de quiénes son estos sujetos²¹⁷. Así, los arts. 5-9 del TRLPI indican que la consideración de “autor” la tiene cualquier persona física (o jurídica, en los casos legalmente previstos) que cree alguna obra literaria, artística o científica, si bien también se presumirá que es autor, salvo que se demuestre lo contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique. Existe la posibilidad de que una obra sea el resultado del trabajo conjunto de varios autores, en cuyo caso los derechos corresponden a todos ellos²¹⁸.

En lo que se refiere al objeto material de este grupo de delitos, GALÁN MUÑOZ observa que el carácter abierto de la regulación vigente, que protege las obras o prestaciones artísticas, literarias o científicas, así como sus transformaciones, interpretaciones o ejecuciones, ampara cualquier obra de esta naturaleza que pueda crearse en el futuro, lo que obliga a adoptar ciertas notas genéricas para delimitarlo, a saber: que las obras realmente tengan la consideración de “creaciones”, que las mismas sean “originales (esto es, que sean un producto diferenciado de otras fruto de la creatividad de su autor)

²¹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 594.

²¹⁸ Esta afirmación constituye una simplificación de la realidad jurídica sobre el tema, que actualmente es objeto de diversos debates doctrinales. Véase, ampliamente, BERDAGUER MOSCA, J., *Obra colectiva y derecho de autor*. Ed. La Ley. Madrid, 2010, en especial pp. 165 ss.

y que se puedan objetivar como artísticas, literarias o científicas²¹⁹. Este autor comenta que pueden existir ciertos objetos que, aun estando amparados por la regulación sectorial en materia de propiedad intelectual, no lleguen a revestir suficiente relevancia para protegerlos por la vía penal (como, por ejemplo, una fotografía sin pretensiones artísticas)²²⁰. No obstante, nos mostramos de acuerdo con él cuando afirma, a diferencia de otro sector doctrinal²²¹, que estos objetos no quedan amparados por el CP al no tener un carácter de los que recoge expresamente el tipo²²².

En cuanto al elemento subjetivo de estos delitos, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que se requiere, junto al dolo (que puede ser eventual, salvo en los tipos de los apartados 5 y 6 del art. 270 CP²²³), un especial “*ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto*”, tal como indica el art. 270.1 CP²²⁴. La Fiscalía General del Estado afirma, en su Circular 8/2015, de 21 de diciembre, que una de las principales dificultades que tradicionalmente se habían planteado en los juzgados a la hora de perseguir estos delitos era la prueba del ánimo de lucro del sujeto activo, en particular cuando se cometen los delitos contra la propiedad intelectual mediante sistemas relacionados con internet. Esta dificultad quedó superada con la actual redacción del tipo, que tanto permite observar la consecución de un lucro directo como de un beneficio indirecto. El Ministerio Fiscal considera que, con este nuevo elemento subjetivo, que procede de la legislación civil y administrativa, “*tendrán cabida algunas conductas que, hasta ahora, por algún sector, se consideraban excluidas, por no colmar las exigencias del ánimo de lucro, entre ellas, las formas indirectas de conseguir ingresos económicos*”. No obstante, mantiene su interpretación recogida en la Circular 1/2006, en relación con el ánimo de lucro: aun con la nueva redacción, el principio de última ratio del Derecho penal obliga a que sea

²¹⁹ GALÁN MUÑOZ, A., “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., pp. 769 ss.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., p. 202 s., quien considera que la identificación entre los objetos protegidos por el CP es coincide plenamente con los objetos protegidos por el TRLPI.

²²² GALÁN MUÑOZ, A., “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., pp.769 ss. En un sentido similar, STS 638/2015, 27 octubre, FJ 2.

²²³ MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., p. 474.

²²⁴ Véanse las variadas referencias doctrinales en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., p. 208.

un lucro comercial, dejando fuera de la regulación penal las infracciones con un elemento subjetivo distinto²²⁵.

Finalmente, debemos hacer referencia a la discusión doctrinal acerca de si el inciso “en perjuicio” supone o no otro elemento subjetivo del tipo. La doctrina ha destacado cuatro posibles interpretaciones: que se refiera al resultado del delito; que se trate de un requisito para la imputación objetiva de la conducta, con independencia de que llegue o no a producirse; que constituya un elemento subjetivo más del tipo; o que sea, a la vez, un elemento subjetivo y el resultado del delito²²⁶. En opinión propia, la literalidad del precepto más nos hace pensar en la segunda posibilidad que en las demás, puesto que causar un perjuicio no siempre es lo mismo que “quererlo causar”: en ocasiones, en la práctica empresarial sí se pretende perjudicar a otro, pero en otras, las consecuencias para terceros (en general) son algo simplemente indiferente. Consideramos que esta referencia al “perjuicio” debe entenderse igual que en el delito de estafa, como una cuestión objetiva que determine si estamos o no ante el ámbito penal o, en este caso, el mercantil/administrativo.

Tratemos ahora los elementos de los delitos contra la propiedad industrial. Si bien estamos ante un conjunto ciertamente heterogéneo de conductas, se expondrán los principales elementos objetivos y subjetivos de cada una en global, centrando la exposición en lo que importa a efectos de la presente investigación²²⁷. Empecemos por los tipos referidos a las invenciones o creaciones industriales. El primer apartado del art. 273 CP se refiere, en concreto, a las patentes y modelos de utilidad, por lo que para su interpretación deberemos atender a lo dispuesto en la LP, que se refiere a estos dos

²²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2015*, cit., pp. 17 ss. Cabe decir que no siempre ha habido exigencia de ánimo de lucro: no se exigía en la conducta recogida en el antiguo art. 270.3 CP (que tampoco requería que hubiera perjuicio, en los términos que se expondrán a continuación). Respecto a dicha ausencia, GÓMEZ MARTÍN, V., “El art. 270.3 CP: breve historia de un despropósito”, *Eguzkilore*, nº 21 (2007) (en línea, <https://addi.ehu.es/>, consultada el 8 de enero de 2019), p. 87, observa que este tipo penal se convertía en un delito de conducta que no resultaba ni tan siquiera un ilícito civil, dado que estos exigen, para su comisión, que se actúe con finalidades comerciales. Estamos, pues, de acuerdo con este autor cuando indica que, con esta previsión, se infringía el principio de intervención mínima del Derecho penal.

²²⁶ Por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos contra la propiedad industrial e intelectual”, en GÓMEZ MARTÍN, V. / CORCOY BIDASOLO, M.L. (Dir.) / DÍAZ MORGADO, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal económico*, cit., p. 379.

²²⁷ En adelante, y salvo que se indique lo contrario, TIRADO ESTRADA, J.J., *Los delitos contra la propiedad industrial. Dimensión Socioeconómica, títulos tutelados, exigencias típicas y problemática aplicativa*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2017.

posibles objetos de propiedad industrial²²⁸. Si bien esta regulación, al igual que la anterior (dada por la Ley 11/1986, de 20 de marzo), no acaba de definir qué es una patente como tal, en base a esta conceptualización y a la de la antigua Ley la jurisprudencia civil ha distinguido tres cualidades que debe tener una patente para que tenga tal consideración: que sea verdaderamente novedosa, que proceda de una actividad inventiva y que pueda usarse o fabricarse en cualquier tipo de industria²²⁹.

En cuanto a los modelos de utilidad, el otro objeto del tipo del art. 273.1 CP, son definidos por la jurisprudencia como “*creaciones de menor intensidad inventiva*” que incorporan en determinados objetos mejoras o ventajas apreciables para su uso o fabricación mediante cambios en su forma o estructura²³⁰. Si bien la literatura penal sobre los modelos de utilidad es escasa, MORÓN LERMA, repasando la doctrina y jurisprudencia mercantil, señala tres diferencias fundamentales con las patentes. Así, según esta autora, un modelo de utilidad, al contrario de lo que pasa con una patente, no debe tener, obligatoriamente, aplicación industrial, puesto que se presupone que ésta ya forma parte de la invención. Además, un modelo de utilidad debe caracterizarse por ser una novedad relativa (o nacional), si bien basta que la actividad inventiva no resulte del estado de la técnica de una manera muy evidente para un experto en la materia, lo que supone una frontera difusa entre cuándo estamos ante este supuesto y cuando no. Por último, la duración de la protección de los modelos de utilidad es menor a la de las patentes: únicamente dura diez años, improrrogables²³¹.

Se discute, no obstante, si el perjuicio al titular de estos derechos de propiedad intelectual es o no un elemento de este tipo. Por un lado, el art. 273.1 CP no lo especifica, lo que sirve de argumento a un sector doctrinal para negar su necesidad²³², pero, por otro, una corriente doctrinal distinta considera que “*la mengua de los*

²²⁸ Según establecen los arts. 4.1, 4.2 y 137 LP. TIRADO ESTRADA, J.J., *Los delitos contra la propiedad industrial*, cit., p. 24, destaca que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito mercantil, la protección penal únicamente alcanza, en este tipo en concreto, a los productos que quedan amparados por los derechos de estas dos figuras, así como los procedimientos objeto de una patente y los productos que se obtengan directamente de un procedimiento patentado. MORÓN LERMA, E., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., pp. 809 s., considera, en este contexto, que la tutela penal debe restringirse únicamente a las patentes que ya hayan sido otorgadas, no a las meramente solicitadas, lo que requiere una resolución administrativa de concesión firme. En consecuencia, si la inscripción de la patente fuese declarada nula, se considerará que ésta nunca existió, por lo que dejará de surtir efectos, incluso con carácter retroactivo.

²²⁹ Véase, por todas, la SAP Valencia 381/2010, 20 diciembre, FJ 2.

²³⁰ TIRADO ESTRADA, J.J., *Los delitos contra la propiedad industrial*, cit., p. 27.

²³¹ MORÓN LERMA, E., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., pp. 807 s.

²³² Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., p. 233.

devengos por la explotación de los derechos de propiedad industrial, o sea, el lucro cesante”, constituye un perjuicio que es necesario para entender cometido este delito²³³. En nuestra opinión, si bien la tipicidad es el primero de los elementos esenciales de un delito y, en consecuencia, no puede obviarse el hecho de que el perjuicio no esté tipificado, ese lucro cesante mencionado no deja de ser una consecuencia necesaria de la comisión de este tipo, aunque en ocasiones pueda ser muy escaso. Por tanto, al ser un aspecto inherente al delito, su tipificación no es imprescindible, pero eso tampoco lo convierte en un elemento objetivo del tipo, sino en una mera consecuencia.

Dentro de las patentes, TIRADO ESTRADA da un salto al art. 277 CP y se refiere a las secretas, tipo penal que, a diferencia de los demás de esta misma Sección, tutela intereses vinculados con la seguridad nacional. TIRADO remarca, no obstante, que el régimen legal extrapenal aplicable es el mismo que para las demás patentes, y está recogido en los arts. 111-115 LP²³⁴. Como anotación, MUÑOZ CONDE expone que basta con la solicitud de patente secreta, y que existe una muy estrecha relación entre este delito y los relativos a la defensa nacional (arts. 598 y ss. CP), con lo que estaría ante una relación de consunción²³⁵.

Volviendo al art. 273 CP, el siguiente elemento objetivo de los que recoge son los modelos o dibujos industriales o artísticos y topografías de productos semiconductores, terminología derivada de distintas normas sectoriales que regulan estas figuras, generalmente de ámbito comunitario. En cuanto al primero de estos elementos, los modelos o dibujos (ya sean industriales o artísticos), MUÑOZ CONDE observa que el CP usa una terminología distinta de la que actualmente se recoge en la legislación sectorial de aplicación²³⁶, que engloba estas categorías dentro del concepto de “diseño industrial”, referido a un tipo de innovación formal que trate sobre características físicas u ornamentales del producto en sí. Sin embargo, la legislación actual no recoge, explícitamente, los modelos o dibujos artísticos de aplicación industrial, adaptándose a

²³³ La cita, a modo de ejemplo representativo de esta corriente, es de QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 614.

²³⁴ TIRADO ESTRADA, J.J., *Los delitos contra la propiedad industrial*, cit., p. 31. Al ser las patentes secretas el objeto material de este tipo, el art. 113 LP indica que mantendrá esta consideración durante un año, prorrogable por períodos idénticos sin límite de prórrogas, hasta que se pierda el secreto o se deje de considerar necesario para salvaguardar los intereses estatales.

²³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 458.

²³⁶ En este caso, la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

la actual regulación comunitaria en esta materia, y a pesar de que sigan siendo registrables como diseño industrial²³⁷.

Las topografías de productos semiconductores, por su parte, se basan en “*el diseño de la estructura y disposición de los diversos elementos y capas que componen un circuito electrónico integrado ya que de dicha estructura y de la disposición de los denominados chips depende la funcionalidad del circuito*”. El motivo por el que estos elementos son dignos de protección jurídico-penal, según la Fiscalía General del Estado, es que, si bien su diseño resulta complicado y tiene asociados unos costes que pueden llegar a ser sustanciosos, la reproducción es mucho más sencilla y barata²³⁸. Una vez más, pues, debemos acudir a la normativa sectorial para comprender la conceptualización de estos elementos objetivos²³⁹.

Tanto en los casos de los arts. 273 CP y 277 CP, estamos ante delitos comunes, con la característica de que, en el caso de las patentes secretas, el propio titular de la patente puede ser sujeto activo en caso de que llegase a descubrir su propia patente²⁴⁰. En cualquier caso, no obstante, estamos ante tipos esencialmente dolosos. Para el caso concreto de las patentes y los modelos de utilidad, se requiere, además, del conocimiento de que las unas o los otros estaban registrados (salvo en el caso del art. 277 CP) y de la ausencia del consentimiento por parte de su titular. MARTÍNEZ-BUJÁN critica la técnica legislativa, puesto que el CP plasma este requisito “*en clave subjetiva*” al exigir “*conocimiento de su registro*”, si bien también observa que en nuestro ordenamiento no puede nacer un derecho de exclusividad sobre una patente o modelo de utilidad si no hay registro previo²⁴¹. Sin embargo, MORÓN LERMA tiene razón cuando señala que la inscripción registral no siempre es suficiente para que se merezca la protección penal: en ocasiones, los propios Tribunales analizan los requisitos necesarios para otorgarla, sobre todo en el caso de los modelos de utilidad, puesto que, en éstos, la Oficina Española de Patentes y Marcas únicamente analiza la concurrencia de requisitos

²³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 454.

²³⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2006*, cit, p. 64. Doctrinalmente, véase GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos contra la Propiedad industrial e intelectual”, en GÓMEZ MARTÍN, V., / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / DÍAZ MORGADO, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal económico*, cit., p. 397. Este autor indica que este tipo versa sobre “*patentes referidas a la disposición y el diseño de los elementos y capas del circuito cerrado de “chips” empleados en el sector de la electrónica, el automóvil o la telefonía*”.

²³⁹ TIRADO ESTRADA, J.J., *Los delitos contra la propiedad industrial*, cit., p. 37.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 32.

²⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, *PE*, cit., p. 231.

formales para su inscripción, pero no si se trata de una verdadera novedad, actividad inventiva o el estado de la técnica²⁴².

A continuación, el art. 274 CP regula los ataques contra las marcas y otros signos distintivos, fundamentalmente, los nombres comerciales, entendidos como “*todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares*”²⁴³. A diferencia de lo que sucede con las marcas, un nombre comercial no pretende distinguir un producto concreto de otro, sino a una persona, física o jurídica, que actúa en el mercado, a pesar de que, en ocasiones, sean idénticos²⁴⁴. Este mismo artículo recoge, en su apartado cuarto, un último supuesto, relacionado con las obtenciones vegetales²⁴⁵. Sus elementos son los mismos que los que se requieren para apreciar cometido el tipo del art. 273.1 CP, que ya se han visto, siendo el objeto material las variedades vegetales que estén protegidas, esto es, aquellas que a las que se les haya concedido un título de obtención vegetal²⁴⁶.

En cuanto al tipo subjetivo, todas las conductas del art. 274 CP son esencialmente dolosas. El subtipo relacionado con las marcas y modelos de utilidad requiere de un elemento subjetivo específico, consistente en cometer los hechos con finalidades comerciales o industriales²⁴⁷. Según QUERALT, esto es una modalidad específica del genérico “ánimo de lucro”, y es decisivo para este tipo concreto que se tenga esa finalidad (ya se consiga o no un verdadero beneficio económico) y que se irrogue al titular del derecho un perjuicio²⁴⁸. Por su parte, el subtipo del art. 274.4 CP requiere,

²⁴² MORÓN LERMA, E., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., p. 810.

²⁴³ MORILLAS CUEVA, L., “Los intereses de los consumidores como bien jurídico en los delitos relativos a la propiedad industrial. Especial consideración a los signos distintivos”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Derecho y consumo*, cit., p. 124.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 125.

²⁴⁵ En este caso, como en los demás, deberemos atender a la legislación sectorial, que corresponde a la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, que define el objeto material de este delito en su art. 2.

²⁴⁶ MORILLAS CUEVA, L., “Los intereses de los consumidores como bien jurídico en los delitos relativos a la propiedad industrial. Especial consideración a los signos distintivos”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Derecho y consumo*, cit., pp. 240 ss.

²⁴⁷ MORÓN LERMA, E., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., p. 831 sugiere que la tipificación de los fines comerciales es una redundancia, puesto que la legislación sectorial únicamente protege aquellas obtenciones que se hayan concedido con dichas finalidades, por lo que, en caso de no haberlas, el supuesto quedaría fuera del ámbito mercantil y, en consecuencia, también del penal.

²⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 616.

como elementos subjetivos específicos, que el sujeto activo obre con fines agrarios o comerciales y que, además, conozca del registro.

Para acabar, el último subtipo penal de los delitos contra la propiedad industrial, como se ha visto en el epígrafe precedente, se refiere al tráfico de productos con falsedad en sus denominaciones de origen. MORÓN LERMA opina que, si bien el objeto material es semejante al de los demás delitos contra la propiedad industrial, su estructura recuerda a los delitos contra el mercado y los consumidores. Esta autora señala, respecto del requisito objetivo de que se trate de denominaciones de origen “legalmente protegidas”, que doctrinalmente se equipara a la exigencia de inscripción registral de los subtipos anteriores, si bien en este caso los requisitos son que esta denominación de origen haya sido aprobada por los organismos competentes y su constitución se haya publicado en el BOE²⁴⁹. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN señala que el art. 275 CP no señala expresamente la relación entre una denominación de origen protegida y una determinada calidad género a especie, sino como categorías independientes. En consecuencia, este precepto únicamente protege las “denominaciones de origen” y las denominaciones específicas con referencia a un nombre geográfico, excluyéndose las denominaciones genéricas de calidad²⁵⁰.

Finalmente, como único elemento subjetivo encontramos el dolo, sin que exista ningún otro específico²⁵¹.

3.4.4. Ejemplo práctico

Veamos ahora, a modo de ejemplo de lo expuesto, el caso que dio lugar a la STS 920/2016, 12 diciembre, que confirma la anterior SAN 6/2015, 5 marzo²⁵². En este caso, amén de otras cuestiones que no afectan a la presente investigación²⁵³, se condenó a los

²⁴⁹ MORÓN LERMA, E., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., pp. 833 ss.

²⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., pp. 258 ss. Este autor también incide (p. 251) en la cláusula con la que finaliza este artículo, que consiste en la ausencia de autorización para su uso. Señala que es necesaria esta indicación, puesto que el derecho de uso de la denominación de origen deriva de “un acto público de creación de una denominación de origen o una indicación geográfica”, por lo que el cotitular del derecho de uso de la misma no puede autorizar a otros a utilizarla.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 252.

²⁵² Si bien la redacción actual de este tipo penal difiere de que la que se aplicó en ese momento, a los efectos de esta explicación se puede considerar semejante.

²⁵³ De entre ellos, desde el punto de vista práctico cabe destacar el conflicto competencial que surgió y que se resolvió a favor de la AN. Véase un comentario al respecto en GÓNZÁLEZ GARCÍA, J.M., “La competencia internacional de los tribunales penales españoles”, en CHOZAS ALONSO, J.M. (Coord.), *Los sujetos protagonistas en el proceso penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015, p. 80.

dos administradores de una determinada página web dedicada a poner a disposición del público el contenido de periódicos y libros sin contar con la autorización de los titulares de sus derechos. Se consideró que publicar “enlaces” a dichas obras constituía un acto de comunicación. Esta sentencia, siguiendo la línea de la STJUE 13 febrero 2014 (caso Svensson, que ya se ha mencionado *supra*)²⁵⁴, da mucha importancia al aspecto del “público nuevo” que pueda acceder al contenido publicado fraudulentamente. Así, en su FJ 7 explica que el elemento fundamental es conocer si la obra que se ha puesto a disposición de un público ya se había puesto con anterioridad a disposición de ese mismo público, o si, por el contrario, se trata de público nuevo²⁵⁵.

Mayor detalle ofrece la Sentencia primigenia, en la que la AN desmenuza los distintos elementos de este delito en su FJ 3. Al igual que la doctrina citada en la exposición precedente²⁵⁶, la AN se remite, a efectos interpretativos, a la legislación mercantil de aplicación (en concreto, el art. 20 TRLPI, que, si bien ha sido modificado desde la fecha de la resolución, mantiene intacto el primer apartado, que es el que ahora más interesa), puesto que la conducta concreta tratada, la puesta a disposición pública de una obra por medios telemáticos (o inalámbricos, en la terminología de esta ley), es una de las que tienen tanto una vertiente penal como una mercantil, en función del contexto y de los demás elementos con los que se desarrolle la acción. La propia AN indica que, en la sociedad actual, esta comunicación constituye uno de los tipos de mayor relevancia dentro de la protección jurídico-penal de la propiedad intelectual, teniendo en cuenta los comportamientos constitutivos de delito que se producen en la red.²⁵⁷

Así, centrando esta explicación en el caso concreto, la AN indica que se trataba de publicaciones al uso que no sólo quedaban protegidas por la legislación, sino que buena parte de ellas estaban incluidas en kioscos virtuales legales; sin embargo, el tribunal equiparó el hecho de poner los contenidos a disposición del público con “*entrar en un*

²⁵⁴ Véase un comentario de esta Sentencia en BARRIO ANDRÉS, M., *Derecho público y propiedad intelectual: su protección en Internet*. Ed. Reus. Zaragoza, 2017, pp. 33 s.

²⁵⁵ En concreto, en este caso, se consideró que “[l]a conducta de los acusados incorporando a su página los contenidos íntegros de titularidad aunque sin autorización de sus propietarios hace procedente la subsunción en el delito contra la propiedad intelectual”.

²⁵⁶ Principalmente, MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio...”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *PE*, cit., p. 470; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., en MARTÍN LÓPEZ, J.J. / CASAS VALLÈS, R. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., p. 841.

²⁵⁷ Nótese el componente de la intangibilidad de esta comunicación que, según ARNAU MOYA, F., “Los derechos patrimoniales de autor y sus límites”, en FAYÓS GARDÓ, A. (Ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 58, es una característica de la comunicación pública.

kiosco físico y apropiarse de los periódicos suficientes como para ser entregados después a cualquiera que los quiera, eso sí, siempre que lean un folleto publicitario”.

En consecuencia, estamos ante una cuestión que nos cuesta tildar de novedosa, puesto que hace décadas que el uso de Internet en los hogares particulares está implantado, pero a la que el Derecho, particularmente el Derecho penal, no se ha sabido adaptar hasta ahora²⁵⁸. No obstante, destacamos positivamente que la argumentación que ofrece la AN en esta Sentencia, así como la que presenta el TS, sí encuentra plena cabida en la realidad, tanto social como económica, de hoy en día, tal como ya ha hecho el mismo CP y la normativa comunitaria (como por ejemplo, la Directiva 2001/29/CE sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información ha regulado el derecho a la explotación de la comunicación pública, a la que se hace referencia en la resolución comentada).

En el supuesto que estamos analizando, la AN llega a la conclusión de que el tipo de página que generó el procedimiento utilizaba un sistema de los llamados P2P. Este organismo indica que no se trata de una herramienta ilegal como tal, si bien sí puede llegar a serlo dependiendo de los contenidos y de cómo se utilicen: será delictiva la facilitación del acceso no restringido de una obra protegida, siempre que se den los demás requisitos del art. 270 CP. En consecuencia, compartir un fichero supone una comunicación pública típica, y también lo supone la publicación de obras en la red, destinadas a su descarga directa por parte de terceros, sin autorización del titular de las mismas PALMA HERRERA muestra una visión discrepante: este autor afirma que comunicar públicamente no resulta compatible con la idiosincrasia de una red P2P. Según este autor, el art. 20 TRLPI sitúa la acción de comunicación pública como subsidiaria a la de distribución, *“de manera que sólo puede haber comunicación pública cuando no hay distribución previa, que es, precisamente, el comportamiento que lleva a cabo quien ofrece el material protegido por los derechos de propiedad intelectual al que hacemos referencia”*²⁵⁹. No obstante, como hemos indicado *supra*, la doctrina mayoritaria ha puesto de manifiesto que, tras la reforma del CP operada por la L.O.

²⁵⁸ En este sentido, LAMAS PUCCIO, L., “Introducción al Derecho penal Económico”, RDPUCP, nº 41 (1987) (en línea, <http://revistas.pucp.edu.pe/>, consultada el 10 de enero de 2019), p. 297. Si bien este texto es relativamente antiguo, resulta de plena actualidad cuando afirma que “[l]as dificultades técnicas radican en gran medida. en que para poderlas detectar se requiere de una disciplina muy analítica que se adapte a la continuada evolución tecnológica, y como es sabido, las leyes requieren un largo proceso evolutivo y formativo, que se contradice con el rápido desarrollo tecnológico de la sociedad moderna”.

²⁵⁹ PALMA HERRERA, J.M., “Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho penal”, en *LH-Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2006, p. 673.

1/2015, de 30 de marzo, un mal uso de estos sistemas puede ser constitutivo de un delito de los arts. 270.2 CP o 270.3 CP, siempre que la acción se lleve a cabo de manera activa y dolosa²⁶⁰.

Centrémonos, a raíz de esto, en este elemento subjetivo. La AN, continuando con el mismo FJ 3 de la resolución comentada, señala que este delito es esencialmente doloso, lo que supone conocimiento de la ajenidad de los derechos. Además, este organismo se inclina a favor de la postura de considerar el perjuicio como una parte del elemento subjetivo. Nótese, también, que esta resolución, dada su fecha, habla del ánimo de lucro como elemento subjetivo específico, si bien la redacción actual del CP, como se ha visto, ha cambiado esta expresión por la de “*ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*”²⁶¹.

En cuanto a la ajenidad, la AN dice que el servicio P2P ofrecido en la página web contiene distintos elementos que, valorados conjuntamente, constituyen una facilitación del acceso por parte de los usuarios a una obra. La actividad de estas páginas, a juicio de este organismo, ultrapasa la mera intermediación y las convierte en páginas de descarga directa de archivos. Consideramos que la AN tiene razón en este argumento y, en consecuencia, nos alineamos con el sector doctrinal que estima que decaen, por este motivo, los argumentos a favor de la atipicidad de la conducta que se habían utilizado tradicionalmente, puesto que la actividad de la página es directamente delictiva²⁶².

En lo referente al perjuicio de tercero, la AN entiende que éste recae sobre “*las expectativas del legítimo titular de explotar su derecho y obtener legítima ganancia con la misma*”. Ello coincide plenamente sobre la consideración que este organismo da del bien jurídico protegido, esto es, la dimensión patrimonial de la propiedad intelectual. Ya hemos hecho referencia *supra* al debate doctrinal abierto acerca del papel que juega este perjuicio. Únicamente, podemos añadir que nos mostramos de acuerdo con DÍAZ Y

²⁶⁰ Por todos, ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *PE*, cit., p. 448.

²⁶¹ Al respecto, DE LA MATA BARRANCO expone, aludiendo precisamente a esta misma SAN, que esta exigencia pretende que la conducta no se sancione si el único ahorro ha venido dado por el impago del servicio consistente en reproducir la obra sin autorización. Véase DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 332.

²⁶² Por ejemplo, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., en MARTÍN LÓPEZ, J.J. / CASAS VALLÈS, R. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual*, cit., p. 852. Esta autoría opina que “*el propio sitio web constituye el instrumento del que su titular se sirve para explotar las obras ajenas, acercándose mucho más al papel de directo proveedor de contenidos (...) que al del mero enlazador intermediario o motor neutro de búsqueda*”.

GARCÍA CONLLEDO cuando opina que este elemento no se debería interpretar como si se tratase de una mera intención, puesto que ampliaría el tipo, por lo que se decanta por exigir que la conducta sea objetivamente idónea para producirlo; en su opinión, este elemento debería ser abarcado por el dolo²⁶³.

3.4.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

En general, al estar ante normas penales en blanco se hace difícil valorar el encaje o no de estos tipos penales a la realidad empresarial, puesto que, en el fondo, no dejan de ser una extensión de la regulación mercantil²⁶⁴. Nos explicamos: se ha hecho referencia a la abundante legislación extrapenal que debe consultarse para poder interpretar correctamente estos delitos. Es esa normativa la que describe y detalla las conductas típicas, así como la práctica totalidad de elementos (si más no, objetivos) que conforman estos delitos. El CP muestra una evidente (a la par que necesaria) falta de originalidad cuando regula estos temas, dando como resultado el hecho de que únicamente se sancionen por la vía penal aquellas acciones que, a pesar de estar ya recogidas en la legislación sectorial, constituyan una infracción más grave de las obligaciones establecidas o bien generen un mayor perjuicio al bien jurídico protegido. Sin embargo, en rasgos generales, no se trata de conductas que únicamente tengan cabida en el ámbito penal, sino que derivan directamente del mercantil.

Aun así, podemos destacar algunos puntos en los que esta regulación contrasta con la realidad económico-empresarial. En este sentido, nos alineamos con MORÓN LERMA cuando pone de manifiesto la problemática específica del sector farmacéutico; en concreto, la que se da con los certificados complementarios de protección de medicamentos. Esta autora comenta que, si bien las investigaciones farmacéuticas pueden ser objeto de patente, en la práctica, el tiempo transcurrido desde que se solicita hasta que realmente se concede la autorización para comercializar el medicamento que derive de la misma es muy largo. En consecuencia, la protección que da una patente no resulta suficiente para amortizar todos los costes que han supuesto las investigaciones. En este contexto, y consciente de esta realidad, el legislador europeo ha creado los antedichos certificados complementarios, con el objetivo de paliar esta desprotección y

²⁶³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DPC (vol. XXX), nº 88 (2009) p. 115.

²⁶⁴ En contra, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DPC (vol. XXX), nº 88 (2009), p. 98. Este autor considera que no estamos, propiamente, ante tipos penales en blanco, sino que la redacción está plagada de elementos con carga normativa y que coinciden con los que recoge la normativa sectorial.

evitar que las empresas investigadoras emigrasen a otros países. Este certificado empieza a surtir efectos a partir de que deje de hacerlo la patente de base, si bien su duración no podrá ser superior a cinco años a partir de la fecha de inicio de los efectos²⁶⁵.

Asimismo, MORÓN destaca la falta de amparo penal de estos certificados, que no se mencionan en el art. 273 CP ni ningún otro relacionado con la protección de la propiedad industrial. En consecuencia, si bien hay un debate doctrinal al respecto, de *lege lata* es muy dudoso su encaje en este tipo de delitos. Nos mostramos plenamente de acuerdo con esta autora en negar, en consecuencia, dicha tutela²⁶⁶. No obstante, también vemos los problemas que una interpretación literal implica: una protección meramente civil, pero no penal, supone desamparar por esta vía las ofensas a estos certificados que, por su gravedad, sí hubieran sido tenidas en cuenta para las patentes, marcas y demás objetos protegidos. Consideramos que así se desvirtúa la protección que el legislador da a los mismos, a pesar de que la intención del legislador comunitario fuera utilizarlos para suplir un lapso temporal que contribuyera a fomentar la investigación farmacológica en los Estados miembros. Pudiera darse el caso de que a una empresa, o un conjunto de ellas, le saliese más a cuenta infringir el derecho a la propiedad industrial de la titular del certificado que esperarse a poder entrar en el mercado con una investigación propia. Esta falta de previsión, que por el propio principio de tipicidad (así como el de legalidad) hemos de aceptar, supone una laguna de punibilidad en un ámbito que una persona jurídica (en particular, una empresa) puede estar interesada en explotar, lo que implica una discordancia importante con la realidad económico-empresarial.

Sin embargo, hay otro problema que afecta en particular a las empresas del sector tecnológico y que consideramos más extenso que el anterior: el registro de un nombre comercial o una marca. En la práctica, como se ha visto en la exposición precedente, se suelen mirar únicamente los requisitos formales principales para inscribir una marca o un modelo de utilidad, habiendo además un único registro para toda España. No obstante, el registro tiene un coste, tanto económico como de tiempo, y no todas las empresas pueden afrontarlo (en especial, aquellas PYMEs que tratan con un volumen particularmente grande de marcas o nombres comerciales propios). En consecuencia, en

²⁶⁵ MORÓN LERMA, E., “De los delitos relativos a la propiedad industrial “, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., p. 808.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 809.

la práctica es habitual que se utilicen marcas no registradas. La dificultad estriba en que tampoco suele salir rentable, en términos monetarios y de tiempo, hacer un estudio que revele si la marca que se pretende utilizar, se registre o no, está ya registrada y se dan las condiciones para que el nuevo actor no la pueda usar. En la práctica, la disfuncionalidad del Registro genera diversas contiendas, que muchas veces se saldan fuera de los cauces penales, pero que fácilmente pudieran dar pie a un hipotético proceso por esta vía²⁶⁷.

No obstante, nos remitimos a la reflexión que hacíamos al iniciar este epígrafe: en nuestra opinión, el Derecho penal relativo a la propiedad industrial y a la propiedad intelectual es una extensión del Derecho mercantil y Administrativo especializado en estos temas. Por tanto, para valorar la adaptación de la legislación penal a la realidad empresarial española deberíamos hacer un análisis más profundo que abarcase la totalidad de la normativa. Si nos centramos en los arts. 270-277 CP, podemos llegar a la conclusión de que, como tales, se adaptan relativamente bien a la realidad, con la excepción de los certificados de protección mencionados y otras cuestiones similares de carácter puntual que, en su caso, pudiesen surgir. El problema estriba, ya no en la normativa sectorial, sino en el funcionamiento práctico de las instituciones administrativas que están en el fondo de este sistema. El hecho de que los tipos sean esencialmente dolosos pero admitan, según doctrina mayoritaria, el dolo eventual (si más no, en algunos casos), hace que la importancia de un buen funcionamiento del Registro sea esencial, puesto que de lo contrario la mera desidia, o el simple hecho de no contar con recursos suficientes, puede implicar la comisión de un hecho ilícito, tal vez incluso penal, a una empresa que únicamente pretenda cumplir con su objeto social y sacar al mercado un nuevo producto. Esta situación se ve perjudicada por el hecho, como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, de que la mera fotocopia simple no sea prueba

²⁶⁷ En un sentido similar, JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S., “La nueva Ley de Patentes y sus implicaciones en materia de garantías internacionales”, AEDIPr 2016 (en línea, <https://eprints.ucm.es/>, consultada el 12 de agosto de 2020).

No obstante, este párrafo está extraído directamente de la práctica profesional de quien escribe. Por motivos de secreto profesional, no puedo revelar el nombre de las empresas que me han facilitado esta información, pero sí decir que se dedican a la distribución al por mayor de instrumentos electrónicos diversos, habitualmente bajo alguna marca propia, y que frecuentemente se encuentran con la problemática de recibir una notificación de algún juzgado conforme se les había denunciado por un delito contra la propiedad industrial. Si bien es cierto que todos los casos fueron archivados, o bien se llegó a un acuerdo previo que en alguna ocasión hizo pensar en la interposición de una “querrela catalana”, este fenómeno evidencia que una disfuncionalidad del Registro genera problemas penales en las empresas.

suficiente de registro y que, además, el dolo resulte particularmente complicado de demostrar y en ocasiones se deba basar en meras cuestiones indiciarias²⁶⁸.

Opinamos, en fin, que, una vez más, el dolo eventual supone una discrepancia importante del redactado de estos artículos con la realidad empresarial española, puesto que abre un campo de inseguridad jurídica que, en la práctica, resulta demasiado amplio. Un funcionamiento óptimo de los mecanismos administrativos sí justificaría la observancia de este elemento subjetivo, e incluso encontraríamos razonable una nueva tipificación que amparase la imprudencia, pero con las deficiencias del sistema actual, consideramos que el dolo directo debería ser el único tipo válido que se pudiera observar para determinar la condena de una persona jurídica.

Por tanto, concluimos que sí resulta adecuado establecer la posibilidad de que una persona jurídica pueda responder penalmente por estos delitos. Como principales medidas de prevención, resulta obvio pensar en un protocolo o en una política más o menos general que obligase a registrar las marcas, símbolos, logotipos y demás elementos protegidos por la legislación sobre propiedad industrial y sobre propiedad intelectual que se generasen. Dicho protocolo o política debería ir acompañado de un listado cerrado al que tuviera acceso el personal interno de la organización que tuviera interés en él en el que se recogieran cuáles son dichos elementos, de tal modo que únicamente pudieran utilizarse esos y no quedase duda acerca de ningún otro.

Sin embargo, esta medida es muy poco operativa por resultar antieconómica: por un lado, supone un importante aumento en los costes y, por otro, implica ralentizar los procesos productivos. Además, determinados modelos de negocio son tan intensivos en el uso de marcas, diseños, modelos de utilidad, etc., que no podrían cubrir los costes asociados a este nuevo proceso, por lo que se trataría de una medida únicamente exigible a aquellas entidades a las que, por su margen de beneficios y su actividad, verdaderamente resultase factible llevarla a cabo.

²⁶⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DPC (vol. XXX), nº 88 (2009), p. 129.

3.5.DELITOS CONTRA EL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES: DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS EMPRESARIALES Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA

3.5.1. Bienes jurídicos protegidos

Previamente, pártase de la base de que en este epígrafe se tratarán conjuntamente los artículos que sancionan penalmente el descubrimiento y la revelación de los datos de una organización (que suponemos empresarial, teniendo en cuenta el redactado de los mismos) y el que tipifica el delito de publicidad falsa²⁶⁹. Es decir, que nos movemos en el ámbito de los arts. 278-280 y 282 CP. El bien jurídico protegido en ambos casos es la libre competencia²⁷⁰ en sentido amplio, si bien desde dos puntos de vista distintos; de hecho, un sector de la doctrina considera que las diversas tipologías delictivas que se aglutinan bajo la rúbrica de “Delitos contra el mercado y los consumidores” son difícilmente homogeneizables bajo el punto de vista de un mismo objeto tutelado “*más allá de un difuso orden socioeconómico*”²⁷¹.

En opinión propia, por medio de los delitos del Capítulo XI del Título XII CP se protege el mercado en sí mismo desde tres puntos de vista: el del productor (delitos contra la propiedad intelectual, contra la propiedad industrial y descubrimiento y revelación de secretos empresariales), el del consumidor (delitos contra los consumidores) y el de la transacción (delitos contra el mercado y delitos de corrupción entre particulares). En el contexto de los delitos aquí comentados, consideramos que los de “descubrimiento y revelación de secretos empresariales” protegen a los productores, puesto que se sanciona un tráfico de información que pertenece a una empresa que legítimamente la gestiona pero que no desea que sea conocida, mientras que los delitos de publicidad falsa protegen a los consumidores de los posibles abusos de algunos productores y, a su

²⁶⁹ Dentro de los distintos tipos que forman los delitos contra el mercado y los consumidores, cuya casuística es amplísima dada su heterogeneidad, únicamente se han seleccionado estos dos, por ser los que se han dado en la totalidad de organizaciones analizadas. No obstante, cabe decir que es frecuente que, según la tipología de entidad de que se trate (fundamentalmente si es de carácter empresarial) haya otros tipos cuya comisión pueda ser posible, como por ejemplo el delito de detracción de materia prima en las empresas del sector sanitario o el de falsedad en la información económico financiera de los folletos de emisión en empresas dedicadas a inversiones en mercados de capital primarios o secundarios, regulados o no.

²⁷⁰ Sin embargo, debemos remitirnos a las conclusiones parciales obtenidas en el Capítulo I, en las que negábamos la existencia de una verdadera competencia libre en el global de la economía española, salvo en ciertos sectores, a pesar de su amparo constitucional en el art. 38 CE.

²⁷¹ BLANCO LOZANO, C., “La reciente reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, en el Código Penal español”, RDCP, nº 17 (2011). Ed. Universidad San Sebastián. Concepción (Chile), p. 166.

vez, también a las transacciones en sí, dado que sancionan un aspecto que las podrían hacer más inseguras o indeseadas.

En el caso de los delitos de descubrimiento de secretos empresariales, este bien jurídico se protege desde el punto de vista de la posición de la organización en el mercado concreto en el que opera la empresa²⁷². Más en concreto, MORÓN LERMA sugiere que el interés protegido, de contenido económico, va más allá del interés del empresario de mantener ocultos los frutos de su propia actividad (que también se protege²⁷³); por tanto, se trataría de un bien jurídico que asume un contenido patrimonial, que se concreta en preservar el propio esfuerzo innovador que genere un logro empresarial²⁷⁴.

Por otro lado, la libre competencia también se vería afectada en caso de que la información transmitida por el lado de la oferta de un determinado mercado fuese falsa. Entramos, pues, en el ámbito del art. 282 CP. En general, la doctrina mayoritaria conceptualiza el bien jurídico protegido como el derecho que ostenta la parte demandante de un determinado mercado a obtener una información verídica por medio de la actividad publicitaria²⁷⁵ con tal de asegurar que los consumidores disponen de sus recursos económicos libremente²⁷⁶. Lo que no se entra a definir (y que, de hecho, no corresponde estrictamente a la Ciencia Jurídica hacerlo) es qué se entiende por disponer libremente de dichos recursos económicos. La libertad de elección en el ámbito publicitario es una cuestión que ha sido ampliamente tratada por la Psicología y por la Ciencia Económica. De hecho, se ha llegado a decir que la publicidad (específicamente en el ámbito televisivo) resta libertad de elección, puesto que se mezcla el exceso de información recibida con la desconfianza generalizada hacia la misma²⁷⁷.

²⁷² SAP Ciudad Real 151/2015, de 2 de diciembre, FJ 3.

²⁷³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit. p. 462, considera que el bien jurídico protegido es la competencia leal entre empresarios, desde la óptica de la protección de los secretos industriales y comerciales que conforman el “*know-how*” de una organización.

²⁷⁴ MORÓN LERMA, E., *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2002, pp. 362 ss.

²⁷⁵ De hecho, algunos postulados consideran que el bien jurídico protegido es la confianza en la publicidad, entendida como un elemento de la economía de mercado sin cuya veracidad éste perdería su credibilidad. Véase, por ejemplo, MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 49.

²⁷⁶ CARRASCO ANDRINO, M., *Publicidad Engañosa y el Derecho penal. (Una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*. Ed. Revista General de Derecho. Madrid, 2000, p. 72. En sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, PE*, cit., p. 306.

²⁷⁷ ORTEGA CARRILLO, J.A., “Publicidad e iconicidad. Propuestas para una metodología de Alfabetización Visual”, en MENDIZ NOGUERO, A. (Dir.), *Publicidad, educación y nuevas tecnologías* (en línea, <https://www.oei.es/>, consultada el 1 de julio de 2018), pp. 427 s.

De hecho, lo innegable es que al consumidor medio no le es posible conocer la totalidad de detalles de todos los productos que compra para decidir si los mensajes que está recibiendo le convencen de manera racional o no, lo que sugiere, en opinión propia, la facilidad de confundirle sin que lo detecte. Así, hipotéticamente, en un mercado de competencia supuestamente perfecta todos los productores podrían exponer un dato falso a los consumidores sin que la mayoría de éstos lo detectasen, y aunque así lo hiciesen, si todos los productores de varios productos intentasen confundir a sus potenciales consumidores con mensajes inexactos, los que conocen las inexactitudes de un producto pueden no conocer las de otro. Por tanto, coincidimos en mostrarnos escépticos ante la existencia de una auténtica libertad de elección de productos, máxime teniendo en cuenta que, por lo expuesto, la mayor parte de la publicidad se centra más en cuestiones emocionales que en otras estrictamente objetivas²⁷⁸. Más adelante se retomará esta cuestión.

3.5.2. Comportamientos típicos

En lo tocante al delito de descubrimiento y revelación de secretos empresariales, en términos generales, la acción típica es el apoderamiento de datos que constituyan “secreto empresarial” o “industrial”, siempre que se tenga la intención específica de descubrir dichos secretos. En este sentido, no es necesario que se pretenda perjudicar al empresario o a la empresa cuyos datos se descubren, a pesar de que, en nuestra opinión, este perjuicio sea una consecuencia lógica, puesto que nos resulta difícil imaginar una situación en la que un secreto empresarial pueda ser descubierto sin que produzca perjuicio al empresario, dado que una parte de su valor reside, precisamente, en tratarse de una información desconocida para los demás agentes del mercado en el que se opera²⁷⁹.

Más en detalle, el art. 278 CP tiene dos acciones típicas, el apoderamiento de datos y su transmisión a terceros, una en cada uno de sus dos primeros apartados²⁸⁰. En este sentido, a diferencia de lo que ocurre con el delito de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197 y siguientes CP, la conducta del art. 278 CP requiere de un apoderamiento de información que puede ser meramente intelectual, y que no necesariamente cuente con un soporte documental físico. Por esto mismo, si bien existe una cierta discusión doctrinal, la conducta sancionada no puede ser omisiva²⁸¹.

²⁷⁸ Ver, por ejemplo, CISNEROS ENRÍQUEZ, A., *Neuromarketing y neuroeconomía. Código emocional del consumidor*. Ed. ECOE Ediciones. Bogotá, 2012, pp. 61 ss.

²⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., p. 282. Jurisprudencialmente, SAP Ciudad Real 151/2015, FJ 3.

²⁸⁰ Más ampliamente, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., PE, cit., pp. 346 ss. Jurisprudencialmente, por todas, SAP Madrid 314/2016, de 27 de junio, FJ 1.

²⁸¹ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial y la violación de secretos de empresa”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., pp. 359 s.

Asimismo, estamos ante un delito de peligro, no de resultado, por lo que el principio de proporcionalidad aconseja una mayor pena para el segundo que para el primero, por usar medios que aseguren el descubrimiento de la información (teniendo en cuenta que el “apoderamiento” de la misma a que se refiere este artículo puede no referirse a un soporte físico)²⁸².

Por su parte, el art. 279 CP defiende la posición de la organización dentro de su segmento de mercado sancionando a quien difunda, revele o ceda un secreto empresarial a pesar de tener el deber legal o contractual de guardar reserva²⁸³. Tal como indica ESTRADA CUADRAS, la posibilidad de incluir una cláusula en un contrato en materia de confidencialidad (como es habitual hacer en los de trabajo, o incluso en contratos mercantiles con terceras partes) implica la expansión del número de personas afectadas por este deber de secreto, si bien la redacción del precepto actual supone que únicamente se podrá cometer este delito si se cumple con el requisito de la existencia de dicha obligación²⁸⁴. La tipificación de este delito, al igual que sucedía con el anterior, se refiere a un tipo activo, puesto que cuesta imaginar una comisión del mismo por omisión²⁸⁵.

Una cuestión a tener en cuenta es que este artículo no especifica durante cuánto tiempo debe mantenerse la confidencialidad. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS interpretan que no puede exigirse una confidencialidad perpetua (“*hasta la muerte*”) del individuo, si bien, en su opinión, el precepto “*pretende tutelar intereses vigentes tanto en relación con el mercado cuanto respecto de otros concurrentes*”. La duración temporal de la obligación, por tanto, pretende amenazar penalmente a quienes pretendan comerciar con la información lícitamente obtenida, por lo que la duración de la obligación debería ser la que, en una interpretación teleológica del artículo, fuese suficiente para evitar que se defraudase la pretensión penal de sancionar estas conductas²⁸⁶. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

²⁸² QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Delitos relativos al mercado y a los consumidores* (2016) (en línea, <http://studylib.es/>, consultada el 3 de julio de 2018), p. 9.

²⁸³ ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *PE*, cit., p. 459.

²⁸⁴ ESTRADA CUADRAS, A., *Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales*. Ed. Atelier. Barcelona, 2016, pp. 192 ss.

²⁸⁵ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 362.

²⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Delitos relativos al mercado*, cit., pp. 12 s.

Por último, el tipo penal del art. 280 CP se basa en realizar alguna de las conductas anteriores si no se ha tomado parte en su descubrimiento pero, aun así, se sabe que su origen es ilícito; de hecho, algunos autores consideran que este delito pretende eliminar cualquier posible laguna de punibilidad que pudiera surgir de los supuestos anteriores²⁸⁷. No obstante, otros sugieren que las conductas del art. 278 CP no podrían entrar como presupuesto del art. 280 CP, ya que no es posible llevar a cabo un descubrimiento de información secreta dolosamente y, a la vez, no formar parte de su descubrimiento²⁸⁸. Del mismo modo, una facción de la doctrina tampoco considera que la remisión a las conductas del art. 279 CP sea lógica, puesto que una obligación legal de sigilo conlleva tener acceso legítimo a la información, si bien esta interpretación se ha discutido por considerarse excesivamente literal, siendo más adecuado suponer que la ilicitud no se refiere a la forma de acceder al secreto sino a la infracción del deber de reserva que se tenga²⁸⁹.

Por otro lado, en cuanto se refiere al delito de publicidad engañosa, PUENTE ABA / FARALDO CABANA indican que la protección extrapenal de la publicidad y su amplia presencia en el mercado convierten al delito del art. 282 CP en el más importante de todos los que constituyen el grupo de delitos contra el mercado y los consumidores, lo que obliga a interpretar restrictivamente la conducta típica²⁹⁰. Las informaciones publicitarias pueden ser tendentes a la exageración, aunque sin llegar al punto de confundir al consumidor medio, siempre que dicha confusión sea razonable²⁹¹. En este contexto, el comportamiento típico de este delito, laconsiste en hacer alegaciones falsas o manifestar características que no sean ciertas sobre los mismos; eso sí, dado el principio de intervención mínima del Derecho penal, únicamente recibirán sanción por esta vía los actos publicitarios en los que la diferencia entre el bien o servicio publicitado y el realmente ofertado sea de tal entidad que pueda llegar a perjudicar a los

²⁸⁷ Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 464. Ampliamente, la SAP Madrid 274/2008, de 12 de junio, FJ 1: esta Sentencia considera que los instrumentos técnicos, procesos o sistemas, ya sean de su titularidad o de los que tenga una mera tenencia lícita, constituyen parte de sus activos que le dan valor añadido a la hora de operar en el mercado.

²⁸⁸ FARALDO CABANA, P. “Art. 280”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1072.

²⁸⁹ *Ibidem*

²⁹⁰ PUENTE ABA, L.M. / FARALDO CABANA, P., “¿Cabe aplicar el delito publicitario en el caso Nueva Rumasa? Límites y posibilidades de la tutela penal frente a la publicidad engañosa de productos destinados a la obtención de crédito y/o a la captación de inversión”, *Diario La Ley*, nº 8127 (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 7 de octubre de 2018).

²⁹¹ PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa”, *RDPC*, 2ª época, nº 14 (2004), p. 302. Jurisprudencialmente, STS 1097/2009, 17 noviembre, FJ 2.

consumidores realmente²⁹². Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este tipo penal no abarca las exageraciones propias de la actividad publicitaria, que el Tribunal considera socialmente aceptadas y que van dirigidas más a la motivación del consumidor que a la transmisión de información concreta y creíble. Tampoco se incluyen en este tipo las omisiones de ciertas características del producto publicitado, puesto que un anuncio no tiene normalmente el carácter de información exhaustiva de todo cuanto pudiera interesar al destinatario, ni aquellas características de los productos anunciados que sean imposibles o que por razones sobrevenidas devengan diferentes de las publicitadas, si no ha intervenido la voluntad o el control del anunciante²⁹³.

Vemos aquí cómo el TS utiliza unos criterios interpretativos de la acción típica similares a los del delito de estafa, cosa que encontramos comprensible dado que el delito de falsedad publicitaria puede entrar en concurso medial con éste otro²⁹⁴. El engaño al consumidor ha de ser bastante como para confundirlo realmente, y ello debe inducirle a realizar un acto de disposición que le generará un perjuicio, al menos desde el punto de vista de que pagará por un producto con unas características pensando que tiene otras diferentes (y que son las que realmente quiere adquirir). Esto puede ser constitutivo de un delito de estafa, y el medio para conseguirlo puede ser un delito de falsedad publicitaria²⁹⁵.

Finalmente, un último aspecto a concretar en relación con la conducta típica de este delito es la frontera entre el comportamiento sancionable penalmente y el hecho ilícito administrativo²⁹⁶. El art. 3 de la Ley General de Publicidad considera ilegal, entre otros supuestos, la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva; pues bien, el tipo penal únicamente sanciona los casos en los que la publicidad es objetivamente falsa, dejando para el ámbito administrativo la publicidad que con

²⁹² AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. PE. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Ed. Dykinson. Madrid, 2018, p. 203. También STS 27/2009, 26 enero, FJ 3.

²⁹³ En este sentido, LLOBET ANGLÍ, M. “Delito publicitario”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa (2011-2012)*. Ed. Ediciones Francis Lefebvre. Santiago de Compostela, 2011, p. 549.

²⁹⁴ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., “Delito contra los intereses económicos de los consumidores y estafa”, REPC, nº 31 (2011), pp. 594 s.

²⁹⁵ Cabe decir que esta relación de concurso medial, a la que se ha hecho referencia en otro epígrafe anterior, encuentra algunas limitaciones. Véase, en este sentido, la STS 522/2009, 14 mayo, FJ 3.

²⁹⁶ Véase BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*. Ed. Tirant lo Blanch/Universitat de València. Valencia, 1999, pp. 657 s. Esta autora se plantea los límites entre el ilícito meramente administrativo de publicidad engañosa y el penal, concluyendo que se deben establecer criterios específicos de distinción, como por ejemplo la trascendencia de la transgresión o los bienes o derechos atacados que se pretenden proteger.

independencia de su falsedad o no sea susceptible de engañar a los destinatarios de la misma²⁹⁷. En este sentido, cabe destacar que las alegaciones han de ser materialmente falsas, y las manifestaciones, inciertas, siendo suficiente con la materialización de una de las dos conductas para considerar consumado el delito, si bien en la práctica ambas son sinónimas²⁹⁸. De hecho, el ordenamiento español reserva la sanción penal únicamente a aquellas conductas en las que se dan dos elementos: la peligrosidad del engaño, que ha de poder conllevar a error a los destinatarios, y el hecho de que éstos sean consumidores, por considerarse una categoría merecedora de especial protección²⁹⁹.

3.5.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

En términos generales, el delito de “espionaje industrial” (o de competencia desleal) es un delito de tendencia. Su comisión debe ser dolosa, no bastando con un descubrimiento ni una revelación meramente imprudente³⁰⁰. Previamente a detallar los distintos comportamientos típicos, en los epígrafes anteriores se ha visto que un elemento central y común a todos los tipos penales aquí tratados es el llamado “secreto de empresa”, que constituye el objeto material de los mismos. Más allá del concepto que da la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales que hemos citado *supra*, a efectos de Derecho penal conviene hacer algunas puntualizaciones. La primera es que el CP no da ninguna interpretación auténtica de “secreto empresarial”, por lo que debe deducirse su significado a partir de su funcionalidad³⁰¹.

En este sentido, un sector de la doctrina, con el que coincidimos, indica que está caracterizado por tres notas distintivas: el valor que tiene para su titular y que deriva, precisamente, de su carácter secreto; el valor económico de la información, anudado a su carácter secreto; y el esfuerzo razonable empleado para mantener el secreto³⁰². Otro sector, además, añade el requisito de la licitud, subrayando que un secreto, entendido

²⁹⁷ PORTERO HENARES, M., *La protección penal*, cit., pp. 176 ss.

²⁹⁸ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Madrid, 2017, p. 129.

²⁹⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores: publicidad engañosa, facturación automática fraudulenta y piratería de servicios de comunicación”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 450.

³⁰⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 347. También STS 285/2008, 12 mayo, FJ 2.

³⁰¹ STS 679/2018, 20 diciembre, FJ 4.

³⁰² MORÓN LERMA, E., *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona (2002) (en línea, <https://www.tdx.cat/handle/10803/5066>, consultada el 9 de julio de 2018), en especial pp. 502 ss.

como valor, no puede consistir en un hecho ilícito (ya revista o no carácter penal), puesto que en ese caso no se estaría llevando a cabo una competencia leal para los demás competidores³⁰³. Por su parte, el TS considera que los “secretos de empresa” son aquellos que puedan afectar a la capacidad competitiva de la empresa en caso de que fueran divulgados en contra de su voluntad, y define este concepto en base a elementos completamente coincidentes con la doctrina citada³⁰⁴.

Habiendo dado ya un concepto de “secreto empresarial” para el Derecho penal, centrémonos, ahora sí, en los elementos de estos tipos. En referencia al art. 278 CP, el elemento objetivo de este tipo penal es el apoderamiento por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos. En este sentido, tanto se abarcan las conductas de aprehensión, ya sea física o lógica, como las interceptaciones mediante técnicas propias del espionaje industrial, siempre que no haya consentimiento por parte del titular del secreto³⁰⁵. En cuanto al elemento subjetivo, es necesario que dicho apoderamiento se haga con la intención de descubrir un secreto de empresa: estamos, pues, ante un tipo esencialmente doloso³⁰⁶; además, la jurisprudencia ha añadido un elemento intencional, consistente en querer incidir en los intereses mercantiles de la entidad espiada³⁰⁷. En este tipo penal, la consumación viene dada con el mero apoderamiento, puesto que la divulgación supone la agravación que recoge el apartado segundo del mismo³⁰⁸.

Por su parte, el hecho de que el descubrimiento y revelación de los secretos empresariales por parte de quien tiene deber de guardarlos tenga una tipificación propia en el artículo siguiente³⁰⁹ implica que se quiere reforzar dicho deber por parte de quien

³⁰³ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Fraude y Corrupción*, cit., pp. 457 s.

³⁰⁴ Por todas, SSTS 678/2018, 20 diciembre, FJ 4, 285/2008, 12 mayo, FJ 2, 614/2010, 26 mayo, FJ 5, 864/2008, 16 diciembre, FJ 2. A modo de ejemplos, de estas resoluciones podemos extraer que sí constituirían secreto empresarial las cuestiones laborales, los listados de clientes o los datos contables del libro mayor y el libro menor de contabilidad, pero no así las Cuentas Anuales de una empresa (probablemente debido a su publicidad en el Registro Mercantil).

³⁰⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., pp. 346 s.

³⁰⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho penal e internet*, cit., p. 219.

³⁰⁷ Por todas, SAP Zaragoza 111/2017, 10 abril, FJ Único.

³⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit. p. 462.

³⁰⁹ La STS 864/2008, 16 diciembre, FJ 2, detalla todos los elementos que lo integran, a saber: “1º. Tiene por objeto también el llamado secreto de empresa (...). 2º. El medio comisivo consiste en la difusión, revelación o cesión de tal secreto. 3º. Sujeto activo ha de ser quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, esto es, de mantener el secreto que él precisamente conoce porque su relación concreta con la empresa así lo exige (...). En el párrafo 2 de este art. 279 se describe un subtipo atenuado (privilegiado), para los casos en que esa persona obligada a guardar el secreto lo utiliza en provecho propio. El beneficiarse solo a sí mismo en principio deja más reducida la posibilidad de la competencia ilícita, que en el caso de que se difunda más allá”.

tenga legal o contractualmente la obligación de no revelarlo³¹⁰. De hecho, debe ponerse en relación este secreto con el bien jurídico protegido para determinar, caso por caso, qué secretos deben protegerse penalmente³¹¹. En este sentido, cabe recordar que, según el art. 228 b) de la Ley de Sociedades de Capital, uno de los deberes de los Administradores de una Sociedad es el de mantener el secreto de toda la información a la que haya accedido por razón de su cargo, a excepción de los supuestos legalmente permitidos (o, su caso, exigidos)³¹². Además, tal como se ha apuntado anteriormente, es muy habitual que los contratos de trabajo recojan una cláusula de confidencialidad, sea cual sea el puesto que se ocupe; de hecho, la jurisprudencia suele requerir que se demuestre este extremo a la hora de apreciar o no la existencia de este delito³¹³. Ante esta realidad, queda preguntarse cuánto tiempo ha de durar la obligación de reserva si el contrato no lo especifica.

El tipo del art. 279 CP presenta, en el ámbito de los elementos subjetivos, una cuestión: en principio, únicamente está tipificado el tipo doloso, pero un sector de la doctrina se ha planteado la conveniencia de tipificar también la imprudencia: en este caso, se debería tratar de una imprudencia grave, que abarcase las acciones que supongan, de un modo u otro, la fuga de secretos empresariales y que ya encuentren su sanción por otras vías (civiles o laborales)³¹⁴. Sin embargo, en opinión propia, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal nos debería llevar a sancionar por esta vía únicamente las conductas más graves, y no consideramos que una imprudencia que desembocase en un descubrimiento (o incluso una revelación) de estas informaciones tenga relevancia suficiente como para merecer este tipo de sanción; un castigo meramente civil, o incluso disciplinario por la vía laboral, sería suficiente, ya que la persona que haya cometido el

³¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., p. 290, indica que lo más relevante de este tipo penal es que se trata de un delito especial propio, siendo el autor quien tenga la obligación de sigilo legal o contractualmente definida, lo que hace que éstos sean los elementos que delimiten temporal y funcionalmente la cualidad de sujeto activo.

³¹¹ MUÑOZ CONDE, F., PE, cit., pp. 462 s.

³¹² Según ESTRADA CUADRAS, A., *Violaciones de secreto empresarial*, cit., p. 119, en referencia, precisamente, de este artículo de la LSC, la doctrina mayoritaria interpreta que el deber se extiende más allá de la finalización de la relación contractual siempre y cuando la información pueda seguir teniendo consideración de “secreto”.

³¹³ CARRASCO ANDRINO, M.M., “La tutela penal del secreto comercial y la concreción de la obligación de reserva: un análisis de la reciente jurisprudencia”, RDPC, 2ª época, nº 7 (2001) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultado el 26 de junio de 2018), pp. 391 ss.

³¹⁴ MOLINA GIMENO, F.J., “Conveniencia político criminal de introducir la modalidad imprudente para completar la protección penal de los secretos de empresa”, Diario La Ley, nº 7123 (2009) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 9 de julio de 2018).

hecho realmente no supone un peligro para la sociedad que necesite ser apartado de la misma para un mayor bien común³¹⁵.

Para acabar, el art. 280 CP pretende evitar una laguna de punibilidad para aquellos casos en los que el sujeto activo no haya formado parte del descubrimiento³¹⁶. Al tipificarse la divulgación de un secreto, es indiferente el medio que se utilice para ello³¹⁷. Se requiere el elemento subjetivo específico de conocer la ilicitud del origen de los datos empresariales utilizados, lo que supone que estamos ante un tipo cuya comisión debe ser dolosa para que se pueda sancionar, siendo únicamente posible un dolo directo y excluyéndose el dolo eventual³¹⁸.

Por su parte, respecto del tipo penal de publicidad engañosa (o “abusiva³¹⁹”), PUENTE ABA lo clasifica como un delito de aptitud³²⁰, puesto que para su consumación no basta con la emisión de un mensaje publicitario falso, sino que éste ha de poder causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores³²¹. Los elementos objetivos de la conducta del art. 282 CP son, fundamentalmente, tres: que el mensaje publicitario verse sobre un bien o servicio concreto, que dicha publicidad u oferta se haga con falsedad (elemento central del delito y que determina la antijuridicidad del hecho³²²) y que genere un perjuicio.

³¹⁵ Si bien no es este lugar para exponer el extenso debate sobre la filosofía de las penas privativas de libertad, véase BACIGALUPO ZAPATER, E., “Filosofía e ideología de las teorías de la pena”, *Derecho y Humanidades*, n° 16 (2010). Santiago de Chile, 2010, pp. 17 ss.

³¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 464. No obstante, téngase en cuenta lo expuesto *supra* en relación con que un sector doctrinal considera que el comportamiento aquí tipificado no siempre tiene encaje con los dos tipos anteriores.

³¹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 326.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 836. Este autor considera que la publicidad “engañosa” es aquella a la que se refiere la Ley General Publicitaria, por lo que no resulta adecuado referirse al contenido del art. 282 CP con esta expresión.

³²⁰ No obstante, la doctrina alemana suele calificar estos delitos como “de idoneidad” (“*Eignungsdelikt*”). Véase SCHÜNEMANN, B., “Protección de Bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática”, en ROBLES PLANAS, R. (Ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Ed. Atelier. Barcelona, 2012, p. 74. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de “solventar” la confusa interpretación y aplicación de los tipos penales de peligro”, *REPC*, n° 37 (2017) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 6 de diciembre de 2019), p. 537.

³²¹ PUENTE ABA, L.M., *Los genuinos derechos económicos de consumidores*, tesis doctoral defendida en la Universidade da Coruña (2001) (en línea, <https://ruc.udc.es/>, consultada el 7 de octubre de 2018), p. 324.

³²² STS 357/2004, 19 marzo, FJ 3.

Respecto a este delito, SÁNCHEZ PÉREZ indica que el principal elemento objetivo es la falsedad del mensaje transmitido³²³. Esto es una característica propia de nuestro sistema, puesto que en el resto de ordenamientos jurídicos europeos no se exige únicamente una falsedad objetiva como requisito para apreciar la conducta, sino que también se tiene en cuenta, como alternativa, la susceptibilidad de producir engaño (tal es el caso de Dinamarca, Francia o Reino Unido, por ejemplo)³²⁴. No obstante, debe entenderse esta falsedad dentro de su contexto: como indica SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, se sobreentiende cierto grado de manipulación de las decisiones de consumo de los compradores actuales y potenciales, puesto que el objetivo de la publicidad no es informarles, sino persuadirles³²⁵.

Además, la ley indica que se requiere un perjuicio grave y manifiesto para los consumidores. Esto quiere decir, según la interpretación que da este organismo, que existe una aptitud en la publicidad para producir graves daños o perjuicios, lo que, a pesar de su imprecisión, excluye las infracciones de poca importancia³²⁶. Respecto a este punto, RODRÍGUEZ RAMOS / MARTÍNEZ GUERRA se muestran de acuerdo con esta exclusión, si bien opinan que se trata de una limitación cualitativa difícil de precisar³²⁷. De hecho, la normativa extrapenal en esta materia es abundante³²⁸, si bien, a efectos penales, la conducta típica se limita a hacer alegaciones objetivamente falsas, manifestar características sobre los productos que no sean ciertas u omitir datos especialmente relevantes que deberían haber sido incluidos y sin los cuales el mensaje pasa a no ser cierto³²⁹.

³²³ SÁNCHEZ PÉREZ, E., “Protección jurídico-penal del consumidor”, REEE, nº20 (2008). Ed. Universidad de Extremadura. Plasencia, p. 149. Este autor concreta que, para determinar dicha falsedad, debe acudir a la normativa sectorial, esto es, los arts. 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y 5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

³²⁴ PORTERO HENARES, M., “La solución de conflictos en la regulación de la publicidad ilícita”, en GARCÍA RIVAS, N. (Coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2005, p. 303.

³²⁵ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., “Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa”, REPC, nº 31 (2011) (en línea, www.usc.es/, consultada el 5 de agosto de 2018), p. 587.

³²⁶ Véase SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., REPC, nº 31 (2011), p. 596.

³²⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código Penal*, cit., p. 910.

³²⁸ En esta línea, PUENTE ABA, L.M. / FARALDO CABANA, P., *Diario La Ley*, nº 8127 (2013), añaden que en “*la jurisprudencia se niega la gravedad del perjuicio en los casos en que la vía civil ofrece recursos bastantes para reaccionar frente a los eventuales incumplimientos contractuales, sin tener en cuenta que esos recursos existen siempre en el caso de la publicidad falsa o engañosa (...). También se niega esa gravedad del perjuicio cuando éste se limita a un incumplimiento contractual inter pares, lo que es correcto solo si en efecto no hubo un acto publicitario engañoso previo dirigido a una colectividad indeterminada de personas*”.

³²⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores: publicidad engañosa, facturación automática fraudulenta y piratería de servicios de comunicación”, en DE LA MATA

El autor ha de ser, necesariamente, un fabricante o un comerciante (lo que indica que estamos ante un delito especial propio), que debe actuar dolosamente (admitiéndose el dolo eventual³³⁰) y debe pretender poner en peligro, aún sin generar un auténtico resultado lesivo, al mercado en el que opera en general y a los consumidores potenciales de su producto en particular³³¹. Es destacable que el legislador diferencie entre “comerciante” y “fabricante”: en opinión de MACÍAS ESPEJO, ello se debe a que se está haciendo referencia a dos momentos diferentes de la actividad empresarial o comercial, deniéndose acudir a la normativa extrapenal para una adecuada interpretación de ambos términos³³².

Finalmente, la consumación de este delito viene dada por la utilización y puesta en el mercado de la oferta pública engañosa, sin que sea necesario ningún resultado concreto. Se entiende consumado el delito en el momento en que se inicia la ejecución, si existe la voluntad mencionada de perjudicar los intereses de los consumidores³³³, aunque no sea necesario que se ejerza ningún acto concreto por parte de estos, como, por ejemplo, una compra del bien o servicio anunciado. Por otro lado, existe la posibilidad de sancionar la tentativa inacabada de este delito en aquellos supuestos en los que se emita la publicidad falsa sin que llegue a ningún consumidor: esto sucederá en los casos en los que alguno de los actos en los que, en su caso, se divida la acción, llevar a cabo alguna de ellas suponga iniciar la ejecución de este delito³³⁴.

BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., pp. 450 ss.

³³⁰ En este sentido, GÓMEZ RIVERO, M.C., “La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa. Claves para delimitar el contenido material del precepto”, RGDP, nº 9 (2008) (en línea, <https://www.iustel.com/>, consultada el 7 de julio de 2018), p. 20.

³³¹ SAP Madrid 705/2016, 27 de octubre, FJ 5.

³³² MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*, cit., pp. 104 s. En concreto, el Código de Comercio expone que será “comerciante” quien se dedique habitualmente al comercio, teniendo capacidad legal para ello, o bien tratándose de una compañía mercantil o industrial constituida con arreglo a esta norma; por otro lado, si bien esta norma no da ningún concepto de “fabricante”, podemos atender a la ya derogada ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que indica que es fabricante quien elabora una materia prima, un producto terminado o un elemento integrado en el mismo, así como quien ponga su nombre comercial en la etiqueta del producto (lo que, en los casos de productos que se presentan en el mercado con marca del distribuidor, hace que éstos también puedan tener consideración de fabricantes). A día de hoy, esta definición corresponde con la de “productor”, si bien podemos entender, a efectos del art. 282 CP, que se trata de expresiones sinónimas.

³³³ MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., pp. 336 ss. En idéntico sentido, SSTS 1097/2009, 11 noviembre, FJ 2, y 357/2004, 19 marzo, FJ 3.

³³⁴ MACÍAS ESPEJO, B., “El delito de publicidad engañosa”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Derecho y consumo*, cit., p. 203.

3.5.4. Ejemplo práctico

Tras esta presentación, veamos algunos ejemplos de aplicación de estos tipos penales. Empecemos por la STS 1097/2009, 17 noviembre, que, si bien es un caso ya antiguo, refleja varios de los aspectos aquí comentados. En este caso, se creó un centro de estudios superiores (inicialmente autodenominado “Universidad”, si bien con posterioridad se eliminó esta consideración) que ofertaba unos estudios en osteopatía que, tras un curso de homologación que supuestamente tendría lugar en Madrid durante el último año del plan de estudios, se convertiría en un título de *Bachelor of Science in Osteopathy Medicine* (titulación universitaria oficial británica, equivalente a las licenciaturas españolas) concedido por el *British College of Osteopathic Medicine* de Londres. No obstante, lo que en realidad sucedía es que el curso de homologación no se hacía al final de la “carrera” en Madrid, sino en Londres y pasados unos meses de la finalización. Además, tenía un precio que no venía incluido en los gastos de matriculación.

En este contexto, el TS aceptó que los denunciados, que habían sido alumnos de este centro de estudios, fuesen “consumidores típicos”³³⁵, por lo que deben traerse a colación las figuras del consumidor medio y del consumidor típico. En cuanto a la primera, GONZÁLEZ VAQUÉ indica que es aquel que está informado al mismo nivel y de la misma forma que los demás, lo que no implica que deba tener ningún nivel de formación en concreto, sino que simplemente tenga “*cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita sobre los productos y las condiciones en las que éstos se comercializan*”³³⁶. Por otro lado, el Considerando 18 de la Directiva 2005/29 del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con el mercado interior, indica que, si bien todos los consumidores deberían estar protegidos ante prácticas comerciales desleales, “*el Tribunal de Justicia ha considerado necesario (...) estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico*”.

³³⁵ En este sentido, el FJ 2 de la Sentencia aquí comentada relata que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando la Directiva 2005/29/CE, de 11 de Mayo de 2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (que queda traspuesta, en parte, mediante la tipificación de este delito), indica que la clave interpretativa reside en distinguir entre el consumidor típico y el consumidor medio, atendiendo al principio de proporcionalidad.

³³⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, J.L., “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, RDCE, nº 17 (2004). Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004, p. 67.

La Sentencia que nos ocupa delimita el concepto de consumidor típico, a efectos penales, a aquellos que no reúnen las características cognoscitivas medias atendiendo a las circunstancias concretas del hecho, y llega a calificar a los sujetos pasivos como “consumidores típicos”, como se indica, dada “*la especialidad de la oferta*”. En el caso del ejemplo, el engaño consistía en que las personas que superasen el curso no iban a obtener, automáticamente, el diploma británico, sino que debían afrontar otro curso más un examen en Londres, cuyos costes no estaban incluidos en el precio anunciado y sin que en ningún momento se especificase que ello fuese a ser así (de hecho, la publicidad del curso daba a entender lo contrario)³³⁷.

Habiendo tratado esta Sentencia, centrémonos ahora en la STS 864/2008, 16 diciembre, que es uno de los pocos casos que han llegado al TS en materia de descubrimiento y revelación de secretos empresariales³³⁸ a pesar de que su tipificación no se ha visto alterada desde la promulgación del actual CP en 1995, momento en el que se amplió la tipificación dada por el art. 499 del CP de 1973, añadiéndose nuevas figuras y conservando las que ya se preveían³³⁹. Tal vez por este mismo motivo el TS se mostró generoso a la hora de dar indicaciones interpretativas en esta materia, indicando los principales elementos objetivos y subjetivos de los tres tipos penales.

En este caso, tres antiguos trabajadores de una gestoría crearon otra propia y copiaron el listado de clientes de su antigua empresa para utilizarlo en la nueva (más concretamente, la entrada y registro practicada por el Cuerpo de Mossos d’Esquadra dio lugar a que se encontrase un listado de clientes de la nueva empresa que coincidía en un 97% con la antigua, constando, además, los mismos datos de éstos en ambas bases). Si bien inicialmente la AP de Girona absolvió a los acusados de la comisión de estos delitos, el TS consideró que sí se había cometido un delito relativo al mercado de los contenidos

³³⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 453. Estos mismos autores, sin embargo, rechazan la relación concursal entre este delito y el de estafa, alegando que la publicidad falsa pone en riesgo a una colectividad de consumidores, pero el reproche penal de la estafa se basa en el desvalor del perjuicio sufrido por algunos consumidores en particular, “*de modo que esta última no podría considerarse concreción de todo el riesgo generado*” (p. 455).

³³⁸ FARALDO CABANA, P. “Art. 279”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1070. En opinión de esta autora, ello se debe a que en la mayor parte de casos el secreto se obtiene lícitamente en el marco de una relación que no conlleva obligación de confidencialidad, lo que conduce esta conducta a la esfera de la atipicidad.

³³⁹ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 357.

en el art. 279 CP, y en concreto el tipo privilegiado del párrafo segundo, puesto que el secreto descubierto se utilizó en provecho propio.

El TS centra su análisis en determinar si la copia de la lista de clientes de la gestoría del para la que inicialmente trabajaban los acusados y su incorporación al disco duro del ordenador de la nueva empresa constituye o no una vulneración del secreto de empresa; más concretamente, si esa lista de clientes puede ser o no considerada como secreto de empresa. Inicialmente, la AP de Girona, con cita de diversas resoluciones anteriores de otros organismos, había determinado que no, ya que *“los datos de esas listas no son confidenciales de la empresa, sino de los propios clientes, ni tampoco exclusivos, pues se hallan también en otros ámbitos”*. No obstante, el TS discrepa: tal como indica, y en consonancia con lo que establece la anterior STS 285/2008, 12 mayo, las listas que de todos los clientes que tienen las empresas sí son esenciales para el correcto desarrollo de sus actividades comerciales. Comentando esta Sentencia, DE ALFONSO LASO / BAUTISTA SAMANIEGO justifican que el listado de clientes sea considerado un secreto empresarial dada su importancia como activo de la empresa en su actuación en el mercado³⁴⁰. No obstante, consideramos que resulta contradictorio con el art. 38 CE, en materia de libertad de empresa, considerar delictivo un acto que únicamente se aprovecha de la libertad del mercado: bien es cierto que se trata de un comportamiento con un componente importante de deslealtad, pero, en la práctica, una organización puede decidir cambiar de proveedor en cualquier momento, y más si está acostumbrada a trabajar con una persona física concreta que es quien ha estado prestando el servicio contratado y que, simplemente, ha cambiado de empresa o ha decidido iniciar una actividad económica por su cuenta relacionada con la anterior.

Dicho esto, el TS consideró que, de entre los diversos tipos posibles que sancionan el descubrimiento y la revelación de los secretos empresariales, éste acusado, que tenía deber de confidencialidad, los utilizó en provecho propio, lo que nos ubica en el contexto del art. 279 CP, párrafo segundo³⁴¹. Ello conduce a la conclusión de que dicho

³⁴⁰ DE ALFONSO LASO, D. / BAUTISTA SAMANIEGO, C., “Art. 279”, en LOS MISMOS, *El Código Penal Español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2011, p. 486.

³⁴¹ Cabe notar que el TS se planteó (FJ 4) la posibilidad de condenar al acusado también por el delito de administración desleal, que en aquél momento se encontraba ubicado en el art. 295 CP, con una regulación algo distinta de la actual. No obstante, descartó esta idea porque no apreció que se diesen todos los elementos del tipo: en concreto, opinó que no había habido ningún perjuicio a la gestoría para la que inicialmente trabajaba el acusado (y de la, de hecho, era administrador) y tampoco había habido ningún beneficio propio o de tercero por esta copia de la lista de clientes. Véase un análisis de las diferencias en

beneficio no es un elemento del delito del art. 279 CP (ni, por extensión, de los tipos penales recogidos en los art. 278 ni 280 CP), y que hay que distinguir el “beneficio” del “provecho”³⁴².

3.5.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

En cuanto a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos empresariales, el legislador se está basando en un modelo de mercado en el que hay una competencia real entre los distintos actores, pero que ninguno de ellos debe “excederse” a la hora de competir. Presuponer que existe la posibilidad de que un empresario intente averiguar todos los datos que pudiese acerca de su competencia para intentar perjudicarla es lógico, y nos mostramos conformes con la opción de sancionar por la vía penal los comportamientos más graves.

No obstante, en la práctica es habitual que un empleado que cambie de empresa y empiece a trabajar para un competidor revele toda la información que tenga de su anterior puesto de trabajo, sobre todo porque así se le requiere en multitud de ocasiones; de hecho, en muchos casos, su nuevo empleador verá como uno de los principales activos de dicho trabajador la información que le pueda aportar sobre sus competidores (*know-how*, clientela...), y resulta natural pensar que éste esté dispuesto a facilitársela, ya sea por “quedar bien”, ya por venganza hacia su antigua empresa o por cualquier otro motivo personal³⁴³.

Un ejemplo claro lo encontramos con la lista de clientes, que, como hemos visto, la jurisprudencia incluye dentro del impreciso concepto de “secreto empresarial”. Supongamos un agente comercial de una empresa que es despedido y encuentra trabajo en un competidor que valore su experiencia en el sector (o que cambia de empresa voluntariamente por algún motivo). La jurisprudencia ha indicado que no es lo mismo la

DOLZ LAGO, M.J., “El delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, tras la L.O. 1/20152015”, ponencia impartida en “Curso: Delitos societarios. El delito de la administración desleal. Fecha: 11 y 12 de mayo de 2017” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 15 de julio de 2018), en especial pp. 4 ss.

³⁴² Si bien la diferencia pudiera no estar clara, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El directivo como fuente de peligro jurídico-penal para su empresa”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.) / BACIGALUPO SAGGESE, S. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Gobierno corporativo y Derecho penal. Mesas redondas, derecho y economía*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2008, p. 334, ofrece un ejemplo de provecho al poner como ejemplo del delito del art. 279 CP la venganza, lo que indica que no ha de tratarse necesariamente de un provecho económico, tal como sí sería el “beneficio”.

³⁴³ Si bien esta reflexión resulta frontalmente contraria al sentido de los artículos que conforman este delito, es la opinión generalizada de la mayoría de empresas con las que se ha trabajado en la elaboración de la presente investigación, con independencia de su tamaño, estructura o sector.

lista de clientes que el conocimiento personal de los mismos que tengan los agentes comerciales³⁴⁴. No obstante, dicho comercial muy difícilmente dejará de utilizar los contactos que tenga en su antigua cartera de clientes para beneficiar a su nueva empresa (y a sí mismo); incluso es probable que la nueva empresa le requiera esos datos.

El legislador, por tanto, exige que el nuevo empleador no se interese por esta información, ni pida al nuevo empleado que se aproveche de ella tanto como le sea posible. En este supuesto, se diseña un modelo teórico de mercado en el que las cuotas dentro del segmento en el que se opere se basen únicamente en la actuación y las características de la propia empresa, así como en los movimientos y tendencias del mercado, ignorando las características de los competidores cuyo conocimiento podría aportar una ventaja competitiva.

Por mucho que nos parezca adecuado castigar las conductas de “espionaje industrial”, consideramos que, en la práctica, en la mayoría de mercados se intentará descubrir las características secretas de los competidores y no se dejará escapar la oportunidad de averiguar alguno de estos datos, puesto que, como hemos argumentado en el primer capítulo, la economía española no se basa en un modelo de competencia perfecta, sino que está formada más bien por pequeños oligopolios, competencias monopolísticas u otras figuras afines que ocupan los diferentes segmentos de los mercados en los que se actúa. Por tanto, dada la reducción de actores por la parte de la oferta, la competencia entre ellos no se podrá permitir ignorar la información sensible que pueda llegar a obtener de sus competidores.

Nos permitimos hacer, en este punto, un breve excursus desde el punto de vista práctico. Un PCN, como aspecto fundamental, debe analizar la suficiencia de los medios de prevención de delitos con los que se cuenta y proponer e implantar otros nuevos en caso de deficiencias. En la práctica, es muy difícil, cuando no imposible, intervenir en la voluntad de un trabajador hasta el punto de evitar que divulgue información secreta de su anterior empresa, si realmente quiere hacerlo. La única forma de “prevenirlo” es comunicarle por escrito que no debe facilitar esa información, por ejemplo mediante una declaración o mediante una cláusula contractual al respecto. Sin embargo, la mayoría de empresas, con independencia de su sector o su tamaño, se niegan a poner dicha cláusula, alegando que los órganos directivos fomentarían su incumplimiento y, por tanto, no tendría sentido. La verdadera prevención de este delito pasaría por una concienciación a los empleadores y a los empleados de la importancia de la discreción, cosa que, tal

³⁴⁴ Ver, por todas, la STS 1170/2006, 24 noviembre y, en referencia a la misma, la SAP A Coruña 17/2011, 25 marzo, FJ 2. En este sentido, véase también un comentario de esta resolución en MUÑOZ RUIZ, J. (Dir.) / OLMEDO CARDENETE, M. / TARRAGO RUIZ, A. (Coords.), *Casos Prácticos de Derecho penal Económico con Jurisprudencia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, pp. 298 ss.

como demuestra la práctica, es algo que una legislación en esta materia no puede conseguir, en opinión propia por ser un aspecto que depende casi exclusivamente de la cultura empresarial y de la ética profesional. Por tanto, la regulación del CP debe tacharse, en muchos de estos casos, de ineficiente.

Otra cuestión que, tal como se ha apuntado en la exposición precedente, encuentra una cierta problemática con la realidad económica es el período del mantenimiento del deber de confidencialidad. Tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en que dicho deber se ha de recoger expresamente en el contrato o en la normativa legal de aplicación, e incluso en alguna ocasión se ha afirmado que el tiempo que dure también debe quedar determinado³⁴⁵. No obstante, esta interpretación no sólo carece de respaldo legal, sino que ni siquiera es compartida por la totalidad de la doctrina ni la jurisprudencia, como se ha visto, lo que sugiere una esfera de inseguridad jurídica muy amplia, pues se deja a la libre interpretación de las partes (y, en su caso, de los organismos jurisdiccionales) cuál ha de ser la extensión.

Del mismo modo, tampoco se ofrece una interpretación auténtica del concepto de “secreto empresarial” en el Código Penal. Bien es verdad que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales lo define, como se vio en el apartado sobre el delito de descubrimiento y revelación de secretos, pero esta definición se encuentra en una ley ordinaria de carácter administrativo y mercantil, no penal, y no siempre las interpretaciones que rigen para una rama de la Ciencia Jurídica sirven para otra, dada su autonomía³⁴⁶. Además, las definiciones difieren sucintamente: mientras que los requisitos que da la jurisprudencia penal para que se aprecie que existe un secreto empresarial son que este tenga un especial valor estratégico o comercial precisamente por el hecho de ser secreto, la Ley 1/2019 únicamente exige que el valor que le dé dicha condición de secreto sea “empresarial”; podemos entender que la definición penal es más específica, lo que cumpliría con el principio de *última ratio* de esta rama, si bien se requerirá de un futuro cuerpo jurisprudencial sobre la Ley 1/2019 que ampare esta interpretación.

Por tanto, una solución a ambos inconvenientes podría consistir en una definición, dentro del Código Penal, de qué se entiende por “secreto empresarial” y cuál es el límite máximo durante el cual debe guardarse. Bien es cierto que este límite debería ser

³⁴⁵ FARALDO CABANA, P. “Art. 279”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1070.

³⁴⁶ Véase al respecto ARELLANO GARCÍA, C., “Las grandes divisiones del Derecho”, RFDM, n° 242 (2004). Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, p. 13.

flexible, puesto que cada empresa tendrá como información sensible una u otra en función de su objeto, tamaño, situación geográfica, etc., y que incluso puede ser que haya empresas que carezcan de secretos empresariales (por ejemplo, estructuras pequeñas o instituciones que tengan algún interés en mostrar una transparencia absoluta en sus procesos). Por supuesto, no podemos olvidar que los “secretos comerciales” sí gozan de una interpretación auténtica en el art. 2 de la Directiva UE 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, si bien debe tenerse en cuenta que los comerciales son sólo una clase de los secretos empresariales³⁴⁷.

Consecuentemente con lo anterior, el hecho de que una vulneración de un secreto empresarial efectuada en nombre y representación, y en beneficio, de una persona jurídica le pueda generar responsabilidad penal, nos parece acertado. En este caso, las medidas de prevención de un eventual PCN deberían encaminarse a mantener la confidencialidad de los documentos más sensibles, por ejemplo mediante su archivo físico en una caja fuerte o mediante su almacenamiento digitalizado protegido por las medidas lógicas pertinentes (contraseñas alfanuméricas automáticamente renovadas de forma periódica, acceso restringido por perfiles, etc.). Las cláusulas de confidencialidad de los contratos, tanto mercantiles como laborales, también constituyen un elemento de prevención importante, pero más importante, en nuestra opinión, es que se establezca una “cláusula de confidencialidad inversa”, esto es, una obligación de las partes contratantes conforme a la cual se comprometen a no divulgar ninguna información relativa a un tercero de la que tengan conocimiento por razón de sus relaciones profesionales o laborales.

En cuanto al delito de publicidad falsa, como se puede deducir de la descripción de este tipo, la casuística que se puede dar es muy amplia. De hecho, PORTERO HENARES indica que “[a]l parecer de las asociaciones de consumidores, la actividad publicitaria incurre con más habitualidad en conductas de publicidad falsa que las que la estadística judicial pone de relieve sobre la asiduidad aplicativa del art. 282 del Código penal,

³⁴⁷ Tal como indica DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 360, “[e]n doctrina y jurisprudencia es habitual la distinción entre secretos industriales, secretos comerciales y secretos de organización y relaciones de la empresa, si bien no hay unanimidad de criterio sobre la consideración de determinada información, tratada en ocasiones como secreto y en otras no”.

*aunque este extremo no está demostrado empíricamente*³⁴⁸. Esta hipótesis nos parece aceptable puesto que, en nuestra opinión, en buena parte de los casos el consumidor afectado preferirá no denunciar los hechos o bien, simplemente, desconocerá que ha sido engañado mediante un acto publicitario.

Centrémonos en este punto. Para denunciar una publicidad falsa, se requiere en ocasiones de un nivel de conocimientos que, por su especialización, poca gente tiene. Bien es verdad que existen organismos privados de control cuyo buen funcionamiento está demostrado, y los instrumentos civiles y administrativos (plasmados en la actividad judicial al respecto) se utilizan y funcionan eficazmente, pero a nivel penal ha habido una muy escasa aplicación del precepto del art. 282 CP³⁴⁹. Consideramos adecuado, sin embargo, que exista este tipo penal, puesto que la publicidad es el medio fundamental por el que un consumidor obtiene la información que le hará decantarse por consumir o no un determinado producto, si bien, en la práctica, lo cierto es que los anuncios no dan demasiada información sobre el producto que se vende, sino que, como hemos visto, se atiende a cuestiones emocionales que distraen la atención sobre si lo que se anuncia es o no tan interesante como se pretende³⁵⁰.

El hecho de que habitualmente sólo unas pocas personas tengan los conocimientos técnicos necesarios para entender si lo que se está anunciando es cierto o no lo es no nos parece óbice para esta adecuación, puesto que estas personas tienen la posibilidad real de denunciar una falsedad o un abuso, si lo detectan. Por supuesto, el legislador parece partir de la base de que este tipo penal va a tener una aplicabilidad reducida, como así está siendo, puesto que lo contrario implicaría un colapso de la actividad publicitaria. En otras palabras, incluso si nos centramos únicamente en el ámbito penal y obviamos el de los ilícitos administrativos en esta cuestión, empíricamente no podemos estar seguros de cuántas falsedades publicitarias hay realmente en el mercado, y ello se debe,

³⁴⁸ PORTERO HENARES, M., *La protección penal*, cit., pp. 176 ss.

³⁴⁹ BAUCCELLS LLADÓS, J. / GUARDIOLA LAGO, M.J., “Limitaciones del Derecho penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos”, en GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *La delincuencia económica*, cit., pp. 271 ss.

³⁵⁰ En este sentido, PUENTE ABA, L.M., RDPC, 2ª época, nº 14 (2004) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultada el 7 de julio de 2018), pp. 311 ss. indica, en referencia a la SAP La Rioja 12 febrero 2003, que en ocasiones el “engaño bastante” puede venir dado por detalles en las etiquetas de los productos. En este caso, se condenó a una empresa por comercializar un vino con una denominación de origen falsa (lo que, además, supone una comisión del delito del art. 275 CP), dándose la circunstancia de que en la etiqueta había una serie de elementos e informaciones que hubieran podido hacer que un consumidor experto notase la falsedad, pero no así un consumidor medio.

en gran medida, a la mencionada desgana de hacerlo por parte de los consumidores que pueden llegar a descubrirlas.

No obstante, admitir la hipótesis de PORTERO HENARES demuestra la quiebra de la obligación de denunciar un delito que tiene quien conozca de su comisión (art. 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Sería perverso, no obstante, ofrecer un sistema de recompensas a quien denunciase las falsedades que detectase en el ámbito de la publicidad. Por tanto, y dado que a nivel legislativo (específicamente, jurídico-penal) no se puede hacer nada para que un mayor porcentaje de personas tengan los conocimientos necesarios para detectar dichas falsedades, debemos entender que el hecho de que se tipifique esta acción como delito sí se adecua al mercado español real.

Sin embargo, de dicha tipificación surge otra cuestión diferente que, a pesar de no ser una discordancia con la práctica económico-empresarial en sentido estricto, sí nos parece interesante mencionar. Centrémonos en el propio concepto de “hacer publicidad”: hoy en día, puede dar la falsa sensación de que todas las empresas cuentan, al menos, con una página web (que, como hemos visto, es un elemento publicitario), por lo que de un modo u otro todas hacen publicidad. Sin embargo, eso no es así: un porcentaje muy significativo de empresas no utilizan este instrumento³⁵¹, e incluso algunas que sí lo hacen cuentan con poco más que una “tarjeta de visita” que únicamente sirve para tener presencia en la red. Esto conlleva a que no todas las personas jurídicas puedan cometer este delito, sino únicamente aquellas que hacen publicidad. En este contexto, en el capítulo anterior hemos expuesto el debate doctrinal entre autorresponsabilidad vs heterorresponsabilidad, que lleva aparejado el hecho de poder considerar a la persona jurídica como sujeto activo de un determinado delito o no. Tal como hemos indicado, nos alineamos con la postura del TS al concluir que una organización sí puede ser “autora” de un delito, con los límites que hemos expuesto³⁵². Pues bien, si unimos estos elementos podemos afirmar que, en este sentido, no todas las personas jurídicas pueden llegar a cometer el delito de publicidad falsa, sino únicamente aquellas en las que se dé la característica de publicitar sus bienes o servicios.

³⁵¹ A modo de ejemplo, véase la noticia “Más de un 40% de las empresas todavía no tienen web corporativa” (en línea, <https://www.puromarketing.com/14/29225/mas-empresas-todavia-tiene-web-corporativa.html>, consultada el 15 de julio de 2018).

³⁵² Véase lo indicado *supra* cuando se ha considerado la aplicación o no de la teoría del dominio del hecho a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

Sería impensable, por ejemplo, que un quiosco dedicado a la venta de helados y refrescos que únicamente tiene actividad en verano hiciese publicidad de sus productos, con independencia de si estamos tratando con un trabajador autónomo o con un pequeño empresario que posee varios quioscos en una zona y/o tiene personal contratado a su servicio. Este tipo de negocio se ubica en los lugares en los que mayor afluencia de público objetivo hay. Este motivo, junto con el de la estacionalidad de los productos puestos a la venta y el alto coste de llevar a cabo un anuncio (inasumible para un negocio de estas características), justifica que no se haga publicidad³⁵³.

Naturalmente, no resulta creíble que el legislador no conozca esta limitación, por lo que consideramos adecuado partir de la base de que en el mercado español no cualquier persona jurídica pueda cometer este delito. Ello nos lleva, pues, a deducir que lo que el legislador pretende es regular una situación de peligro que afecta únicamente a algunos actores del mercado por el lado de la oferta, lo que equivale a decir que está definiendo una categoría dogmática nueva, que son los delitos especiales desde el punto de vista de la persona jurídica penalmente responsable. En otras palabras, mediante la tipificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este delito, no hay ningún punto en el que la regulación discrepe con la realidad económica, siempre que consideremos a la persona jurídica como *intraneus* de un delito especial. En línea con esto, SILVA SÁNCHEZ opina que es factible considerar a las personas jurídicas como *intraneus* primigenio, siempre que partamos de un hecho delictivo de una persona física que pueda ser calificada como tal³⁵⁴. En efecto, el delito de publicidad falsa es un delito especial³⁵⁵, por lo que el punto de partida de SILVA se cumple.

Más aún, NIETO MARTÍN, a la hora de valorar los contenidos de un PCN, pone el ejemplo de que no habría que poner medidas particularmente exigentes de prevención de riesgos medioambientales a una empresa dedicada al procesamiento de datos, por lo que estamos ante “*un sistema en el que habría delitos especiales en función del tipo de empresa, pues no sería lógico aplicar la Compliance ante la eventual comisión de cualquier tipo de delitos, sino sólo los relacionados con el giro de la misma*”³⁵⁶. Nos

³⁵³ Si bien este ejemplo trata de ser general, en el sector de los quioscos en general pueden encontrarse excepciones. Véase KOTLER, P., *Dirección de marketing. Conceptos esenciales*. Ed. Pearson Educación de México. Naucalpan de Juárez, 2002, pp. 324 s.

³⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 23 s.

³⁵⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los consumidores...”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 450.

³⁵⁶ Ponencia de NIETO MARTÍN, A. en el seminario *Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, relatada por SALVÓ ILABEL, N., “Problemas de aplicación de la responsabilidad

mostramos plenamente de acuerdo con la afirmación de que “*habría delitos especiales en función del tipo de empresa*”³⁵⁷, y consideramos, como hemos apuntado, que es el prisma más correcto para entender la adecuación de este delito, así como la tipificación de la responsabilidad penal de una persona jurídica por él, a la realidad económico-empresarial española.

A mayor abundamiento para el tipo penal concreto de publicidad falsa, nos mostramos plenamente de acuerdo con GÓMEZ MARTÍN cuando afirma que “*en gran parte de los delitos especiales la cualificación del autor expresa la circunstancia de que el bien jurídico que la norma quiere proteger mediante la tipificación del delito en cuestión se encuentra implicado, o especialmente implicado, en un ámbito de responsabilidad que depende del intraneus*”. En los delitos de publicidad falsa, como es el caso que estamos tratando, el *intraneus* debe cumplir con un deber que no únicamente tiene reflejo en la legislación penal, sino también en la extrapenal (en concreto, como ya se ha visto, la Ley General de Publicidad), por lo que resulta justificado afirmar que “*se encuentra sometido a un deber jurídico especial*” (en concreto, a ser sincero en su publicidad). En consecuencia, y atendiendo a la clasificación que ofrece este mismo autor, se trataría de un delito especial de posición, puesto que el autor (en este caso, la persona jurídica³⁵⁸) tiene una posición especial de accesibilidad con relación al bien jurídico protegido³⁵⁹.

Finalmente, como posibles mecanismos de prevención de este delito, podría pensarse en establecer controles, tanto internos como externos, de todos los mensajes que se emiten, poniendo especial atención en las descripciones de los bienes o servicios ofrecidos. Por bien que pueda parecer contradictorio, opinamos que los controles más eficientes serían, en este caso, los internos, puesto que los externos adolecerán de no tener toda la

penal de las personas jurídicas (seminario realizado en la Universitat Autònoma de Barcelona el día 8 de junio de 2012), en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *La delincuencia económica*, cit., p. 61.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ Por supuesto, es imposible que la persona jurídica, *per se*, cometa un delito, sino que por esta expresión debemos entender la asunción de responsabilidad penal derivada del hecho de no tener implementadas las medidas adecuadas para evitar un delito que se haya llegado a cometer, en los términos del art. 31 bis CP, por parte de una persona física que forme parte de la organización. Nos alineamos, así, con la tesis del TS conforme a la cual la persona jurídica es penalmente responsable por un hecho propio que, si bien no hace que se la pueda tildar de autora en sentido estricto, sí permite enfocar su culpabilidad desde la óptica de un hecho de la que es responsable, es decir, el de que no existan las medidas para evitar el delito cometido. Véase, a mayor abundamiento, la argumentación expuesta en el Capítulo anterior.

³⁵⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., “Los delitos de posición y delitos con elementos de autoría. Nuevas bases para una distinción necesaria”, RECPC 14-01 (2012) (en línea, <http://crimnet.ugr.es/recpc>, consultada el 7 de agosto de 2018), pp. 12, 19 y 22. Nótese, igualmente, que este autor se refiere al ámbito de las personas físicas, y que esta extrapolación supone la aceptación del punto de partida de entender que una persona jurídica puede ser “sujeto activo” de un delito.

información con la que puede contar una persona jurídica internamente, si bien un control externo puede servir como complemento de los internos, a la vez que aporta un mayor grado de objetividad.

No obstante, un control interno depende de la buena fe profesional de quien deba ejecutarlo, y eso supone un defecto en este tipo de medios de prevención, puesto que dicha buena fe no puede asegurarse en un contexto en el que pueden primar otros objetivos, como por ejemplo la operatividad, una mayor producción, una reducción de costes, etc. Además, no todas las organizaciones tienen ni pueden tener personal suficiente como para ejecutar estos controles internos, por lo que, de nuevo, estas medidas únicamente resultarían exigibles a aquellas entidades que sí las pudieran tener, debiéndose hacer una valoración caso por caso.

3.6. DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

3.6.1. Bien jurídico protegido

Los arts. 286 bis-quater CP están ubicados en el Capítulo IX, *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, a pesar de que el nombre de la Sección 4ª, que copan, no figure en la rúbrica de este Capítulo (a diferencia de los tres anteriores). Doctrinalmente, podemos encontrar una gran multitud de pronunciamientos acerca de cuál es el bien jurídico protegido. La doctrina mayoritaria se ha posicionado a favor de considerar que se protege “*la competencia justa y honesta*”³⁶⁰ dada la afectación que tiene a los mercados (tanto desde una dimensión colectiva como individual, valorándose los intereses patrimoniales de los competidores³⁶¹), configurándose el precepto como un delito de peligro³⁶². Se considera que esta regulación requiere tanto el menoscabo de la competencia leal como la infracción de deberes por parte del sujeto corrupto³⁶³. No obstante, una corriente

³⁶⁰ BLANCO CORDERO, I., “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, Diario La Ley, nº 7534 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 1 de agosto de 2018).

³⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*, PE, cit., pp. 415 ss.

³⁶² BOLEA BARDON, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, InDret 2/2013 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 1 de agosto de 2018), p. 10.

³⁶³ BLANCO CORDERO, I., Diario La Ley, nº 7534 (2010). Sin embargo, coincidimos con QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Apropiación indebida, administración desleal y corrupción privada tras la reforma penal de 2015. Otra mala solución”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 1298 s., cuando considera que la “*pureza*” del mercado supone una sacralización de algo que no existe porque, en su opinión, no puede existir, dado que ni todos

minoritaria opina que el bien jurídico protegido no se centra en la competencia a nivel del mercado, sino en los deberes de lealtad del empresario³⁶⁴.

En nuestra opinión, estas dos posturas son plenamente compatibles. Opinamos que el bien jurídico protegido es la eficiencia del mercado, y ello incluye las dos vertientes: una competencia honesta que determine quién es el mejor y un comportamiento leal de los empresarios, que han de competir entre ellos ajustándose a la legalidad vigente. Lo que consideramos que pretende el legislador es que ninguna empresa abuse de su poder económico para ofrecer regalos/beneficios a sus clientes con los que obtener un trato de favor en las contrataciones y copar así una cuota de mercado mayor³⁶⁵. En este caso, se estaría aplastando a la competencia por medio de un abuso de la fuerza económica, lo que podría acabar por generar situaciones de pequeños monopolios u oligopolios. Es indicativo de ello que esta sea, precisamente, la estructura de buena parte de los mercados de nuestra economía, teniendo en cuenta lo reciente de la introducción de este delito en el CP español³⁶⁶. Más adelante volveremos sobre esta idea.

Además de sus subtipos activo y pasivo, este delito cuenta con uno concreto cuyo bien jurídico difiere de los demás: la corrupción en los deportes (art. 286 bis.4 CP). En este caso, la determinación de cuál es el objeto de protección ha conllevado un debate doctrinal que puede resumirse en tres posibles posturas: a) la que opina que el bien jurídico es de naturaleza socioeconómica; b) la que sugiere que se trata de la lealtad/integridad deportiva; y c) quienes indican que el bien jurídico une tanto el aspecto socioeconómico como las características propias del ámbito deportivo³⁶⁷.

Como último bien jurídico protegido, en relación con el actual art. 286 ter CP, FEIJOO SÁNCHEZ considera que, también en este caso, el legislador pretende proteger la competencia justa y honesta, que se relaciona “*con los requisitos mínimos que se deben garantizar para un funcionamiento de un mercado basado en la competencia llevada a*

los sujetos de un mercado concurren en él en las mismas condiciones, ni cuentan con los mismos apoyos institucionales.

³⁶⁴ Por todos, MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E., “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP), en AAVV, *La corrupción a examen*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2012, pp. 121 s.

³⁶⁵ En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Propiedad industrial e intelectual, mercado y consumidores”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código Penal*, cit., p. 419.

³⁶⁶ En este sentido, téngase presente que la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, 22 de junio, que fue la que introdujo este delito en el CP español (si bien la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, cambió sustancialmente su redacción), indica que la introducción de este precepto se debe a que garantizar una verdadera competencia en los mercados implica sancionar “*los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos (...) se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado*”. En efecto, como se vio en el Capítulo I, la alteración de las normas de la libre competencia afecta negativamente al mercado y, por tanto, al global de la economía.

³⁶⁷ Refiriéndose a este debate doctrinal, GONZÁLEZ URIEL, D. “El bien jurídico protegido en el delito de fraude deportivo tras la reforma de 2015”, *La Ley penal*, nº 132 (2018) (en línea, diariolaley.laley.es, consultada el 1 de agosto de 2018).

cabo con «buena fe objetiva» [prevención de todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe]”. En opinión de este autor, además, ello posibilita una cierta igualdad de oportunidades³⁶⁸. Otro bien jurídico protegido es la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales, puesto que el precepto sanciona, precisamente, los sobornos a éstos³⁶⁹.

3.6.2. Comportamientos típicos

A pesar de que la multiplicidad de subtipos que se encuentran recogidos en estos artículos pudiera hacer pensar que estamos ante una situación similar a la de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en esta ocasión la técnica legislativa ha sido más clarificadora³⁷⁰. En este sentido, y desde un punto de vista genérico, un sector de la doctrina ha clasificado los comportamientos típicos entre “internamente desleales”, que son los que perjudican a la organización a la que los sujetos corruptos pertenecen o están vinculados, y los “externamente desleales”, que son los que vician la competencia entre empresas³⁷¹. A efectos concretos de los comportamientos típicos, QUERALT JIMÉNEZ, junto con la doctrina mayoritaria, considera que las acciones son idénticas a las del delito de cohecho de funcionarios (arts. 419 y ss. CP) y a las del ya derogado delito de administración desleal del art. 295 CP. El medio para corromper puede ser de cualquier tipo, no necesariamente pecuniario, si bien se excluyen las “motivaciones negativas” (chantajes, acoso...) ³⁷².

En cuanto a la corrupción activa (art. 286 bis.1 CP), las conductas típicas consisten en recibir, solicitar o aceptar aquello que se ofrezca (que, tras la reforma del CP dada por la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, podemos decir que se trata de cosa cierta o bien de una mera promesa o incluso una simple oferta), lo que hace que el delito sea de mera

³⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del art. 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción”, *Diario La Ley*, nº 8987 (2017) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 1 de agosto de 2018).

³⁶⁹ NIETO MARTÍN, A., “Corrupción en los negocios” en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 425.

³⁷⁰ De hecho, tal como indica QUERALT JIMÉNEZ, J.J., en *LH-Bajo*, cit., p. 1297, la mayor parte de cuestiones relacionadas con la corrupción en los negocios activa son muy similares (*mutatis mutandi*) a las de la corrupción pasiva.

³⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Propiedad industrial e intelectual, mercado y consumidores”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código Penal*, cit., p. 421.

³⁷² QUERALT JIMÉNEZ, J.J., en *LH-Bajo*, cit., p. 1300.

actividad³⁷³. En cuanto a la corrupción pasiva (art. 286 bis.2 CP), la doctrina mayoritaria coincide con QUERALT en relacionar el tipo con el delito de cohecho, puesto que las conductas típicas son las de prometer, ofrecer o conceder algo. En este sentido, la promesa debe haber llegado a las personas con capacidad decisoria en la empresa, y la oferta no deja de ser una materialización de la misma, hasta llegar a la realización de todo ello mediante la concesión³⁷⁴.

En cuanto a la llamada “corrupción en los deportes” del art. 286 bis.4 CP, por remisión a los dos primeros apartados de este artículo se sancionan tanto las modalidades de corrupción activa como pasiva dentro de una competición “de especial relevancia económica” (es decir, excluyéndose las competiciones “amateurs”). El comportamiento puede materializarse en dejarse ganar, fijar un resultado o sobornar a un árbitro, por ejemplo³⁷⁵. En cuanto a las llamadas “primas a terceros”, si bien un sector doctrinal considera que no entrarían dentro de esta categoría delictiva, pues no fijan un resultado sino que meramente incentivan a que se produzca³⁷⁶, la jurisprudencia parece decantarse por la opción contraria y sí las considera constitutivas de este delito³⁷⁷.

Por último, en cuanto al comportamiento típico del art. 286 ter CP, coincidimos con la doctrina mayoritaria en que nos resulta confusa su separación del delito de cohecho, puesto que la conducta prevista es prácticamente idéntica. En este sentido, y a modo de ejemplo, nos parece particularmente clara la exposición de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO cuando indica que el subtipo de corrupción en los negocios del art. 286 ter CP pudiera considerarse como un supuesto del delito de cohecho activo, salvo por el hecho de que la redacción actual le otorga un carácter autónomo con respecto a éste, a pesar de mantener “*la simetría con los comportamientos de particulares que se contemplaban en el anterior art. 423 (actuales arts. 419 y 420)*”³⁷⁸.

³⁷³ SANTANA VEGA, D. “Art. 268 bis”, en VERA SÁNCHEZ, S. (Dir.) / CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Coords.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1005.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ ROMA VALDÉS, J.A. (Dir.), *Código Penal comentado*, cit., p. 485.

³⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Propiedad industrial e intelectual, mercado y consumidores”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código Penal*, cit., p. 434. No obstante, existe una discusión doctrinal al respecto que más adelante se expondrá.

³⁷⁷ SAP Navarra 111/2020, 23 abril, FJ 24.

³⁷⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, nº14 (2018) (en línea, <https://e-revistas.uc3m.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018), pp. 315 s.

Cabe decir al respecto que el art. 286 ter CP únicamente recoge el punto de vista de corrupción activa, no pasiva. Al respecto, la doctrina se ha preguntado por qué sí se recoge para los demás tipos afines y no para éste, llegándose a proponer que, para solucionar esta laguna de impunidad, se supongan remisiones tácitas a otros tipos penales que pudieran ser de aplicación, si bien sería recomendable incluir la modalidad pasiva en la redacción del art. 286 ter CP³⁷⁹. No obstante, NIETO MARTÍN discrepa, alegando que esta ausencia se debe a criterios pragmáticos, puesto que la finalidad de este artículo es la de “*controlar el comportamiento de las empresas nacionales en el exterior*”, y el art. 286 ter CP recoge el verbo “corromper”, que únicamente hace referencia a “*la intención de intercambiar una ventaja indebida por un comportamiento del funcionario público*”³⁸⁰.

3.6.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

Empecemos por repasar los elementos del delito de corrupción en los negocios activa y pasiva. A nivel jurisprudencial, se considera que los dos criterios que se deben dar, cumulativamente, para apreciar la comisión de este tipo penal son, por un lado, que la entrega o recepción del beneficio (o de la ventaja) pongan en peligro grave la competencia en ese mercado y que este peligro sea concreto, no siendo suficiente la concesión de una ventaja o de un beneficio con una mera esperanza no concreta de obtener una ventaja indeterminada³⁸¹. El incumplimiento de las obligaciones, pues, no es un elemento del tipo según la redacción actual del precepto³⁸². En cuanto al requisito mencionado de que se ponga en grave peligro la competencia en una contratación, se alude a que el soborno, como elemento objetivo, debe ir canalizado a ello, lo que supone la exclusión, en algunos casos, de la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto

³⁷⁹ PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A.I., *Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid (2017) (en línea, <https://eprints.ucm.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018), p. 406.

³⁸⁰ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción en los negocios” en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 427.

³⁸¹ A modo de ejemplo, SAP Barcelona 173/2018, 28 febrero (en particular, FJ 2).

³⁸² GIL NOBAJAS, M.S., “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, REPC, nº 35 (2015) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018), en especial p. 576. No obstante, esta autora plantea algunas dudas en relación con esta cuestión, atendiendo a que el sujeto activo incumple normas de competencia, aunque ninguna de ellas está necesariamente referida a sus funciones o a una supuesta lealtad a la empresa.

que quien se vería beneficiada sería únicamente la persona física que solicitase o aceptase el regalo, ofrecimiento o promesa³⁸³.

Como apunte, es una práctica habitual en varias empresas el hecho de hacer acopio de todos los regalos que se vayan haciendo, que habitualmente, tienen un precio relativamente pequeño, y repartirlos entre los trabajadores o sortearlos con independencia de quién ha recibido qué. Si bien de ese modo se consigue que ninguna persona física se vea directa y concretamente beneficiada por un regalo hecho por un tercero, en opinión propia no se trata de una práctica recomendable desde la óptica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que se sigue aceptando un regalo de parte de una empresa a otra, aunque la identidad de las personas físicas que han intervenido en la transacción se diluya (al menos, en parte). Más adelante se volverá sobre esta cuestión. De momento, déjese aquí apuntado que consideramos que este es un argumento más para considerar el delito de corrupción pasiva es un delito común, tal como sugiere la práctica unánimidad de la doctrina, mientras que el de corrupción activa es un delito especial³⁸⁴.

Otro elemento, en consecuencia de lo anterior, es el favorecimiento indebido a alguien. Al respecto, NIETO MARTÍN considera que el término “favorecimiento” es suficientemente amplio como para incluir conductas de diversa índole que no tienen por qué ceñirse al acto de la contratación o a la toma de ninguna decisión específica, sino que “*abarca conductas que entre los funcionarios públicos pertenecerían más a la esfera del tráfico de influencias*”. Este favorecimiento, además, ha de darse en un contexto en el que diversas partes compitan para una contratación con una entidad concreta³⁸⁵.

En cuanto a los elementos subjetivos, tanto la corrupción en los negocio activa como la pasiva son tipos esencialmente dolosos³⁸⁶. Doctrinalmente, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO expone que el objetivo que se debe perseguir en la corrupción activa es, por un lado, conseguir que se celebre un contrato determinado o manenerse en la contratación y, por otro, obtener o seguir disfrutando de cualquier otra ventaja³⁸⁷. En idéntico sentido se pronuncia SÁNCHEZ MELGAR, quien considera que la finalidad de la acción es el

³⁸³ *Ibidem*, p. 612.

³⁸⁴ Por todos, OTERO GONZÁLEZ, P., “La corrupción en los negocios tras la reforma penal por la L O 1/2015”, CPJML, nº 12 (2016), p. 211. Esta misma autora señala, de acuerdo con CASTRO MORENO, que, probablemente, en la mayoría de los casos los sujetos activos de la corrupción en los negocios pasiva serán los mismos que los de la corrupción activa. Véase CASTRO MORENO, A., “Corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Coord.), *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley Orgánica 5/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010, p. 293.

³⁸⁵ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción en los negocios” en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 439.

³⁸⁶ Por todos, HERRERO GIMÉNEZ, R., *El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares*, tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid (2018) (en línea, <https://eprints.ucm.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018), p. 309-313.

³⁸⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J, *Eunomía*, nº 14 (2018), p. 315.

favorecimiento del sujeto activo frente a otros, si bien ello presenta la dificultad de que, en el sector privado, no existen normas estrictas sobre contratación, sino que se somete buena parte del proceso a la autonomía de la voluntad³⁸⁸.

Por su parte, el delito de “corrupción en los deportes” del art. 286 bis.4 CP presenta estos mismos elementos, pero focalizados en el ámbito de una competición deportiva reglada. En este sentido, tal como sucedía con este tipo en su redacción original, se trata de un delito especial propio cuyos autores únicamente pueden serlo los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, así como los deportistas, árbitros o los jueces³⁸⁹. A salvo de lo que pueda disponer la regulación sectorial administrativa, no entran dentro del ámbito de éste tipo penal los amaños de apuestas deportivas por Internet³⁹⁰.

Como elementos objetivos, además de los indicados, debemos estar en el contexto de una competición de especial relevancia económica o deportiva. En este punto, la redacción actual del CP nos da una interpretación auténtica de estos conceptos, siendo el primero de ellos el que se corresponde con una competición en la que sus participantes perciban una compensación económica por su participación y, el segundo, el que corresponde con una competición de la máxima categoría dentro de su modalidad agendada por la federación deportiva correspondiente. MAGRO SERVET matiza que por “competición de relevancia económica” se debe entender aquella “*en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad*”, lo que incluiría dentro de este supuesto las competiciones en las que los participantes de un equipo reciban alguna retribución, aunque sea modesta. En cuanto al concepto de “especial relevancia deportiva”, este autor opina que, en base a la definición legal, se acota a las competiciones más relevantes, como los partidos de fútbol de primera división o la ACB de baloncesto, entre otras³⁹¹.

³⁸⁸ SÁNCHEZ MELGAR, J., “La corrupción en el sector privado”, RXG, nº 63 (2009) (en línea, <http://rexurga.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018), p. 29.

³⁸⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I., “El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código penal”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 451 ss., en especial p. 459.

³⁹⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*. Ed. Reus. Madrid, 2010, p. 382.

³⁹¹ MAGRO SERVET, V., “La corrupción en el deporte en la reforma del Código Penal (nuevo art. 286 bis.4)”, *Diario La Ley*, nº 8493 (2015) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 6 de agosto de 2018). Sin embargo, en ocasiones, la jurisprudencia ha interpretado que este tipo penal también ampara categorías inferiores, tal como muestran la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 Girona 283/2018,

En lo tocante al elemento subjetivo, si bien está claro que estamos ante un tipo doloso (aunque difícilmente pudiera bastar el mero dolo eventual)³⁹², existe una discusión doctrinal acerca de la finalidad del resultado pretendido: la doctrina es unánime en que quedarían amparados en este delito los sobornos a árbitros y jueces para que determinasen un ganador en contra del auténtico resultado de la competición, o que los pagos para dejarse ganar o incluso empatar también se incluyen en este supuesto. No obstante, como se ha apuntado *supra*, las llamadas “primas a terceros” (es decir, pagar como incentivo para ganar) generan más discusión. La práctica unanimidad de la doctrina entiende que estas “primas” no quedan incluidas en el tipo: entre otros argumentos, tal como se ha visto, se alega que estos pagos incentivan a aumentar la competitividad, pero no determinan ningún resultado³⁹³. Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina, que ha sido amparado por la jurisprudencia³⁹⁴, considera que los mismos supondrían una interferencia externa en el juego que no habría sido previamente estipulada, lo que resulta contrario a lo dispuesto en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, pues contribuirían a manipular el resultado final³⁹⁵.

Centrémonos, para finalizar, en el delito del art. 286 ter CP, un delito común que incorpora las recomendaciones del Grupo Anticorrupción de la OCDE, como ya hiciera en su día el ahora modificado art. 445 CP, con una redacción similar³⁹⁶. El principal elemento que diferencia este tipo penal de los recogidos en el art. 286 bis CP, como se ha apuntado *supra*, es que la persona que se intenta corromper (no siendo necesario que se consiga la corrupción) ha de ser un funcionario público internacional, a cuyos efectos

17 septiembre, en relación con un intento de amaño en el resultado de un partido de fútbol entre el Girona FC y el Racing de Santander (ambos equipos de segunda división), o la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 Valencia 386/2019, 7 octubre, en relación con un partido de fútbol entre equipos de tercera división.

³⁹² De acuerdo, ANARTE BORRALLA, E. / ROMERO SÁNCHEZ, C., “El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”, RECPC 14-20 (2012) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultado el 6 de agosto de 2018), p. 25.

³⁹³ Por todos, y a mero título de ejemplo, BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *El delito de fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del art. 286bis.4 del Código Penal*. Ed. Dikynson. Madrid, 2011, p. 174.

³⁹⁴ SAP Navarra 111/2020, 23 abril, FJ 24.

³⁹⁵ GILI PASCUAL, A., “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos”, RDPC, 3ª época, nº 8 (2012) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultada el 6 de agosto de 2018), p. 57.

³⁹⁶ AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado*, cit., p. 251.

interpretativos debemos acudir al art. 427 CP en su redacción actual (dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo)³⁹⁷.

Según la doctrina mayoritaria, basta con que la contraprestación ofrecida o prometida al funcionario tenga la capacidad objetiva de corromper, por lo que este tipo no incluye los pagos pequeños³⁹⁸; es decir, el delito de soborno transnacional, teniendo en cuenta la desproporción de la pena, está pensado para supuestos en los que las cantidades económicas sean relevantes³⁹⁹ (sin perjuicio de la agravante al respecto del art. 286 cuater CP). En este contexto, nos mostramos de acuerdo con FEIJOO cuando considera que habría que analizar si es legítimo sancionar a una empresa española por competencia desleal frente a competidores que no tienen las mismas obligaciones en materia de competencia. Por ejemplo, sería el caso de un competidor extranjero cuyo derecho interno le permitiese sobornar a un posible cliente con algún regalo, cosa prohibida para la empresa española. Este autor recuerda, no obstante, que la criminalización de la corrupción en el sector privado se ciñe al ámbito de la Unión Europea, por lo que no es una criminalización completamente globalizada⁴⁰⁰.

En cuanto al elemento subjetivo, se trata, al igual que los anteriores, de un tipo doloso. En opinión de DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (citando una abundante doctrina), además, hay otro elemento subjetivo a tener en cuenta: si partimos de la base de que el delito del art. 286 ter CP es de tendencia, la finalidad del sujeto activo de conseguir sobornar al funcionario debe ser considerada como un elemento subjetivo que determine la tipicidad o no de la acción, más allá del dolo con el que se pueda haber actuado⁴⁰¹. Sin embargo, discrepamos con esta interpretación: en opinión propia, el dolo directo, o incluso el indirecto (no así el eventual), abarcaría este elemento tendencial, puesto que no se entiende que se ofrezca un soborno conscientemente (en cualquier contexto) sin que se

³⁹⁷ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción en los negocios” en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 425. No obstante, la interpretación que debe hacerse de “funcionario público” no es unánime en la doctrina: para un repaso de las distintas posturas, véase PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A.I., *Delitos de corrupción*, cit., pp. 185 s.

³⁹⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J, *Eunomía*, nº 14 (2018), p. 316.

³⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Diario La Ley*, nº 8987 (2017) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 6 de agosto de 2018).

⁴⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Límites a la aplicación de los delitos de corrupción en los negocios cometidos por empresas españolas fuera del territorio nacional”, en CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.) / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed. Edisofer. Madrid, 2016, pp. 328 s.

⁴⁰¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Eunomía*, nº 14 (2018), p. 316.

pretenda obtener un beneficio directo o indirecto que pase por conseguir sobornar a quien se pretenda.

3.6.4. Ejemplo práctico

Veamos ahora algunos ejemplos de aplicación de los delitos precedentes. A falta de jurisprudencia en el ámbito del TS, que por escasa e imprecisa no presenta ningún elemento digno de ser considerado en esta investigación, el primero corresponde a una Sentencia de la AN, en concreto, la SAN 3/2017, 23 febrero. En este caso, una sociedad dedicada al ámbito editorial llegó a diversos acuerdos, desde su creación, con el Ministerio de Educación, Ciencia y Deportes de la República de Guinea Ecuatorial para la edición de libros de texto de diversos cursos. Se fueron sucediendo diversos acuerdos a lo largo del tiempo, siempre con reflejo contractual entre el Ministro de Educación, Ciencia y Deportes y la persona representante de la entidad. Sin embargo, en un momento dado, la mercantil hizo una transferencia económica al citado Ministerio a fin y efecto de mantener las relaciones contractuales (materializándose en una supuesta donación para la capacitación de profesores de lengua inglesa y francesa, a pesar de que la cuenta bancaria a la que fue a parar el dinero estaba a nombre del Viceministro de Educación).

La AN calificó estos hechos como constitutivos de un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales previsto y penado en el art. 445 CP en su redacción anterior a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que aún no estaba en vigor en el momento de los hechos (si bien ya se ha visto en la exposición de los epígrafes precedentes que ese delito se corresponde, en una redacción similar, al del actual art. 286 ter CP)⁴⁰². En este caso, el soborno se materializó en un pago, cumpliéndose con el requisito indicado por la doctrina mayoritaria de que lo ofrecido sea una cantidad dineraria⁴⁰³.

⁴⁰² En cuanto a la condición de funcionario público extranjero, esta SAN indica que en el pretérito art. 445 CP “[s]e castigaban las gratificaciones por sí o por persona interpuesta, entendiéndose que tal comportamiento ha de suponer una ayuda para el particular que corrompe o intenta corromper. El comportamiento corruptor ha de recaer sobre autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales...”.

⁴⁰³ No obstante, el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptado en París el 17 de diciembre de 1997, que entró en vigor en España el 4 de marzo de 2001, establecía que se tipificase como delito “cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero”. Véase al respecto GALÁN MUÑOZ, A., “Globalización, Corrupción internacional y Derecho

Trayendo esta interpretación al actual art. 286 ter CP, tal como hace la AN, debemos hacer dos apreciaciones. Por un lado, en cuanto los elementos objetivos, no resulta suficiente acudir a cualquier funcionario o autoridad para conseguir la ventaja indebida que se sanciona, sino que, a los efectos de este tipo penal, debe tratarse de una persona competente en la materia que corresponda (y que, por tanto, sea gerente del buen funcionamiento de la Administración dentro de su esfera competencial)⁴⁰⁴. Por otro lado, en cuanto al elemento subjetivo, como se ha visto en la exposición precedente, la AN indica que la imprudencia no está tipificada para este delito, si bien se admite el dolo eventual⁴⁰⁵.

Al final, este organismo concluye que “[e]xiste esta intencionalidad, evidentemente, cuando una empresa española hace un pago a un funcionario de un país extranjero para obtener o conservar un contrato en dicho país”. Esta presunción, que entendemos como *iuris tantum* a pesar del uso del adverbio “evidentemente”, la interpretamos en el sentido de que se declaran típicos los pagos que tengan ese objetivo, si bien debería demostrarse que el propósito que persiguen es el de obtener un beneficio del funcionario a quien pagan y que la apariencia de legalidad del pago, si la hubiera (como en el caso), es meramente ficticia.

Otro ejemplo de aplicación de estos tipos penales, que por ser más breve no merece un análisis en profundidad, lo encontramos en el AAP Valencia 67/2018, 25 enero. En concreto, se trata aquí un delito de corrupción en los deportes del que queremos destacar un pronunciamiento que fundamenta la *ratio decidendi* de la resolución. En este caso, supuestamente⁴⁰⁶, los jugadores de un determinado equipo de fútbol de primera división pagaron a algunos jugadores de su equipo rival unas cantidades de dinero para que se dejaran ganar. Este partido tenía especial importancia, puesto que determinaba la permanencia en primera división del equipo que estaba acusado de sobornar al otro. Por ello, el FJ 2 de este Auto indica que los hechos son subsumibles en el art. 286 bis.4 CP.

penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015”, REPC, nº 36 (2016) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultado el 6 de agosto de 2018), p. 614.

⁴⁰⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., Diario La Ley, nº 8987 (2017).

⁴⁰⁵ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción en los negocios” en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 426.

⁴⁰⁶ Este asunto todavía no ha sido resultado de manera definitiva por el Tribunal competente, por lo que la presunción de inocencia nos obliga a no dar por hechas ningunas actuaciones.

No obstante, lo que realmente queremos destacar son las alegaciones de la AP de Valencia en su FJ 5, en concreto las dos siguientes: “[e]s igualmente incontrovertido, por ser hecho público y notorio, que el partido de fútbol a disputar entre Real Zaragoza y UD Levante aconteció el 21 de mayo de 2011 y que el Real Zaragoza precisaba de la victoria en el encuentro para permanecer en primera división”, “Finalmente, el hecho de que el árbitro del partido no hiciera constar sospecha alguna de alteración no es determinante para apreciar la conducta del art. 286.4 bis CP (...), bastaría la comisión de cualquier conducta que tuviera por objeto la predeterminación del resultado”.

Lo destacable de estas dos explicaciones es que la Audiencia utiliza como *ratio decidendi* dos aspectos absolutamente extrajurídicos, basados en la realidad de ese momento y en el pragmatismo de una competición deportiva de alto nivel. Bien es cierto que los hechos públicos y notorios no requieren de prueba específica (art. 281.4 LEC, de aplicación subsidiaria a la LECrim en este caso), pero no deja de resultar llamativa la absoluta adaptación a la realidad económica y a la práctica que tiene un precepto del CP que pueda ser aplicado en base a un criterio como el esgrimido por la AP de Valencia en este caso.

Sin embargo, además de los dos ejemplos anteriores, hay un caso que, por su importancia, merece una consideración aparte en lo que respecta al delito de corrupción en los negocios: el llamado *farmasponsoring*. Tradicionalmente, constituía una práctica habitual que los laboratorios farmacéuticos sobornasen a médicos con regalos de elevada cuantía para que prescribieran sus productos en vez de los de un competidor, y que solían consistir en incentivos directos (obsequios, invitaciones...) o en la financiación de congresos/seminarios de formación. Estas prácticas, a pesar de que se pretendían justificar alegando la necesidad de formación continua o una mera campaña de promoción, resultaban atípicas antes de la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, de 22 de junio (salvo que su destinatario fuese un funcionario público del ámbito de la sanidad), si bien en la actualidad, y desde entonces, aun con las reformas de la redacción que se han ido sucediendo, resultan claramente subsumibles en el tipo del art. 286 bis CP⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ En adelante, y salvo cita específica de otra obra, GÓMEZ MARTÍN, V., “Farmasponsoring y corrupción”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 997 ss.

Centrémonos en este punto. Tal como señala GÓMEZ MARTÍN, proyectando el delito de corrupción entre particulares a este ámbito, se protege el correcto funcionamiento de la Administración y, más en concreto, el principio de imparcialidad. En este sentido, el objeto de protección es la libre competencia en el ámbito farmacéutico⁴⁰⁸, si bien debe constatar que el farmacéutico no es un mercado ni mucho menos de competencia perfecta, sino un oligopolio en el que unas pocas firmas absorben la práctica totalidad del mismo, usándose la estrategia de fijación de precios de líder-seguidor (tal como se ha visto en el Capítulo I)⁴⁰⁹. Por tanto, podemos matizar que se protege la libre competencia entre los pocos actores que realmente compiten en el mercado farmacéutico, y más en concreto, los que compiten dentro de cada segmento del mismo.

Este autor señala que, tras la reforma de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios dada por el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, los “visitadores médicos” deberán, en adelante, informar a los médicos de las novedades que vayan saliendo para que éstos las conozcan y tengan en cuenta a la hora de recetar soluciones a sus pacientes, pero el trabajo comercial deberá centrarse en las oficinas de farmacia, por tener sustancialmente ampliado su ámbito de decisión. No obstante, en materia de los regalos que se pueden hacer, si bien se prohíben con carácter general, sí se aceptan aquellos que sean de importe insignificante, si bien ninguna norma indica cuál es el importe máximo ni en el caso de los médicos ni en el de los farmacéuticos⁴¹⁰. Trasladado al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, GÓMEZ MARTÍN señala que, tras la reforma mencionada, el sujeto a quien se dirija la dádiva o promesa indebida debe ser, tanto en el ámbito de la corrupción activa como pasiva, el propio sujeto corrupto (a diferencia de lo que establecía la redacción original de este artículo, que permitía que en los casos de corrupción activa el beneficiado fuese un tercero)⁴¹¹.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Véase, por ejemplo, MIÑO LÓPEZ, A., *Prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público*, tesis doctoral defendida en la Universidade Da Coruña (2018) (en línea, <https://ruc.udc.es/>, consultada el 1 de diciembre de 2020), pp. 56 ss.

⁴¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., en *LH-Bajo*, cit., p. 1002.

⁴¹¹ GÓMEZ MARTÍN, V., “Medicina y corrupción: el caso del *farmasponsoring*”, en GÓMEZ MARTÍN, V. / CORCOY BIDASOLO, M.L. (Dirs.) / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coord.), *Fraude a consumidores*, cit., pp. 468 ss.

En este contexto, siendo éste un delito especial (que podemos clasificar como delito “de posición”) en el que el *intraneus* tiene, además, un deber jurídico extrapenal disciplinario, GÓMEZ MARTÍN se cuestiona la idoneidad de la tipificación de la responsabilidad penal de una persona jurídica en este delito, máxime teniendo en cuenta el catálogo de posibles sujetos activos del mismo⁴¹². Este autor centra la cuestión (aunque no de manera única) en la figura del “colaborador”, cuya actuación pudiera generar responsabilidad en la persona jurídica a pesar de que, por su propia definición, no tenga sujeción a la autoridad del ningún administrador o directivo⁴¹³. Opinión distinta la ostenta NIETO MARTÍN, quien indica que la figura de los colaboradores se refiere a “*terceros ajenos a la empresa pero que presten sus servicios para la misma de manera continuada o puntual*”, y asemeja su deslealtad (en este delito concreto) a la de los empleados o administradores⁴¹⁴. Asimismo, BOLEA BARDON sugiere que la interpretación que se dé a la referencia al “colaborador” sea restrictiva, a pesar de la amplia redacción que le legislador ha dado a este tipo penal, puesto que en otros ordenamientos con tipos similares, como por ejemplo el alemán, no se contempla ninguna referencia a esta figura⁴¹⁵.

Finalmente, cabe considerar la posición de FARMAINDUSTRIA, la principal patronal del sector, que obliga a todas las empresas que se adhieran a aceptar su Código de Buenas Prácticas con el objetivo de prevenir posibles conductas de las que se podría derivar responsabilidad penal para la persona jurídica. De hecho, en opinión de FOUREY, compartida por BAYO BUSTA, la buena aceptación por parte de esta patronal de las

⁴¹² A mayor abundamiento, el primer apartado del art. 286 bis CP tipifica un delito común, mientras que el segundo apartado del mismo tipifica un delito especial que se puede calificar como de posición (atendiendo al hecho de que existen distintos sujetos que puedan decidir sobre una contratación en una persona jurídica, aunque deban ejecutar unas funciones determinadas para ello. Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Propiedad Intelectual e industrial, mercado y consumidores”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código Penal*, cit., p. 424. En contra, ROBLES PLANAS, R. / JAVIER RIGGI, E. J., “El extraño art. 65.3 del Código Penal Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, *InDret* 4/2008 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 9 de noviembre de 2019), p. 11, consideran incorrecto hablar de “delitos de posición” como una categoría de los delitos especiales (salvo que se haga en un sentido formal y aparente).

⁴¹³ GÓMEZ MARTÍN, V., “¿Delitos de posición con infracción del deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, *CPC*, segunda época, nº 118 (2016). Ed. Dykinson. Madrid, pp. 87 ss. (en especial, 106 ss.).

⁴¹⁴ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción en los negocios”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 441.

⁴¹⁵ BOLEA BARDON, C., *InDret* 2/2013, p. 22.

políticas dirigidas a paliar los riesgos de la propia actividad deriva de la mitigación de la responsabilidad que de su adopción se deriva⁴¹⁶.

3.6.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

Cuando se introdujo el delito de corrupción en los negocios (inicialmente llamado “entre los particulares”) en nuestro ordenamiento jurídico, SILVA SÁNCHEZ opinó, con razón, que ello supondría “*una modificación de prácticas muy asentadas en buena parte de nuestro tejido empresarial*”⁴¹⁷. La praxis empresarial nos muestra que esas prácticas, desafortunadamente, consisten en el ofrecimiento de regalos, en ocasiones cuantiosos. No obstante, no siempre se puede hablar de que ello suponga un falseamiento de la competencia, por el simple motivo de que todos los ofertantes los hacen y, en consecuencia, dejar de hacer esos regalos (o dádivas, beneficios, promesas...) supondría ser expulsado del mercado en un primer momento, puesto que todos los demás competidores continuarían con esta práctica, lo que sugiere que pocas empresas se atreverán a ser las primeras en eliminarlos.

En la exposición precedente hemos tratado el caso del *farmasponsoring*, pero este no es el único. Otro ejemplo, de los muchos que se podrían citar, lo encontramos en el sector del mueble. Aquí, es habitual que los grandes fabricantes regalen a sus distribuidores viajes a lugares exóticos a cambio de llegar a una determinada cifra de ventas. Esta práctica es común en todo el sector, si bien supone que los pequeños fabricantes sin poder económico suficiente como para llevarla a cabo nunca podrán competir en condiciones de igualdad con los más grandes.

La frontera entre un incentivo comercial que se corresponda a una campaña de marketing especialmente agresiva y un delito de corrupción en los negocios, como puede verse en estos dos ejemplos, es más que difusa, y requeriría de un mayor desarrollo de la tipicidad del art. 286 bis CP para delimitarla. No obstante, también cabe tener en cuenta que, a día de hoy, tras la situación de crisis económica que vivió la sociedad española desde 2007 hasta 2015, los regalos en general se han visto reducidos

⁴¹⁶ FOUREY GONZÁLEZ, M., “*Compliance* penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis Crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, AJUM, nº 43 (2016) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 3 de diciembre de 2018), pp. 64 s.; BAYO BUSTA, A., “*Compliance* en la industria farmacéutica”, Cuadernos de Derecho farmacéutico, nº 54 (2015) (en línea, <http://www.fieldfisherjausas.com/>, consultada el 3 de diciembre de 2018), p. 16.

⁴¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., Diario La Ley, nº 7534 (2010) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 2 de agosto de 2018).

a pequeños detalles (como cajas de bombones o botellas de vino) que se hacen únicamente en fechas señaladas, como Navidad, en las que está socialmente aceptado⁴¹⁸.

La introducción de este delito pretende hacer que la empresa se quede con la mejor oferta y no la que “incentive” a sus miembros⁴¹⁹. Dicha mejor oferta, no obstante, supone un margen interpretativo amplio, puesto que una determinada opción puede ser la mejor según unos criterios y no serlo según otros. Como solución, la práctica empresarial muestra cómo cada vez son más populares los “protocolos de homologación de proveedores”, según los cuales una empresa evalúa las distintas opciones de contratación que tiene según los parámetros que elija y se queda con el que mejor puntuación obtenga. Sin embargo, en la práctica estos protocolos son utilizados únicamente para operaciones de cierta envergadura, pues para compras pequeñas se consideran poco operativos, y los criterios suelen favorecer al proveedor más barato (aunque, por supuesto, no siempre)⁴²⁰.

En este sentido, la doctrina ha sugerido, como propuesta conciliadora de la realidad empresarial y la legislación penal, que si un proveedor está suficientemente homologado puede hacer regalos y la empresa puede aceptarlos, puesto que la homologación demostrará que no está contratando con él por la dádiva, beneficio o promesa, sino porque cumple con unos requisitos mínimos determinados mejor que las demás alternativas⁴²¹. Ello no obstante, el falseamiento de los resultados de la homologación a favor de un proveedor determinado, o el hecho de dar a un proveedor por homologado

⁴¹⁸ Véase al respecto GÓMEZ RIVERO, M.C., REPC, nº 37 (2017), pp. 266 ss., 288. Esta autora alude al “principio de insignificancia”, conforme al cual no constituirían actos de corrupción los regalos de importe pequeño entregados únicamente en fechas señaladas. Consideramos que este argumento, perfectamente adaptado a la realidad económico-empresarial española, puede ser una de las grandes claves interpretativas de este delito, puesto que en muchos casos los regalos que se ofrecen son poco más que “simbólicos”, y por este principio no deberían entrar dentro de este tipo penal, sino que éste se debería dejar para los regalos de importe elevado y, sobre todo, que no guardasen relación con el contexto de la contratación.

⁴¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Propiedad industrial e intelectual, mercado y consumidores”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código Penal*, cit., p. 422.

⁴²⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ VALLEJO, G / DE PABLO HEREDERO, C / BLANCO CALLEJO, M., “Valoración de la homologación de proveedores desde la sostenibilidad y la responsabilidad social”, RRSE, nº 23 (2016) (en línea, <https://www.accioncontraelhambre.org/>, consultada el 20 de noviembre de 2020), p. 83. No obstante, este párrafo ha sido obtenido directamente de la práctica profesional de quien escribe. El trato con diversas empresas de diversos tamaños y mercados demuestra que la homologación de proveedores no es una prioridad en las empresas de menos de 100 trabajadores, sino que el procedimiento habitual es pedir tres presupuestos a tres posibles proveedores y hacerles competir en precio y, puntualmente, en amplitud de servicio.

⁴²¹ En este sentido, GÓMEZ RIVERO, M.C., REPC, nº 37 (2017), p. 291.

simplemente porque se viene contratando con él desde hace mucho tiempo, son prácticas habituales que hacen que esta solución se demuestre débil y falible.

De hecho, siguiendo esta línea de argumentación, OTERO GONZÁLEZ opina que la tipificación de este delito “*supone el refuerzo de la sanción penal al incumplimiento de las buenas prácticas de negocios en las empresas (Compliance), convirtiéndose la criminalización de la corrupción entre particulares en una estrategia prioritaria empresarial dentro de las prácticas de buen gobierno*”⁴²². Lamentablemente, en la práctica es frecuente que estas políticas de buen gobierno sean únicamente simbólicas y tengan poca aplicación, ya por motivos económicos, ya por supuestos motivos operativos. Esto subraya la afirmación que hemos vertido en el Capítulo II acerca del poco sentido que tiene un PCN cuando no viene respaldado por una verdadera filosofía de cumplimiento: si bien el sentido político criminal de estos instrumentos es, precisamente, plasmar esta filosofía, la lucha contra la corrupción es un claro ejemplo de que las medidas que se toman son, en muchas ocasiones, poco más que simbólicas. De hecho, OTERO GONZÁLEZ reconoce que “*los instrumentos internacionales, hasta hace pocas décadas, no han pasado de ser textos meramente simbólicos*”⁴²³, lo que es indicativo de que el proceso de cambio puede haber empezado, pero, sin duda, aún tiene un largo recorrido por delante.

Otro problema que encuentra este delito en la práctica es, como se ha apuntado anteriormente, los problemas de competitividad que ello genera en el ámbito del comercio internacional, tal como apuntaba FEIJOO SÁNCHEZ⁴²⁴. A mayor abundamiento de su argumento, que compartimos plenamente, consideramos que estamos ante un sistema perverso en el que los postulados éticos de una determinada zona, plasmados en su legislación (a pesar de que no siempre sea legislación penal, sino administrativa), colisionan frontalmente con la filosofía de otra. La perversión viene dada cuando se está compitiendo en un determinado mercado en el que se da un conflicto claro de intereses entre respetar la legislación estrictamente y ser el proveedor más atractivo de ente los posibles, si una cuestión ética ha de influir en los negocios de esta manera.

⁴²² OTERO GONZÁLEZ, P., “Corrupción entre particulares (delito de)”, *Eunomía*, nº 3 (2012) (en línea, <https://e-revistas.uc3m.es/>, consultada el 4 de agosto de 2018), p. 176.

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Límites a la aplicación de los delitos de corrupción en los negocios cometidos por empresas españolas fuera del territorio nacional: reflexiones en torno al caso Siemens-Enel”, en CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.) / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coord.), *Fraude a consumidores*, cit., pp. 328 s.

Sin embargo, desde un punto de vista de política criminal, resulta fácil comprender por qué el legislador ha optado por sancionar estas conductas: no es permisible una situación en la que se acepten, como algo habitual, las corruptelas en el ámbito privado. La libertad de empresa podría amparar escoger a un proveedor menos eficiente que otro sólo porque ofrece un beneficio determinado, pero si se pretende llegar a una situación de competencia algo más perfecta y libre que la que tiene la economía española, una buena manera es impedir que los proveedores económicamente más fuertes puedan abusar de su potencial frente a otros, puesto que ello supondría barreras de entrada al mercado a nuevos actores (con lo que la competencia quedaría más concentrada y oligopolizada) y la eliminación de los agentes de menores dimensiones y menor poder económico (lo que concentraría aún más la oferta en las empresas más potentes económicamente). Sin embargo, por otro lado, acabar con estas corruptelas a pequeña escala parece prácticamente imposible, por lo que, de hecho, un sector de la doctrina las considera fuera de este tipo penal⁴²⁵.

Otra situación conflictiva con la que nos encontramos es la que expone NIETO MARTÍN respecto de la corrupción a funcionarios públicos extranjeros: la utilización de intermediarios con el fin de amañar los contratos con ellos. Tal como este autor indica, en contextos de intercambios comerciales internacionales es habitual contratar con terceras partes que intermedien entre la entidad de un Estado y la de otro. Si, en estos casos, este intermediario sobornase a alguna autoridad o funcionario público (o, por extensión, a una entidad privada con la que se contratase), podría surgir el problema de determinar hasta qué punto la empresa que lo ha contratado conocía dicho soborno. Se trata, por tanto, de un problema de determinación el elemento subjetivo de este delito que, si bien suele ser de fácil solución dado que lo elevado de las cantidades entregadas como soborno suele ser suficiente “*como para dar por probada la existencia del dolo eventual*”; además, “*resultaría posible y justificado político-criminalmente extender a los delitos de corrupción la figura de la ignorancia deliberada en cuanto supuesto de dolo*”⁴²⁶.

⁴²⁵ GÓMEZ RIVERO, M.C., REPC, nº 37 (2017), p. 266. En idéntico sentido, SÁNCHEZ MELGAR, J., “La corrupción en el sector privado”, p. 29-30.

⁴²⁶ NIETO MARTÍN, A., “Delitos de corrupción en los negocios” en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 426.

Por último, una última situación conflictiva la encontramos en el hecho de que uno de los posibles sujetos activos del delito de corrupción pasiva sean los “colaboradores”, siendo dudoso si estos pueden o no generar responsabilidad penal en una persona jurídica por no estar clara su inclusión en alguna de las figuras a las que se refiere el art. 31 bis).1 CP. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN resuelve parcialmente esta cuestión, interpretando que por “colaboradores” debe entenderse únicamente a los independientes, puesto que los dependientes son los empleados (y, por tanto, los recogidos en la letra b) de este artículo)⁴²⁷.

Si bien estamos de acuerdo con esta consideración, opinamos que los colaboradores independientes (a los que se refieren SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / GÓMEZ-JARA DÍEZ cuando interpretan que esta figura debería estar vinculada a la persona jurídica por un contrato no laboral y que no tiene por qué referirse a prestaciones habituales de servicios⁴²⁸) sí podrían generar responsabilidad penal en una persona jurídica puesto que pueden determinar la ejecución de actividades delictivas en nombre y representación, y en beneficio directo o indirecto, de una persona jurídica⁴²⁹. Tal como lo vemos, un colaborador pudiera ser un delegado de un directivo de la persona jurídica (pongamos por ejemplo, un abogado externo pero con poder de representación de la organización), lo que lo incardinaría dentro de las personas a las que se refiere el apartado b) del citado art. 31 bis CP, por estar sometido a la autoridad de las personas a las que se refiere el apartado a) de este artículo.

Concluimos, pues, que resulta lógico que se genere responsabilidad penal en una persona jurídica por estos hechos. Resulta incuestionable que la introducción de este tipo a la vez que la propia responsabilidad penal de personas jurídicas en España hizo que en su redacción se observase este fenómeno normativo, lo que lo convierte en uno de los pocos tipos penales con un comportamiento adaptado a la realidad económico-empresarial española (con los matices que se acaban de exponer).

Como medidas de prevención, además de los mencionados protocolos de homologación de proveedores, es frecuente en varias grandes empresas que se implemente un

⁴²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., pp. 418 s.

⁴²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo Código Penal*, cit., p. 424.

⁴²⁹ De acuerdo, MIRÓ LLINARES, F., “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015, p. 653.

protocolo sobre la aceptación o la denegación de regalos⁴³⁰. Esta medida, lamentablemente, únicamente podría consistir en una política preventiva, pero muy difícilmente podría llegar a establecerse un medio de control que asegurase que no se reciben regalos para favorecer indebidamente a otro en una contratación (puesto que siempre puede recibirlos en un lugar en el que la organización no tenga presencia, como pudiera ser su domicilio particular).

3.7. DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

3.7.1. Bien jurídico protegido

De nuevo nos encontramos con una materia cuya protección encuentra una vertiente administrativa y otra penal, tal como sucede en gran parte de los delitos vistos hasta ahora⁴³¹. En el caso del delito de blanqueo de capitales, una primera referencia la da REBOLLO VARGAS, quien expone el intenso debate doctrinal existente en torno al bien jurídico protegido (llegándose a poner en duda, por parte de un sector minoritario, la idoneidad de la tipificación de este delito)⁴³². La opinión más extendida, respaldada por la jurisprudencia⁴³³, se inclina por considerar que se trata de un delito socioeconómico cuya tipificación pretende impedir la conversión en legal de bienes generados al margen de la legalidad⁴³⁴. La lesión se produce de tres modos distintos: la receptación respecto

⁴³⁰ Por poner algunos ejemplos, podemos ver que siguen esta dinámica las empresas Endesa, S.A. (<https://www.fundacionendesa.org/content/dam/endesa-fundacion/la-fundacion/transparencia/buen-gobierno/protocolo-de-aceptacion-de-regalos-y-atenciones.pdf>), Telefónica, S.A. (<https://www.telefonica.com/es/web/negocio-responsable/nuestros-compromisos/codigo-etico/integridad>) o Mapfre España, S.A. (<https://www.mapfre.com/media/sostenibilidad/2019/codigo-etico-2019.pdf>).

⁴³¹ Si bien no es este lugar para debatir sobre esta cuestión concreta, simplemente menciónese que esta reflexión no es, en modo alguno, aislada ni única, sino que es una de las expresiones de la llamada “expansión del Derecho penal”, que sugiere, en este caso, que cada vez más esta rama de la Ciencia Jurídica regula aspectos que anteriormente estaban recogidos en otra normativa. Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Ed. Civitas. Madrid, 2001.

⁴³² REBOLLO VARGAS, R., “La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, RDPC, 3ª época, nº 10 (2013) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultada el 24 de septiembre de 2018), pp. 218 s.

⁴³³ El TS se ha inclinado por considerar que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales es el orden socioeconómico, entendido en un sentido más bien amplio, aunque con algunos matices. A modo de ejemplo, véase la STS 331/2017, 10 mayo, FJ 3.

⁴³⁴ GALLEGU SOLER, J.I. / CARPIO BRIZ, D., “Delito de blanqueo de capitales (arts. 301-304 CP)”, en CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / DÍAZ MORGADO, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal económico*, cit., pp. 497 s. Una opinión similar la ofrece LASCURAÍN, quien apunta que “[e]l bien jurídico atacado por el blanqueo es el mismo bien jurídico atacado por el delito del que procede el dinero blanqueado”, indicando más adelante que se protege el mencionado orden socioeconómico. Véase

al patrimonio, puesto que el legislador pretende evitar la “*creación de un escenario fértil*” para un delito precedente al blanqueo; la ayuda a quien comete un delito para poder disfrutar de sus beneficios; y la lesión añadida al bien jurídico afectado por el delito precedente al blanqueo⁴³⁵. Además, algunos postulados, con los que coincidimos, añaden que se trata de un delito pluriofensivo con efectos negativos sobre la economía que se derivan, particularmente, de la pérdida de confianza en el sistema financiero y en la alteración de la libre competencia⁴³⁶.

Otro sector doctrinal opina que hay múltiples bienes jurídicos que se ven menoscabados por un comportamiento constitutivo de blanqueo, tales como la Administración de Justicia en el caso de la ocultación de bienes, si bien se inclina más por una interpretación teleológica, que conduce a pensar que este delito de blanqueo se encuadra dentro del grupo de los delitos socioeconómicos⁴³⁷. En este sentido, se argumenta que las penas que se establecen no tienen como base ningún aspecto fiscal, sino que se justifican por la afectación que este delito tiene hacia la economía global del Estado en el que se produce, encontrando una gran variedad de ejemplos en distintas partes del mundo (como puede ser el caso de Colombia, en el que el blanqueo de capitales derivados del narcotráfico ha impactado de forma positiva en su economía)⁴³⁸.

Finalmente, no podemos acabar este epígrafe sin hacer una mención a la crítica doctrinal hacia la actual regulación de este delito en cuanto a su bien jurídico se refiere. ABEL SOUTO indica que, en su opinión, la regulación de la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, lo ha desnaturalizado con la introducción de un nuevo tipo en el art. 576 CP en materia de terrorismo. Este autor indica que el citado tipo penal, que también supone una modalidad de blanqueo, desnaturaliza el bien jurídico protegido, puesto que no requiere que los bienes utilizados con finalidades terroristas tengan una procedencia ilícita ni que los valores deriven de una actividad ilegal. En consecuencia, y dado que este tipo

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “El blanqueo de capitales”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., pp. 498 s.

⁴³⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “El blanqueo de capitales”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., pp. 498 s.

⁴³⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales”, RGDP, nº 24 (2015) (en línea, <https://www.iustel.com/>, consultada el 22 de septiembre de 2018), p. 2.

⁴³⁷ Por todos, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 314 ss.

⁴³⁸ *Ibidem*.

concreto no pervierte el orden socioeconómico, ABEL SOUTO concluye, con cita a GONZÁLEZ CUSSAC y VIDALES RODRÍGUEZ, que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son delitos de signo diferente e incidencia distinta, al contrario de la consideración generalizada, que relaciona ambos ilícitos íntimamente⁴³⁹.

3.7.2. Comportamiento típico

Las conductas típicas del delito de blanqueo de capitales se vieron ampliadas con la modificación del CP dada por la L.O. 5/2010, teniendo en la actualidad un tipo básico formado por cinco verbos: adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir bienes que provengan de una actividad delictiva; a ellos hay que añadir una cláusula de cierre que el legislador redacta a continuación: “*realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*”⁴⁴⁰. Al respecto cabe decir que la doctrina ha elucubrado dos teorías respecto de la interpretación de esta cláusula: la teoría restrictiva, según la cual la persona que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita los bienes ha de tener la intención de ocultar, encubrir o auxiliar a quien haya cometido el delito a disimular su origen ilícito; y la teoría extensiva, que considera que este elemento subjetivo, sobre el que volveremos más adelante, únicamente debe darse en quien realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes⁴⁴¹. El TS (en especial, STS 265/2015, 29 abril) se ha decantado por la teoría restrictiva, lo que, a juicio de la doctrina mayoritaria, es un acierto, puesto que la teoría extensiva ampliaba en gran medida el elenco de conductas⁴⁴².

El delito de blanqueo de capitales es, además, un delito de acumulación, que admite la sanción penal de un comportamiento aunque no llegue a lesionar ni poner en peligro a

⁴³⁹ ABEL SOUTO, M, “Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero”, RECPC 19-31 (2017) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 24 de setiembre de 2018), p. 32-33.

⁴⁴⁰ A pesar de ello, el TS considera que “[e]l art 301 1º CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente” (STS 693/2015, 12 noviembre, FJ 14). Esta resolución se apoya en otras anteriores: las SSTS 1080/2010, 20 octubre; 265/2015, 29 abril; 408/2015, 8 julio; 515/2015, 20 julio; 506/2015, 27 julio y 535/2015, 14 setiembre.

⁴⁴¹ Véase al respecto DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R., “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, ADPCP 2016 (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 24 de setiembre de 2018), p. 302.

⁴⁴² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “El blanqueo de capitales”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p.504. No obstante, este autor (p. 495) se muestra crítico con el legislador, opinando que utiliza una “*técnica penal poco garantista con un mensaje muy claro: “quita tus manos del dinero sucio”*”, puesto que tipifica, en una interpretación literal del precepto, todo comportamiento relacionado con los bienes procedentes del delito, incluyendo la posesión, las conductas imprudentes y el comportamiento del autor en el delito precedente.

ningún bien jurídico en concreto siempre y cuando el mismo no pueda ser realizado por otros sujetos, “*de tal forma que la reiteración de comportamientos acabe menoscabando el bien jurídico*”⁴⁴³. En esta línea, REBOLLO VARGAS añade que el precepto del art. 301 CP ha sido criticado por contener una superposición de varios comportamientos, así como por su carácter abierto, lo que conlleva dificultades desde el punto de vista del principio de taxatividad penal. Este autor recuerda que la inclusión de las conductas de poseer y utilizar los bienes, que ya se habían encontrado en la tradición legislativa penal española, fueron criticadas por el CGPJ, que indicó que no constituían actuaciones tendentes al disimulo del origen de los mismos, y añade que quien posea o utilice un bien sabiendo que proviene de una actividad delictiva en la que no ha participado, ni los encubre ni los oculta⁴⁴⁴. Este autor también considera que la tipificación de cualquier acto de ocultación o encubrimiento es demasiado amplia y, por ello, criticable desde la óptica del principio de legalidad. Lo mismo entiende hacia la conducta de realizar cualquier otro acto para ayudar a la persona que haya realizado la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos, si bien en este caso lo relaciona con lo dispuesto en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo: más concretamente, el art. 2 ñ) de esta Ley califica como sujetos obligados, entre otros, a los abogados, cuyo deber de secreto profesional puede entrar en conflicto con el deber de informar a las autoridades de ciertas cuestiones delictivas previstas por esta norma⁴⁴⁵; en estos casos, REBOLLO indica que, a tenor del art. 22 de esta norma, prevalece el deber de secreto profesional “*salvo cuando su intervención esté directamente relacionada con actividades de blanqueo o de financiación del terrorismo*”⁴⁴⁶.

Para finalizar, en cuanto se refiere a las conductas de ocultación y de encubrimiento, cabe decir que son las que tradicionalmente han conformado este delito, a pesar de que en la actualidad se encuentren reguladas en el segundo apartado del art. 301 CP. En opinión de FARALDO CABANA, con la que estamos de acuerdo, se trata de dificultar la identificación del bien objeto de este delito, de tal modo que se castiga la obtención del resultado de ocultación o encubrimiento por parte del blanqueador, y no únicamente una

⁴⁴³ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo*, cit., p. 332.

⁴⁴⁴ REBOLLO VARGAS, RDPC, 3ª época, nº 10 (2013), pp. 218 s.

⁴⁴⁵ Véase, sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, InDret 1/2008 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 16 de noviembre de 2018).

⁴⁴⁶ REBOLLO VARGAS, RDPC, 3ª época, nº 10 (2013), pp. 222 s.

conducta tendente a ese resultado. Esta autora opina que se tipifica la segunda fase del delito de blanqueo de capitales⁴⁴⁷.

Tras esta exposición, debemos centrar ahora nuestra atención en dos cuestiones específicas relacionadas con el comportamiento típico del delito de blanqueo de capitales. La primera de ellas es el llamado “autoblanqueo”, conducta consistente en blanquear los bienes derivados de un delito cometido por el propio blanqueador. Tal como observa MATALLÍN EVANGELIO, la redacción original del art. 301 CP no contemplaba la sanción del autoblanqueo, al igual que sucedía con la redacción que recogía el CP de 1973, si más no de forma expresa. No obstante, esta autora admite la interpretación de que sí se incluía alguna forma de autoblanqueo mediante cualquier actuación destinada a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes que se tratase, más allá de su adquisición, conversión o transmisión, cosa que únicamente podría darse si la mencionada conducta se llevaba a cabo con desconocimiento de que los bienes provenían de un delito grave⁴⁴⁸.

Sin embargo, la tipificación de este delito dada por la L.O. 5/2010 sí incluyó la tipificación del autoblanqueo, “*a pesar de que en puridad se trata de un acto posterior ordenado a la consumación material o agotamiento del plan delictivo*”⁴⁴⁹. La doctrina ha considerado, de manera casi unánime, que esta previsión vulnera el principio *non bis in ídem*, puesto que, entre otros motivos, la adquisición de los bienes es una de las conductas comisivas posibles de este delito, por lo que infringiría este principio el hecho de que la misma formara parte del delito precedente⁴⁵⁰. No obstante, a modo de posible respuesta a esta cuestión, LASCURAÍN propone distinguir entre distintas situaciones. Este autor se acoge, en línea con la doctrina del TS⁴⁵¹, a una interpretación

⁴⁴⁷ FARALDO CABANA, P., “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”, en PUENTE ABA, L.M. / ZAPICO BARBEITO, M. / RODRÍGUEZ MORO, L., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Ed. Comares. Granada, 2008, p. 171.

⁴⁴⁸ MATALLÍN EVANGELIO, A., “El “autoblanqueo” de capitales”, RGDP, n° 20 (2013) (en línea, <https://www.iustel.com/>, consultada el 25 de septiembre de 2018), pp. 16 s.

⁴⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., Diario La Ley, n° 7534 (2010).

⁴⁵⁰ FARALDO CABANA, P., “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, REPC, n° 14 (2012) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 30 de septiembre de 2018), pp. 59 s.; MATALLÍN EVANGELIO, A., RGDP, n° 20 (2013), pp. 22 s. Esta autora también señala que el autoblanqueo entra en conflicto con la tipificación de la posesión de los bienes, ya que es otra conducta comisiva que no debería ser valorada de forma independiente.

⁴⁵¹ Por ejemplo, la STS 165/2016, de 2 de marzo, establece algunas indicaciones sobre la materia del autoblanqueo. Así, el FJ 4 de esta resolución empieza exponiendo que, si bien esta materia tradicionalmente ha generado dudas, hubo un giro en la doctrina jurisprudencial a raíz del Acuerdo No Jurisdiccional de 18 de julio de 2006: con anterioridad a esta fecha, se consideraba que el autoblanqueo no debía ser sancionado, ya que “*se trataba de actos copenados que tenían que quedar absorbidos*”

restringida de blanqueo de capitales, reservada para las actividades que pretendan ocultar o encubrir el origen delictivo de un determinado bien. Por ende, no entrarían en este ámbito ni el disfrute estrictamente privado de estos bienes ni su uso en la economía sumergida⁴⁵². Consideramos que esta conclusión resulta bastante acertada en relación con la conducta típica de la posesión, si bien nos genera dudas en relación con las demás conductas, puesto que, a nuestro modo de ver, se trata de acciones funcionalmente separadas entre sí (aunque vinculadas por el objeto).

La segunda cuestión es la de los llamados “actos neutros” (o “neutrales”), es decir, aquellos usos de bienes procedentes de un delito que, por su escasa cuantía y/o su habitualidad, no llegan a ser constitutivos de blanqueo⁴⁵³. Se tratan de excepciones a la norma principal consistentes en pequeños gastos cotidianos, amparados por su adecuación social, que el autor efectúa con bienes que proceden de actividades ilícitas⁴⁵⁴. En este sentido, estos gastos quedan fuera del ámbito de la norma sancionadora de blanqueo de capitales, a pesar de que pudieran tener encaje dentro de la literalidad del art. 301 CP, si bien el legislador considera que su escasa cuantía y su adecuación social (por tratarse de gastos cotidianos en los que, probablemente, se hubiera incurrido igualmente) excluyen la peligrosidad y, por tanto, la afectación al bien jurídico protegido⁴⁵⁵.

Refirámonos ahora, de modo igualmente breve, al supuesto específico de blanqueo de capitales procedente de delito fiscal. Es una pregunta habitual, íntimamente relacionada con el autoblanqueo, si es constitutiva de un delito del art. 301 CP la utilización de una cuota fiscal defraudada. En este sentido, BLANCO CORDERO indica, en una interpretación literal del art. 301.1 CP, que cualquier delito podría generar los “*bienes*

(*principio de consunción*) en el delito previo”, si bien con posterioridad se entendió que “[e]l Art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

⁴⁵² LASCURAÍN propone que se deberían penar por esta vía los actos en los que “*la pena en concreto del blanqueo sea mayor que la del delito originante y, en relación con ello, cuando queden significativamente afectados los bienes jurídicos de la competencia leal (...) y de la seguridad interior*”, y añade la posibilidad, citando a PUPPE, de considerar que existe un concurso ideal de delitos entre el blanqueo y el delito precedente, en aras de evitar un *bis in ídem*, puesto que, en su opinión, “[e]l acto posterior de blanqueo no deja de tener un componente de consolidación o agotamiento natural del primer acto delictivo”. Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “¿Cuándo es punible el autoblanqueo?” (en línea, <https://almacenedderecho.org/>, consultada el 30 de setiembre de 2018).

⁴⁵³ En este sentido, STS 165/2016, 2 marzo, FJ 5.

⁴⁵⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., “Apuntes sobre responsabilidad penal en el desempeño de la abogacía y asesoría jurídica”, en *LH-Barbero Santos*, p. 1121. Jurisprudencialmente, STS 91/2014, 7 febrero, FJ 10, observa, con cita a la anterior STS 942/2013, 11 diciembre.

⁴⁵⁵ En sentido parecido, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit., p. 1349, habla de establecer la razonabilidad económica de cada operación, o su justificación.

de origen delictivo” a los que alude el precepto, si bien para el caso concreto de la cuota fiscal expone argumentos tanto a favor como en contra⁴⁵⁶.

Así, en contra de considerar la cuota tributaria defraudada como posible objeto del delito de blanqueo de capitales, este autor indica que el origen del mismo no es un delito, sino un ilícito administrativo que, por tanto, excluiría la aplicación del art. 301 CP⁴⁵⁷. Otro argumento en este mismo sentido es que aceptar que el delito fiscal fuera delito precedente al blanqueo de capitales implicaría vulnerar el principio de non bis in ídem⁴⁵⁸. Una tercera razón por la que la cuota defraudada en el delito fiscal no puede formar parte de una trama de blanqueo de capitales es que el plazo de prescripción del delito de blanqueo de capitales es superior al del ilícito administrativo, lo que implica que la deuda tributaria pueda no ser exigible por la vía administrativa pero generar responsabilidad penal. Finalmente, se argumenta que no puede considerarse que la cuota no pagada pueda ser blanqueada por razones de política criminal: volviendo con DOPICO, este autor considera que, de considerar que sí se pudiese generar esa responsabilidad, todo delito fiscal acarrearía, necesariamente, la comisión de un delito de blanqueo⁴⁵⁹.

A pesar de ello, BLANCO CORDERO opina, creemos que con razón, que el fraude fiscal sí puede ser delito precedente al de blanqueo de capitales, siempre que tenga tal consideración (es decir, que la cuota defraudada supere los 120.000 euros). Este autor considera que la cuota defraudada constituye un bien en sí misma, aunque subraya, con cita a LÖWE-KRAHL, que el impago de la cuota tributaria no contaminaría todo el patrimonio del deudor tributario⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ En adelante, y salvo cita específica a otra obra, BLANCO CORDERO, I., “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, RECPC 13-01 (2011) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 30 de setiembre de 2018).

⁴⁵⁷ De hecho, DOPICO GÓMEZ-ALLER observa que la cuota defraudada no podría ser objeto del delito de blanqueo, puesto que nunca ha salido del patrimonio del sujeto activo, a lo que QUINTERO OLIVARES añade que no puede haber delito de blanqueo porque el dinero que se ha dejado de pagar no procede de ninguna actividad delictiva. Véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “La reforma del Derecho penal Tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal”, *Iuris*, nº181-182 (2012). Ed. La Ley. Madrid, 2015, pp. 12 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 698 (2006). Ed. Aranzadi. Cizur Menor, pp. 5 s.

⁴⁵⁸ De hecho, en opinión de FERNÁNDEZ TERUELO, J., “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, en AAVV, *Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010, citado por BLANCO CORDERO, I, RECPC 13-01 (2011), p. 17, tanto es así que la acción de “poseer” ya se habría realizado antes de cometer el delito.

⁴⁵⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)” (en línea, <http://www.legaltoday.com/>, consultada el 30 de setiembre de 2018).

⁴⁶⁰ BLANCO CORDERO, I., RECPC 13-01 (2011), p. 24.

Detengámonos en esta reflexión. Una consideración parecida la hace DOPICO: según él, es incoherente la interpretación que hacen algunas Fiscalías por la que la suma de la tributación eludida del dinero lícitamente obtenido pasa ser ilícita precisamente por esta elusión. Opinamos que esta afirmación resulta consistente con la regulación del art. 301 CP, puesto que el hecho de que no se tributase por lo debido hace que una parte del patrimonio del deudor tributario, correspondiente con la parte de la cuota no satisfecha, devenga ilícita tras la declaración del impuesto correspondiente. Ello es así porque, según nuestro punto de vista, el momento en el que se debe presentar una declaración tributaria es aquél en el que la cifra económica a abonar queda informada a la entidad que debe cobrarla, lo que supone que toda diferencia entre la cuota real y la resultante de la declaración debería pertenecer a la Administración, pero no es así. En consecuencia, ese dinero deja de tener un origen lícito, puesto que dicho origen no se encuentra en la ganancia inicial, sino en su ocultación a la Administración, por lo que el momento en el que nace esa ocultación es el momento en el que el origen del dinero pasa a ser delictivo⁴⁶¹. No obstante, bien es verdad que si el origen de los bienes ha de ser delictivo, una mera defraudación tributaria no sería suficiente, sino que, como indica BLANCO CORDERO, se requeriría un impago superior a 120.000 euros por un solo impuesto y en un único ejercicio, lo que exigiría “*individualizar la cuota tributaria en el patrimonio del defraudador*”⁴⁶².

3.7.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

En los epígrafes precedentes ya se han apuntado algunos de los elementos objetivos y subjetivos de este delito, si bien corresponde ahora profundizar más en este aspecto. Empecemos diciendo que el sujeto activo, en principio, puede serlo cualquiera, aunque con algunos matices. Más adelante se verá, analizando el elemento subjetivo, que tanto se sanciona la conducta dolosa como la imprudente, lo que, unido al hecho de que estemos ante un delito común, ha suscitado algunas cuestiones. Así, un sector doctrinal

⁴⁶¹ De acuerdo con esta opinión, aunque con matices, BLANCO CORDERO, I., RECPC 13-01 (2011), p. 22. En contra, DOPICO GÓMEZ ALLER, J., “Si todo es blanqueo...”, quien defiende la postura de que la interpretación expuesta supondría cambiar el pasado.

⁴⁶² BLANCO CORDERO, I., RECPC 13-01 (2011), pp. 26 s. Este autor propone resolver esta cuestión atendiendo a las disposiciones de la doctrina alemana, que sugieren lo siguiente: una primera opción consiste en que no se puede cometer el delito de blanqueo al no ser posible determinar los bienes concretos que determinan la cuota tributaria; otra opción es la de entender que la deuda tributaria contamina todo el patrimonio del deudor; finalmente, la tercera opción consiste en considerar que sólo una parte del patrimonio del deudor queda contaminada, en concreto, aquella en la que se integra la cuota tributaria.

considera que la exigencia de observar medidas de control especialmente cuidadosas en algunos sujetos (en concreto, los relacionados en el art. 2 de la ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo) hace que los particulares nunca pudieran ser sujetos activos de este delito, puesto que esta exigencia confundiría el dolo eventual con la comisión imprudente⁴⁶³. No obstante, otro sector considera que sujeto activo únicamente podrá serlo quien no haya cometido el delito precedente, puesto que, de lo contrario, estaríamos ante una punición del autoblanqueo⁴⁶⁴ (que, sin embargo, tal como se ha visto *supra*, el TS ha acabado por admitir, aunque con vacilaciones).

Refirámonos ahora a la actividad delictiva precedente al delito de blanqueo. En el tipo básico recogido en el art. 301.1 CP los bienes blanqueados⁴⁶⁵ han de tener procedencia necesariamente delictiva (no bastando, por tanto, un mero ilícito administrativo). La redacción actual utiliza esta expresión en vez de la palabra “delito”, lo que se corresponde mejor con la autonomía del blanqueo de capitales desde el punto de vista jurídico-penal. No obstante, los apartados 2 y 4 del mismo artículo (referidos, respectivamente, a los actos de encubrimiento y al supuesto de comisión total o parcial en el extranjero) mantienen la referencia a la palabra “delito”⁴⁶⁶.

Otra cuestión relacionada con ésta es la de la actividad delictiva previa, más allá de la consideración hecha *supra* respecto del delito fiscal. La Convención de Estrasburgo contiene, en su última versión, un listado de veinte posibles delitos precedentes al blanqueo de capitales. Según indica BLANCO CORDERO, la doctrina y la normativa extranjera se divide en dos grupos: por un lado, quienes proponen que los delitos antecedentes sean algunos concretos que sirvan como condición previa a la comisión del blanqueo; por otro, quienes abogan por que sólo algunas categorías de delitos puedan

⁴⁶³ DEL MORAL GARCÍA, A., “Apuntes sobre responsabilidad penal en el desempeño de la abogacía y la asesoría jurídica”, en *LH-Bajo*, cit., p. 1135.

⁴⁶⁴ SILVENTE ORTEGA, J., *Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales en España desde la Jurisprudencia y el Derecho comparado con los países de la Unión Europea*, tesis doctoral defendida en la Universidad Católica de San Antonio de Murcia (2014) (en línea, <http://repositorio.ucam.edu/>, consultada el 4 de noviembre de 2018), p. 110.

⁴⁶⁵ El art. 301 CP se refiere a los “bienes” procedentes de una actividad ilícita. Según BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo*, cit., pp. 347 s., se deben entender comprendidos en este concepto tanto bienes muebles como inmuebles, materiales o no, así como, en general, cualquier otro activo que se pueda valorar económicamente o cualquier otra ventaja económica. Por su parte, MUÑOZ CONDE, PE, cit., p. 505, quien indica que un “bien” es, en este sentido, cualquier beneficio valorable económicamente.

⁴⁶⁶ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo*, cit., pp. 346 s.

servir de antecedente, y en concreto, los delitos graves⁴⁶⁷. En este sentido, para el caso español, un sector doctrinal está de acuerdo en que los delitos antecedentes deben ser necesariamente graves (según la definición que se infiere de los arts. 13 y 33.2 CP), sin importar que se hayan cometido dentro o fuera de las fronteras estatales⁴⁶⁸. No obstante, otros sectores difieren, defendiendo que los bienes podrían proceder, incluso, de una falta de hurto⁴⁶⁹ (o, en términos actuales, de un delito leve de hurto). En opinión propia, una interpretación literal del art. 301 CP es más proclive a esta segunda interpretación, si bien ello podría conducir a un exceso de punición que encontraría una difícil distinción de la simple fase de agotamiento del delito, por lo que consideramos que ceñir el delito precedente sólo a los más graves es una interpretación coherente.

Por otro lado, en cuanto se refiere al elemento subjetivo de este delito, se presenta la particularidad de que tanto se tipifica la comisión dolosa (apartados 1º y 2º del art. 301 CP) como la imprudente, siempre que dicha imprudencia sea “grave” (apartado 3º del mismo artículo). Centrándonos en estas dos posibilidades, por lo que respecta al dolo, la doctrina mayoritaria opina que la expresión “a sabiendas” hace referencia “*al dolo típico en todas sus formas*”, incluyéndose el dolo eventual (a pesar de la discusión doctrinal existente al respecto)⁴⁷⁰. No obstante, otras corrientes minoritarias discrepan, alegando que esta expresión se puede entender, a la vez, como un elemento subjetivo del injusto y como una parte del elemento intelectual del dolo, o bien que este “a sabiendas” limita la incriminación al dolo directo, excluyendo la imprudencia⁴⁷¹. Este dolo, sin embargo, no incluye, necesariamente, que el autor actúe con ánimo de lucro⁴⁷².

Como corolario de esto, este delito requiere no únicamente de una comisión dolosa, sino también un elemento intelectual, consistente en tener el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes⁴⁷³ (en los casos de los apartados primero y segundo del art. 301 CP), junto con la voluntad de ocultar los bienes (en el caso previsto en el apartado segundo). No obstante, la exigencia de este elemento intelectual quiebra cuando nos encontramos en el supuesto de comisión imprudente, por lo que nos mostramos de acuerdo con DE MOSTEYRÍN SAMPALO cuando opina que “*si la modalidad dolosa requiere siempre una*

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pp. 375 s.

⁴⁶⁸ Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, cit. p. 1351.

⁴⁶⁹ DEL CARPIO DELGADO, J., “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, *InDret* 4/2016 (en línea, <https://www.raco.cat/>), p. 36.

⁴⁷⁰ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo*, cit., p. 800, 819.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

⁴⁷² Véase STS 265/2015, 29 abril, FJ 11.

⁴⁷³ SILVENTE ORTEGA, J., *Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit., p. 122.

concreta intención, la modalidad imprudente será inaplicable pues la intención es incompatible con la imprudencia”⁴⁷⁴.

Sin embargo, lo cierto es que algunas opiniones sí se muestran favorables a la tipificación de la imprudencia: a modo de ejemplo, es el caso de DEL MORAL GARCÍA, quien considera que todas las personas que omitan los deberes de cuidado más elementales (esto es, que actúen con imprudencia grave) colaboran al encubrimiento del origen ilícito de los bienes o ayudan a los responsables de un delito a evitar sus consecuencias legales, vulnerándose en cualquier caso el bien jurídico protegido⁴⁷⁵.

3.7.4. Ejemplo práctico

Tras haber repasado los principales elementos de este delito, pasemos a ver un caso real que aplique las cuestiones tratadas. En concreto, nos centraremos en la STS 928/2016, 14 diciembre. En este caso, un clan familiar, con roles perfectamente definidos, se dedicaba al tráfico de drogas, blanqueando los beneficios obtenidos. Los beneficios ilícitamente obtenidos se invertían en bienes inmuebles, todos ellos a nombre de la esposa del líder de la organización, y en algunos productos financieros. Del mismo modo, quedó demostrado que los acusados habían adquirido diversos boletos de lotería agraciados, que posteriormente cobraban, simulando que los ingresos obtenidos por ellos se correspondían con su buena suerte. En este sentido, se contactaba con los legítimos ganadores de los sorteos y se les ofrecía una gratificación superior al premio si se lo entregaban al miembro de la banda que se lo pedía. El líder de la banda daba el dinero en efectivo a la persona que debía pagar a los legítimos ganadores, quien se hacía pasar por director de una sucursal bancaria.

El TS concluye que no puede alegarse desconocimiento teniendo en cuenta el relato de hechos, puesto que se sabía que el dinero de la banda para la adquisición de los boletos de lotería premiados procedía del narcotráfico. En consecuencia, las conductas descritas constituyen un delito de blanqueo de capitales. Más concretamente, y a los efectos que interesan en esta investigación, el TS alegó, aparte de otras cuestiones procesales, que

⁴⁷⁴ DE MOSTEYRÍN SMAPALO, R., “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, ADPCP 2016 (en línea, <https://www.boe.es/>, consultada el 4 de noviembre de 2018), p. 393.

⁴⁷⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., en *LH-Bajo*, cit., p. 1135.

Asimismo, esta opinión también encuentra amparo jurisprudencial: por todas, la STS 412/2014, 20 mayo, indica en su FJ 2 que la consideración de la imprudencia deriva del principio de legalidad, si bien esta ha de ser, necesariamente, grave. Véase un comentario a esta Sentencia en AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado*, cit., p. 284.

los acusados sí habían tenido conocimiento de que el dinero blanqueado provenía de una actividad ilícita. Para ello, el Tribunal se basa en dos factores. El primero es la no exigencia de conocimiento de los detalles de las operaciones de las que procedía el dinero (basta con un conocimiento genérico). Respecto a este, es una de las principales diferencias que existen entre el delito de blanqueo de capitales y el de receptación, en el que sí debe conocerse el origen ilícito de los bienes receptados. En este sentido, FERNÁNDEZ BERMEJO indica que basta que el autor sepa que el origen de dichos bienes es un delito, permitiéndose así la comisión imprudente⁴⁷⁶. No obstante, discrepamos con este criterio: la comisión imprudente, y más en sede de responsabilidad penal de personas jurídicas, no puede venir por desconocer de qué delito en concreto proceden los bienes si se sabe que su origen es delictivo o, al menos, que puede llegar a serlo: en el primer caso estaríamos hablando de dolo directo y en el segundo, de dolo eventual. La imprudencia (grave) viene dada por no haber llevado a cabo ninguna averiguación acerca de la posible ilicitud del origen de los bienes si se tiene alguna sospecha fundada al respecto.

El segundo elemento que tiene en consideración el TS para valorar que los acusados sabían que el origen de los bienes era delictivo es que se tenga un conocimiento práctico *“a través de la experiencia y de la razón, y que permite representarse una conclusión como la más probable en una situación dada”* (esto es, el llamado “conocimiento en esfera de profano”). Doctrinalmente también se suele reconocer el requisito del conocimiento en esfera de profano como uno de los necesarios para que se entienda que se ha producido un caso de blanqueo de capitales, entendiéndose que el propio autor ha de ser quien valore si los bienes proceden o no de un origen ilícito en base a las evidencias que tiene a su alcance, sin que se requiera una valoración exacta de los hechos⁴⁷⁷. Sería deseable que el TS hubiera establecido en esta resolución algunos criterios específicamente aplicables al caso para detectar si un profano hubiera podido o no intuir el origen de los fondos, si bien también admitimos que este ejercicio hubiera sido hartamente complejo y que, en todo caso, no hubiera tenido más valor que el de un *óbiter dicta*.

⁴⁷⁶ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., “En torno al concepto de blanqueo de capitales. Evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal”, ADPCP 2016 (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 24 de noviembre de 2020), p. 234.

⁴⁷⁷ DEL CARPIO DELGADO, J., “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio”, REPC, n° 35 (2015) (en línea, <https://www.researchgate.net/>, consultada el 24 de noviembre de 2020), p. 687.

En cualquier caso, téngase en cuenta que el TS admite la prueba indiciaria para determinar el elemento subjetivo que se dé en cada posible delito de blanqueo de capitales que se cometa. Se ha llegado a indicar que se comete este delito por imprudencia grave en caso de que el sujeto haya actuado sin tener en cuenta las cautelas propias de su actividad, siéndole exigible que así lo hiciera⁴⁷⁸. Pues bien, en este caso, los autores del delito no adoptaron ninguna cautela para determinar si el origen de los fondos era lícito o ilícito, lo que, como mínimo, nos ubica en una comisión imprudente del delito de blanqueo de capitales. No obstante, de esta resolución se desprende que los mismos eran conocedores de la ilicitud del origen de los fondos, lo que supone una comisión dolosa de este tipo penal.

De hecho, lo cierto es que el blanqueo de capitales mediante el falseamiento de resultados de un juego de azar constituye una de las modalidades más habituales. Al respecto, JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ indican que se trata de una actividad dirigida a incluir el dinero de origen ilícito en el sistema financiero, siendo ésta la primera fase para conseguir la pretendida apariencia legal del dinero (siendo las dos siguientes la conversión de dinero en un bien o un efecto que en sí es lícito y la integración o inversión, consistente en la aceptación definitiva de los capitales delictivos en la economía legal)⁴⁷⁹.

3.7.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

La exposición de los principales elementos del delito de blanqueo de capitales nos muestra múltiples fricciones con la práctica empresarial habitual. La doctrina ha identificado, con sumo acierto, una amplia variedad de situaciones reales que pueden resultar problemáticas. Si nos centramos en aquellas que afectan a la praxis económico-empresarial española, en opinión propia, la más importante es la que surge de la posibilidad de comisión imprudente de este tipo penal, unida al hecho de que el delito de blanqueo no únicamente castigue al blanqueador, sino a todo aquél que, aún sin saberlo, forme parte de la cadena de blanqueo ayudando a encubrir el origen ilícito de los bienes. En el comercio habitual, las empresas se enfrentan constantemente a una gran competencia con otras de su mismo sector y tipología, por lo que, en general, son poco sensibles a la procedencia del dinero con el que se les paga; téngase en cuenta, en

⁴⁷⁸ STS 830/2016, de 3 de noviembre, FJ 4.

⁴⁷⁹ JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á.L., *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 67-68.

este sentido, que la mayoría de las empresas españolas son microempresas, y que el contexto económico recesivo que imperó entre los años 2008-2015 ha hecho que, aquellas que hayan logrado superarlo, lo hayan hecho sin demasiada holgura y, a menudo, llevando a cabo ajustes económicos indeseados⁴⁸⁰. En este contexto, una condena por formar parte de una red de blanqueo aun desconociéndolo nos parece a todas luces no sólo desproporcionado, puesto que consideramos que la ausencia de dolo en el contexto empresarial debería eximir a la persona jurídica de toda responsabilidad en este delito, sino desacertado, puesto que los medios de diligencia con los que cuenta una pequeña empresa (o incluso una mediana) resultan, en muchos casos, insuficientes o económicamente demasiado costosos.

Por ello, como solución, interpretamos que no se debería considerar una imprudencia “grave” la de la entidad que es usada para blanquear por parte de un tercero (por ejemplo, un cliente), si al menos ha llevado a cabo alguna acción, por mínima que sea, dentro de sus posibilidades (como, por ejemplo, pedir un certificado de titularidad real de la cuenta bancaria desde la que se recibe el dinero o a la que se envía)⁴⁸¹. Ni qué decir tiene que los llamados “sujetos obligados”, a los que se refiere el art. 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, no entran dentro de esta consideración, puesto que, por su naturaleza, deben adoptar medidas especiales de vigilancia y control⁴⁸², aunque, en la práctica, opinamos que un protocolo de prevención de blanqueo de capitales no es una herramienta efectiva ante estas situaciones⁴⁸³.

A mayor abundamiento, nótese que, en la práctica, la verdadera prevención del blanqueo de capitales, sobre todo a nivel penal, se basa en poder hacer una trazabilidad

⁴⁸⁰ Véase, entre otros, CANTARERO SANZ, S. / GONZÁLEZ-LOUTEIRO, M. / PUIG BLANCO, F., “Efectos de la crisis económica sobre el emprendimiento en empresas de economía social en España: un análisis espacial”, REVERSCO, n° 125 (2017) (en línea, <http://revistas.ucm.es/>, consultado el 14 de noviembre de 2018). A mayor abundamiento, la crisis sanitaria derivada del virus COVID-19 ha traído consigo, además, una crisis económica mundial con especial afectación a la economía española, por lo que opinamos que las dificultades derivadas de la anterior crisis económica se volverán a dar. Véase INE, *Contabilidad nacional de España: principales agregados. Segundo trimestre* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada el 13 de agosto de 2020).

⁴⁸¹ En un sentido similar, RAIMUNDO RODRÍGUEZ, M.J., “Blanqueo de capitales imprudente y transferencias bancarias “on line” (en línea, <http://www.legaltoday.com/>, consultada el 14 de noviembre de 2018).

⁴⁸² En este sentido, la STS 970/2016, 21 diciembre, FJ 11, con cita a la anterior STS 749/2015, 13 noviembre, hace notar que el delito de blanqueo es un delito común, tanto en su modalidad dolosa como imprudente, sin que sea relevante si se es o no un sujeto obligado a tenor de lo dispuesto en la citada Ley 10/2010, de 28 de abril.

⁴⁸³ De acuerdo con esta idea, SILVENTE ORTEGA, J., *Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit., en especial pp. 328 s.

del dinero: de dónde procede, dónde está y a dónde se enviará. Este circuito, aparentemente simple, puede dar lugar a una infinidad de posibles momentos en los que se pueda blanquear, lo que consideramos que supone una gran dificultad para las organizaciones que pretendan prevenirlo, fundamentalmente aquellas que no dispongan de instrumentos adecuados para ello o que su posición en el mercado no les permita exigir a terceros ningún certificado ni ningún otro instrumento que acredite la plena licitud de todos los pagos y cobros que se dan⁴⁸⁴.

Otra cuestión que no acaba de casar con la práctica económico-empresarial la encontramos en la interpretación literal del art. 302 CP: según el Presidente de la AN, José Ramón NAVARRO MIRANDA, no queda claro si sólo se puede condenar a una persona jurídica cuando sea una organización criminal (esto es, que esté formada por tres o más personas) o si este requisito no aplica a personas jurídicas, que pueden ser unipersonales⁴⁸⁵. En esta misma línea se manifiesta CAMPOS NAVAS, quien opina que se vincula la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la agravante de organización, si bien admite que existe la posibilidad de que una persona jurídica de pequeñas dimensiones fuera utilizada como plataforma para cometer un delito de blanqueo de capitales mediante un representante de la misma, y añade que “[p]artiendo de esta interpretación, podríamos llegar a la conclusión de que el art. 302 del Código Penal no se ajusta adecuadamente a las exigencias del [convenio de Varsovia] suscrito por España”⁴⁸⁶. Coincidimos con este autor, si bien esto nos aboca a la cuestión de qué puede llegar a hacer la persona jurídica para vigilar, de manera efectiva, a sus representantes a fin y efecto de que no cometan irregularidades (de este tipo o de cualquier otro). La respuesta es que debe establecer controles financieros específicos sobre sus acciones, tales a controles de gastos, controles de actividad con terceros (reuniones mantenidas, por ejemplo) o controles de trazabilidad de los flujos de dinero, en efectivo o no, que se generen. No obstante, debería valorarse, caso por caso, si esto es verdaderamente exigible en una organización de pequeñas dimensiones que no sea sujeto obligado o si, por el contrario, la poca operatividad de estos controles los hace innecesarios o, al menos, no exigibles.

⁴⁸⁴ ALLI TURRILLAS, I., *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea. De la cooperación a la integración*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, en especial p. 101.

⁴⁸⁵ <https://www.20minutos.es/noticia/3350007/0/blanqueo-dinero-personas-juridicas-problema-para-jueces-segun-presidente-an/>, consultada el 20 de noviembre de 2018.

⁴⁸⁶ CAMPOS NAVAS, D., “Los programas de cumplimiento en los delitos de blanqueo de capitales de los que pueden resultar responsables las personas jurídicas”, ponencia impartida en el Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2016 (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultado el 20 de noviembre de 2018), p. 6.

No obstante, para tratar adecuadamente los problemas que acarrea en la práctica el delito de blanqueo de capitales resulta obligado citar a QUINTERO OLIVARES. Este autor, amén de otras interesantes observaciones que no están directamente relacionadas con la rúbrica de este epígrafe, opina que la redacción actual del art. 301 CP implica, necesariamente, que el autoblanqueo se sancione, pero que cualquier delito patrimonial pueda ser precedente, lo que, además de aumentar indebidamente la pena, es frontalmente contrario a la prohibición de *bis in ídem* (de hecho, este autor propone interpretar el autoblanqueo como únicamente perseguible si ha prescrito el delito antecedente, en aras de evitar incurrir en esta prohibición)⁴⁸⁷..

Otra cuestión que nos parece conflictiva, que ya se ha mencionado en la exposición precedente, es la de los actos neutrales. Más concretamente, si nos enfocamos en la actividad cotidiana de una persona jurídica del ámbito empresarial, vemos que lo que a priori parece más evidente es que un modo de blanquear sea pagando a un proveedor o devolviéndole todo o parte de un importe a un cliente. De hecho, en la práctica resulta habitual, para empresas que importen y/o exporten sus productos, que el pago se efectúe desde un país distinto de aquél para el que se ha pedido la mercancía (incluso diferente de aquél en el que la contraparte tiene su sede). Evidentemente, estamos de acuerdo con BAJO FERNÁNDEZ en que en el contexto de una actividad comercial primen los principios del riesgo permitido, de confianza o de prohibición de regreso⁴⁸⁸, pero también es verdad que este tipo de estructuras pueden llegar a esconder un llamado “blanqueo triangular”, esto es, aquella operación que esconde una actividad delictiva de este tipo mediante la interposición de terceros países⁴⁸⁹.

Esto conecta con lo que hemos comentado anteriormente respecto del blanqueo imprudente: ya de por sí es difícil, para el empresario medio de un tejido económico-

⁴⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo”, REPC, nº 38 (2018) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 19 de noviembre de 2018), pp. 250 ss. Este autor hace interesantes planteamientos acerca de la dificultad de prescripción del delito de blanqueo, hasta el punto de considerarlo imprescriptible en los casos de delito continuado, y se muestra crítico con la relación entre el blanqueo de capitales y el delito fiscal. Además, también señala que la jurisprudencia se está encargando de acotar los resultados de una interpretación literal de este precepto: así, la STS 265/2015, 29 abril, FJ 14, señala que la mera tenencia o el uso de fondos ilícitos en gastos ordinarios no constituye autoblanqueo, dado que no constituyen actos que se lleven a cabo con la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes para integrarlos en el sistema económico.

⁴⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en BACIGALUPO SAGGESE, S. / BAJO FERNÁNDEZ, M. (Eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2009, p. 21.

⁴⁸⁹ Véase al respecto CORREA DÍAZ, A.M. / IBARRA MARES, A. / VALENCIA ARIAS, A., “Estudio sobre los fenómenos de triangulación comercial: modelo “puente”, RVG, nº 72 (2015) (en línea, <http://www.redalyc.org/>, consultada el 20 de noviembre de 2018), en especial pp. 650 ss.

empresarial como el español, detectar los casos de blanqueo; si además debemos tener en cuenta la opacidad añadida por un factor internacional, la conclusión a la que llegamos es que la comisión del tipo imprudente por parte de una persona jurídica, especialmente si es de tipo empresarial, es peligrosamente probable, por más que dicha imprudencia deba ser “grave”. Insistimos en considerar que las medidas que razonablemente se puedan poner no siempre serán suficientes, y, más aún, no siempre serán deseables, puesto que dificultarán todavía más el establecimiento de una relación comercial. En consecuencia, opinamos que debería tenerse más en cuenta esta realidad económica a la hora de ponderar la necesidad de tipificar la imprudencia en el delito de blanqueo de capitales.

En este contexto, una posible medida preventiva que se recogiera en un PCN podría consistir en pedir un certificado bancario de titularidad de cuenta siempre a toda persona, física o jurídica, a quien se debiera hacer un pago. De este modo, la persona jurídica pagadora podría asegurarse de estar haciendo un pago a una cuenta que fuese titularidad de la entidad con la que contrata, y podría negarse a pagar en una cuenta de la que no tuviera certificado. Concluimos, pues, que resulta plenamente razonable que una persona jurídica pueda responder penalmente por un delito de blanqueo de capitales, siempre que sea doloso y no imprudente, dado que la afectación al bien jurídico puede hacerse utilizándola como plataforma para cometer esta clase de delitos.

3.8.DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

3.8.1. Bien jurídico protegido

El delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, recogido en los arts. 305-310 bis CP, sanciona los ataques que recaen, directa o indirectamente (según las diferentes opiniones, como se verá), contra el erario público, tanto nacional como comunitario, desde distintos puntos de vista⁴⁹⁰. Para simplificar el análisis, dividiremos estos delitos en cuatro grupos: fraude contra la Hacienda Pública, fraude contra la Seguridad Social, fraude de subvenciones y delitos relacionados con la contabilidad (“delito contable”),

⁴⁹⁰ El TS ha indicado en la STS 182/2014, FJ 8 (con cita a otras anteriores) que “[c]ualquier fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas”.

obviando el delito contra la Hacienda Pública europea por mostrar pocas diferencias prácticas, salvo la cuantía, con el delito contra la Hacienda Pública española⁴⁹¹.

Doctrinalmente, existe un debate respecto de cuál es el bien jurídico protegido, dividiéndose las distintas posturas, fundamentalmente, en dos: las patrimonialistas (defendidas por la doctrina mayoritaria) y las funcionalistas o funcionales⁴⁹². En cuanto a las primeras, se defiende que el bien jurídico protegido es doble: de un modo inmediato, se protege el interés patrimonial de la Hacienda Pública, concretado en la necesidad de obtener recursos públicos tributarios en la fase de liquidación tributaria, y, de forma mediata, también se amparan las funciones que el tributo defraudado está destinado a cumplir⁴⁹³. En cuanto a las segundas, se da prioridad al bien jurídico de la funcionalidad, ya no sólo del tributo, sino de la Hacienda Pública en sí misma, y para ello se tienen en cuenta dos factores: el primero, que la carga pública tributaria se debe hacer de acuerdo con los criterios que establece la legislación sectorial (basados en el principio de capacidad económica) y el segundo, que la gestión de los recursos públicos procedentes de este ingreso debe ser equitativa y se debe programar según los criterios de eficiencia y economía⁴⁹⁴.

En cuanto al bien jurídico protegido por el delito contra la Seguridad Social, vemos que el mismo debate se extiende también a este ámbito. En este sentido, la doctrina mayoritaria utiliza las mismas posturas que se defienden en el delito contra la Hacienda Pública. Así, la tesis patrimonialista (defendida, entre otros, por RODRÍGUEZ DEVESA) partiría de la base de que el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado, dado el lucro cesante que deja de obtener por la defraudación. La tesis funcional (defendida, en este caso, por MARTÍNEZ-BUJÁN) indica que el bien jurídico protegido no es el

⁴⁹¹ Simplemente a modo de apunte, que no pretende ser en modo alguno exhaustivo, téngase presente que, además de la cuantía, este delito se diferencia del tipo básico en que los fondos cuyo pago se eluda, se obtengan indebidamente o procedan de subvenciones malversadas tienen como entidad que los debiera haber percibido, o no dado, los “fondos europeos” (como por ejemplo el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola o los llamados “fondos estructurales”) u otros presupuestos administrados por la UE. Es un delito especial que sólo admite la modalidad dolosa. Véase, para un mayor detalle, FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 753 ss.

⁴⁹² ECHEVARRÍA RAMÍREZ, R., “Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C.P. español”, RECPC 16-04 (2014) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2018), pp. 12 ss.

⁴⁹³ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, PE*, cit., pp. 619 ss. Esta misma postura es sostenida, entre otros, por NIETO MARTÍN, quien la hace extensible a todos los delitos del Título XIV del Libro II CP; véase NIETO MARTÍN, A., “Financiación ilegal de partidos políticos”, en NIETO MARTÍN, A. / ARROYO ZAPATERO, L., *Fraude y Corrupción*, cit. p. 130.

⁴⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *PE*, cit., p. 942.

patrimonio de la TGSS en sí mismo, sino el uso que se da a las cuotas defraudadas, lo que desdibuja el punto de vista patrimonial y convierte este delito en netamente socioeconómico. Finalmente, existen posturas eclécticas (representadas, entre otros, por DE VICENTE MARTÍNEZ) que consideran que el erario de la TGSS tiene, en sí mismo, un aspecto objetivo y otro subjetivo: en este sentido, un aspecto objetivo vendría dado por el patrimonio de este organismo, si bien el aspecto subjetivo sería la función financiera y tributaria del gasto público que se financia con las cuotas recaudadas⁴⁹⁵.

Por su parte, el delito de fraude en las subvenciones del art. 308 CP tampoco indica claramente cuál es su objeto de protección. Así, un sector considera que el ataque se centra en la vertiente de gasto de la Hacienda Pública⁴⁹⁶, mientras que otro discrepa de ello, apuntando a que el “gasto público” no puede ser un bien jurídico protegido (en sentido técnico) por ser excesivamente impreciso y no poder cumplir las funciones que deba desempeñar esta institución⁴⁹⁷. Por su parte, una tercera corriente doctrinal considera que el bien jurídico es el patrimonio de la Administración, aunque coincide con el resto en que el punto de vista del mismo es la canalización del mismo y la planificación de sus finalidades⁴⁹⁸.

Como último aspecto a considerar, en lo que respecta al delito contable del art. 310 CP, encontramos un debate similar, si bien, en este caso, la postura más defendida es la funcionalista. Destaca la opinión de FERRÉ OLIVÉ, quien califica este delito, al igual que el fraude fiscal del art. 305 CP, como un delito de lesión que atenta contra el “*quantum debeatur*” como bien jurídico inmediato (puesto que se indetermina la deuda tributaria, de un modo o de otro). Este autor se muestra de acuerdo con ARROYO ZAPATERO, a quien cita, que se decanta por la tesis funcionalista respecto de este delito⁴⁹⁹. En este sentido, se ha destacado que, en estos delitos, la protección del patrimonio de la Hacienda Pública queda superada por el interés que ésta tiene por que se lleve una contabilidad real por parte de las empresas, así como poder llevar a cabo una política

⁴⁹⁵ Véase la tesis doctoral de CHAZARRA QUINTO, M.A., *Los delitos contra la Seguridad Social*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Alicante (2001) (en línea, <https://rua.ua.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2019)], pp. 211 ss. Las referencias doctrinales mencionadas han sido extraídas de su investigación.

⁴⁹⁶ MORALES PRATS, F., “Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE*, cit., pp. 1131 s.

⁴⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., p. 745.

⁴⁹⁸ ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), PE, cit., p. 540.

⁴⁹⁹ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, RJSC, nº 8 (2011) (en línea, <https://revistajusticiaesistemacriminal.fae.edu/>, consultado el 3 de diciembre de 2018), pp. 34 s.

financiera justa⁵⁰⁰. No obstante, otras posturas defienden que el bien jurídico protegido es el erario público, aunque con una clara afectación a la funcionalidad del mismo⁵⁰¹.

3.8.2. Comportamiento típico

Siguiendo con la clasificación que hemos utilizado en el epígrafe anterior, DE VICENTE MARTÍNEZ define el delito de defraudación tributaria como “*la acción u omisión del sujeto activo tendente a eludir el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obtener indebidamente devoluciones o disfrutar de beneficios fiscales de la misma forma*”, siempre que la cantidad que se haya dejado de pagar o se haya obtenido indebidamente supere los 120.000 euros por un solo impuesto y año⁵⁰² (50.000 en caso de fraude contra la Hacienda Pública europea). Centrándonos en el delito del art. 305 CP, cabe decir que tanto puede cometerse por acción como por omisión, y que el comportamiento típico incluye una defraudación a una Hacienda Pública sin importar su carácter estatal, autonómico o local⁵⁰³.

Desarrollando esta idea, las únicas conductas activas penalmente sancionadas si logran alcanzar esta cantidad son la elusión del pago de todo o parte de un impuesto en un único ejercicio fiscal, el disfrute indebido de beneficios fiscales o la obtención indebida de devoluciones. En cuanto a la elusión, se debe dejar de tributar por un deber fiscal concreto, ya se trate de tributos en sentido estricto (según el art. 2 LGT, esto es, tasas, contribuciones especiales e impuestos), de cantidades retenidas (o que se hubieren debido retener) o de retribuciones en especie. En lo referente al disfrute indebido de beneficios fiscales, en este concepto ha de incluirse toda deducción, bonificación, exención o desgravación que suponga una disminución de la deuda tributaria, excepto las subvenciones, por estar reguladas en otro tipo penal distinto. Por último, en lo tocante a la obtención indebida de devoluciones, también deberemos entender incluidos

⁵⁰⁰ ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *PE*, cit., p. 543.

⁵⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal*. Ed. Francis Lefevre (en línea, <https://0-online-elderecho-com.cataleg.uoc.edu/>, consultada el 20 de diciembre de 2020).

⁵⁰² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de Derecho penal*, 4º ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, p. 123.

⁵⁰³ En adelante, y salvo que se indique otra cosa, MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal*. Ed. Francis Lefevre (en línea, <https://0-online-elderecho-com.cataleg.uoc.edu/>, consultada el 20 de diciembre de 2020).

las desgravaciones, deducciones, bonificaciones y reducciones tributarias que correspondan⁵⁰⁴.

Tratemos ahora el delito contra la Seguridad Social. Volviendo con DE VICENTE, esta autora lo divide en dos fases. En la primera, se ejecuta una acción (o se da una omisión) que tenga por objetivo eludir el pago de las cuotas de la Seguridad Social u otros conceptos similares de recaudación conjunta⁵⁰⁵, y se obtienen devoluciones indebidas de las mismas u otras deducciones igualmente indebidas por cualquier concepto, siempre que todas estas acciones u omisiones superen los 50.000 euros en un cómputo de cuatro años. En la segunda, por medio del error generado, se disfruta de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, se prolonga el mismo o se facilita a otros su obtención, perjudicándose así a la TGSS⁵⁰⁶.

En opinión de BUSTOS RUBIO, el momento de la consumación dependerá de cuál consideremos que es el bien jurídico protegido. Este autor sugiere que el momento de consumación delictiva varía en función de la conducta concreta de que se trate, dividiéndose las opiniones entre quienes consideran que la consumación se da cuando acaba el período voluntario fijado para el pago, puesto que es entonces cuando se comete un delito contra la Administración y quienes consideran que el comportamiento comisivo es la simple presentación de una declaración engañosa ante la Tesorería General de la Seguridad Social, o la ausencia de dicha presentación, si aceptamos la comisión por omisión de este delito⁵⁰⁷. En opinión propia, nos posicionamos junto a quienes consideran que la conducta defraudadora se da, simplemente, con el impago de al menos 50.000 euros desde el momento en que se alcance el devengo de esa cifra y, por tanto, nazca un derecho de cobro por parte de la TGSS; consideramos que la mera declaración fraudulenta no puede ser constitutiva de este delito al no haberse generado aún dicho derecho.

⁵⁰⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” (1996) (en línea, <http://www.bajo-trallero.es/>, consultada el 4 de diciembre de 2018), p. 43. OGANDO DELGADO, M.A., “El fraude tributario en el nuevo Código Penal”, Boletín de la Facultad de Derecho, nº 10-11 (1996) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultada el 4 de diciembre de 2018), p. 199.

⁵⁰⁵ Recuérdese que, según la STS 1017/2007, 15 noviembre, FJ 2, indica, con cita a otras anteriores, que “han de comprenderse todas las cuotas, tanto empresariales como obreras”.

⁵⁰⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum*, cit., p. 122.

⁵⁰⁷ BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid (2015) (en línea, <https://eprints.ucm.es>, consultada el 5 de diciembre de 2018), pp. 94 s.

Sobre la segunda modalidad, la obtención indebida de devoluciones, también existe una dualidad de opiniones: si bien un sector se decanta por la opinión de que el comportamiento típico cristaliza en delito cuando se recibe la prestación económica como tal (y, en consecuencia, el bien jurídico protegido es el patrimonio), otro considera que, al ser la función recaudadora el bien jurídico protegido, una presentación de solicitud que fuese fraudulenta ya sería suficiente para entender cometido el delito, sin necesidad de que se llegase a hacer efectivo el pago⁵⁰⁸. De nuevo, y por los mismos argumentos que hemos esgrimido en el párrafo anterior, nos mostramos de acuerdo con la primera postura: opinamos que debe esperarse al cierre definitivo del período para tributar antes de considerar que ha habido una auténtica defraudación. Lo contrario negaría la posibilidad de arrepentimiento por parte del obligado tributario, opción que debería mantener, al menos, hasta el fin del período establecido para la tributación.

Para acabar, en cuanto respecta al disfrute indebido de devoluciones, la mayoría de la doctrina considera que se consuma con la presentación de un boletín de cotización que presente una liquidación mendaz en la que se apliquen deducciones⁵⁰⁹. Ello no obstante, el propio BUSTOS RUBIO indica que *“en el caso en que el empresario haya obtenido lícitamente la deducción, pero posteriormente incumpla alguna de las condiciones impuestas para su disfrute, y entendiendo que esta conducta resulta típica a la luz del art. 307,1 CP., el delito se consuma en el instante en que se incumpla dicha condición”*⁵¹⁰.

Resumamos ahora el comportamiento típico del delito de fraude de subvenciones. En este caso, BLANCO CORDERO señala que dos son las conductas fundamentales del tipo básico: por un lado, las que constituyen la obtención fraudulenta de subvenciones, desgravaciones o ayudas, ya sea falseando las condiciones para su obtención, ocultando las condiciones que la hubieran impedido o llevando a cabo ambos comportamientos. La primera conducta es necesariamente activa, puesto que requiere un acto de engaño, mientras que la segunda es omisiva, al tratarse de una ocultación. En cualquier caso, se

⁵⁰⁸ *Ibidem.*, pp. 96 s.

⁵⁰⁹ *Ibidem.*, p. 97.

⁵¹⁰ BUSTOS RUBIO, M., “La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo”, *Diritto Penale Contemporaneo* 4/2017 (en línea, <http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/>, consultada el 6 de diciembre de 2018), p. 254.

consume el delito siempre que mediante la una o la otra, o la suma de las dos, en su caso, se logre obtener una subvención superior a 120.000 euros⁵¹¹.

Por su parte, el apartado segundo de este artículo regula otra modalidad, y un simple vistazo a su redacción nos muestra varias diferencias con el anterior. Así, siguiendo a MARTÍNEZ-BUJÁN, este delito consiste en destinar las subvenciones y ayudas públicas a un fin distinto de aquél por el que habían sido inicialmente concedidas. Este autor señala que dichas subvenciones se conceden por ser actividades que benefician al interés general. En su opinión, para que se considere cometido este delito se requieren dos elementos, a los que nos referiremos más adelante: el acto administrativo de concesión, por un lado, y el pago efectivo de la subvención, siempre que la cuantía destinada a finalidades indebidas supere los 120.000 euros⁵¹².

Por último, en cuanto al subtipo de delito contable, una interpretación literal del CP muestra que su comisión puede darse de cuatro formas distintas: incumpliendo absolutamente la obligación de llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales en los términos que establece la legislación tributaria, en régimen de estimación directa de bases tributarias; llevando contabilidades distintas que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa dentro de una misma actividad y ejercicio económico; no anotando en los libros contables obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o anotándolos con cifras falsas; y practicando en los mencionados libros obligatorios anotaciones contables ficticias⁵¹³.

Para finalizar este epígrafe, como comentario general, en los cuatro grupos de comportamientos que constituyen los delitos de este Título observamos el elemento común que destaca BACIGALUPO SAGGESE: para valorar la tipicidad del hecho constitutivo de delito, debe valorarse también el contenido de la ilicitud del mismo, que lo constituye “*la infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos*”

⁵¹¹ BLANCO CORDERO, I., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, Eguzkilore, nº 14 (2000) (en línea, <https://www.ehu.eus/>, consultada el 6 de diciembre de 2018), pp. 40 s.

⁵¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., pp. 743 s.

⁵¹³ APARICIO PÉREZ, A. / ÁLVAREZ GARCÍA, S., “El llamado delito contable”, Crónica tributaria, nº 136 (2010) (en línea, <https://www.economistas.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2018), p. 14, observan que, en los dos últimos supuestos, se requiere, además, “*que se hayan omitido las declaraciones tributarias, o que las presentadas fuesen reflejo de su falsa contabilidad, y que la cuantía en más o en menos de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico*”.

públicos del Estado”⁵¹⁴. Por ello, como señala ALONSO TEJUCA, otra cuestión que hay que observar en materia del comportamiento típico es la relación que hay, una vez más, entre el Derecho penal y el Administrativo, esto es, en este caso, entre el delito fiscal y el correspondiente ilícito administrativo⁵¹⁵.

Debemos comparar, en este punto, lo que dispone el art. 305 CP con los arts. 178 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria (en especial, podríamos añadir, los arts. 191-206 bis de la misma). Así, este autor indica que la frontera viene dada por la cuantía defraudada, que ejerce el papel de lindar entre ambos tipos de ilícitos, si bien señala que este sistema es criticado por alejarse del bien jurídico protegido, al ser una cuantía que, en la práctica, pocos contribuyentes van a alcanzar, lo que no refleja el espíritu del art. 31 CE. Con acierto, este autor acaba admitiendo que, en la práctica, en casi la totalidad de los casos el delito se derivará de infracciones relacionadas con los impuestos sobre el valor añadido, sobre la renta o sobre sociedades⁵¹⁶.

3.8.3. Elementos objetivos y subjetivos y consumación

El primer elemento, que más podemos entender como un prerequisite, lo constituye el hecho de que deba existir una relación de obligación tributaria entre el sujeto activo de este delito y el erario público⁵¹⁷. No obstante, este prerequisite no debe ser interpretado como una exigencia de que el autor de la defraudación ejecute este comportamiento directamente⁵¹⁸, aspecto que suscita algunos problemas prácticos sobre los que más adelante nos centraremos (en especial, la posible responsabilidad penal de los asesores fiscales).

Asimismo, *supra* hemos mencionado que este tipo penal puede ser cometido por omisión. En efecto, otro de los elementos objetivos de este tipo es que implica una

⁵¹⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2002, p. 29.

⁵¹⁵ ALONSO TEJUCA, J.L., “Naturaleza de la cuota defraudada en el delito fiscal”, ponencia impartida en “Jornadas de especialistas en delincuencia económica, 3 y 4 de Abril 2017” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2018), p. 8.

⁵¹⁶ *Ibidem*. Ahondando en esta cuestión, la STS 974/2012, 5 diciembre, FJ 21, puntualiza, respecto del comportamiento típico, que el impago de la cuota no es suficiente para que se aprecie la comisión de este delito, sino que se requiere un elemento de mendacidad (pues en caso contrario, estaríamos ante una mera infracción administrativa). Esta ocultación es, a ojos del TS (singularmente, STS 737/2006, de 20 de junio), la verdadera fuente de responsabilidad penal por este delito.

⁵¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., p. 666.

⁵¹⁸ STS 374/2017, 24 mayo, FJ 2.

infracción del deber de contribuir, que, doctrinalmente, ha dado pie al debate entre los que defienden que se trata de una mera infracción de este deber y quienes apuntan a que debe mediar un engaño⁵¹⁹. Respecto a dicha omisión, nos mostramos de acuerdo con MARTÍNEZ-BUJÁN cuando afirma que, al igual que sucede en Derecho alemán, el comportamiento típico de este delito requiera de un elemento objetivo por el cual se impida a la Administración averiguar los fundamentos de hecho aplicables a cada situación⁵²⁰ (lo que, en cierto modo, consideramos que es una interpretación que aúna las dos teorías en debate), pero con el límite que apunta el TS, esto es, que esta ocultación no se limite a la mera pasividad⁵²¹.

Finalmente, el que podemos considerar como tercer y último elemento es el perjuicio económico que este delito cause a la Hacienda Pública, únicamente típico si alcanza la cantidad fijada en cada caso, y que ha de derivar directamente de la actividad engañosa. Para cuantificarlo, se entiende que la cantidad defraudada se corresponde con la cuota tributaria, y no con la deuda total (esto es, la cuota más las sanciones y recargos correspondientes), ya sea en cada periodo impositivo, para el caso de tributos periódicos, o por cada concepto susceptible de liquidación, en el caso contrario⁵²². No obstante, otro sector doctrinal considera que este no es un delito patrimonial, por lo que la defraudación no debe entenderse como el resultado de la acción: este autor justifica que se recurra al Derecho penal no por el perjuicio económico que pueda sufrir la Administración por una defraudación concreta, sino por el volumen general de fraude⁵²³.

En cuanto a los elementos subjetivos, ya hemos mencionado *supra* que una de las diferencias entre este delito y la correspondiente infracción tributaria, además de la cantidad, es el elemento volitivo por el que el obligado tributario pretenda aparentar una situación financiera falsa. Pues bien, este elemento volitivo supone, necesariamente, que el comportamiento sea doloso. Además, ese dolo está formado por dos elementos: que

⁵¹⁹ En general, ALCÁCER GUIRAO, R., “Fraude de ley y negocio simulado en el delito fiscal (SSTC 120/2005 y 129/2008): el derecho a la legalidad penal y los límites de intervención del Tribunal Constitucional”, REDC, nº 91 (2011) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2020), pp. 372 ss. Este autor señala que el TC se ha decantado por la teoría del engaño, indicando que no es suficiente una mera infracción del deber de tributar, sino que ha de darse una conducta engañosa que impida conocer la verdadera realidad del sujeto pasivo tributario.

⁵²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., p. 668.

⁵²¹ De nuevo, STS 374/2017, 24 mayo, FJ 2.

⁵²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, PE, cit., p. 679.

⁵²³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., PE, cit., p. 849.

el sujeto activo del delito deba tener conocimiento de que es sujeto pasivo de la obligación tributaria correspondiente, por un lado, y que el comportamiento que supuestamente ha mostrado se haya dirigido a la elusión de su pago, por otro, siendo necesaria una conducta idónea para la defraudación que se pretenda (siendo, en consecuencia, atípicas las conductas inidóneas)⁵²⁴.

Tratemos ahora el delito contra la Seguridad Social. Al contrario de lo que sucede con el delito de fraude fiscal, encontramos una cantidad de resoluciones del TS llamativamente baja en materia de este delito⁵²⁵. La principal diferencia entre la estructura de este delito y el anterior consiste en la cuantía, que en el caso del delito contra la Seguridad Social se cifra, actualmente y tras diversas modificaciones legislativas, en 50.000 euros en cuatro años (en su tipo básico). De hecho, HERRANZ SAURÍ opina que este delito simplemente traspone el delito fiscal a los ingresos que percibe la TGSS, cambiando, únicamente, la institución defraudada, como se acaba de mencionar, y el objeto de defraudación, que ahora son las cuotas devengadas. Ello lo convierte en un delito especial, puesto que únicamente podrá ser autor, en sentido estricto, quien pueda eludir este pago, esto es, quien ostenta la responsabilidad de llevarlo a cabo⁵²⁶.

DE LA MATA BARRANCO coincide con esta idea, matizando que el sujeto activo únicamente puede serlo el obligado tributario directo, lo que implica que estamos ante un delito especial⁵²⁷, excepto en el supuesto en que se falsee indebidamente la documentación que haga disfrutar indebidamente de deducciones, que es delito común.

⁵²⁴ CALVO VÉRGEZ, J., “La trascendencia del dolo en la configuración del delito fiscal”, GTPV, nº 57 (2019) (en línea, <https://www.euskadi.eus/>, consultada el 26 de noviembre de 2020), p. 153. Asimismo, la jurisprudencia del TS es unánime, y, respaldando a este pronunciamiento doctrinal, ha determinado que se requieren dos: el dolo y el ánimo de defraudar (véanse, por todas, SSTS 374/2017, 24 mayo, FJ 6, y 974/2012, 5 diciembre, FJ 21).

⁵²⁵ De hecho, a decir de DOLZ LAGO, M.J., “Los delitos contra la Seguridad Social: perspectivas jurisprudenciales”, Diario La Ley, nº 9036 (2017) (en línea, <http://0-diariolaley.laley.es.cataleg.uoc.edu/>, consultada el 6 de diciembre de 2018), únicamente se han dictado “una veintena de sentencias desde el año 1997 al 2015”.

⁵²⁶ HERRANZ SAURÍ, T., “El nuevo delito del art. 307 del Código Penal”, ponencia impartida en “Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018), p. 6.

⁵²⁷ Por todos, ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A., “Fraude de subvenciones en la UE y en el CP”, Manuales de formación continuada, nº 14 (2001) (en línea, <http://www.cienciaspenales.net/>, consultado el 9 de diciembre de 2018), p. 43. Del mismo modo, la STS 1030/2013, 28 noviembre, FJ 5, recoge el debate acerca de si el delito de fraude de subvenciones es o no realmente un delito especial, tal como afirma la doctrina mayoritaria. Esta Sentencia resalta que deben tenerse en cuenta los postulados que no consideran que se trate de un delito especial, al sugerir que “[e]l verbo “obtener” puede referirse no solo al beneficiario, sino también al solicitante”, en caso de que sean dos personas diferentes. No obstante, esta Sentencia acaba por afirmar que efectivamente, sí se trata de un delito especial, lo que plantea el problema práctico de qué sucede en los casos en los que el *intrañeus* no puede ser considerado responsable por ausencia del elemento subjetivo intencional.

En cuanto a la primera conducta comisiva, un elemento objetivo del tipo es el impago o beneficio fraudulento que se obtenga (dolosamente) y que cause un perjuicio patrimonial al erario público; en consecuencia, otro elemento objetivo es la existencia de un deber fiscal concreto y de una cuota que se deba abonar⁵²⁸.

Por último, la doctrina se muestra unánime en que este tipo es esencialmente doloso, que puede ser meramente eventual, por lo que el error de tipo excluiría su relevancia penal⁵²⁹. En este sentido, este dolo debe abarcar, por un lado, el conocimiento del deber de comunicar los datos correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y, por otro, provocar que este organismo desconozca la cuantía, o incluso la existencia, de la deuda que el sujeto pasivo tiene por este concepto⁵³⁰. HERRANZ SAURÍ lo matiza añadiendo un segundo elemento subjetivo: que la elusión del pago de las cuotas a la Seguridad Social tenga por causa una maniobra de engaño en el momento de la presentación de los boletines⁵³¹.

Pasemos ahora a exponer los principales elementos del delito de fraude de subvenciones. En este caso, en cuanto a sus elementos objetivos, la jurisprudencia (STS 316/2017, 3 mayo, FJ 2) se ha planteado si la cuantía de 120.000 euros que marca el umbral entre ilícito administrativo y delito es un elemento del tipo (y, en consecuencia, cabría tentativa) o si es una condición objetiva de punibilidad (en cuyo caso, no cabría). Si bien esta resolución no deja clara esta cuestión, que se plantea en un mero *obiter dicta* de la misma, otras posteriores del mismo organismo lo han calificado como una condición objetiva de punibilidad⁵³².

⁵²⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal Económico*, cit., p. 571. Este autor añade, con razón que para una interpretación de estos conceptos debemos remitirnos a la normativa administrativa en esta materia.

⁵²⁹ Como apunte, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 16ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 1028 ss., en esta edición de su manual de PE, criticó la excusa absolutoria concedida a quien regularizase su situación, puesto que ello suponía que “*el afán recaudatorio prime sobre los más elementales principios del Derecho penal y de la política criminal*”, si bien las ediciones actuales no contienen este inciso.

⁵³⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 307”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1199.

⁵³¹ HERRANZ SAURÍ, T., ponencia impartida en “Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013”, cit., p. 9.

⁵³² Por ejemplo, podemos citar la STS 146/2018, de 22 de marzo, FJ 2: “*la jurisprudencia de esta Sala (...) entendió que el delito previsto en el art. 308 del CP era ley especial respecto del art. 248, excluyendo su aplicación en aquellos casos en los que la cantidad defraudada no rebasaba el importe de la condición objetiva de punibilidad que incorpora aquel precepto*”.

En cuanto a sus demás elementos, téngase en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en destacar el parecido estructural que guarda este delito con el de estafa⁵³³. Al respecto, como indica GÓMEZ RIVERO, el TS adoptó un Acuerdo No Jurisdiccional en fecha 15 de febrero de 2002 por el que, en virtud del principio de especialidad, el fraude de subvenciones excluye el delito de estafa⁵³⁴. Siguiendo la exposición de esta autora, el objeto material de este delito son las subvenciones, ayudas o desgravaciones que se obtengan por parte del sujeto activo (a cuyos efectos interpretativos debemos atender al art. 2 LGS, aunque, en su opinión, sin carácter estrictamente vinculante)⁵³⁵. Además, en tanto que existe un fuerte paralelismo con el delito de estafa, otro de los elementos objetivos de este tipo penal es la existencia de un engaño⁵³⁶ hacia la entidad pública por parte de quien ha de recibir la subvención, que le debe generar un perjuicio económico⁵³⁷.

En cuanto al elemento subjetivo, llama la atención la observación de VOGEL, según el cual, en el *corpus iuris* de la UE en materia de protección de intereses financieros se suele exigir dolo, pero en el delito concreto de fraude de subvenciones, así como el fraude fiscal, basta con la imprudencia⁵³⁸. No obstante, con independencia de ello, nuestra jurisprudencia sí ha venido exigiendo un especial ánimo defraudatorio o falsario como elemento subjetivo complementario al dolo que debe apreciarse para la comisión de este delito⁵³⁹.

Para finalizar este epígrafe, centrémonos en los elementos objetivos y subjetivos del delito contable. En esta ocasión, el sujeto activo del delito únicamente puede serlo quien esté obligado a llevar la contabilidad, quien debe infringir dicha obligación en todo su contenido. Algunos postulados consideran que el único autor posible ha de ostentar la

⁵³³ STS 146/2018, de 22 de marzo.

⁵³⁴ GÓMEZ RIVERO, M.C., “Art. 308”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios*, cit., p. 1206.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 1202.

⁵³⁶ Al respecto, por todos, VALBUENA GARCÍA, E., “Comentario al Art. 308 del Código Penal” (en línea, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/>, consultado el 9 de diciembre de 2018).

⁵³⁷ Si bien este elemento es más dudoso, nos mostramos de acuerdo con el sector de la doctrina que defiende que debe estar presente, puesto que, en nuestra opinión, es una consecuencia del engaño. Véase ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*. Ed. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1987, p. 83. Más recientemente, véase la STS 1030/2013, 28 noviembre, FJ 6: “el art. 308 del Código Penal exige que quien obtenga la subvención obtenida lo sea quien además sea el verdadero solicitante (...). De ahí que el engaño supere la mera ocultación de requisitos”.

⁵³⁸ VOGEL, J., “Presupuestos y exclusión de la responsabilidad subjetiva” (trad. NIETO MARTÍN, A.), en TIEDEMANN, K. (Dir.) / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho penal europeo en la Unión Europea*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2004, p. 41.

⁵³⁹ Por todas, SAP Las Palmas 146/2007, 20 noviembre, FJ 1.

condición de empresario, si bien está mayoritariamente aceptado que, a pesar de tratarse de un delito especial, no sea necesaria esta condición⁵⁴⁰. Además de estos dos elementos objetivos, y de otros que se han citado en epígrafes anteriores, destacamos, en especial, la cuantía de 240.000 euros como mínimo en cada ejercicio económico para considerar cometido los subtipos relacionados con la llamada “contabilidad creativa” (esto es, anotaciones ficticias, no anotar operaciones reales, o hacerlo con cifras inventadas), puesto que sobre ella recae un debate similar al que hemos visto en el delito de fraude de subvenciones acerca de si es un elemento más del tipo o de si se trata de una condición objetiva de punibilidad. En este contexto, nos alineamos con la posición de FERRÉ OLIVÉ, quien lo considera condición objetiva de punibilidad⁵⁴¹, a pesar de que encontramos coherente considerar que el dolo debería abarcar también este extremo, lo que lo convertiría en un elemento más del tipo⁵⁴².

Por otro lado, en cuanto al elemento subjetivo, APARICIO PÉREZ / ÁLVAREZ GARCÍA señala que únicamente cabe el tipo doloso, si bien en la mayor parte de supuestos, en su opinión, se apreciará también la intención de evadir impuestos. Además, en el caso concreto del subtipo de llevanza de contabilidades distintas, se requiere el elemento subjetivo específico de ocultar o simular la verdadera situación económica de la empresa⁵⁴³.

3.8.4. Ejemplo práctico

En esta ocasión, vamos a poner como ejemplo un delito contra la Hacienda Pública de los del art. 305 CP. En concreto, nos centraremos en la STS 717/2016, 27 septiembre. En este caso, se juzgaba la comisión de un tipo de fraude fiscal, doctrinal y jurisprudencialmente conocido como “fraude carrusel”. Concretamente, una sociedad italiana vendía aceite de oliva a una sociedad española, haciéndose las entregas en España, y, posteriormente, esta lo revendía a otra sociedad, también española. Este esquema de actuación se repitió, al mismo tiempo, con distintos grupos de empresas, si bien la AEAT se dio cuenta de que la facturación emitida por una de las empresas a las demás suponía generar un IVA soportado que les permitiera no realizar ingreso alguno por sus ventas a la segunda sociedad española. Del mismo modo, se detectaron

⁵⁴⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal*, cit.

⁵⁴¹ FERRÉ OLIVÉ, J.C., *El delito contable. Análisis del art. 350 bis del Código Penal*. Ed Praxis. Madrid, 1988, p. 197.

⁵⁴² De esta opinión, APARICIO PÉREZ, A. / ÁLVAREZ GARCÍA, S., *Crónica tributaria*, nº 136 (2010), p. 23.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 17.

irregularidades en las facturas, tales como numeraciones no correlativas, facturas duplicadas y otras que no aparecían en la contabilidad de las entidades que debían repercutir el IVA pero sí en las que debían soportarlo. En definitiva, se consideró demostrado que el acusado, mediante un “fraude carrusel” y sirviéndose, además, de facturas falsas, dejó de ingresar 898.128.26 euros por el Impuesto sobre el Valor Añadido de un mismo ejercicio.

En opinión de HINOJOSA / LUQUE, lo más característico de un “fraude carrusel” es que, al final, los bienes se venden al vendedor original, por lo que el ciclo puede empezar de nuevo cuantas veces sea necesario sin que los bienes objeto de compraventa lleguen jamás al consumidor final. Estos autores añaden que, para derivar responsabilidad, se requieren tres requisitos cumulativos: que las personas físicas responsables sean empresarios o profesionales, que exista una cuota declarada y no ingresada y que se trate de un comportamiento doloso⁵⁴⁴.

En el caso del ejemplo, vemos que se cumplen todos estos requisitos. Para empezar, las personas físicas condenadas eran empresarias (en concreto, administradores de las mercantiles). Tal consideración para las personas físicas se va repitiendo a lo largo de la Sentencia y en ningún momento se puso en duda. La importancia de este extremo reside en que, como se ha indicado *supra*, el delito fiscal se ha clasificado por parte de la jurisprudencia como un delito especial de infracción de deber, por lo que únicamente un “empresario” puede ser condenado por ello⁵⁴⁵.

El segundo elemento que comentan HINOJOSA / LUQUE es el de la existencia de una cuota declarada y no ingresada. En este caso se defraudó una cuota del IVA (que, además, era superior a 120.000 euros, por lo que se cumple con este requisito, ya lo caractericemos como condición objetiva de punibilidad o como elemento del tipo⁵⁴⁶). Tal como hemos visto en la exposición de los apartados anteriores, este elemento señala el carácter de norma penal en blanco que tienen los distintos delitos contra la Hacienda Pública, puesto que, tal como apunta el TS en esta misma resolución, su interpretación

⁵⁴⁴ HINOJOSA TORRALVO, J.J. (Dir.) / LUQUE MATEO, M.A. (Coord.), *Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal*. Ed. Atelier. Barcelona, 2012, p. 291.

⁵⁴⁵ Nótese que, dado que los hechos se produjeron entre los años 2008-2009, las personas jurídicas únicamente responden como responsables civiles subsidiarios (FJ 21 de esta STS).

⁵⁴⁶ En opinión de ALONSO GALLO, J., “El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012”, AJUM 34 (2013) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 13 de diciembre de 2018), p. 25, esta cuestión quedó zanjada con las SSTC 120/2005, 10 mayo, y 129/2008, 27 octubre, a favor de considerarlo un elemento del tipo, en contra de lo que parece la jurisprudencia mayoritaria del TS.

de los debe complementarse con la legislación fiscal vigente, “tanto las de carácter general como las específicas del impuesto cuyo pago se dice eludido” (FJ 9).

En referencia al comportamiento típico, ya se ha explicado que lo que se sanciona penalmente no es ni la omisión en sí misma ni el impago (si la declaración, en este último caso, hubiera sido veraz), dado que el tipo exige que se dé una conducta defraudatoria. Tal como hemos indicado *supra*, la única omisión típica es aquella que implique un acto de ocultación de las cuestiones relevantes desde el punto de vista tributario, a lo que el TS añade que que la omisión de una declaración a la que se está obligado supone una ocultación de la base imponible, lo que convierte en típica la conducta, “actúa con engaño quien presenta como realidad algo que no lo es. En el caso, la inexistencia de base imponible”. En opinión propia, sin embargo, encontramos que esta interpretación de “engaño” resulta algo forzada, puesto que, de admitirla, no vemos ninguna diferencia entre un acto de ocultación y una simple ausencia de declaración. Bien es verdad que esta ausencia puede ser suplida en caso de presentación tardía de la declaración que se hubiera debido efectuar, pero, aun así, consideramos que, en virtud del carácter fragmentario del Derecho penal, únicamente debería ser típica, por engañosa, una declaración mendaz o incompleta (naturalmente, tratándose de una conducta dolosa en todo caso).

A continuación, el TS se refiere a la cuantía, que en este caso, como hemos dicho, excede de los 120.000 euros. El FJ 9 continúa afirmando que la doctrina jurisprudencial, aunque con algunas vacilaciones, ha acabado por considerar que se trata de una condición objetiva de punibilidad, “aunque la distinción pierda relevancia en tanto se admite que el dolo puede ser eventual”. En este sentido, la determinación de la cuota defraudada corresponde a la jurisdicción penal, sin que ningún organismo administrativo-tributario deba pronunciarse con anterioridad al respecto⁵⁴⁷. Sin embargo, este organismo matiza que “las normas tributarias deben ser atendidas al determinar en sede penal la cuota que se considera defraudada”, por lo que se debe atender a lo dispuesto en la normativa sectorial de aplicación y podría resultar aceptable, si la hubiera, una liquidación efectuada por la Administración tributaria.

⁵⁴⁷ En igual sentido, ARAGONÉS BELTRÁN, E., “La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo”, en AAVV., *La responsabilidad penal en la Administración Pública*. Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 2010, p. 172.

Volviendo con HINOJOSA/LUQUE, el tercer y último requisito que debe darse es el referido al elemento subjetivo: en efecto, en este caso el comportamiento de los autores se consideró claramente doloso. Respecto a esto, el FJ 1 de esta Sentencia deduce que el comportamiento del acusado fue doloso, en tanto que el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido era meramente formal, puesto que la cantidad abonada era sólo una parte de la real. En base a esto, el TS entiende que el acusado “*conocía el significado de su conducta y decidió libremente ejecutarla*” (lo que constituye la definición clásica de “dolo”). Del mismo modo, en el FJ 10, el Tribunal aprecia el otro elemento subjetivo comentado en la exposición precedente: la intención de que la satisfacción de la deuda tributaria se viese dificultada, derivándose dicha dificultad de la existencia de un embargo preferente al que había sido trabado por la AEAT⁵⁴⁸.

3.8.5. Contraste con la práctica económico-empresarial

A pesar de que este delito presente una larga tradición en nuestro ordenamiento, así como en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos mundiales, lo cierto es que la praxis empresarial muestra algunas cuestiones de difícil encaje, más allá de otras muchas apreciaciones que, en otros ámbitos conexos, haya podido hacer la doctrina especializada.

El primero, y quizás más importante, es el problema de la autoría. Es muy habitual, sobre todo en las empresas (y, de hecho, también las demás organizaciones) de pequeñas y medianas dimensiones que las cuestiones relacionadas con la tributación estén total o parcialmente externalizadas en gestorías especializadas. Tal como se ha visto en la exposición precedente, los delitos contra la Hacienda Pública son, todos ellos, especiales, si bien pueden intervenir, de un modo u otro, autores, inductores, cooperadores o cómplices, pudiendo recibir cada uno una sanción distinta en función de su grado de implicación⁵⁴⁹.

En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ indica que existe un debate sobre los límites mínimos de la participación entre los que consideran que el asesor tendrá responsabilidad penal si la finalidad de su asesoramiento es que se produzca un delito, por un lado, y los que consideran que las intenciones del partícipe pueden cambiar la valoración de la

⁵⁴⁸ En opinión de CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, 2ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 2016, p. 228, este matiz del elemento subjetivo sería innecesario, puesto que el dolo sería suficiente.

⁵⁴⁹ En este sentido, FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Tratado*, cit., p. 177.

conducta. Para los primeros, lo importante es que la conducta adquiera por sí misma el significado objetivo de facilitar una futura comisión de un hecho delictivo, valorándose el principio de autorresponsabilidad penal y la delimitación de las esferas de responsabilidad dentro de un contexto de confianza. Para los segundos, se excluye el dolo eventual (sobre todo en la fase de actos preparatorios), basándose la diferenciación entre asesoramiento jurídico-penalmente permitido y no permitido en el hecho de que se sea, o se tenga por muy probable, el hecho de que el mismo vaya a ser utilizado con finalidades delictivas⁵⁵⁰.

En este contexto, ROBLES PLANAS alude a un ámbito objetivamente neutral de la conducta del asesor, que divide en dos fases: la actividad de mero suministro de información y el asesoramiento en sentido estricto. En cuanto a la primera, indica que carece de efectos penales, incluso si se refiere a una información sobre las posibilidades de actuación. No obstante, cuando la mera información se convierte en asesoramiento, se pierde la neutralidad⁵⁵¹. Este autor opina que el asesoramiento será tanto más neutral cuanto más técnico sea, si bien algunas recomendaciones a los clientes sí pudieran ser consideradas delictivas⁵⁵².

En este contexto, el papel del asesor fiscal tiene particular relevancia: según la doctrina del TS⁵⁵³, en los casos en los que un asesor fiscal aconseje a su cliente (pongamos por caso, una persona jurídica) para que lleve a cabo una determinada operación, excluida de la economía de opción, por la que puede obtener un ahorro fiscal superior a 120.000 euros, estará cometiendo un delito. No obstante, queda preguntarse por los casos en los que esa persona jurídica acuda a una gestoría a tramitar el cálculo y abono de sus impuestos. El sujeto obligado sigue siendo el mismo, pero puede ser que desconozca los matices sobre su propia tributación y, en consecuencia, no pueda controlar si su

⁵⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, InDret 2/2009 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 14 de enero de 2019), pp. 41 s.

⁵⁵¹ Al respecto, la STS 165/2013, de 26 de marzo, FJ 26, distingue entre los actos neutrales y los que no lo son, exigiendo para los primeros “*que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y que este objetivamente sirva y coadyuve a la facilitación del delito, lo que supone un aporte necesario a tal fin*” y, por tanto, que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo. Agradezco a mi alumno, Alejandro GARCÍA PÉREZ, que me proporcionase esta referencia jurisprudencial en una práctica de la asignatura titulada “*Regulación jurídica del oficial de cumplimiento normativo*”, perteneciente al postgrado que se impartió en la Universitat Oberta de Catalunya durante el curso 2018-2019 llamado *Postgrado en Compliance*.

⁵⁵² ROBLES PLANAS, R., “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, Diario La Ley, nº 7015 (2008) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 14 de enero de 2019).

⁵⁵³ Por todas, STS 974/2012, 5 diciembre, FJ 8, que indica que el asesoramiento únicamente será considerado delictivo si el asesor sabía que esa información se iba a utilizar con finalidades ilícitas.

asesor/gestor le está indicando correctamente la cantidad a pagar. Dado que estamos ante un delito esencialmente doloso, la diferencia entre infracción administrativa y delito vendrá dada, además de por los demás elementos objetivos del tipo y por la cantidad dejada de pagar, por la determinación acerca de si ese error fue realmente un descuido o si hubo intención en él.

No obstante, aun considerando que mediase dolo por parte del asesor/gestor, si la persona física que tramita el pago de los impuestos en nombre de la organización no tiene suficientes conocimientos de fiscalidad, puede creer que el asesor esté en lo cierto y limitarse a pagar, lo que, en opinión propia, excluiría la culpabilidad de esa persona física, pero no de la persona jurídica: como se ha visto en el capítulo anterior, un amplio sector doctrinal opina que la culpabilidad de una persona jurídica recae en el hecho de que tengan o implantadas medidas de prevención y control tendentes a la evitación de dichos delitos, lo que, como también hemos visto, no sucede en una gran parte de las PYMEs españolas. Por tanto, ante semejante error, la persona jurídica no podría alegar falta de culpabilidad y, a tenor de los arts. 31 bis CP y 31 ter CP, se la podría llegar a condenar⁵⁵⁴.

En este contexto, merece un comentario la STS 374/2017, 24 mayo, que condena a dos personas físicas por diversos delitos fiscales. A pesar del entramado societario que se había creado, no se pudo condenar a las personas jurídicas porque los hechos se produjeron entre los años 2007 y 2009 (antes, por tanto, de la introducción de su responsabilidad penal en España). En este caso, los acusados alegaron que habían delegado todo lo relativo a la presentación y pago de los impuestos a una asesoría externa⁵⁵⁵. Lo importante, a los efectos que nos ocupa, es valorar la responsabilidad del *extraneus* en los casos en los que este genere un error en el sujeto obligado que le conlleve a incumplir sus deberes fiscales, así como del propio *intraneus*. Tras una extensa argumentación⁵⁵⁶, el TS concluye, en su FJ 15, que “la actuación de un *extraneus* como representante del sujeto especial, haga o no exigible [la] responsabilidad penal a éste, no acarrea como consecuencia necesaria la exoneración del sujeto en cuyo nombre actúa el *extraneus*”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Un ejemplo de un caso similar lo encontramos en la SAP Pontevedra 38/2017, 30 junio.

⁵⁵⁵ Si bien no se planteó la responsabilidad penal de este *extraneus*, el TS indicó, *obiter dicta*, que, si se diese, esta supuesta delegación podría justificar una exención de responsabilidad dada la confianza depositada en el gestor. No obstante, niega esta opción, indicando en el FJ 2 que una pluralidad de sujetos que concudiesen en la comisión de este delito, fuera del contexto de una organización pero con distribución de funciones entre los partícipes, supondría la acumulación de responsables penales, pero no la exoneración de ninguno de ellos.

⁵⁵⁶ El FJ 2 de esta Sentencia indica que existen distintas propuestas de solución, destacando la que configura el delito como especial de dominio.

⁵⁵⁷ Doctrinalmente, para un análisis más amplio de esta cuestión véase TORRES CADAVID, N., “El delito de defraudación tributaria: ¿un delito especial o un delito común? Una propuesta (de *lege lata*) de delimitación del círculo de posibles autores del art. 305 CP”, RECPC 20-29 (2018) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 26 de noviembre de 2020).

En la práctica, como decíamos, esto supone una excesiva posibilidad de perseguibilidad para una persona jurídica, quien pasa a ver muy limitada sus posibilidades de defensa ya no sólo en sede procesal, sino incluso en sede administrativa-sancionadora. Si pensamos en el Director Financiero de una gran empresa, o incluso de una mediana, es razonable que sí tenga suficientes conocimientos de fiscalidad como para detectar posibles errores, pero en una empresa pequeña o una microempresa, como lo son la mayoría, esta posibilidad se reduce, puesto que no siempre la persona encargada de las finanzas tiene los conocimientos específicos necesarios (piénsese, por ejemplo, en un trabajador autónomo que, tras un aumento de su negocio, se ve forzado a contratar a tres empleados para cubrir toda la demanda). Un error, si de verdad lo fuera, haría que nos planteásemos la culpabilidad de los responsables penales de este fraude si únicamente fueran personas físicas, pero no si hablamos de personas jurídicas⁵⁵⁸. En consecuencia, estando ante un delito en el que podemos prever que en un futuro habrá más jurisprudencia dedicada a las personas jurídicas que a las físicas, opinamos que el legislador penal debería prever algún método para evitar una persecución a las organizaciones que derivase de un simple error humano (eso sí, manteniéndose la posibilidad de imputar penalmente a una persona jurídica por este delito).

Otra cuestión que afecta a la práctica económico-empresarial española de estos delitos es la relacionada con la cuantía a partir de la cual se considera que la defraudación es delictiva. Más allá de los debates doctrinales expuestos acerca de la calificación jurídica de este elemento, lo cierto es que es un aspecto común para todas las personas jurídicas, con independencia de su tamaño, volumen de facturación u otras circunstancias. Tal como se ha expuesto *supra*, en la práctica es frecuente que la gran mayoría de las entidades que puedan llegar a cometer este delito sean empresas que defrauden más de 120.000 euros por los impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido (teniendo en cuenta que no son responsables tributarios por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sino que únicamente deben hacer los pagos a cuenta a los que están legalmente obligados)⁵⁵⁹. Esto es así porque las demás cargas impositivas suelen representar un porcentaje tan pequeño que, con un facturado no demasiado alto ni unas dimensiones particularmente grandes, sería impensable llegar a esta cifra.

⁵⁵⁸ De acuerdo con esta postura, FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Tratado*, cit., p. 206.

⁵⁵⁹ ALONSO TEJUCA, J.L., ponencia impartida en “Jornadas de especialistas”, cit., p. 8.

No obstante, buena parte de las empresas españolas no pueden llegar jamás a defraudar esta cantidad, puesto que no tienen ingresos ni infraestructura suficientes para ello, pero también hay otras que superan ampliamente esta cuota en apenas un mes de actividad. Consideramos que carece de todo sentido político-criminal que cualquier empresa deba pasar por el mismo umbral para considerar cometido este delito, dado que cada una tiene una realidad distinta y unas características propias diferentes; en consecuencia, vemos gravemente afectado el principio de proporcionalidad de la pena. En la práctica, esta tipificación exige un mayor cuidado a una empresa grande que a una pequeña sólo por el hecho de serlo, que deviene creciente cuanto mayor es la estructura y/o los ingresos, puesto que mayor es el peligro de que un error humano haga que se deje de pagar esta cantidad. Lo mismo podemos decir de los demás tipos penales contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en los que encontramos idéntica problemática⁵⁶⁰.

Nos resulta particularmente curioso que la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó, entre muchos otros, el art. 305 CP aumentando la cuantía a partir de la cual se considera que una defraudación se considera delictiva a los 120.000 euros, no incluyera en su Exposición de Motivos ninguna alusión a este cambio⁵⁶¹. Consideramos trascendental una modificación que indique esta cantidad, por lo que encontramos del todo incomprensible la ausencia de justificación al respecto⁵⁶².

⁵⁶⁰ En sentido similar, aunque en referencia a las personas físicas, SÁNCHEZ-PEGO LAMELAS, Á., “El delito fiscal: una reforma necesaria” (en línea, <http://www.expansion.com/>, consultada el 17 de enero de 2019). Este autor, además, pone en tela de juicio que el redactado actual se ajuste al principio de culpabilidad, además del de proporcionalidad.

⁵⁶¹ No obstante, podemos deducir cuál fue la motivación en base a las enmiendas propuestas en el Senado por los grupos Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y Grupo Parlamentario Socialista (GPS), que rezaban lo siguiente: “[e]l incremento de un 30 por 100, aproximadamente, de la cuantía para que dicha conducta sea considerada delictiva, si bien es equivalente porcentualmente al aplicado a otras conductas que ven revisada su cuantía a los efectos de su consideración como falta o delito hemos de resaltar que comporta de facto una despenalización de mucha mayor entidad, y todo ello sin olvidar que la despenalización tiene efectos retroactivos”. Podemos deducir, por tanto, que las razones de política criminal que impulsaron la modificación por la que el delito contra la Hacienda Pública pasaba a tener un umbral de 120.000 euros en vez de los 90.000 que había tenido hasta entonces se debe a un aumento más o menos generalizado que experimentaron las cuantías que servían como umbral para otros delitos o faltas. Podemos hablar, pues, de una simple actualización de la cantidad derivada no de un incremento del IPC continuado a lo largo de los años, sino de un aumento global de las cuantías a efectos penales. Véanse dichas enmiendas en <http://www.senado.es/>, consultada el 5 de febrero de 2019, pp. 80, 100.

⁵⁶² REMÓN PEÑALVER, E., “Naturaleza de la cuota defraudada en el delito fiscal”, ponencia impartida en “Jornadas de especialistas en delincuencia económica, 3 y 4 de Abril 2017” (en línea, www.fiscal.es, consultada el 17 de enero de 2019), p. 17., indica que “el progresivo aumento de la cuantía responde a una pura cuestión de política criminal que obedece a que dicha cuota constituye una barrera marcada por la circunstancia citada así como las tres partes claramente diferenciadas en el art. 305 del Código Penal, una referida a elementos del tipo, otra a las penas aparejadas y otra referida a la cuantía

En cualquier caso, la principal problemática que vemos no es su ausencia de justificación, que nos ayudaría a encontrarle un sentido de política criminal más sólido, sino el hecho de que haya un único umbral para cualquier tipo de persona jurídica. Opinamos que sería más adecuado un sistema que entendiese que hay delito a partir de que se alcanzase ya no una cantidad alzada, sino un porcentaje de la facturación o de los beneficios. De este modo, cualquier persona jurídica estaría sometida a la misma presión y se les podría exigir a todas ellas unos deberes de cuidado equiparables.

Finalmente, un tercer aspecto de estos delitos que contrasta frontalmente con la praxis empresarial lo encontramos en los delitos contra la Seguridad Social. La cuestión la plantea HERRANZ SAURÍ, quien indica, acertadamente, que en el ámbito de las cuotas abonadas a esta Tesorería General (a diferencia de lo que sucede con las autoliquidaciones de impuestos periódicos), las empresas presentan los boletines de cotización mes a mes, de tal modo que cualquier falta de pago (u otro tipo de incumplimiento) genera los recargos e intereses que la legislación sectorial establece. En consecuencia, cuando la TGSS emite el certificado, incluye en él estas cantidades, lo que implica un error, puesto que únicamente deben ser tenidas en cuenta para el cómputo de la cuota delictiva aquellas cantidades que correspondan estrictamente a este concepto, dejando el resto para el cálculo de la responsabilidad civil que se derive⁵⁶³. Este autor señala que el legislador no ha incluido un listado *numerus clausus* de qué obligaciones de cotización deben ser tenidas en cuenta y cuáles no para determinar los 50.000 euros de defraudación, lo que ha dado lugar a distintos criterios jurisprudenciales⁵⁶⁴ (y, podríamos añadir, la consiguiente inseguridad jurídica).

Nos mostramos plenamente de acuerdo con este criterio. El delito contra la Seguridad Social, por su propia idiosincrasia, debería ser uno de los que más tuvieran en cuenta la realidad económico-empresarial española, puesto que son las empresas las obligadas a abonar mensualmente las cuotas a la TGSS (con independencia de que las acciones finales, como es evidente, las lleve a cabo una persona física). Si bien la redacción general es correcta (a pesar de haberse mantenido prácticamente inalterada desde 1995,

amparan la consideración". Si bien encontramos razonable esta explicación, nos parece una motivación insuficiente que no justifica una labor legislativa mínima que asegure unos criterios equitativos.

⁵⁶³ HERRANZ SAURÍ, T., ponencia impartida en "Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013", cit., pp. 6 s.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

salvo la reforma que tuvo en 2012⁵⁶⁵), HERRANZ tiene razón cuando aboga por un listado cerrado de obligaciones de cotización que ayudase a fortalecer la seguridad jurídica y evitase líneas jurisprudenciales discrepantes⁵⁶⁶.

Por tanto, por todo lo anterior, consideramos que sí es coherente que una persona jurídica pueda llegar a responder penalmente por un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, lo que nos lleva a la cuestión de qué mecanismos de prevención se le pueden exigir. De nuevo, la respuesta ha de variar completamente en función del tamaño de la empresa y, sobre todo, de su facturación. Los llamados “Compliance Tributarios”, que en España encuentran una regulación de *soft-law* en la UNE 19602, no dejan de ser elementos quizás algo más detectivos que preventivos, destinados a detectar y evitar los posibles incumplimientos fiscales de una organización⁵⁶⁷. En este sentido, se prevé la implementación de distintos elementos, como por ejemplo mecanismos de auditoría interna o externa o, incluso, un canal de denuncias para estos efectos, destinados a detectar los posibles incumplimientos que se estén dando.

No obstante, lo verdaderamente relevante de esta UNE es que las organizaciones que “la implementen” (esto es, tengan unos procedimientos acordes) tendrán presunción de veracidad y se considerará que cualquier eventual incumplimiento que, en su caso, pudiera detectarse se debe a un error y no a una voluntad defraudadora⁵⁶⁸. A efectos de valorar la responsabilidad penal de una persona jurídica por estos delitos, contar con un elemento que haga presuponer la ausencia de un defecto organizativo en la entidad implica la apreciación del valor eximente de esta medida a efectos de una posible responsabilidad penal, lo que constituye, tal como se ha visto, el principal efecto de un PCN.

⁵⁶⁵ El expositivo IV de la Exposición de Motivos de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, indica que se reformó el art. 307 CP con tal de reducir la cuantía a partir de la cual se entiene cometido el delito a 50.000 euros (siendo, según apunta el propio legislador, una condición objetiva de punibilidad). A esto añade que “[l]a realidad social y económica actual pone de relieve la necesidad de actuar, con mayor contundencia, frente a las conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social”. A diferencia de lo que sucede con el art. 305 CP, así sí tenemos las pautas interpretativas suficientes para entender por qué la cuota se fija en 50.000 euros.

⁵⁶⁶ HERRANZ SAURÍ, T., ponencia impartida en “Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013”, cit., pp. 6 s.

⁵⁶⁷ CALVO VÉRGUEZ, J., “La evolución de los programas de cumplimiento tributario: de la norma UNE 19601 a la norma UNE 19602”, RQF 7/2019. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (en línea, <https://insignis-aranzadidigital-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultada el 3 de diciembre de 2020), pp. 20 ss.

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

Sin embargo, en opinión propia, dudamos de la operatividad de estas medidas en una organización de dimensiones pequeñas, a pesar de que la UNE 19602 tiene la voluntad de adaptarse a entidades de cualquier tamaño: no todas las personas jurídicas pueden permitirse una infraestructura como la que se requiere para implementar todos los controles de esta UNE. Dado que se publicó en 2019, aún es demasiado pronto como para extraer conclusiones acerca de su buen funcionamiento, y la falta de toda evidencia empírica aconseja prudencia en este aspecto, pero, teniendo esto en cuenta, opinamos que esta UNE favorecerá a las grandes estructuras empresariales que estimen oportuno implementarla (con los correspondientes beneficios a efectos de su responsabilidad penal), y no beneficiará a las estructuras más pequeñas, que deberán implementar, en la medida en que les sea posible, otras medidas más simples (como por ejemplo la obtención de los correspondientes certificados de estar al día con las obligaciones con la Hacienda Pública y/o con la Seguridad Social).

3.9. CONCLUSIONES PARCIALES

Como se ha dicho al inicio de este Capítulo, no se han analizado todos los tipos penales por los que puede responder una persona jurídica, sino únicamente aquéllos que, por sus características y, es más probable que se puedan llegar a cometer. Si bien es verdad que hay muchos otros tipos que podrían llegar a darse en varias personas jurídicas, sean o no de tipo empresarial, este listado pretende suponer un sustrato mínimo común a todas ellas.

Las conclusiones que podemos obtener de las exposiciones y reflexiones que preceden son las siguientes:

1. La redacción de los tipos penales está pensada para personas físicas. Ello no debería sorprendernos, puesto que el CP español actual data de 1995 y, a pesar de las múltiples reformas de las que ha sido objeto (a pesar de su carácter de “Constitución negativa”, tal como reza su propia Exposición de Motivos), no todos los tipos penales han visto modificado su redactado tras la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010. En consecuencia, hay varios comportamientos típicos que resultan incoherentes con una actividad empresarial “normal” y determinados elementos objetivos y, sobre todo, subjetivos, que deberían obligar a las organizaciones a adoptar

una serie de cautelas que, cuanto menos, se podrían tachar de inoperativas. La carencia de una redacción de los tipos penales pensada para el funcionamiento de una organización lleva a incoherencias legislativas y a supuestos de excesiva punibilidad para las entidades. Además, no existe en la Parte Especial del Código Penal ninguna excusa absolutoria, supuesto de no punibilidad ni, en definitiva, ningún elemento dirigido a las personas jurídicas que pueda excluir (o, si más no, modular) su punibilidad.

Podemos relacionar esta conclusión con el debate que hemos expuesto en el Capítulo II sobre si el sistema español de responsabilidad penal de personas jurídicas se basa en la heterorresponsabilidad o en la autorresponsabilidad. Si bien nos hemos posicionado a favor de la autorresponsabilidad, el hecho de que los tipos estén pensados para acciones u omisiones de personas físicas es un elemento que más hace pensar en la opción contraria. No obstante, tal como se desarrollará *infra*, consideramos que no es un elemento suficiente como para justificar que el sistema se base en la heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que una persona jurídica carece de capacidad de obrar en sentido físico, necesaria para cometer una acción u omisión delictiva, si bien una persona física que la integre sí la tiene. En nuestra opinión, y sin perjuicio de un mayor desarrollo de esta idea, en el momento en el que una persona física, integrante de una jurídica, está obrando en su nombre y representación, y en su beneficio, sus acciones dejan de ser propias de ella y pasan a serlo de la persona jurídica, lo que sugiere, a pesar de la tipificación, que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español se base en la autorresponsabilidad de las mismas.

2. En línea de lo anterior, opinamos que uno de los aspectos más graves es la posibilidad de que ciertos delitos, como por ejemplo la estafa o algunos delitos contra la propiedad industrial, puedan cometerse a título de dolo eventual. Si nos acogemos a una definición clásica del mismo (esto es, no buscar específicamente un resultado que se entiende como posible en caso de cometer una acción u omisión determinadas), vemos que la mera desidia de una persona que, conocedora o no del contenido de la norma primaria, no lleve a cabo algunas de sus tareas (a sabiendas) puede llevar a la persona jurídica a una situación en la que sea perseguida penalmente. Los factores extrajurídicos, como pueden ser el mal trabajo o la falta de recursos económicos que permita una gestión distinta, hacen que las organizaciones dependan de que sus

integrantes “quieran trabajar bien”, puesto que de otro modo pueden llegar a incurrir en responsabilidad penal aun pretendiendo ser organizaciones cumplidoras. Esto se ve particularmente acentuado en entidades, no necesariamente grandes, en las que hay una intensa atomización de funciones y una escasa vigilancia.

Este aspecto supone un punto de fricción importante que se acentúa especialmente desde la óptica de la prevención de comisión de delitos: la influencia en el comportamiento de las personas físicas mediante políticas y directrices internas, cuyo cumplimiento pueda ser sancionado por parte de la persona jurídica que las implemente, en vez de mediante normas con rango legal y sanción por parte de los poderes públicos competentes. En la práctica, la posibilidad de que una persona jurídica pueda responder penalmente por ciertos delitos cometidos a título de dolo eventual supone añadir un plus de cuidado ante el desempeño de funciones por parte de sus miembros integrantes que pueda llegar al punto de exigir acciones u omisiones concretas que afecten a procesos habituales y que estén destinadas a evitar comportamientos que, por desidia, pudieran resultar delictivos por el dolo eventual mostrado.

3. Del mismo modo, hay determinados comportamientos la frontera de los cuales entre lo lícito y lo ilícito queda desdibujada, puesto que una interpretación laxa los vaciaría de contenido, pero otra demasiado estricta sancionaría a un gran número de entidades. Por ejemplo, es lo que sucede con los delitos de corrupción privada, que tipifican un “soborno entre particulares” sin establecer límites cuantitativos ni cualitativos, y que vienen a tipificar una serie de conductas que hasta 2010 no sólo eran lícitas, sino que la sociedad las entendía con absoluta normalidad y se utilizaban por las empresas que se lo podían costear como herramienta lícita de marketing.

En este sentido, resulta necesaria una tipificación de los comportamientos que se adecúe a la realidad en la que se mueven las personas jurídicas receptoras de las obligaciones jurídico-penales. Tras el análisis hecho en este Capítulo, opinamos que el legislador debería haber adaptado los tipos penales a este contexto, en vez de mantener la mayoría de tipos inalterados. Remitiéndonos a la conclusión provisional primera de este Capítulo, insistimos en que ello puede ser entendido como un elemento de heterorresponsabilidad del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien no es suficiente, a nuestro entender, para justificar que todo el sistema se rija por este principio.

4. La interpretación de algunos comportamientos requiere, para su adecuación a la realidad económico-empresarial, que se entiendan como delitos especiales para las personas jurídicas, con una estructura interpretativa similar a la de los delitos especiales para las personas físicas. Es el ejemplo que hemos obtenido tras analizar el delito de publicidad falsa (art. 282 CP), pero se requeriría un análisis de todos los tipos penales por los que puede responder una persona jurídica para ver si esta interpretación se da en otros (si bien, intuitivamente, podemos asumir que ciertos delitos como la prostitución o el tráfico ilegal de órganos sí estarían en esta situación).

5. En consecuencia de todo lo anterior, junto con lo que se vio en el Capítulo II, concluimos que una persona jurídica puede pretender cumplir con la normativa al máximo, si bien siempre dependerá de lo que finalmente decidan hacer en cada momento las personas físicas que la conforman (queriendo delinquir o no). Suponiendo el caso de una empresa, que es donde tienen lugar todos los supuestos que hasta ahora ha recogido la jurisprudencia, es de suponer que, mayormente, cualquier persona únicamente quiera ir a trabajar y pretenda mostrar un desempeño de su actividad lo más acorde posible a la normativa interna y a las directrices de sus superiores, lo que supone un riesgo a efectos de responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que este trabajador es quien tiene la potestad de incumplir o no. El problema surge cuando la decisión de actuar de una determinada manera viene dada por desconocimiento de la hipotética ilicitud del hecho por parte de quien emite la orden. No podemos presumir que nadie que no acredite estudios de Derecho tenga más nociones que las elementales, y eso es tanto como decir que, en un contexto en el que los tipos penales no están adaptados a la realidad empresarial, se crea una situación de gran inseguridad jurídica para las organizaciones.

6. No obstante, la reflexión anterior muestra un punto de partida para una posible mejora del sistema: si bien se han detectado distintas fricciones entre los tipos penales actuales y el funcionamiento real de las empresas en España, el problema fundamental no estriba en la Parte Especial del CP, sino en la Parte General. Naturalmente, como ya hemos apuntado, se requiere una revisión de la redacción de los tipos penales estudiados que adapte las conductas a la idiosincrasia de una empresa como las que conforman el verdadero tejido empresarial español, pero una auténtica adaptación del sistema a la economía española requeriría modificar las cuestiones generales, y no sólo adaptar los delitos concretos.

A MODO DE RECAPITULACIÓN

Las páginas precedentes han servido para analizar la adaptación del CP español a la realidad en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas en lo tocante a las cuestiones de Derecho penal sustantivo. Tras una descripción general de la economía española actual y un análisis de dicha responsabilidad desde este punto de vista, tanto por lo que se refiere a la Parte General del CP como la Parte Especial, se concluye la primera parte de esta investigación.

La principal conclusión a la que llegamos es que se confirma la hipótesis inicial: la regulación actual en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas en España no se ajusta a la realidad. Ello es así por varios motivos, que, si bien encuentran su fundamento en uno, tienen múltiples manifestaciones.

El principal motivo por el que nuestro CP no se adapta a la realidad económico-empresarial es que, a pesar de haber sido reformado en más de una treintena de ocasiones desde su publicación, esta norma data de 1995. Por tanto, los principios informadores de política criminal y la teoría general del delito que la rigen pertenecen a una ideología más o menos anticuada, pero en todo caso pensada para la responsabilidad penal de las personas físicas. Bien es verdad que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha protagonizado las reformas penales de 2010, 2012, 2015 y, en menor medida, 2019, añadiendo nuevos principios interpretativos, pero la teoría general se está estructurando partiendo de la base de la que ha regido hasta este momento para las personas físicas, como no puede ser de otro modo dado el CP que tenemos.

En este sentido, la misma teoría de la acción queda en entredicho, con independencia de que partamos de la base de que el principio de imputación que impera es el de la autorresponsabilidad penal de una persona jurídica o el de la heterorresponsabilidad. En cualquier caso, siempre es la persona física quien lleva a cabo, materialmente, la acción, o quien omite un comportamiento debido. Una persona jurídica no tiene capacidad propia de acción, si más no, en el sentido físico de la expresión. Es más, podemos afirmar que, aunque aceptemos la teoría de la identificación, como hemos manifestado en el Capítulo II, no podemos entender que sea *exactamente* lo mismo una actuación propia que una actuación cometida en nombre y representación de otro. Aun si

entendemos que la representación de la persona jurídica a la hora de obrar en un caso determinado la ostenta la persona física que está actuando efectivamente y que, por tanto, esa persona física no actúa como tal, sino como “personificación” de la persona jurídica, su voluntad no puede ser equiparada, sin más, a la de toda la organización, a pesar de que nos parece coherente suponer que se identifique, limitadamente, a esa persona física con la persona jurídica para la que está actuando.

Tampoco los tipos penales se adaptan en todos los casos a la práctica económico-empresarial. Se ha visto en el Capítulo III de la presente investigación que, en muchos casos, los comportamientos típicos se han mantenido inalterados con la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que supone, para aquellos en los que dicha responsabilidad esté tipificada, una equiparación entre el comportamiento del ser humano con el de la organización. Esto no sólo provoca múltiples situaciones absurdas, sino que abre la posibilidad de perseguir por la vía penal a una persona jurídica por comportamientos que escapan a su razonable control. Un PCN no deja de ser una política, con más o menos ramificaciones y más o menos desarrollo dentro de la organización, que establezca unas instrucciones a seguir por parte de las personas físicas, y entender que esto es un elemento de control resulta, cuanto menos, ilusorio. Tal como muy acertadamente afirmó en su día Dale CARNEGIE, únicamente hay una manera de hacer que alguien haga algo, y es “*hacer que el prójimo quiera hacerlo*”¹. En este sentido, dudamos que una política escrita, por muchos mecanismos complementarios de supervisión que se establezcan, sea suficiente para poder cambiar el comportamiento de una persona física, lo que, dados los tipos actuales, consideramos que es un argumento para sugerir la necesidad de un cambio en los mismos que sí se adapte al funcionamiento de una organización al uso sin depender tanto de la voluntad humana.

En línea con esto, también se han descrito los problemas que provoca la antijuridicidad del hecho penalmente relevante en una persona jurídica. El CP español no establece para éstas ninguna causa de justificación. De hecho, permite la condena de una persona jurídica aún sin saber quién es la persona física autora, lo que indica que se la puede condenar sin llegar a conocer las circunstancias bajo las que se actuó, *ex art. 31 ter CP*. La irrelevancia de dichas causas de justificación, pues, refleja el desinterés del

¹ CARNEGIE, D., *Cómo hacer amigos e influir sobre las personas*, 2ª ed. Ed. Edhasa. Barcelona, 1988, p. 48.

legislador hacia una hipotética justificación de la actuación “en nombre y por cuenta” de la persona jurídica “y en su beneficio directo o indirecto”, lo que nos conlleva plantear qué debe entenderse por antijuridicidad en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas y, aún más, si realmente es necesario o no hacer un juicio de antijuridicidad en estos casos. Téngase en cuenta que dicho juicio de antijuridicidad es el paso siguiente al de tipicidad y valora las concretas circunstancias en las que una determinada actuación típica se ha producido. No siendo esto relevante para las personas jurídicas, como decimos, tampoco debemos obcecarnos en una definición de delito *idéntica* a la de las personas físicas que cuente con sus mismos elementos.

Lo mismo podemos decir de la culpabilidad. Los defensores de la heterorresponsabilidad dudan de la predicabilidad de la culpabilidad en una persona jurídica, mientras que entre los que defienden la autorresponsabilidad se suele aceptar, como se ha visto en el Capítulo II de esta investigación, que la misma yace en el hecho de que una persona jurídica tenga implantadas o no medidas tendentes a prevenir la comisión de un delito (habitualmente recogidas en un PCN o instrumento análogo). En nuestra opinión, la pregunta que cabría hacerse, siguiendo con el razonamiento anterior, es si es auténticamente necesario que el hecho por el que se imputa un delito a una persona jurídica sea culpable, o, dicho en otras palabras, si es imprescindible, en estos casos, hacer un juicio de desvalor de una persona que no tiene psique propia diferente de la de los individuos que la conforman. Negar en base a ello que en España haya una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas (o usarlo como uno de los argumentos para esta negación) nos parece no sólo exagerado, sino contrario a la voluntad del legislador, plasmada en el expositivo VII de la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, de 22 de junio. No obstante, aceptar que la culpabilidad de una organización depende de tener o no un determinado instrumento, cuya implantación no todas las entidades pueden afrontar económicamente, tampoco nos parece del todo adecuado, puesto que un sistema de *Compliance*, si bien indica una declaración de la voluntad de cumplir con la legalidad, no puede evitar suficientemente que se cometan delitos relacionados con la actividad corporativa. Además, incluso si aceptamos la teoría de la identificación, nada impide que este PCN se convierta en algo meramente cosmético, pero que tenga detrás una estructura corrupta, en cuyo caso sería abiertamente inútil, como hemos argumentado en el Capítulo II.

Finalmente, la punibilidad encuentra los mismos matices que la tipicidad: no hay ninguna excusa absolutoria, condición de no punibilidad, determinación de causas de inimputabilidad, etc., específicas de una persona jurídica, sino que son las mismas que se observan para una persona física. Esto tiene un cierto sentido, si suponemos que el fundamento de la perseguibilidad penal de la persona jurídica es el mismo que el de la persona física, pero de nuevo encuentra algunos problemas prácticos en la diferencia entre un comportamiento humano de una persona física que actúa como tal y el de un comportamiento, que necesariamente también ha de ser humano, pero que corresponda a una persona física que no actúa como tal, sino como representante de una organización. Igualmente, tal vez sea este el punto que menos problemas supone, dada la escasez de elementos de esta categoría que se incluyen entre los tipos de la Parte Especial del CP que afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En conclusión, la teoría general del delito para las personas físicas está sirviendo de base para estructurar una teoría general para las personas jurídicas, puesto que se analizan los mismos elementos, pero, por los argumentos expuestos, opinamos que ello no tendría que ser así. A mayor abundamiento, piénsese en la formulación aristotélica del principio de igualdad: “*justicia es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”². Una persona física y una persona jurídica son, por definición, cuestiones desiguales, por lo que el Derecho penal no puede darles un tratamiento tan igual que incluso la teoría general del delito para una y para otra tenga los mismos elementos esenciales en su definición. Opinamos, pues, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe tener un sistema legislativo propio distinto del de las personas físicas y que se rija bajo sus propios principios. Es necesario, pues, que el legislador promulgue un nuevo Código Penal para estos casos, tal como sucede en otras ramas del ordenamiento (de entre las cuales, el más claro ejemplo es la diferenciación entre el Código Civil, que regula las relaciones de derecho privado en general, y el Código de Comercio, específico para cuando las partes son comerciantes).

En consecuencia, en la segunda parte de esta investigación se sugerirán las líneas básicas de este nuevo Código propuesto, a modo de referencias de *lege ferenda*, en una línea que permita adaptar, con todo lo visto hasta ahora, el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas a la realidad económico-empresarial española.

² Véase, entre otros, MARZAL FUENTES, A. / HIERRO SÁNCHEZ-ESCADOR, L.L., *El núcleo duro de los derechos humanos*. Ed. Bosch. Barcelona, 2001, p. 56.

SEGUNDA PARTE

HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* SOBRE UN NUEVO CÓDIGO PENAL PARA PERSONAS JURÍDICAS

En la primera parte de esta investigación se ha hecho un análisis del estado actual de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La economía española juega un papel más que relevante en esta materia, puesto que funciona a modo de límite entre qué es lo que conviene o no conviene hacer a la hora de legislar una cuestión tan relevante como esta.

Resulta una obviedad que existe una fuerte relación entre Economía y Derecho: entre otras muchas cuestiones, la seguridad jurídica de un Estado es uno de los factores que atraen a la inversión empresarial, tanto nacional como extranjera, y del mismo modo se puede afirmar que una situación de inseguridad la aleja¹. Esto mismo se insinuó en el Capítulo I de la presente investigación, cuando se vio un gráfico de la evolución de la inversión extranjera en la economía española durante los últimos años en el que se apreciaban momentos de expansión coincidentes con las publicaciones de los Proyectos de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal y de las propias Leyes Orgánicas reformadoras.

Esta relación, no obstante, no debería ser óbice para proponer una nueva reforma penal en España enfocada a adaptar la legislación a la realidad. De hecho, previsiblemente, una nueva reforma penal encaminada a ajustar la norma a la realidad aportaría más seguridad jurídica a una situación, como se ha analizado en las páginas precedentes, inadaptada a la realidad, lo que aumentaría la confianza de los mercados internacionales. En este sentido, coincidimos plenamente con RODRÍGUEZ MOURULLO cuando afirma que, en la introducción de la responsabilidad penal de las personas

¹ De acuerdo con esta idea, por todos, FUSTER ASECIO, C. / JUAN LOZANO, A.M., “Buena administración tributaria y seguridad jurídica: cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad”, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales 5/2016. Ed. Ministerio de Hacienda. Madrid, p. 94.

jurídicas, el legislador no se adaptó a los principios básicos del Derecho penal para compatibilizarlos con la nueva institución, cosa que debería haber hecho, puesto que estos principios son “*inequívocas declaraciones legales y constitucionales cuya eficacia normativa se ha dejado intacta y que evidencian que nuestro sistema penal está configurado exclusivamente para la responsabilidad penal de las personas físicas*”².

Por este motivo, y partiendo de las conclusiones a las que se ha llegado en los Capítulos anteriores, en el presente se van a proponer, de *lege ferenda*, las líneas en las que se debería entroncar un hipotético Código Penal de personas jurídicas, distinto del actual, que está pensado para las personas físicas. Para ello, se empezará describiendo y analizando cuáles serían las líneas generales y de política criminal que deberían regir un sistema que se adaptase a la realidad. A continuación, se propondrán nuevas redacciones de los tipos penales que se han analizado en el Capítulo III, basándonos en las observaciones realizadas. Por último, y dado que es lo que, en opinión propia, más entorpece el sistema, se diseñará un nuevo sistema sancionador que no desincentive a la inversión empresarial, tanto interna como externa.

Ciertamente, esta propuesta no es única. Consideramos particularmente relevante la propuesta formulada por NIETO MARTÍN, quien propuso, ya antes de la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, que se debería añadir al actual CP un nuevo Título en materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³. Si bien esta propuesta es una solución más que aceptable, opinamos que presentaría problemas de operatividad en la práctica, puesto que la regulación completa de una materia tan compleja como esta requiere de un nivel de desarrollo superior al propio de un Título de una norma, que suele tener un carácter más bien monográfico. Por el contrario, el manejo de un CP distinto, a pesar de que hubiera inevitables remisiones, no sólo facilitaría a los actores del sistema su uso, sino que permitiría un nivel de desarrollo mayor que no se toparía con los límites de tener que seguir los principios de ninguna otra norma⁴.

² RODRÍGUEZ MOURULLO, G., RCGAE, nº 62 (2010), p. 38.

³ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, cit., pp. 322 ss.

⁴ Por poner un ejemplo, es lo mismo que sucede con el Derecho privado, en el que se separan las normas de Código Civil y Código de Comercio, a pesar de los fuertes paralelismos que hay entre ambas, y existe una Ley aparte destinada al desarrollo de la regulación en materia de sociedades, a pesar de la inclusión en el Código Civil de un articulado básico en materia del contrato de sociedad.

4.1. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

4.1.1. Atribución de responsabilidad a una entidad colectiva. El Derecho penal preventivo aplicado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

a) Perspectiva dogmática: la atribución de responsabilidad a una persona jurídica. ¿Autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad?

a.1. Planteamiento general. Posturas jurisprudenciales y doctrinales

La visión antropocéntrica del Derecho penal en España (y, de hecho, en la mayor parte de ordenamientos jurídicos contemporáneos), si bien no está en modo alguno extinguida, comparte protagonismo con otro punto de vista: el de la perseguibilidad por la vía penal de las entidades colectivas⁵. No obstante, como es evidente, una persona jurídica carece de capacidad de obrar propia distinta de la de los sujetos que la conforman (al menos, como se verá, en sentido físico). Carece, asimismo, de una psique propia que pueda determinar su culpabilidad, si más no en un sentido idéntico al que tendría este concepto aplicado a una persona física. Estos han sido algunos de los principales motivos por los que se ha planteado en la doctrina el debate acerca de si el régimen de responsabilidad penal de una persona jurídica se basa en la autorresponsabilidad de una entidad colectiva o en la heterorresponsabilidad⁶.

En el Capítulo II ya se planteó esta cuestión. La postura del TS no está tan clara como cabría desear: si bien la jurisprudencia mayoritaria defiende que se trata de un sistema de autorresponsabilidad, dos resoluciones⁷ indican expresamente, aunque en *obiter*

⁵ En sentido similar, RODRÍGUEZ RAMOS, L., Diario La Ley, nº 7561 (2011). Este autor añade que, en su opinión, la auténtica superación del antropocentrismo del Derecho penal vendrá cuando se observe la posibilidad de condenar a una persona jurídica de cualquiera de los delitos tipificados por el CP. No compartimos esta idea, puesto que, primero, la visión antropocéntrica no debe perderse, dado que el Derecho penal de personas físicas se mantiene y debe regirse por sus propios principios, y, segundo, creemos que no en todos los delitos tiene sentido apreciar la responsabilidad penal de una persona jurídica. Dejar a un lado el antropocentrismo y elaborar un catálogo adecuado de delitos para personas jurídicas sería una de las principales funciones de un hipotético Código Penal para personas jurídicas, pero ello no excluye mantenerlo en el CP actual, para las personas físicas.

⁶ Véase, en general, la tesis doctoral de AGUILERA GORDILLO, R., *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance program*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Córdoba (2011) (en línea, <https://helvia.uco.es/>, consultada el 10 de febrero de 2019), en especial pp. 29 ss.

⁷ Téngase en cuenta, no obstante, que la primera de éstas fue la STS 516/2016, 13 junio, que, posteriormente, fue objeto de un Auto de aclaración en el que admitía que la referencia a que el sistema español era de responsabilidad “vicarial” se debía a un error tipográfico, puesto que lo correcto hubiera sido indicar que el sistema es de responsabilidad “individual”.

dictum, que el sistema español es de corte vicarial (ambas, por cierto, dictadas por Andrés MARTÍNEZ ARRIETA como Magistrado ponente). No pretendemos volver a reproducir los argumentos jurisprudenciales que ya se han expuesto, pero sí al menos indicar que en dos ocasiones consecutivas se ha defendido la autorresponsabilidad como *ratio decidendi*: nos estamos refiriendo, en concreto a las SSTS 583/2017, 19 julio, FJ 28, y 668/2017, 11 octubre, FJ 1. Esta última expone, elocuentemente, que “[l]a responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica”, lo que utiliza como argumento para determinar si la persona jurídica enjuiciada⁸ es o no penalmente responsable. Por tanto, si bien reiteramos que existen voces discrepantes en el propio TS, debemos afirmar que este organismo opta por interpretar que la hipotética condena a una persona jurídica se basa en un hecho propio⁹.

A mayor abundamiento, la primera de estas dos resoluciones señala, en el FJ citado, que la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica enjuiciada en ese caso se ajusta a las exigencias del art. 31 bis CP por darse todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de la misma, entre los que se encuentra, como elemento negativo, que la persona jurídica no tenga ningún sistema verdaderamente eficaz que permita disminuir el riesgo de comisión del delito de que se trate en su seno. Esta Sentencia añade que, en los casos en los que los administradores cometen dolosamente un delito actuando en nombre de la organización y colaborando con los titulares de la mayor parte del capital, “no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo”. Discrepamos, no obstante, de este criterio, puesto que, por un lado, no todos los delitos por los que puede responder una persona jurídica son esencialmente dolosos (lo que implica que estos administradores también deberían responder en los casos tipificados de imprudencia) y que no es necesario, por no considerarlo así el CP, que la mayoría del capital esté imputado por el delito que se esté investigando: atendiendo a la literalidad del art. 31 bis a) CP, los administradores u otros directivos pueden actuar solos sin consuno del capital de la entidad.

Doctrinalmente, como se vio en el Capítulo II, se mantiene este mismo debate. No pretendemos ahondar en las distintas posturas dogmáticas, que ya se han resumido brevemente en dicho Capítulo¹⁰, sino que lo que ahora nos interesa es ir más allá de esta

⁸ En este caso, una residencia de ancianos acusada de cometer un delito de contaminación acústica.

⁹ Véase un repaso a la jurisprudencia más relevante en esta materia en LEANDRO VIEIRA DA COSTA, P., “¿Qué han dicho nuestros tribunales sobre la responsabilidad penal de empresa?”, AJUM, n° 48 (2018) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 20 de febrero de 2019).

¹⁰ Por reseñar algunos de los principales postulados, tal como se ha visto, un sector de nuestra doctrina defiende la heterorresponsabilidad de una persona jurídica (llegando, en ocasiones, a negar que en España haya un auténtico régimen penal en esta materia), basándose, fundamentalmente, en que la configuración española de la responsabilidad penal de las personas jurídicas infringe los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad, mientras que otro sector mantiene que la responsabilidad de éstas se basa en un régimen de autorresponsabilidad, centrándose en que sí hay capacidad de culpabilidad (bajo ciertas

discusión. Coincidimos plenamente con SÁNCHEZ-OSTIZ cuando opina que las personas jurídicas no delinquen en sentido propio, pero son destinatarias de ciertos “deberes”, ocasionalmente plasmados en un PCN, que no pueden infringir y cuyo cumplimiento les exime de ser sancionadas (aunque, naturalmente, no todas las obligaciones sean de índole penal¹¹). Sobre la posible responsabilidad de una organización en este contexto, este autor destaca que las respuestas que se han dado oscilan entre quienes ven en este proceso una ficción que únicamente permite imponer a una entidad las medidas de seguridad o las consecuencias accesorias pertinentes hasta quienes consideran, como hace VON LISZT, que quien puede contratar también puede realizar contratos fraudulentos y, en consecuencia, bastan unas pocas adaptaciones interpretativas para poder utilizar con una persona jurídica las mismas estructuras que con una persona física¹².

SÁNCHEZ-OSTIZ asevera que la ubicación dentro o fuera del CP de la responsabilidad de una persona jurídica no resuelve la cuestión estructural de si éstas delinquen o no. Según este autor, “*el juego del lenguaje de la responsabilidad delictiva no es plenamente aplicable a las personas jurídicas*”, sino que, al igual que sucede en otras ramas de la Ciencia Jurídica, debemos modificar ese “*juego*” hasta el punto de plantearnos si se requiere un concepto propio de injusto distinto del aplicable a las personas físicas¹³.

interpretaciones), y que lo contrario conllevaría una responsabilidad penal objetiva para las personas jurídicas, abiertamente inconstitucional. Desde una vertiente procesal, como se ha visto, este debate tiene como consecuencia última la carga de la prueba en un juicio: mientras que los partidarios de la heterorresponsabilidad consideran que la misma recae sobre la parte acusada (por ser una eximente), quienes defienden la postura contraria consideran que ésta la ostenta la parte acusadora, por ser uno de los elementos que determinan que haya o no responsabilidad penal de una persona jurídica.

Véase, desde una perspectiva práctica, AYALA GONZÁLEZ, A., “¡Houston, tenemos un problema! La indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídica”, *Diario La Ley*, nº 9417 (2019) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 17 de mayo de 2019). Desde una perspectiva más teórica, GÓMEZ MARTÍN, V., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2012, p. 331-383.

¹¹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Las normas de las personas jurídicas: ¿cómo es que responde penalmente quien no puede delinquir!”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 609 ss. En este sentido, téngase en cuenta que las obligaciones a las que este autor hace referencia se corresponden con las *obliegenheiten*, esto es, ciertas “incumbencias” (en una traducción aproximada del vocablo original alemán) que no son obligaciones en sentido estricto, sino más bien requerimientos de conducta únicamente obligatorios si se quiere conseguir un beneficio determinado; al respecto, ROBLES PLANAS, R., *InDret* 2/2009, pp. 10 s.

¹² De nuevo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., en *LH-Bajo*, cit. La referencia que este autor hace, sobre la que más adelante volveremos, corresponde a VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal alemán* (trad. SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, Q. / JIMÉNEZ DE ASÚA, L.). Ed. Reus. Madrid, 1972.

¹³ *Ibidem*, pp. 614 ss. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, si bien de momento pretendemos dejar apuntado que, en opinión de SÁNCHEZ-OSTIZ, esto nos indica que la paradoja de que las personas

Por su parte, MOLINA FERNÁNDEZ también entiende que una persona jurídica no puede delinquir “*si el delito requiere imputación subjetiva, y ésta es imprescindible en cualquier caracterización del delito y de la pena compatibles con la dignidad del ser humano*”. Considera que la autorresponsabilidad que se predica no deja de ser una transferencia encubierta de la responsabilidad penal de una persona física, puesto que la jurídica carece de autonomía personal. Por ello, señala tres opciones que, a su juicio, pueden justificar la existencia del régimen normativo de responsabilidad penal de una persona jurídica: atribuir al legislador y a la ley una omnipotencia que considera poco razonable, modificar los conceptos de culpabilidad e imputación objetiva o aceptar la cabida en nuestro sistema de la responsabilidad penal objetiva¹⁴. En su opinión, si bien admite que la voluntad del legislador es la de afirmar que una persona jurídica pueda delinquir y que en caso de infracción puedan recaer sobre ella sanciones que tengan consideración de pena, niega que una persona jurídica *realmente* pueda delinquir por más que el CP lo indique, teniendo en cuenta la definición de delito generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia españolas¹⁵.

Sin embargo, otros sectores doctrinales han elaborado algunas teorías discrepantes con los postulados aquí mencionados, y consideran que las personas jurídicas sí tienen capacidad de culpabilidad y que el sistema que impone el CP actual es de autorresponsabilidad. Como ejemplo podemos citar a GÓMEZ-JARA, quien sugiere, citando a HEINE, un fundamento dogmático de la misma, consistente en que cualquier empresa debe organizarse de forma autorresponsable de tal forma que los riesgos que existan se mantengan dentro de su ámbito; por tanto, según este criterio, una persona jurídica se convertiría en “*una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes; es decir, se constituye como un ciudadano fiel al Derecho*”. Este

jurídicas son destinatarias de unos deberes (penales y extrapenales) que no pueden infringir no encuentra una resolución clara, puesto que ni podemos hablar de deberes de las personas jurídicas en sentido estricto (sino, únicamente, de normas jurídicas que van dirigidas a ellas por la necesidad de mantenerlas en el tráfico jurídico) ni las infracciones se cometen por la propia persona jurídica, sino por una persona física.

¹⁴ Como se ha visto en el Capítulo II, esta es una de las principales críticas que se hacen al sistema de atribución de responsabilidad penal por un hecho ajeno. Para solucionarlo, AYALA GONZÁLEZ, comentando la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sugiere que una interpretación literal del art. 31 ter CP evitaría esta consideración, puesto que el hecho de que la responsabilidad penal de una persona jurídica sea independiente de la que tendría una persona física hace que deba apreciarse con una fundamentación diferenciada, resultando el “defecto de organización” un mero presupuesto que impida considerar que estamos ante una responsabilidad penal objetiva. Véase AYALA GONZÁLEZ, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”, InDret 1/2019 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 28 de julio de 2019), pp. 10 s.

¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 361 ss., 413 ss.

autor justifica que el modelo sea de autorresponsabilidad dada una triple equivalencia funcional entre la culpabilidad empresarial y la individual, a saber: la existencia de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, el establecimiento del sinalagma fundamental del Derecho penal (que este autor define como libertad de autoorganización vs responsabilidad por las consecuencias) y la posibilidad de que se intervenga en la sociedad¹⁶.

Por otro lado, esta postura se enfrenta a la que defiende NIETO MARTÍN, quien considera que el sistema actual mezcla elementos de heterorresponsabilidad y de autorresponsabilidad, y acepta una concepción de culpabilidad empresarial basada en dos ejes: que el defecto de organización yazga en la dirección empresarial (lo que, para evitarlo, obligaría a los máximos organismos de gobierno a adoptar medidas razonables de gestión que incluyesen, entre otros aspectos, la ética empresarial), y que los comportamientos delictivos no sean aislados, sino que haya una continuidad en los mismos que muestre la permanencia del defecto organizativo¹⁷.

Finalmente, para acabar este subepígrafe debemos hacer mención de una teoría que, a nuestro entender, resulta compatible tanto con los postulados que defienden la autorresponsabilidad como aquellos que optan por la heterorresponsabilidad, y que ha sido defendida con cierto éxito por la doctrina tanto nacional como extranjera: la teoría de la identificación. NIETO MARTÍN explica que esta teoría requiere, para imputar un delito a la persona jurídica, que el comportamiento delictivo “*haya sido cometido por un superior*”, si bien otras versiones aceptan que dicho comportamiento lo cometa un subordinado siempre que un superior jerárquico lo autorice, lo acepte, o incluso meramente no lo evite por mostrar un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control. NIETO afirma que esta última postura es la que adoptan todas las Decisiones Marco de la UE y, siguiéndolas, diversos ordenamientos jurídicos¹⁸.

De hecho, como señala ORTIZ DE URBINA GIMENO, el origen de esta teoría se puede entrever en la Sentencia de la Corte Suprema Norteamericana *New York Central & Hudson River Road vs United States of America*: en esta ocasión, siguiendo las

¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en EL MISMO (Coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal*, cit., pp. 123 ss.

¹⁷ NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Política criminal* (vol. 5), nº 9 (2010) (en línea, <http://www.cienciaspenales.net/>, consultada el 22 de junio de 2019), pp. 10 s.

¹⁸ *Ibidem*, p. 8.

indicaciones de otros tribunales menores y de un sector doctrinal, se admitió que podían ser imputados a la empresa los hechos delictivos cometidos por cualquiera de sus directivos y empleados, siempre que éstos actuaran en el ejercicio de sus funciones y con ánimo de beneficiar a la empresa, extendiendo al terreno del Derecho penal la doctrina *respondeat superior*¹⁹. Se interpretaba, pues, que la persona física llevaba a cabo un determinada acción delictiva y que ello suponía que la empresa incurriera en responsabilidad, precisamente, por ser el autor miembro de ésta.

Del mismo modo, GONZÁLEZ SIERRA, citando a LAUFER, sugiere que el origen de la teoría de la identificación lo encontramos también en la Sentencia de la Corte Suprema Norteamericana *Coleman vs Mills*, en la que este organismo indica que existen “*ciertos trabajadores o empleados de la empresa que pueden considerarse la mente y la voluntad directriz de la empresa, el verdadero ego y centro de personalidad de la empresa*”. GONZÁLEZ SIERRA indica cómo la heterorresponsabilidad que refleja esta postura fue imperante en los inicios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero, con el paso del tiempo, se fue tendiendo más a la autorresponsabilidad²⁰.

a.2. Toma de postura

Desde nuestro punto de vista, consideramos que para responder a la pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad penal de una persona jurídica debería atenderse, muy especialmente, a la posibilidad real que ésta tiene de evitar, o, si más no, prevenir, el hecho delictivo, tanto si lo consideramos como un injusto propio de la entidad o meramente como un injusto relacionado con su actividad y cometido en su contexto. Un sistema completo que pretenda prevenir la comisión de delitos en una organización, sea o no de tipo empresarial, debe tener en cuenta la dificultad fáctica de llevar a cabo una vigilancia efectiva. En consecuencia, opinamos que la clave de bóveda para determinar si el sistema debería ser de autorresponsabilidad o de heterorresponsabilidad es la posibilidad realista de que haya una verdadera prevención. Nuestros Tribunales optan por considerar que la acusación ha de demostrar que la persona jurídica no había impuesto medidas suficientes de vigilancia y control, lo que se corresponde con un

¹⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *the american way*”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., pp. 41 s.

²⁰ GONZÁLEZ SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 150 ss. La cita que este autor menciona corresponde a LAUFER, P.G., “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, cit., p. 72.

sistema de autorresponsabilidad, pero la pregunta que cabe hacerse es si es posible establecer mecanismos realmente eficaces y, en su caso, en qué han de consistir²¹.

Dejemos la segunda pregunta para más adelante. En cuanto a la primera, nos remitimos a lo que se ha apuntado *supra* sobre que una persona física sólo hará aquello que quiera hacer. Si la organización tiene entre sus miembros a alguien que quiera cometer un delito, es irrelevante que cuente o no con ningún sistema de prevención. De hecho, ni el sistema más efectivo puede monitorizar y comprobar la totalidad de los movimientos de todos los miembros de la organización: para ello se necesitaría, al menos, una cámara de vigilancia por cada persona y alguien que vigilara todos los monitores a la vez, lo que nos parece un supuesto, cuanto menos, perverso.

No obstante, es comprensible que se pretenda no condenar a una persona jurídica que haya hecho lo que razonablemente haya estado en su mano para evitar ese delito, por poco que sea²². Recordemos que el CP, con acierto, indica, como uno de los hechos de conexión, que la persona física actúe en representación de la jurídica. Por tanto, está reconociendo implícitamente la incapacidad de acción física de una persona jurídica y la necesidad de que sea un ser humano quien actúe. No obstante, éste no actúa por sí mismo, sino en nombre y representación de la persona jurídica, lo que, a nuestro modo de ver, supone la aceptación de la teoría de la identificación por parte del legislador penal español²³.

De *lege ferenda*, consideramos que esto es razonable, sobre todo en el caso de las empresas, como se verá más adelante: un trabajador que interactúa con un tercero en nombre de su empresa pierde su identidad como persona ante dicho tercero y pasa a convertirse en la “personificación”, para ese acto concreto, de la empresa. Esto también sucede con cualquier persona jurídica. La cuestión es que, en algún momento, “alguien” de esa organización puede haber tomado la decisión de intentar evitar que se infrinjan

²¹ En línea con esto, recuérdese el debate doctrinal entre GÓMEZ-JARA, y NIETO MARTÍN, al que hemos hecho referencia en el subepígrafe anterior.

Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en EL MISMO (Coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal*, cit., pp. 123 ss.; NIETO MARTÍN, A., PC (vol. 5), nº 9 (2010), pp. 10 s.

²² En contra, QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 quinquies” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 392. Según este autor, el problema reside en haber incluido la referencia a los defectos de organización dentro del CP. QUINTERO OLIVARES opina que esta regulación más podría pertenecer al Derecho administrativo sancionador, si bien coincide con la idea de que una persona jurídica tiene una capacidad de prevenir los riesgos penales relativamente escasa.

²³ Esto nos ubica, de nuevo, en el campo de la heteroresponsabilidad y, más en concreto, la posible imputación casi objetiva de una persona jurídica por la actuación de uno de sus componentes.

normas, y hacer “algo” concreto al respecto. Si ese alguien cuenta con suficiente autoridad o representatividad y lo que hace alcanza a toda la entidad, ya por ser de obligado cumplimiento, ya por ser voluntariamente acatado, quien está demostrando una voluntad cumplidora no es la persona física en sí (puesto que está actuando dentro del ejercicio de su rol dentro de la organización), sino toda la colectividad. Por este motivo, opinamos que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas debería ser considerado como de autorresponsabilidad, en línea con lo que propone la jurisprudencia mayoritaria. No obstante, como se verá, no compartimos algunos postulados dogmáticos de esta corriente: una persona jurídica, en tanto que incapaz de actuar por sí misma (desde el punto de vista físico), tampoco tiene una psique colectiva distinta de la de los miembros que la componen, por lo que esta “buena voluntad” no tiene afectación alguna, en nuestra opinión, ni con la antijuridicidad del hecho en sí ni con la culpabilidad de la organización. Más adelante retomaremos este tema.

- b) Perspectiva práctica: las personas jurídicas imputables e inimputables a efectos de Derecho penal

Coincidimos con el sector de la doctrina que defiende la conveniencia de distinguir entre personas jurídicas imputables e inimputables en Derecho penal, del mismo modo que sucede con las personas físicas. Por todos, GÓMEZ-JARA señala tres motivos de política criminal para ello: el primero es que la imputabilidad jurídico-penal se corresponde con un modelo originario de responsabilidad penal empresarial caracterizado por la estimulación de la autorresponsabilidad empresarial; el segundo, que la “pena” mantiene su significado jurídico-penal, dado que su significado comunicativo se mantiene cuando recae sobre *“organizaciones empresariales que tienen capacidad de generar una determinada cultura corporativa, que tienen una cierta presencia en la sociedad y que participan en el debate público sobre la conformación de las normas”*; y tercero, que permite sancionar a las personas jurídicas con penas y medidas de seguridad propias que supongan una mayor adecuación del sistema²⁴. En consecuencia, procedemos a distinguir entre las personas jurídicas penalmente imputables e inimputables en el Derecho penal español.

b.1. Personas jurídicas imputables

²⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, *Política criminal* (vol. 5), nº10 (2010) (en línea, <https://scielo.conicyt.cl/>, consultado el 10 de febrero de 2019).

Una de las principales carencias del sistema del CP actual en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas es que en ningún momento define qué es una persona jurídica a efectos penales, lo que, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ (con la que nos mostramos plenamente de acuerdo), abre las puertas a una casuística muy amplia, si más no *a priori*, y nos remite implícitamente a la conceptualización que dan otras ramas del ordenamiento²⁵. Tampoco se dice nada acerca de la existencia o no de personas jurídicas de distinta tipología, o incluso si todas ellas son imputables o no.

Empecemos, pues, considerando qué es una persona jurídica a efectos del Derecho penal. En opinión de CADENA SERRANO, que también compartimos, son personas jurídicas las incluidas en el listado del art. 35 CC, esto es, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados²⁶. Asimismo, la Fiscalía General del Estado considera que este listado se puede ampliar con las sociedades en formación y las irregulares puesto que, tal como señala la STS 919/2002 11 octubre, tienen personalidad jurídica propia desde el momento en el que los contratantes se obligan a poner en común algunos bienes para obtener un lucro²⁷. No obstante, BACIGALUPO SAGGESE discrepa de esta interpretación, tildándola de ser extensiva y, por ello, no deseable desde el punto de vista del Derecho penal²⁸. Por su parte, SÁNCHEZ BERNAL también acude a la doctrina civilista para dar un concepto de persona jurídica a efectos de Derecho penal, definiéndola como “*toda aquella realidad a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes*”²⁹.

De *lege ferenda*, basándonos en la práctica y en las opiniones precedentes, representativas de la globalidad de la doctrina en esta materia, consideramos que lo ideal sería que el CP recogiera un listado *numerus clausus* de qué organizaciones son

²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Capítulo II. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado*, cit., p. 57.

²⁶ CADENA SERRANO, F.A., “El estatuto penal de la persona jurídica”, en *LH-Maza Martín*, p. 56.

²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., p. 18.

²⁸ BACIGALUPO SAGGESE, S., “Art. 31”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 269. Esta autora señala que, en ocasiones, se ha llegado a considerar como persona jurídica, en la esfera del art. 31 CP, a una herencia yacente.

²⁹ SÁNCHEZ BERNAL, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Cuadernos del Tomás, nº 4 (2012) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 10 de febrero de 2019), p. 124.

personas jurídicas a los efectos del Derecho penal (o, al menos, un listado *númerus apertus* suficientemente acotado que dejara las mínimas dudas interpretativas posibles). Ciertamente, el Derecho Privado debería influir en esta lista, a pesar de la autonomía de las distintas ramas de la Ciencia Jurídica, puesto que así se dotaría de mayor coherencia interna al Ordenamiento y habría una mayor seguridad jurídica, y opinamos que el listado del art. 35 CC es óptimo de cara a focalizar qué personas jurídicas exactamente pueden llegar a responder por la vía penal, si más no en cuanto a entidades de Derecho Privado se refiere.

El motivo es que, tal como sugiere la doctrina mayoritaria, la práctica totalidad de personas jurídicas condenadas serán empresas que funcionen bajo la forma de sociedades de capital, como lo está siendo hasta ahora, por lo que sin duda éstas deberían formar parte del listado³⁰. Lo mismo puede decirse respecto de las fundaciones y las asociaciones, que también pueden actuar directamente en el mercado. Por último, en cuanto a las “corporaciones”, a pesar de su escasa regulación autónoma fuera del CC, consideraríamos idóneo que se incluyesen, puesto que suponen un cierre de las personas jurídicas que pueden operar en el mercado mediante una empresa³¹.

Este listado excluye a cualquier tipo de colectividad sin personalidad jurídica propia, como por ejemplo podría ser el caso de las Uniones Temporales de Empresas o las agrupaciones de empresas. Sin embargo, como observa BACIGALUPO SAGGESE, estas

³⁰ A efectos de regulación, si bien el desarrollo corresponde a la LSC, no hay que olvidar que el art. 36 CC establece que las asociaciones de interés particular civiles, mercantiles e industriales se rigen bajo las disposiciones relativas al contrato de sociedad, por lo que se sobreentiende que quedan englobadas dentro de este concepto.

³¹ No obstante, cabe decir que opinamos que no toda responsabilidad penal deba recaer necesariamente sobre una empresa, un partido político o un sindicato. Una asociación de vecinos de un determinado barrio, por ejemplo, podría ser sujeto de este tipo de responsabilidad. Esto nos lleva a otra cuestión: el caso de las comunidades de propietarios. Tal como explica O'CALLAGHAN MUÑOZ, estas comunidades no son personas jurídicas, pero precisan en muchos aspectos de elementos propios de otras figuras de derecho privado que sí lo son. Bien es cierto que no queremos caer en el expansionismo que denunciaba BACIGALUPO, pero tampoco consideramos razonable que una asociación de vecinos sí pueda recibir responsabilidad penal y una comunidad de propietarios (que muy habitualmente está formada por personas físicas que ostentan la propiedad horizontal de un inmueble con finalidades de vivienda), no. En consecuencia, creemos que la norma penal debería poder atribuir responsabilidad a las comunidades de propietarios por aquellos delitos en los que pudiera incurrir (que, por otro lado, admitimos que son relativamente escasos). Alternativamente, otra opción sería incluir a las asociaciones no empresariales dentro del listado de personas jurídicas que no pueden incurrir en responsabilidad penal y mantener fuera, también a las comunidades de propietarios.

Véase, por alusiones, O'CALLAGHAN MUÑOZ, J., *Compendio de Derecho Civil, tomo III. Derechos reales e hipotecario*, 2ª ed. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2017, p. 177.

entidades sí pueden incurrir en responsabilidad penal, aunque no por la vía del art. 31 bis CP, sino por la del art. 129.2 CP³².

Finalmente, opinamos que el listado debería cerrarse con la inclusión como penalmente perseguibles de algunas de las personas jurídicas expresamente excluidas por el art. 31 quinqués.1 CP. Más concretamente, si bien todas las exclusiones nos generan dudas³³, nos cuesta en particular justificar la exclusión de las Agencias y entidades públicas Empresariales. Si bien su existencia se justifica por (supuestos) fines de interés general, en su actividad cotidiana se pueden llevar a cabo exactamente los mismos delitos que en una entidad privada, por lo que no entendemos el sentido político-criminal de excluirlas³⁴.

Asimismo, siempre de *lege ferenda*, deberían incluirse dentro del régimen general las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general puesto que son sujetos del Derecho penal y, por tanto, imputables en los ámbitos en los que se rijan por las normas de Derecho privado, siempre que no se ejecuten políticas públicas ni se presten servicios de interés general³⁵. Opinamos que aún en este caso sí deberían incluirse en el régimen general de responsabilidad penal de personas jurídicas, puesto que siguen siendo entidades cuya actividad es formalmente equiparable a las entidades privadas y, por tanto, pueden cometerse igualmente delitos en su seno, si bien entendemos que el interés general

³² BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., p. 28.

³³ Téngase en cuenta que el primer Expositivo del Preámbulo de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, justifica la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el régimen general de responsabilidad penal de personas jurídicas amparándose en el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la administración y en la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público. Particularmente, no entendemos por qué estos mismos argumentos no justificaban la inclusión de todas las demás personas jurídicas dentro de dicho régimen general.

³⁴ De opinión similar, QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 quinqués” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 411. Este autor observa, además, que el art. 31 quinqués.2 CP únicamente excluye a las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, por lo que las que no puedan encajarse en estas categorías deberían entrar dentro del régimen general de responsabilidad penal de personas jurídicas. Ello no obstante, debemos tener en cuenta que, en sede jurisprudencial, la STS, 3ª, 7499/2007, 7 de noviembre, FJ 2, indica que no tiene cabida en nuestro ordenamiento que el Estado se sancione a sí mismo, según los arts. 25 y 137 CE, por mucho que “*se organice a través de Administraciones Públicas de distinto ámbito territorial y competencia dotadas de personalidad jurídica propia, poniendo de manifiesto que el gravamen que la sanción implica se proyecta sobre fondos públicos afectos a los fines de interés general*”.

³⁵ BACIGALUPO SAGGESE, S., en *LH-Bajo*, cit., p. 29.

pueda verse afectado y que, por tanto, se necesite un mayor cuidado a la hora de condenarlas penalmente.

En este contexto, debemos citar la explicación de GÓMEZ TOMILLO, quien considera que este régimen privilegiado de las personas jurídicas de derecho público se debe a que sería incoherente que el Estado se llegase a sancionar a sí mismo (basándose, en este punto, en la STS que acabamos de citar). Este autor señala que una hipotética sanción penal supondría un trasvase de fondos de una parte del Estado a otra, así como una menor disponibilidad de los mismos y una censura de cara a la opinión pública³⁶. No obstante, como contrapunto, el mismo GÓMEZ TOMILLO cita la opinión contraria de NIETO MARTÍN, quien considera que sí se debería poder aplicar la responsabilidad penal a los casos en los que el Estado actúe usando formas societarias, añadiendo que negar la responsabilidad penal de las corporaciones públicas supone un concepto muy restringido de Administración Pública³⁷.

b.2. Personas jurídicas inimputables

Si bien el CP actual no distingue entre personas jurídicas imputables e inimputables, la jurisprudencia ha suplido este vacío legal. Así, si bien el TS ha aceptado, mediante *obiter dictum*, esta categoría, e incluso la ha usado en sus resoluciones, el AAN 6 septiembre 2017, con cita al anterior AAN 19 mayo 2014, aporta el que consideramos que es el mejor resumen de la situación actual.

Este Auto indica, en su FJ 2, que son inimputables las sociedades pantalla y aquellas entidades que únicamente son “*meros instrumentos para delinquir*”. La resolución continúa recordando que los criterios para determinar esa “*inimputabilidad empresarial*” son de carácter normativo, variables en el tiempo y, ocasionalmente, de difícil apreciación en la práctica, para lo que se debe interpretar el art. 66 bis CP *a sensu contrario*: así, por exclusión, serán consideradas como instrumentales las personas jurídicas que no desarrollen ninguna actividad legal o, en su caso, desempeñando actividades legales de manera “*meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos*”.

A modo de excursus, detengámonos un momento en la expresión “*inimputabilidad empresarial*”. La AN hace referencia a las personas jurídicas que considera que no deberían ser imputables utilizando esta expresión, lo que parece que supone una equiparación de persona jurídica con empresa. Si bien las diferencias son obvias (empezando por su propia naturaleza jurídica) y esta redacción más parece un desliz argumental que una explicación sesuda y detenida, parece que indica que, en opinión de este organismo, *toda* la responsabilidad penal de las personas jurídicas

³⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal*, cit., pp. 41 ss.

³⁷ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., p. 30, citado por GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal*, cit., p. 41.

orbite alrededor de las empresas, excluyendo a las organizaciones que, aun teniendo personalidad jurídica propia, no tienen carácter empresarial. Más adelante volveremos sobre esta cuestión, si bien, de momento, únicamente pretendemos dejarla apuntada y mostrarnos en desacuerdo por los motivos que se expondrán.

En conclusión, las personas jurídicas penalmente responsables no sólo necesitan haber adquirido personalidad jurídica propia, sino que, además, han de tener una actividad lícita. En caso contrario, únicamente se considerarán instrumentos de sus creadores/gestores, quienes serán los verdaderos autores del delito³⁸.

En la doctrina se encuentran posturas similares. Así, CADENA SERRANO, citando estos mismos Autos, opina que este tipo de sociedades se suelen utilizar para un uso único, como puede ser la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, por ejemplo. Según él, esta categoría también incluiría *“aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo”*³⁹.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, destaca, además, otro supuesto de inimputabilidad: aquél en el que exista identidad entre el gestor y la persona jurídica que solape sus voluntades o haga que resulte irrelevante la personalidad jurídica en la figura delictiva de que se trate. Imputando únicamente a la persona física, pues, se evitaría vulnerar el principio de *non bis in ídem*⁴⁰. Esta reflexión da una amplia laguna de inimputabilidad de las empresas españolas: en concreto, si atendemos al dato que se ha visto en el Capítulo I de que más de la mitad son empresas unipersonales, con independencia de su forma jurídica (sociedad, fundación, etc.), deberíamos considerar que nunca habrá responsabilidad penal de una persona jurídica en el caso, por ejemplo, de quienes hayan constituido una sociedad de capital unipersonal, o de aquellas sociedades que sean meramente patrimoniales cuyo único miembro sea su administrador, entre otros muchos ejemplos.

En consecuencia, no podemos compartir la opinión de la Fiscalía: si bien es lógico que no haya responsabilidad penal de una persona jurídica en el caso de un trabajador autónomo que constituya una sociedad unipersonal, otras organizaciones unipersonales

³⁸ Un criterio parecido lo encontramos en las SSTs 154/2016, 29 febrero, y 221/2016, 16 marzo.

³⁹ CADENA SERRANO, F.A., en *LH-Maza Martín*, cit., p. 65. Este fragmento reproduce la tercera conclusión de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, que también cita el AAN 19 mayo 2014.

⁴⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 29.

pueden formar parte de un entramado mayor, y sí pueden utilizarse como plataforma para cometer delitos aun en el caso de que exista una verdadera actividad principal. Sería el caso del ejemplo que hemos mencionado de la sociedad patrimonial, que puede ser la dueña de los inmuebles de un grupo de sociedades a las que se los arriende y cometer, aprovechando la estructura, un delito de blanqueo de capitales o, si tiene actividad de promoción inmobiliaria, un delito urbanístico o incluso medioambiental.

Por ello, de *lege ferenda*, estamos de acuerdo con el criterio de la AN: las sociedades pantalla y las meramente instrumentales para delinquir deberían ser consideradas expresamente como personas jurídicas inimputables, pero opinamos que no convendría extender el catálogo a otras figuras, salvo a las fundaciones, asociaciones y corporaciones que tuvieran idénticas características.

b.3. Supuestos en los que se aprecie un elemento de extranjería

Tras determinar qué personas jurídicas deberían ser imputables y cuáles no, surge inevitablemente la pregunta de qué sucede cuando el análisis que debemos efectuar se topa con algún factor de derecho extranjero. En este contexto surge dos posibles cuestiones: la primera, qué sucede con las personas jurídicas de derecho extranjero que operen en España; la segunda, qué sucede cuando una persona jurídica cuyo domicilio social está en el extranjero y no tiene ninguna sede en nuestro país ejecuta en España un determinado acto jurídico contrario a la legislación española pero válido según la legislación vigente en el territorio en el que está domiciliada (si se dan todos los demás elementos del art. 31 bis CP).

La primera pregunta es relativamente simple: el principio de ubicuidad permitiría a los jueces y tribunales españoles actuar contra esa persona jurídica, que debería responder penalmente según las reglas del Derecho penal español. Algunos planteamientos doctrinales han propuesto ejemplos bastante esclarecedores sobre esta cuestión. Así, MENDO ESTRELLA sugiere que en el caso de un vertido tóxico que se produjese en altamar y afectase al Estado ribereño se podría aplicar el Derecho penal de ese Estado por dicho principio⁴¹. Por su parte, FEIJOO SÁNCHEZ da un giro a esta cuestión y se plantea que la persona jurídica opere en España mediante una sede sin personalidad

⁴¹ MENDO ESTRELLA, Á., “La reforma del Código Penal en materia de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” Diario La Ley, nº 7534 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laleynext.es/>, consultado el 7 de febrero de 2020).

jurídica propia (por ejemplo, una sucursal: en estos casos, este autor considera que o bien se podría imponer a la sucursal una consecuencia accesoria de las del art. 129 CP o bien se podría hacer una interpretación extensiva del principio de ubicuidad e imputar el delito a la persona jurídica extranjera⁴².

La segunda cuestión planteada es algo menos simple. Las personas jurídicas, en principio, reciben su reconocimiento por el derecho español si están válidamente constituidas según su derecho nacional⁴³. En consecuencia, *prima facie* se les podría imputar el delito que se hubiera cometido. Un punto de vista algo distinto lo aporta la Fiscalía General del Estado, si bien considera que en estos casos la acción penal debería dirigirse contra la persona física que estuviese detrás de la jurídica mediante un levantamiento de velo, siendo indiferente la nacionalidad de la persona jurídica⁴⁴. Ante una ausencia *de facto* de puntos de conexión que determinen la nacionalidad, doctrinalmente se ha propuesto atender a distintos criterios, como el ejercicio efectivo del control, la sede social de la persona jurídica o el lugar donde se haya protocolizado el acto que finalmente ha conllevado la comisión del delito⁴⁵; otro sector considera que el problema a analizar no reside en la nacionalidad de las personas jurídicas, sino en los límites espaciales del art. 23 LOPJ y, más en concreto, en si el delito cometido es o no uno de aquellos para los que los jueces y tribunales españoles pueden actuar (dejando a salvo la opción de perseguir a la persona física infractora por la vía del art. 23.2 LOPJ)⁴⁶.

En opinión propia, en caso de que el autor material fuera extranjero, conforme al principio de ubicuidad podría tener cabida el enjuiciamiento de la persona jurídica al aflorar el defecto de organización en España, que es donde se ha cometido el delito, en aras de una mayor seguridad jurídica en el tráfico internacional. La responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de dicho defecto, por lo que

⁴² FEJOO SÁNCHEZ, B., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEJOO SÁNCHEZ, B. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado*, cit., pp. 55 ss.

⁴³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Ed. B de f. Montevideo, 2010, p. 489.

⁴⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., pp. 16 ss.

⁴⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas delinquere potest”, *La Ley Penal*, nº 76 (2010) (en línea, diariolaley.laleynext.es, consultada el 7 de febrero de 2020). Este autor añade que el art. 31 bis CP presenta un problema con los límites espaciales en referencia a los delitos cometidos en España o en el extranjero por personas jurídicas, que deberían solucionarse según las normas del derecho internacional penal. Si bien este análisis se refiere a la redacción original de este artículo, también resulta aplicable a la actual.

⁴⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. / JUANES PECES, Á., “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*, nº 7501 (2010) (en línea, diariolaley.laleynext.es, consultada el 7 de febrero de 2020).

cabrían dudas acerca de dónde se localiza el mismo, aunque sus efectos se produzcan dentro del territorio nacional.

b.4. El caso específico (y mayoritario) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de tipo empresarial en España

Como hemos indicado en el epígrafe precedente, la AN utiliza la expresión “*inimputabilidad empresarial*” para referirse a las personas jurídicas penalmente inimputables, lo que parece mostrar una interpretación de este régimen que únicamente sancione a las empresas. La tendencia que muestra la jurisprudencia hasta ahora es esa, pero opinamos que casi cualquier persona jurídica debería poder incluirse en este régimen general de responsabilidad penal. El motivo es simple: si únicamente se sancionase a las empresas, a las personas físicas que cometen de facto el hecho delictivo les bastaría con crear una organización con personalidad jurídica que no tuviera la consideración de empresa para poder delinquir, lo que supondría una laguna de impunidad tan grande que, en opinión propia, quitaría al sistema una gran parte de su sentido⁴⁷. Además, la reforma del régimen de exclusiones que operó la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, como hemos comentado *supra*, muestra lo contrario: los partidos políticos y los sindicatos no pueden ser considerados “empresas” y, sin embargo, están sujetos al régimen general de responsabilidad penal de personas jurídicas, por lo que insistimos en considerar, cuanto menos, desatinada la expresión que utiliza la AN⁴⁸.

El problema estriba en que el ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros, como el chileno, no da un concepto jurídico de “empresa”. Debemos preguntarnos, pues, cuál es el elemento diferenciador de una empresa respecto de otra agrupación, tenga o no personalidad jurídica, que no lo sea. En este contexto, el Diccionario Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo “empresa” como “1. *Actividad económica organizada para producir bienes o prestar servicios destinados al mercado.* 2. *Organización de medios personales y materiales orientada a la producción*”.

⁴⁷ Con esta afirmación no pretendemos restar importancia a las personas jurídicas de tipo empresarial, ni cuantitativa ni cualitativamente. Nos mostramos plenamente de acuerdo con SÁNCHEZ-OSTIZ, P., en *LH-Bajo*, cit., p. 611, cuando afirma que “[l]a persona jurídica -sobre todo empresarial- entra a formar parte así del entramado de vínculos políticos y económicos que caracteriza la actividad política occidental, marcada por la necesidad de alcanzar objetivos tangibles de desarrollo, riqueza y bienestar”.

⁴⁸ En un sentido similar se expresa, por ejemplo, BAUCCELLS LLADÓS, J., “Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos”, REPC 20-28 (2018) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 12 de febrero de 2019), en especial p. 14, al hacer referencia a que los principios del Derecho penal de empresa sirven para partidos políticos y sindicatos, lo que supone admitir que se trata de realidades diferenciadas que se pueden englobar dentro del concepto de “persona jurídica”.

*de bienes o a la prestación de servicios. 3. En el derecho de la competencia, cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*⁴⁹. Esta definición no difiere en exceso de la que ofrece el art. 3 del Código de Trabajo chileno, al definir una empresa como *“toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o beneficios, dotada de una individualidad legal determinada”*⁵⁰.

Por tanto, podemos entender que lo que diferencia a una persona jurídica de corte empresarial de otra que no lo sea es el ejercicio de una actividad económica de mercado con la que se persigue un beneficio.

Establecido este punto, centrémonos ahora en el tipo de empresa que impera en la economía española real: como se ha visto en el Capítulo I de esta investigación, la mayoría son pequeñas empresas (de menos de 50 trabajadores). No debemos pensar, por tanto, en grandes estructuras más o menos jerarquizadas y con mayor o menor grado de deslocalización, sino en estructuras simples. De hecho, incluso en organizaciones de mayores dimensiones también podemos acabar por simplificar las estructuras, puesto que, en la práctica, las tareas de un determinado departamento no competen a otro, y los equipos con los que se trabaja no suelen ser muy cuantiosos⁵¹. Por tanto, a efectos de vigilancia, podemos equiparar una microempresa con el departamento de una empresa más grande.

A mayor abundamiento, podemos añadir que en ambos casos nos encontramos con el mismo problema: las relaciones interpersonales que pueden dificultar una vigilancia verdadera y pueden implicar que se intenten disimular algunos hechos o, al menos, dificultar la identificación de sus autores. Está más que demostrado que las relaciones interpersonales influyen positivamente en una empresa, haciéndola más productiva por mejorar el ambiente laboral⁵², pero del mismo modo, pueden influir negativamente en la objetividad de quien deba tomar una determinada decisión.

⁴⁹ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E111400>, consultada el 12 de febrero de 2019.

⁵⁰ Para un comentario, véase UGARTE CATALDO, J.L., “El concepto legal de empresa y el Derecho laboral: cómo salir del laberinto”, RCDP, n° 20 (2013) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 12 de febrero de 2019), en especial pp. 196 ss.

⁵¹ Se considera, de hecho, que el tamaño óptimo de un equipo de trabajo oscila entre las cinco y las diez personas por equipo y rango, sin perjuicio de que alguna de ellas tenga su propio equipo, jerárquicamente subordinado. Véase, entre otros, PETERS, J.C. / WATERMAN, R.H., *En busca de la excelencia*. Ed. Harper Collins. Madrid, 2017.

⁵² Por todos, MUJICA ALBERDI, A. (Coord.), *Manual para la autoevaluación del capital social en las organizaciones*, 1° ed. Ed. Instituto Vasco de Competitividad - Fundación Deusto. Bilbao, 2010, p. 40.

Esta cuestión es relevante, puesto que un sistema completo que pretenda prevenir la comisión de delitos en una organización, sea o no de tipo empresarial, debe tener en cuenta la dificultad fáctica de llevar a cabo una vigilancia efectiva. Opinamos que no tendría sentido que pudiera recaer responsabilidad sobre una persona jurídica si ésta no pudiera evitar, o si más no prevenir significativamente, la comisión del hecho que le va a generar dicha responsabilidad, máxime si nos movemos en sede penal.

En cualquier caso, en una empresa (y, de hecho, en cualquier persona jurídica) el objetivo de los trabajadores no es el de cometer delitos, sino el de desempeñar sus funciones con la máxima eficacia siguiendo las instrucciones proporcionadas. Sin embargo, como hemos apuntado *supra*, cuando un trabajador está desempeñando sus funciones no lo hace en su calidad de individuo social⁵³, sino en calidad de miembro de su empresa. En consecuencia, sus acciones, siempre que sean las propias de su cargo (por ejemplo, por responder a una orden de un superior jerárquico o por respetar unos criterios internos) no las lleva a cabo como individuo, sino como parte de una colectividad⁵⁴.

Pongamos algunos ejemplos. Si un agente comercial se dirige a un posible cliente para venderle un producto, a ese cliente no le importará en exceso la persona concreta del comercial, sino que considerará, jurídicamente hablando, que está tratando con la empresa que lo vende. Si en un futuro ese comercial deviene la persona de contacto entre el cliente y la empresa, puede acabar por crearse una confianza personal entre los intervinientes, pero es posible que, en algún momento, una u otra persona deje de trabajar en sus correspondientes compañías y la relación se mantenga con las nuevas personas sin ningún cambio relevante.

Lo mismo sucede en los casos en los que no hay interacción con terceros, como por ejemplo sucede con un trabajador de una cadena de montaje. Lo relevante es que lleve a

⁵³ La Criminología se ha ocupado ampliamente de este concepto, que se refiere al papel que desempeña una determinada persona física en el contexto del círculo social en el que se mueve y el entorno en el que participa. Véase, entre otros, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Ed. Dykinson. Madrid, 2004 (en línea, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/>, consultada el 27 de febrero de 2019). Otra concepción más amplia la presenta GÓMEZ-JARA, quien habla de “persona social” e incluye en este concepto tanto a personas físicas como jurídicas; véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en EL MISMO (Coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal*, cit., pp. 113 s.

⁵⁴ En sentido parecido, centrándose en una empresa como sistema autopoiético, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, RECPC 8-05 (2006) (en línea, <http://criminnet.ugr.es/>, consultada el 3 de marzo de 2019), pp. 8 ss. Más adelante volveremos sobre esta idea.

cabo los procesos a los que está obligado, y al consumidor final, o a cualquier otra parte del proceso de producción, le resultará absolutamente irrelevante quién es esa persona en concreto. Sólo querrá que el producto final esté bien.

Estos dos ejemplos muestran cómo la identidad de un trabajador se difumina dentro de la de su empresa, por lo que, en caso de una conducta ilícita, la contraparte seguirá sin tener en cuenta a esa persona física, sino que percibirá a la empresa⁵⁵. En términos jurídicos, el problema no es una mera cuestión de percepción: ese trabajador lleva a cabo ese comportamiento ilícito en nombre y por cuenta de la empresa (y en su beneficio, en su caso), no actúa por cuenta propia, por lo que está “personificando” a la empresa en ese momento en concreto. En consecuencia, sus acciones son las de la empresa, salvo que actúe en contra de las directrices recibidas, lo que conlleva que las acciones de la empresa son el conjunto de las de cada uno de sus trabajadores. Por tanto, en un contexto empresarial la figura de la autorresponsabilidad tiene todo el sentido, dada la representatividad que, en mayor o menor medida, todos los trabajadores ejercen de su empresa.

b.5. El papel del Derecho penal preventivo en este contexto

Antes de exponer este apartado, creemos necesaria explicar nuestra toma de postura al respecto. El Derecho penal de corte netamente retributivo no tiene cabida en un Estado Social y de Derecho como los Estados occidentales de hoy en día. Las tesis de política criminal contemporáneas que más imperan (al menos, en cuanto a responsabilidad penal de personas físicas se refiere) adoptan posturas mixtas que unen elementos tanto del Derecho penal retributivo como preventivo⁵⁶. No obstante, opinamos que cualquier óptica retribucionista no resulta adecuada en el Derecho penal de las personas jurídicas, dada la ausencia de culpabilidad de las entidades colectivas y dado que nos parece probable que, en varias ocasiones, el hecho constitutivo de delito por el que la

⁵⁵ No consideramos que las modernas técnicas de gestión empresarial mejoren este aspecto, si bien admitimos que la importancia que reciben los trabajadores en una empresa es creciente, al menos a nivel formal. Esto se suele reflejar en programas de desarrollo para determinados cargos, generalmente los más elevados, y en encuestas de satisfacción, que no siempre son recibidas por parte de los trabajadores como instrumentos de mejora, sino de control de los empresarios, especialmente en estructuras medianas y grandes. Véase al respecto LAWLER, E.E., “Por fin ha llegado la era del capital humano”, en BENNIS, W. / SPREITZER, G.M. / CUMMINGS, T. G. (Eds.), *El futuro del liderazgo*. Ed. Deusto. Bilbao, 2002, sobre todo pp. 31 ss.

⁵⁶ En este sentido, y con distintas citas a la doctrina alemana, RINCENAU, J., “El futuro de la custodia de seguridad en Alemania”, en ARROYO ZAPATERO, L. / DELMAS-MARTY, M. / DANET, J. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Eds.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2014, pp. 164 s.

organización responda sea llevado a cabo sólo por una parte de sus miembros, no por todos⁵⁷. En consecuencia, una filosofía que pretendiese castigar a toda una entidad del mismo modo que dicha entidad ha dañado a la sociedad mediante la comisión de un delito supondría no sólo aceptar que la parte de la persona jurídica que no hubiera tenido nada que ver se viese afectada en igual proporción y por el mismo motivo, sino buscarlo. Si bien esto es inevitable, puesto que la condena afectará a la organización en global, no es lo mismo saber que sucederá por ser inevitable que adoptar un punto de vista que busque ese resultado.

Además, desde un punto de vista pragmático, un Derecho penal de tipo represivo aplicado a las personas jurídicas no tiene sentido en una economía como la española, puesto que las sanciones impuestas a éstas, que más adelante consideraremos, implican en muchos casos su desaparición, con el consiguiente aumento de la tasa de desempleo. Dado que, como se vio en el Capítulo I, la economía española está sobreendeudada con sus propios trabajadores, la finalidad del Derecho penal no puede ser la sanción, sino intentar prevenir, en la medida de lo posible, que se cometan infracciones precisamente para evitar tener que condenar a las organizaciones y generar los elevados costes sociales que esto puede llegar a tener

Ello nos ubica, necesariamente, en el Derecho penal preventivo, que consideramos que es el que busca el legislador al positivizar (y, en cierto modo, regular el contenido) de los PCN⁵⁸. La “autorregulación regulada” que puede observarse en estos Programas implica, a nuestro modo de ver, un mensaje del legislador por el que, siendo conocedor de que la comisión de un delito es un riesgo que no puede desaparecer del contexto de la operativa de cualquier persona jurídica, se incentiva a intentar prevenirlo para minimizar las probabilidades de su comisión. En consecuencia, el Derecho penal de personas jurídicas se basa en el requerimiento de la implementación de herramientas de prevención, y uno de los fundamentos de la sanción penal de una organización es, precisamente, la ausencia de dichas herramientas.

⁵⁷ Como observa MIR PUIG, S., *PG*, cit., pp. 207 s., el principio de personalidad de las penas, en sede de responsabilidad penal de personas jurídicas, puede quedar vulnerado en tanto que se pueda observar una responsabilidad penal colectiva en este ámbito. Si bien no lo relaciona directamente con las teorías absolutas de la pena, consideramos que esta vulneración es un argumento más para defender que el Derecho penal de personas jurídicas no pueda tener un carácter retributivo, ni en todo ni en parte, dado que no es permisible que se busque un castigo para quien no ha delinquido.

⁵⁸ De hecho, las palabras “prevención” y “prevenir” se mencionan expresamente en los arts. 31 bis, apartados 2, 4 y 5, y 31 quater CP.

De hecho, cabe decir que la doctrina española mayoritaria opta por considerar la finalidad preventiva del Derecho penal de las personas jurídicas, basándose, fundamentalmente, en las funciones de prevención y gestión de delitos de los PCN. Un ejemplo lo ofrece LASCURAÍN, quien considera que una empresa exterioriza un afán preventivo mediante la implantación de un comité de cumplimiento (que, podemos añadir, es una figura habitual, en términos de economía española real, en aquellas empresas que cuentan con un sistema de *Compliance*). En el mismo sentido se pronuncia SIEBER en referencia a los Programas propios del sistema alemán que, a pesar de no referirse a la responsabilidad penal de una persona jurídica, sino meramente administrativa, también tienen como objeto la prevención de la comisión de hechos ilícitos⁵⁹.

Una opinión similar la comparte RODRÍGUEZ RAMOS, quien sugiere que una prevención efectiva ha de tener en cuenta ciertos parámetros. En concreto, este autor indica que la actividad preventiva de las personas jurídicas ha de partir de la naturaleza y la extensión de sus riesgos dentro de distintos parámetros, que fundamentalmente se pueden agrupar en dos: los que hacen referencia a la persona física que sea sujeto activo del delito y los referentes a la participación de la persona jurídica en el hecho ajeno. Respecto de los primeros, RODRÍGUEZ RAMOS recuerda que sólo habrá responsabilidad penal de una persona jurídica si existe un delito cometido por alguna de las personas físicas vinculadas a ésta, con independencia de su posición jerárquica, siempre que actúe en nombre y por cuenta, y en beneficio directo o indirecto, de la organización. En cuanto a los segundos, debe tenerse en cuenta que la persona jurídica ha de participar en este delito en régimen de comisión por omisión, lo que implica que el resultado hubiera podido ser evitado, que la no evitación se vinculase a un defecto organizativo y que respecto a la acción delictiva exista por parte de la organización un deber jurídico de actuación que se haya incumplido⁶⁰.

⁵⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “*Compliance*, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *El Derecho penal económico*, cit., 2013, p. 133; SIEBER, U., “Programas de *Compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *El Derecho penal económico*, cit., pp. 72 ss.

⁶⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Diario La Ley*, nº 7561 (2011). En este contexto, este mismo autor propone cuatro instrumentos de prevención de la materialización de riesgos penales (esto es, de la comisión de delitos): tener una cultura empresarial establecida, clara y comunicada en materia de cumplimiento normativo; velar por el cumplimiento de la misma mediante instrumentos suficientes que se adapten a cada situación; ser proactivo en los procesos de *due diligence* en operaciones de fusiones y adquisiciones,

En nuestra opinión, como venimos apuntando, también consideramos que la finalidad general de prevención, propia del Derecho penal, se ve plasmada en el establecimiento de un PCN, cualquiera que sea su forma. Con ello, estamos clasificando a dichos Programas como instrumentos penales en sentido estricto, a pesar de la escasa regulación de su forma y contenido que da el CP (y que han tenido que suplir otros textos extranormativos, fundamentalmente, como se vio en el Capítulo II, la ISO 19600 y la UNE 19601)⁶¹. Sería deseable que la jurisprudencia del TS, aunque fuera a modo de *obiter dictum*, estableciese algún parámetro respecto de estos contenidos, si bien, a día de hoy, los organismos jurisdiccionales se mantienen particularmente tímidos en este aspecto. Es un hecho que son pocas las SSTs que dan argumentos de fondo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la mayoría se limitan a declarar su culpabilidad o no, sin entrar en argumentaciones particularmente extensas o complejas (aunque con notables excepciones, como por ejemplo las SSTs 154/2016, 29 febrero, y 221/2016, 16 marzo, que ya se han citado en el mencionado Capítulo II).

Por eso mismo, además, esta prevención no es especial, sino general: se dirige, como *obliegenheit*, a todas las personas jurídicas, puesto que todas ellas pueden llegar, potencialmente, a ser condenadas por un delito, y, en consecuencia, todas ellas se sentirán incentivadas para llevar a cabo las acciones necesarias que permitan que se les aplique una circunstancia eximente (o, cuanto menos, atenuante)⁶². Este mismo razonamiento nos lleva a que la prevención general es positiva: el CP incentiva a una persona jurídica a que lleve a cabo una acción concreta, cual es la de implementar medidas tendentes a prevenir la comisión de delitos en su seno, a descubrirlos y, en su caso, a hacer que dejen de cometerse⁶³.

A mayor abundamiento, opinamos que el establecimiento de un PCN, si verdaderamente existe la intención de cumplirlo, supone un comportamiento, por parte de los administradores, dirigido a intentar mitigar las posibilidades de incumplimiento normativo (con las correspondientes lesiones de los distintos bienes jurídicos⁶⁴). Sin embargo, la llamada “Teoría General de Riesgos”⁶⁵, tanto en

así como otras afines; e incluir estas recomendaciones en distintos protocolos que afecten a diferentes áreas de trabajo, teniendo en cuenta que ningún PCN que sea meramente formal es suficiente.

⁶¹ En contra SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., en *LH-Bajo*, cit., p. 626-627: “[l]a implantación de una Compliance program es un medio de naturaleza técnica o instrumental, pero no penal en el sentido de que se trate de una causa de justificación, atipicidad, no culpabilidad o no punibilidad”. Citado ya anteriormente, debe abreviarse de forma correcta.

⁶² Tal como se ha citado *supra*, ROBLES PLANAS, R., InDret 2/2009.

⁶³ En sentido similar, COCA VILA, I., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 63 ss.

⁶⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la dogmática del delito culposo”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 65 s.

términos generales como en su aplicación particular al Derecho penal, indica muy claramente que ningún riesgo se puede eliminar del todo, sino que únicamente se puede prevenir para mitigar sus efectos lo máximo posible⁶⁶.

Dicho todo lo anterior, debemos quedarnos con los motivos por los que se implementan estas herramientas, que nuestra práctica demuestra que se pueden dividir en tres: la voluntad de cumplir con la normativa⁶⁷ (que es la causa minoritaria y que, en los casos de las sociedades multinacionales, suele venir dada por una imposición de la compañía matriz⁶⁸), la de mostrar dicho cumplimiento ante terceros⁶⁹ (ya sea por requerimiento, como puede ser el caso de un contrato con una Administración Pública, o por meras

⁶⁵ La comúnmente llamada “Teoría General de Riesgos” (o “del Riesgo”) indica que toda posibilidad, abstracta o concreta, de que suceda un resultado indeseado puede ser detectada, medida, evaluada y gestionada. Su aplicación práctica se encuentra en muy distintos ámbitos, pudiéndose destacar el de las compañías aseguradoras, el de sectores económicos particularmente peligrosos (como el nuclear o el armamentístico, por ejemplo), las operaciones financieras a distintas escalas o incluso todo aquello que tenga que ver con un entorno informático. Trasladado al campo estrictamente jurídico, la rama que más se ha ocupado de esta Teoría ha sido el Derecho administrativo, si bien también se ha hecho referencia en el Derecho mercantil o incluso en el Civil. Sin embargo, los nuevos conceptos que se están incluyendo en el Derecho penal gracias a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (como pueden ser las matrices de riesgo o los mapas de riesgo, entre otros), proceden directamente de esta Teoría. Véase, entre otros muchos, ZUSMAN TINMAN, S., “La Teoría del Riesgo”, RDPUCP, n° 34 (1980) (en línea, <http://revistas.pucp.edu.pe/>, consultada el 25 de mayo de 2019), pp. 77 ss.; RODRIGO DE LARRUCEA, J., *Seguridad marítima: Teoría general del riesgo*. Ed. Marge Books. Sabadell, 2015 (en especial, pp. 254 ss.).

⁶⁶ Esta norma tiene una excepción: sí se pueden eliminar los riesgos si se elimina la actividad que los produce. Por poner un ejemplo real en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que un riesgo penal es la posibilidad hipotética de que se cometa un determinado delito: si una fundación gestiona un geriátrico, por un lado, y tiene actividad de promoción inmobiliaria, por otro, corre el riesgo de cometer un delito urbanístico. No obstante, si abandona la actividad inmobiliaria también se eliminará el riesgo de cometer un delito urbanístico, puesto que este no forma parte de la explotación del geriátrico.

Esta situación, aplicada en distintos campos, hace que, en algunas ocasiones, se haya definido la “mitigación del riesgo” como su eliminación o reducción”. Véase al respecto GARCÍA RIVAS, J., “Marco de gestión del riesgo operacional”, en FERNÁNDEZ-LAVIADA, A. (Ed.), *La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. Santander, 2007, p. 194.

⁶⁷ Al respecto, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “¿Cuál es la valoración jurídica de los *compliance* en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.) / DE LA CUERDA MARTÍN, M. / GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, p. 513.

⁶⁸ Elocuentemente, <https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/7585135/05/16/Las-multinacionales-exigen-planes-para-prevenir-delitos-.html>, consultada el 15 de noviembre de 2020.

Referente a este punto, es cada vez más frecuente que en los Reglamentos de los consejos de administración de multinacionales se incluyan cuestiones relacionadas con la ética empresarial y el cumplimiento normativo. Este autor, con razón, observa que es una tendencia creciente el hecho de que estos Reglamentos aporten directrices sobre cómo deben constituirse los organismos de control de cada región en donde se aplicarán, y que impongan la obligación a los máximos responsables de las distintas organizaciones de evaluar los riesgos de manera periódica. Véase NÚÑEZ MARTÍN, A., “Sostenibilidad, profesionalización y transparencia; una nueva agenda para el Gobierno Corporativo”, *Aranzadi digital* 1/2020 (en línea, <https://insignis-aranzadidigital-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultada el 15 de noviembre de 2020).

⁶⁹ Al respecto, NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del *compliance* y el Derecho penal”, en KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2013, pp. 32 ss.

cuestiones de imagen) y la de evitar la imposición de una hipotética sanción⁷⁰. De este panorama se podrían extraer distintas conclusiones, si bien la que nos interesa a los efectos de la presente investigación es que en todos los casos, de un modo u otro, se pretende organizar mecanismos para evitar que se cometan hechos y actuaciones ilícitas en el contexto de la organización, pero no por la voluntad *per se* de respetar la normativa, sino por finalidades egoístas de obtener un beneficio o evitar un perjuicio⁷¹. Dada esta actitud, opinamos que, con independencia de cuál fuera la voluntad original del legislador (que probablemente era coincidente con esto), la práctica económica ha ubicado el Derecho penal de personas jurídicas en la parcela del Derecho penal preventivo, pero no por cuestiones de finalidades de prevención general o especial, sino por el pragmatismo de evitar una sanción, en la mayoría de los casos, o usarlo como instrumento de mejora de apariencia pública, en otros muchos⁷².

4.1.2. La importancia operativa de los “defectos de organización”

a) Cuestiones previas. La persona jurídica como organización autopoiética

Tal como se ha venido reiterando a lo largo de este Capítulo, un elemento necesario para condenar penalmente a una persona jurídica es que en ésta haya un “defecto de organización”, que habitualmente se entiende suplido con la existencia de un PCN u otro sistema similar que tenga por finalidad prevenir, en la medida de lo posible, la comisión de hechos ilícitos. Doctrinalmente, en los últimos tiempos ha cobrado particular relevancia la consideración de una persona jurídica como un todo sistémico, destacándose la consideración de una organización como organismo autopoiético. Respecto a ello, TEUBNER, comentando los postulados de LUHMANN, indica que, según

⁷⁰ No obstante, desde un punto de vista de política criminal, esta debería ser únicamente la consecuencia de la verdadera finalidad que se les supone a los Programas de Cumplimiento Normativo, esto es, la ausencia de defectos organizativos en la entidad o el establecimiento de una cultura de cumplimiento. Véase, en este sentido, PÉREZ MACHÍO, A.I., “Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.) / DE LA CUERDA MARTÍN, M. / GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho penal económico*, cit., pp. 488 s.

⁷¹ En concordancia con esta conclusión, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “¿Cuál es la valoración jurídica de los *compliance* en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.) / DE LA CUERDA MARTÍN, M. / GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho penal económico*, cit., p. 512, indica, en un análisis criminológico, que la delincuencia socioeconómica se caracteriza porque los sujetos activos no siempre tienen conciencia de la ilicitud de sus conductas, lo que implica falta de arrepentimiento y un aumento de la posibilidad de reincidencia, y una alta tasa de impunidad que amplía los comportamientos permitidos.

⁷² Sin embargo, no podemos negar que, en cierto modo, esta interpretación pragmática tiene su reflejo en la filosofía. Véase al respecto BAUCCELLS LLADÓS, J., “Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico”, REPC, nº 33 (2013) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultado el 27 de febrero de 2019).

este autor, la autopoiesis social se basa en la comunicación, entendida como la síntesis de participación, información y comprensión, y añade a continuación que “[l]a construcción social de la realidad está fuertemente separada de la construcción psíquica de la realidad”⁷³.

Opinamos que estas afirmaciones son perfectamente adaptables a la responsabilidad penal de una persona jurídica. Para justificar esta opinión, debemos remitirnos a la explicación sobre los sistemas autopoieticos de GÓMEZ-JARA DÍEZ: según este autor, los sistemas autopoieticos reúnen ciertas características perfectamente adaptables a las personas jurídicas por cuanto interesa al Derecho penal: autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización. Una empresa (y, podríamos añadir, cualquier organización con personalidad jurídica⁷⁴) es un sistema autopoietico organizativo que mantiene su esencia a pesar de que cambien sus miembros, por lo que “*así como la autonomía y la autoadministración constituyen atributos fundamentales del ser humano con respecto a su responsabilidad penal (...), también estas características conforman un factor fundamental de cara a la posible responsabilidad penal de la propia empresa*”⁷⁵.

Desde este punto de vista de las organizaciones como entidades autopoieticas, podemos añadir una nueva aportación al debate de autorresponsabilidad vs heterorresponsabilidad. Una de las razones de la división de opiniones estriba en la acción que se ejecuta, como no puede ser de otro modo, es llevada a cabo por un ser humano con personalidad y psique distinta de las de la persona jurídica en cuyo nombre y representación actúa. Sin embargo, a la luz de la teoría de los organismos autopoieticos, esta observación debe ser matizada. AGUILERA GORDILLO, haciendo referencia a la teoría sistémica de LUHMANN, diferencia entre la acción individual y la

⁷³ TEUBNER, G., *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Ed. Ara Editores. Lima (Perú), 2005, pp. 37 s.

⁷⁴ GÓMEZ-JARA publicó el artículo aquí referido en 2006 basándose en la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la experiencia extranjera y los postulados sociológicos del momento. Si bien la práctica totalidad de sus explicaciones se adaptan al Derecho penal español vigente hoy en día, la referencia a las “empresas” debe entenderse hecha a las “personas jurídicas” en general, sean o no de tipo empresarial.

⁷⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., RECPC 8-05 (2006), pp. 3 ss. Este autor, además, identifica, en un sentido similar al que hemos propuesto nosotros *supra*, al trabajador de una empresa como un individuo corporativo: “[e]l reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal (empresarial) es el del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho”.

“acción social”, siendo éstas últimas las que proceden de los valores del individuo e influyen en el contexto social, por lo que en el ámbito del funcionamiento normal de una persona jurídica se eliminaría la individualidad del sujeto al formar parte su acción de un entramado de actividades. Por otro lado, podemos entender por “acción social” aquélla consistente en una conducta humana en la que los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. AGUILERA indica que esta definición explica los fenómenos sociales atendiendo a la racionalidad individual “*que, mediante la interacción social, genera fenómenos sociales agregados a los que se denomina fenómenos emergentes*”⁷⁶.

En cualquier caso, la consideración del individuo como miembro de un todo responde a la concepción autopoietica de ese todo, que en el caso que centra nuestra investigación es la persona jurídica penalmente responsable. Por ello, aceptamos esta teoría y la tomamos de base, aunque discrepamos en algunas de sus implicaciones relativas a la culpabilidad de una persona jurídica, como se verá *infra*⁷⁷.

b) El alcance penal y extrapenal de los “defectos organizativos”

Tal como se ha visto en el epígrafe anterior, una persona jurídica está sometida a ciertos deberes, impuestos por normas jurídicas y extra-jurídicas, que le imponen un determinado comportamiento. Este comportamiento será llevado a cabo por las personas físicas que componen a la jurídica, y debe centrarse en el cumplimiento de todas estas normas. Se considera un “defecto organizativo” el no contar con ningún medio para asegurar el cumplimiento de estos deberes.

Dicho en otras palabras: un “defecto organizativo” no puede entenderse ceñido únicamente al cumplimiento de las disposiciones del CP, por el sencillo motivo de que hay múltiples normas (entre ellas, normas jurídicas de distintas ramas) que operan a la vez sobre una persona jurídica impeliéndola a llevar a cabo (o a no llevar a cabo) un comportamiento determinado. En consecuencia, opinamos que tan defectuosa es la

⁷⁶ AGUILERA GORDILLO, R, *Compliance penal*, cit., pp. 29 s.

⁷⁷ No obstante, esta concepción tiene también algunos detractores. Un claro ejemplo lo encontramos en FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española”, en *LH-Maza Martín*, cit., p. 167, para quien las personas jurídicas no son sistemas autopoieticos, sino allopoiéticos (por complejos que puedan llegar a ser): en opinión de este autor, se puede entender que estamos ante un modelo de autorresponsabilidad sin tener que concebir a la empresa como organización autopoietica para la que los seres humanos son, únicamente, el “entorno”. Téngase en cuenta que los autopoieticos son aquellos sistemas abiertos que necesitan insumos del ambiente para la producción de lo que, en cada caso, generen. Véase, en general, KÖLER, H.D. / MARTÍN ARTILES, A., *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, 2ª ed. Ed. Delta Publicaciones. Madrid, 2007, p. 180.

organización si en ella se comete un ilícito penal como si éste es meramente civil o administrativo: en cualquier caso, se estaría infringiendo alguna norma y la persona jurídica estaría obligada a hacer lo posible para prevenir que esto sucediese⁷⁸.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el novedoso art. 49.6 LSC, introducido por primera vez mediante el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre⁷⁹, y modificado posteriormente mediante la Ley 11/2018, de 28 de diciembre⁸⁰. Con la entrada de esta normativa, se incluyó la obligación para las empresas de más de 500 trabajadores de publicar informes, inspirados en los antiguos “informes de sostenibilidad” y en las auditorías sociales, sobre sus estados de información no financiera. Se abandonó así la idea de que la única información no financiera que se debiera facilitar por parte de las grandes empresas se ciñera al ámbito medioambiental⁸¹, añadiéndose aspectos relativos a cuestiones sociales y a la gestión del personal, de respeto a los derechos humanos, de medidas para luchar contra la corrupción y el soborno y otras cuestiones generales de la sociedad (compromisos con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores, información fiscal y, en general, cualquier otra información que se considere significativa).

Otro ejemplo lo vemos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante)⁸². Atendiendo a los arts. 71 y 72 de la misma, la Administración Pública tiene prohibido contratar con las entidades (empresas) que hayan sido condenadas previamente por alguna infracción penal o administrativa, salvo, en este último caso, que acredite haber adoptado “*medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas*” (art. 72.5 LCSP). Resulta curioso que la trasposición de la normativa comunitaria sea

⁷⁸ Admitimos que esta concepción amplia de lo que es un defecto organizativo contradice la que originalmente formuló TIEDEMANN, quien la centró en el Derecho penal. Véase al respecto GARCÍA CAVERO, P., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, DPC (vol. XXVI), nº 78 (2005) (en línea, <https://revistas.uexternado.edu.co/>, consultado el 3 de marzo de 2019), p. 144.

⁷⁹ Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

⁸⁰ Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

⁸¹ MONEVA, J.M. / SCARPELLINI, S. / MARCO FONDEVILLA, M., “El papel del contable en la gestión medioambiental. Evolución y perspectivas futuras”, en *LH-Montesinos Julve*, p. 208.

⁸² Esta ley transpone las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y deroga el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

incompleta, puesto que la misma incide bastante en la importancia de la implantación de medidas tendentes a prevenir la comisión de ilícitos penales en las empresas que pretendan contratar con la Administración Pública⁸³, mientras que la Ley española se centra en modelos de prevención de infracciones administrativas. No obstante, una lectura entre líneas puede mostrar una referencia indirecta a la prevención penal: si una de las causas de prohibición de contratación consiste, según el art. 71.1 a) LCSP, en que la empresa haya sido condenada mediante sentencia firme por la mayor parte de los delitos por los que puede responder por la vía penal, la implantación de un PCN evitaría esa condena, por lo que su comisión no sería óbice para que la Administración Pública contratase con ella⁸⁴.

En general, compartimos la opinión de GÓMEZ-JARA DÍEZ cuando dice que existen parcelas de la esfera social en las que el Estado no puede regular todos los comportamientos que tengan lugar, por lo que se requiere que sean las propias organizaciones las que se autorregulen⁸⁵. Los dos ejemplos anteriores son una muestra de que tiene razón, pero no únicamente en sede penal, sino de cualquiera otra rama de las ciencias jurídicas.

En consecuencia, podemos concluir que un “defecto organizativo” en una persona jurídica, sea o no de tipo empresarial, será aquél que no prevenga suficientemente la comisión de un determinado hecho ilícito, sea o no penal. Por ello, trayendo esta explicación al ámbito de nuestra investigación, procede analizar qué contenido y qué forma debería tener un sistema que evitase que la persona jurídica tuviese un defecto de organización que le pudiese hacer incurrir en responsabilidad penal.

- c) Propuestas de *lege ferenda* sobre el contenido y la forma de un sistema que evitase observar un “defecto de organización” en una persona jurídica

⁸³ Véase un comentario a la Directiva en este sentido en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Diario La Ley, n° 8423 (2014).

⁸⁴ En contra de esta interpretación, LÓPEZ DONAIRE, M.B., “Los programas de *Compliance* y su reflejo en la contratación pública”, Gabilex, n° 6 (2016) (en línea, <http://www.castillalamancha.es/>, consultada el 5 de marzo de 2019), en especial pp. 12 ss., señala que, si bien aún no se ha llegado a este punto, la tendencia de la Administración Pública es a contratar con empresas que tengan implementados Programas de Cumplimiento Normativo precisamente para demostrar su voluntad de cumplimiento con la legalidad, tal como sucede en Estados Unidos desde 2008.

⁸⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*, cit., pp. 16 ss. En términos estrictos de un Programa de Cumplimiento Normativo, un sector doctrinal considera que estos son, como tales, sistemas de autorregulación regulada; véase GONZÁLEZ BENÍTEZ, L.S.V., “¿Es un fraude de etiqueta el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica español?...”, en DEMETRIO CRESPO, E. / CARO CORIA, D.C. / ESCOBAR BRAVO, M.E. (Eds.), *Problemas y retos actuales*, cit., p. 37.

c.1. Cuestión previa: las *United States Sentencing Guidelines*

Dado que la semilla de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los PCN deriva de la cultura anglosajona, y más en concreto, la estadounidense, resulta pertinente analizar los contenidos que estos Programas tienen en este país⁸⁶. Para ello, debemos acudir al *Guidelines Manual*, elaborado por la *United States Sentencing Commission*⁸⁷. Este documento indica que, para tener un sistema de *Compliance* adecuado, las organizaciones deben establecer mecanismos de diligencia debida y estándares de procedimiento para prevenir y detectar conductas criminales (aspecto central de un PCN) y promover una cultura corporativa ética y de respeto a la normativa. La organización debería adoptar medidas de comunicación para que todos sus miembros conocieran estas políticas y estos principios de conducta, y debe poder evaluar su efectividad⁸⁸. De hecho, el contenido básico de un sistema de prevención de delitos en una persona jurídica según estas *Guidelines* está formado por lo siguiente: un código de conducta escrito, un plan de supervisión por parte de personal cualificado, una ausencia de delegación de los poderes más sensibles a personal con posible tendencia delictiva, comunicación efectiva de la normativa interna y un plan de refuerzo de todo ello mediante controles y auditorías, así como medios disciplinarios concretos y adopción de medidas adecuadas tras la constatación de una infracción⁸⁹.

En general, este documento se basa en cuatro puntos clave: primero, que los Tribunales ordenarán a las personas jurídicas que resarzan cualquier daño que hayan causado por ello; segundo, si se considera que la organización únicamente para la comisión de

⁸⁶ No pretendemos decir con ello que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga origen estadounidense, pero no podemos negar la influencia que la tradición jurídica de este país ha tenido en esta materia, lo que convierte la cita en obligatoria. Véase al respecto NIETO MARTIN, A., “¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”, RP, n° 19 (2007) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 17 de mayo de 2019), pp. 120 ss.

⁸⁷ Más concretamente, estas cuestiones se reflejan en el epígrafe 8B2.1 de este documento. Como se verá más adelante, esta comparativa ha de ser tomada con toda la cautela posible y únicamente como referencia. El motivo es que las diferencias en cuanto a tejido económico-empresarial y a economía (en el sentido global de la expresión) entre Estados Unidos y España son tan sustanciales que las instituciones de Derecho penal Económico de uno de estos países no podrían funcionar igual en el otro, puesto que los distintos contextos implicarían que los resultados fuesen necesariamente diferentes. A pesar de ello, no podemos negar la existencia de paralelismos entre ambas economías, por lo que consideramos razonable repasar los términos generales de este documento.

⁸⁸ Véase UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual* (en línea, <https://www.ussc.gov/>, consultada el 10 de marzo de 2019), pp. 517 ss.

⁸⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU*, cit., p. 77. A esta explicación debemos añadir las directrices que ofrece la “norma” UNE 19601, a la que hemos hecho referencia en el Capítulo II de esta investigación, y que no dejan de proponer un contenido y unos instrumentos complementarios que van en la línea de lo que establecen las *Guidelines* estadounidenses. Véase CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado*, cit., pp. 99 s.

delitos, las multas deberán ser suficientes como para que esta pierda todos sus activos, si bien (tercer punto) estas multas se graduarán en función de la magnitud del daño causado y la culpabilidad de la organización; por último, el cuarto punto es asegurarse, mediante las Sentencias que se dicten contra las personas jurídicas eventualmente infractoras, que éstas no vuelvan a ser utilizadas como plataformas para cometer delitos⁹⁰.

Un aspecto relevante de estas *Guidelines* es que se trata de un que ha sido objeto de múltiples reformas. La tónica general de las mismas ha ido encaminada, en la mayor parte de ocasiones, a implementar sistemas que incentivasen a las empresas a implementar sistemas de prevención y detección de delitos (lo que en terminología anglosajona se denomina “*carrot and stick*”). A grandes rasgos, ello se debe a que este documento está fuertemente influenciado por la *Sarbanes-Oxley Act*⁹¹.

Posiblemente este sea uno de los motivos por el que las *Guidelines* han tenido un impacto tan importante en varios aspectos. Así, siguiendo la clasificación de MURPHY, nos encontramos con que ha habido, principalmente, cuatro aspectos en los que estas *Guidelines* han influido. Por un lado, el primer impacto se ha dado en el creciente número de sentencias condenatorias a empresas, con multas por importes igualmente ascendientes. El segundo impacto lo encontramos en la cultura corporativa: en efecto, desde la existencia de las primeras versiones de este documento, esta autora afirma que es cada vez más frecuente que las empresas entiendan que la ética empresarial puede ser compatible con el cumplimiento de los objetivos marcados; además, se considera que estas *Guidelines* constituyen el origen de los *Compliance Officers*, figura central en un sistema de cumplimiento y cuya principal tarea es asegurar esta compatibilidad⁹². Asimismo, las *Guidelines* han tenido un fuerte impacto en el ámbito regulatorio: así, han servido para inspirar cambios normativos no sólo a nivel legal, sino a nivel de regulaciones de *soft law*, en la línea de fomentar un mayor cumplimiento normativo en las empresas. Finalmente, el cuarto y último impacto de las *Guidelines* ha tenido lugar

⁹⁰ FERRELL, L. / FERRELL, O.C. / THORNE LECLAIR, D., “The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Framework for Ethical Compliance”, *Journal of business ethics* 17 (1998) (en línea, <https://danielsethics.mgt.unm.edu/>, consultada el 4 de diciembre de 2020), pp. 355 s.

⁹¹ IMPERATO, G.I., “Corporate Crime, Responsibility, and Compliance and Governance”, *Journal of Health Care Compliance* (vol. VII), nº 3 (2005) (en línea, <https://assets.hcca-info.org/>, consultada el 4 de diciembre de 2020), en especial pp. 13 s., 17.

⁹² Ampliamente, FREEMAN, E.H., “Regulatory Compliance and the Chief Compliance Officer”, *Information System Security* 16 (2007) (en línea, <https://www.researchgate.net/>, consultada el 4 de diciembre de 2020).

en sede de las responsabilidades intraempresariales: en este sentido, la implementación de unas políticas de cumplimiento normativo permiten ver una “cadena de toma de decisiones” que, ocasionalmente, pueden mostrar la responsabilidad de los directivos de las empresas frente a los distintos grupos de interés que pueda haber⁹³.

Podemos concluir, pues, que la *US Sentencing Guidelines* han supuesto, en Estados Unidos, más que unas meras directrices de contenido sobre los PCN, sino todo un bloque normativo de *soft law* cuya voluntad de cumplimiento normativo ha influido notablemente en las distintas esferas que pueden darse en el contexto de un delito cometido en una empresa, en su beneficio y por parte de alguno de sus integrantes. Nos reiteramos en destacar la similitud entre el contenido de este documento y los PCN españoles, lo que implica que la influencia de la *Guidelines* ha traspasado fronteras y ha llegado, al menos a efectos formales, a las nuestras: así, las directrices que ofrece la “norma” UNE 19601, a la que hemos hecho referencia en el Capítulo II de esta investigación, no dejan de proponer un contenido y unos instrumentos complementarios que van en la línea de lo que establecen las *Guidelines* estadounidenses⁹⁴, si bien, en la actualidad, carecemos de evidencia empírica suficiente como para afirmar que esta UNE haya tenido tantas implicaciones como la *Guidelines*.

c.2. Propuestas generales sobre el contenido de un PCN

Tal como se vio en el Capítulo II, el CP es particularmente parco a la hora de dar indicaciones sobre el contenido de un PCN y, de hecho, guarda silencio absoluto sobre su forma. La jurisprudencia española no se ha pronunciado aún sobre esta materia⁹⁵, y consideramos que las diferencias de tradición jurídica y, sobre todo, de tejido empresarial nos obligan a ser particularmente cautos a la hora de tener en cuenta aquí las directrices que imperan en el derecho comparado, aunque con notables excepciones a las que más adelante se hará referencia.

⁹³ MURPHY, D., “The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics”, *Iowa Law Review* 87 (2002) (en línea, <https://www.ussc.gov/>, consultada el 4 de diciembre de 2020) pp. 707 ss.

⁹⁴ Véase CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado*, cit., pp. 99 s.

⁹⁵ Sin embargo, agradezco el testimonio del Ilustrísimo Sr. D. Óscar SERRANO ZARAGOZA, Fiscal de delitos económicos de la AP de Barcelona, quien indica que los criterios que están extendiéndose de forma más habitual en los juzgados a la hora de dirimir cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal de personas jurídicas pasan por averiguar que éstas tengan implementadas controles financieros, canales de denuncias, sistemas sancionadores adaptados y medidas de evaluación de riesgos, además de los controles pertinentes para las situaciones enjuiciadas.

En la práctica, un PCN se ve complementado por otros documentos, como pueden ser los mapas de riesgo o las matrices de riesgo. En cuanto a los primeros, lo más habitual es que reflejen dos evaluaciones conjuntas y relacionadas entre sí: una, de la probabilidad de que se cometa un determinado delito en el seno de una organización, y otra, del impacto que ello tendría; esto permite hacer un análisis visual que permita ver a la organización en qué situación se encuentra, de qué aspectos debería preocuparse más y cómo va evolucionando a través del tiempo⁹⁶. En cuanto a las segundas, se trata de herramientas de análisis, frecuentemente enfocadas en qué instrumentos se tienen para proteger todos y cada uno de los riesgos (en este caso, de los delitos que potencialmente se pudieran cometer); de este modo, se puede analizar el grado de protección, así como qué mecanismos se tienen para asegurar el cumplimiento de la normativa, cómo se pueden mejorar y qué acciones se han de llevar a cabo para asegurar una protección tan efectiva como sea posible⁹⁷.

Juntando todos estos elementos, teniendo también en cuenta los demás que se han explicado en el Capítulo II, de *lege ferenda* consideramos que el contenido mínimo de un PCN debería ser como sigue. Para empezar, tal como indica el CP, se deberían indicar todas y cada una de las situaciones en las que la organización incurriera en todos los riesgos penales. Como es natural, esto es una utopía que, además, va cambiando con el tiempo⁹⁸, pero sí es un punto al que se debe tender para garantizar una buena cobertura de los riesgos. Para ello, es necesaria una labor no estrictamente jurídica, sino más bien criminológica, que pueda intuir todos los riesgos inherentes a cada uno de los procesos de la organización.

A continuación, debería detectarse, mediante una matriz de riesgos o de forma independiente, qué elementos, procesos, instrumentos, etc., tiene la persona jurídica para evitar la comisión de esos delitos y para demostrar que su intención es no cometerlos. Si bien esto pudiera parecer complejo, es mucho más sencillo de lo que

⁹⁶ En detalle, SALVADOR LAFUENTE, S., “Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles”, en ABADÍAS SELMA, A. / SIMÓN CASTELLANO, P. (Coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. Ed. Bosch. L’Hospitalet de Llobretat, 2020, pp. 78 ss.

⁹⁷ Una búsqueda rápida por internet muestra ejemplos de ello. Véase, entre otros, el Programa de Cumplimiento Normativo de la empresa SISTEMAS TÉCNICOS DE ENCOFRADOS, S.A. (http://www.sten.es/wp-content/files/2018/10/prevencion_riesgos.pdf) o la guía *Aproximación basada en el riesgo y cuestiones organizativas*, publicada por la firma KPMG (<https://home.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/03/aproximacion-riesgo-cuestiones-organizativas.pdf>).

⁹⁸ De acuerdo con esta idea, QUINTERO OLIVARES, G., “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en EL MISMO (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015.*, cit., pp. 77 ss.

cabe intuir: se trataría de dejar un registro de todo lo que se hace y todo lo que se debería hacer, lo que añade una tarea administrativa más que no siempre resulta operativa, pero que se limita a dejar constancia de los procedimientos que se siguen, en aras de que sean auditables.

De *lege ferenda*, consideramos que no sería una medida adecuada establecer un listado *númerus clausus* de elementos para considerar objetivamente prevenidos los distintos riesgos penales, tal como, por ejemplo, se hizo en materia de protección de datos con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que indicaba una serie de medidas a adoptar para considerar que una organización cumplía con los requisitos normativos en esta materia. En la práctica, esto implicó, para la mayoría de organizaciones, que el supuesto cumplimiento se limitase a una cuestión formal sin mayor trascendencia práctica, lo que significa una ineficiencia absoluta de cualquier sistema de prevención.

Después, se deberían detectar las carencias e implementar nuevos procedimientos, o corregir los actuales, lo que supone admitir la necesidad de una mejora continua en la implantación de un sistema de estas características. Esto se topa, en la práctica, con el requisito de la operatividad: muchas entidades, sobre todo de carácter empresarial, son reacias a adoptar este tipo de procedimientos por no resultar fáciles de implementar o, incluso, por poder perjudicar a sus intereses de negocio. En estos casos, opinamos que ningún sistema legal puede obligar a las organizaciones a perjudicarse a sí mismas, sino que éstas deben poder ponderar en cada caso la pérdida de operatividad vs la disminución del riesgo que ello comportará, valorando sus posibilidades reales dentro de sus respectivos contextos⁹⁹.

Asimismo, como último elemento, se deberían crear canales de denuncia que ayudasen a detectar brechas en el sistema creado, se tendría que empoderar a alguien (interno o externo) para gestionarlo y se debería establecer un mecanismo de formación para que toda la organización supiera, como mínimo, qué hacer, qué no hacer, cómo hacerlo y qué alternativas hay¹⁰⁰.

⁹⁹ Si bien la nomenclatura utilizada a la hora de describir estos factores es ligeramente distinta, véase una opinión bastante coincidente sobre el contenido de un Programa de Cumplimiento Normativo en ARTAZA VARELA, O., “Programas de Cumplimiento”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., pp. 249 ss.

¹⁰⁰ Sobre la importancia de incluir los Canales de Denuncia dentro de los Programas de Cumplimiento Normativo, véase BLUMENBERG, A.D. / GARCÍA MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., pp. 288 ss.

Pongamos un ejemplo de todo lo anterior. La práctica totalidad de las empresas, con independencia de su tamaño, tienen proveedores/acreedores a quienes pagan por sus servicios, lo que puede suponer un riesgo de blanqueo imprudente (art. 301.3 CP) si este tercero se dedica a esta actividad y la organización analizada lo desconoce. Esto ya cumple con el primer punto, es decir, la detección de los riesgos. Pues bien, en este caso una de las posibles medidas que se podrían adoptar sería pedirle al proveedor/acreedor un certificado bancario de titularidad de la cuenta en la que hacemos los pagos que facilitase la trazabilidad del dinero por nuestra parte, lo que cumple con el segundo punto. Debería verse, también, si contamos con todos los certificados de todos los proveedores/acreedores, y si hay otros flujos de entrada/salida de dinero que puedan suponer un riesgo similar (por ejemplo, clientes, estudiando la operatividad de pedirles también a ellos un certificado similar). Complementariamente, se debería nombrar un *Compliance officer* que se asegurase de que siempre se piden estos certificados y de que tenemos un certificado por cada proveedor, así como que se pague únicamente a las cuentas de las que tenemos el certificado de titularidad. Si algún miembro de la organización supiera que se paga a cuentas bancarias de las que no tenemos certificado, debería informar de ello mediante el canal de denuncias.

No obstante, en la práctica, muchas pequeñas empresas percibirían (y, de hecho, perciben, según la propia experiencia) que la carga de reclamar y archivar todos los certificados bancarios es excesiva y, en consecuencia, no lo harían salvo que fuese legalmente obligatorio, con lo que se perdería toda la capacidad preventiva del Programa. La cuestión, pues, estriba en si es exigible a todas las personas jurídicas que hagan esto, dada la operativa diaria y los efectivos de los que disponen. La legislación sobre blanqueo de capitales permite que, para alguien que no es sujeto obligado, una manifestación de la contraparte de que la cuenta en la que se realizan los pagos es la adecuada ya sea suficiente, si no hay indicios de actividad ilícita. Por tanto, para una pequeña empresa esta medida podría ser sustituible por la de limitarse a utilizar, siempre, el número de cuenta que figure en las facturas, y abstenerse de pagar si ese número de cuenta de repente cambia sin razón aparente o si se pidiese un pago puntual en una cuenta distinta a la habitual.

En general, el objetivo es crear un sistema que no se perciba como una carga, sino como una ayuda, y que no resulte costoso de implantar. La clave reside, en opinión propia, en que el sistema final sea operativo y simple, encajable dentro de las prácticas habituales de cada entidad y, sobre todo, claro y conocido por todos. La ayuda externa de alguien especializado en derecho suele ser imprescindible, puesto que la mayoría de empresas, como es natural, carecen de personal con conocimientos específicos, y no todas se lo pueden costear¹⁰¹. Por tanto, opinamos que la simplicidad es un factor esencial en cualquier sistema de cumplimiento normativo (penal o no penal).

Sin embargo, ello no implica diseñar distintos tipos de sistemas posibles con diferentes requisitos en función de cada tamaño de organización, o de su actividad, sino que

¹⁰¹ En este sentido, GONZÁLEZ FRANCO, J.A. / SCHEMMEL, A. / BLUMENBERG, A., “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *El Derecho penal económico*, cit., pp. 158 ss.

opinamos que estas directrices generales, bastante similares a las que expone el art. 31 bis .5 CP, son adaptables a la práctica totalidad de personas jurídicas. Sería deseable, empero, que las Administraciones Públicas hiciesen hincapié en comunicar a las organizaciones de todo tipo la necesidad de implantación de estos sistemas y que les concienciasen de ello. En este sentido, si bien opinamos que la introducción del delito de no contar con un sistema de prevención de delitos (tal como estaba proyectado en el art. 286 sexties CP según el Proyecto de Reforma del CP de 2013) hubiera sido un gravísimo error por parte del prelegislador, tras cinco años desde la entrada en vigor de esta norma y diez desde la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, consideramos que ya es momento de que las organizaciones más grandes tengan la obligación penal de contar con un sistema de este tipo (tal como sucede, por ejemplo, en Francia tras la entrada en vigor de la Ley popularmente conocida como “Sapin II”¹⁰²).

No obstante, a pesar de todo lo que hemos indicado hasta ahora debemos mencionar un elemento que, en la práctica, no puede pasar desapercibido: la capacidad de predictibilidad de un PCN. A nadie escapa que es imposible una prevención completa por el simple hecho de que “nadie puede conocer el futuro”. Aunque esta evidencia pudiera parecer banal, cuanto menos, no lo es en absoluto, puesto que plantea el interrogante de cómo valorar la capacidad predictiva de estos Programas y, sobre todo, cómo valorar su validez en caso de que, finalmente, resulten ineficaces y se cometa un delito. Para ello, en el siguiente subepígrafe nos ocuparemos de la respuesta que ha dado la doctrina y la jurisprudencia italiana, y que consideramos perfectamente adecuada a la situación española: la teoría del pronóstico tardío.

c.2. La teoría del pronóstico tardío

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado menciona, literalmente, que un PCN es considerado como eficaz aunque se llegue a cometer un ilícito penal, siendo suficiente que el mismo permita “*reducir de forma significativa*” *el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio*

¹⁰² Véase al respecto un estudio de derecho comparado entre el francés y el argentino en BAUZÁ, R.P., “Liberté, Egalité... et Transparence: la Ley Sapin II y la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en DURRIEU, N. / SACCANI, R.R. (Dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Ed. La Ley. Buenos Aires (Argentina), 2018, pp. 435 ss.

hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido”¹⁰³.

Este “*difícil juicio hipotético y retrospectivo*” resulta, en opinión propia, una cuestión de capital importancia. Es obvio que, cuando se elabora un PCN, quien lo hace no puede tener la omnisciencia necesaria para prever cualquier circunstancia bajo a cual un integrante de una persona jurídica pudiera cometer una infracción penal, y eso por varios motivos, que van desde la realidad constantemente cambiante de cualquier organización, como ya hemos mencionado, hasta el hecho de que estos Programas acostumbran a estar hechos por personal externo a la misma (puntal que, por otro lado, suele resultar conveniente, sobre todo en las organizaciones medianas y pequeñas, dado que alguien externo será más imparcial que alguien interno y puede tener conocimientos más específicos en materia de cumplimiento normativo, tanto penal como no penal)¹⁰⁴.

La reflexión de la Fiscalía puede interpretarse como una referencia, si bien indirecta, a la “teoría del pronóstico tardío”, también llamada “de la prognosis póstuma”, y que se puede definir como “*el procedimiento consistente en determinar ex post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes*”¹⁰⁵. Esta teoría, lleva a la conclusión de que, para valorar si un determinado plan es o no idóneo para prevenir un delito, hay que retrotraerse al momento en el que se concibió y ver si, con los elementos que se tenían en aquel momento, era razonable suponer que lo planeado hubiera resultado efectivo para conseguir un fin concreto.

Se suele relacionar esta teoría con distintos contextos penales, y en ciertos sistemas jurídicos extranjeros podemos ver algunos casos. Por ejemplo, en sede de los delitos informáticos recogidos en el CP italiano se considera que únicamente se consideran delictivos “*aquellos actos que, sobre la base de un criterio de prognosis póstuma (ex ante), resulten ser objetivamente idóneos y dirigidos de manera inequívoca a crear un peligro concreto para el bien jurídico protegido*”¹⁰⁶. En Italia, además, la teoría del

¹⁰³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 44.

¹⁰⁴ De acuerdo con esta idea, CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado*, cit., en especial pp. 225 s. Este autor señala, con acierto, que hay distintas referencias pseudo-normativas que apuntan a las colaboraciones externas en materias relacionadas con la revisión de procedimientos y las evaluaciones, como, por ejemplo, la ISRS 4400, que permite testear los controles que afectan a los riesgos penales de gravedad media, alta o muy alta.

¹⁰⁵ GOLDENBERG, I., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Ed. La Ley. Buenos Aires (Argentina), 2000, p. 32.

¹⁰⁶ SALVADORI, I., “La regulación de los daños informáticos en el código penal italiano”, RIDP, n° 16 (2013) (en línea, <https://idp.uoc.edu/>, consultada el 11 de marzo de 2019), p. 82.

pronóstico tardío también tiene aplicación en sede de los delitos cometidos en grado de tentativa: en éstos, se trata de ver si las maquinaciones del sujeto activo resultaron inidóneas por algún factor con el que no era razonable suponer que se contase¹⁰⁷.

En el caso de los PCN, se trata de hacer un razonamiento en sentido contrario: si se ha cometido un delito aun teniendo un Programa implantado (dándose los requisitos del art. 31 bis CP), hay que valorar si, en el momento de la elaboración del mismo, hubiera sido razonable prever que un acto así se podría llegar a cometer, teniendo en cuenta los datos con los que se contaba cuando se elaboró. La aplicación de esta teoría al ámbito del *Compliance* la encontramos ampliamente tratada en la doctrina y la jurisprudencia italianas. Así, tal como explica MAZZACUVA, la jurisprudencia ha aceptado este punto de vista para no caer en una responsabilidad objetiva de la persona jurídica: una valoración *ex ante*, y no *ex post*, es la más adecuada para verificar la eficacia de los PCN; de otro modo, estaríamos ante la situación de que la mera comisión de un delito bajo los requisitos del art. 31 bis CP haría que el sistema implantado se considerase, automáticamente, inadecuado, lo que desincentivaría a las organizaciones a tener uno¹⁰⁸.

Visitando la jurisprudencia italiana, el Tribunal de Milano dictó Sentencia en fecha 17 de noviembre de 2009 en la que indicaba que en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la eficacia de los modelos de gestión y organización para la prevención de un delito viene dada por una valoración *ex ante*. Lo que este Tribunal (y, según MAZZACUVA, también la jurisprudencia del Tribunal de Casación¹⁰⁹) considera necesario es preguntarse si antes de la comisión del delito se había adoptado un PCN y si éste, en el momento de su adopción, podía considerarse eficaz para prevenir ese delito. Sin embargo, ante este pronunciamiento opinan DE GIORGI y VACIAGO que, en caso de haberse cometido un delito bajo las premisas que la propia Ley determina, la responsabilidad de la persona jurídica viene dada por el hecho de no tener un PCN implantado¹¹⁰.

¹⁰⁷Ver al respecto, entre muchos otros, GARRIDO MONTT, M., *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1984, p. 80.

¹⁰⁸ MAZZACUVA, F., “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación”, en PALMA HERRERA, J.M. / GONZÁLEZ TAPIA, M.I. (Dirs.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 69 ss.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ DE GIORGI, M. / VACIAGO, G. (Dir.), *Le Società Cooperative. Tipi di cooperative – Strumenti di tutela. Aspetti civili, concorsuali, tributari e penali*. Ed. Cedam. Milano, 2011.

4.1.3. El concepto de “delito” para las personas jurídicas

La hipótesis de la que partía inicialmente esta investigación era que la regulación que el CP da a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se adapta a la realidad económico-empresarial española. Tras un análisis consistente en una presentación de los elementos más importantes de nuestro sistema económico y, bajo este foco, las partes general y especial del CP español en esta materia, en la Recapitulación hemos manifestado, a modo de conclusión principal, que confirmamos la hipótesis inicial, y que el motivo de la falta de adaptación se debe a que algunos de los elementos esenciales de un delito, según la Teoría General del Delito imperante en la doctrina y jurisprudencia españolas, y que inspira nuestro CP, no tienen sentido a la hora de considerar la responsabilidad penal de una persona jurídica. Como hemos dicho, el motivo es simple: la tradición jurídico-penal española, como muchas otras herederas del Derecho Romano, no contemplaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que se está cometiendo lo que para nosotros es el error de utilizar los mismos conceptos que se utilizan en la responsabilidad penal de las personas físicas para determinar la de las personas jurídicas¹¹¹. En consecuencia, opinamos que es necesario un nuevo concepto de delito para las personas jurídicas.

De hecho, en la actualidad es numeroso el sector doctrinal que defiende esta misma opción. Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ opina que el concepto de “injusto” que predomina *“no puede constituir el concepto común de injusto jurídicopenalmente relevante”* en diversos casos, como por ejemplo el de las personas jurídicas¹¹². Otro ejemplo lo encontramos en MOLINA FERNÁNDEZ, quien abiertamente indica que la definición de delito y pena en el CP español es incompatible con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En opinión de este autor, para entender que una persona jurídica puede delinquir (extremo que él niega) debería desaparecer del núcleo de responsabilidad penal cualquier elemento que únicamente pudiera predicarse de un ser humano y jamás de una persona jurídica, lo que es impensable en un sistema como el

¹¹¹ De esta opinión, QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 bis” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 382.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, *InDret* 3/2014 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultado el 10 de marzo de 2019), p. 4.

nuestro, en el que se hace una valoración subjetiva (esto es, un juicio de culpabilidad en el que se valoran elementos subjetivo-mentales)¹¹³.

No obstante, la explicación que encontramos más directa es la que ofrece SÁNCHEZ-OSTIZ. Tal como se ha visto *supra*, este autor considera que existe una paradoja conforme a la cual a las personas jurídicas se les imponen distintos deberes jurídicos, algunos de los cuales no pueden incumplir: más concretamente, no pueden infringir normas penales, dado que la teoría general del delito “*se basa en la acción, el reproche y su orientación a la pena*”. En consecuencia, la atribución de responsabilidad penal no pasaría por una adaptación de los conceptos (acción, deber, culpabilidad...), sino por la creación de otra vía distinta de responsabilidad basada en la atribución. Por todo ello, SÁNCHEZ-OSTIZ concluye que se necesitaría una nueva teoría general del delito para las personas jurídicas, puesto que “*no es viable lograr un modelo común de responsabilidad, un concepto de injusto común subyacente a la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas*”¹¹⁴.

Detengámonos aquí. Esta opinión coincide, en general, con la que hemos estado apuntando en la Recapitulación y a lo largo del presente Capítulo: la teoría general del delito y el concepto de delito que de ella se desprende no sirven para las personas jurídicas, por lo que se necesitan otros. Sin embargo, nuestro planteamiento se sitúa un paso más atrás: en nuestra opinión, la pregunta que cabe formular no es cuál es la justificación de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad de una persona jurídica o cómo debemos reinterpretar estos conceptos para que tengan cabida ante esta realidad penal (así como todos los demás), sino si es verdaderamente necesario utilizarlos, cualquiera que sea su contenido, o si, directamente, necesitamos otros distintos que configuren una teoría general del delito nueva de la que se derive un concepto de delito para las personas jurídicas con elementos distintos del que se utiliza para las personas físicas.

A estos efectos, procedemos a analizar los elementos de acción, antijuridicidad y culpabilidad en su aplicación para las personas jurídicas, y a valorar la necesidad o no de su apreciación¹¹⁵.

¹¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 370 ss.

¹¹⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., en *LH-Bajo*, cit., pp. 621 ss.

¹¹⁵ Dejamos para el siguiente apartado la valoración de la tipicidad y de la punibilidad, por ser cuestiones relacionadas con la Parte Especial del CP.

a) Valoración de la apreciación de la acción

Tal como hemos indicado y justificado *supra*, partimos de la base de concebir una persona jurídica con actividad real como un organismo autopoietico en el que las acciones de sus miembros, siempre que se ejecuten en nombre y representación de ésta, son el máximo equivalente posible a acciones desempeñadas, aunque sea indirectamente, por la propia persona jurídica. En consecuencia, bajo esta premisa, tiene sentido hablar de “acción” en el contexto de la responsabilidad penal de una persona jurídica, si bien con varios matices¹¹⁶.

En opinión de GÓMEZ-JARA, la capacidad de autoorganización de la persona jurídica es funcionalmente equivalente a la de acción de una persona física, dado que ciertas organizaciones (empresariales, según este autor, pero consideramos que esta afirmación es extensible a todas) alcanzan tal nivel de complejidad que “*comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación*”¹¹⁷. Esta reflexión nos genera algunas dudas: es cierto que el establecimiento de criterios de actuación tendentes al respeto a la normativa, penal y extrapenal, tiene como objetivo modular el comportamiento de los miembros de la organización de que se trate en ese sentido, pero nada garantiza que dicho objetivo se llegue a alcanzar completamente por una capa suficiente de la población que compone la entidad. Como mucho, podemos entender que la organización está mostrando así su voluntad de cumplir, pero no un cumplimiento efectivo mediante un comportamiento acorde a la legislación.

Por otro lado, *supra* se ha hecho referencia a VON LISZT en materia de la capacidad de acción de una persona jurídica en el ámbito contractual: según este autor, si una persona jurídica puede celebrar contratos, también los puede celebrar fraudulentamente. A priori, esta observación, tan obvia como acertada, justificaría la capacidad de acción de una entidad colectiva “en general”, esto es, para todos los ámbitos y no sólo el

¹¹⁶ Uno de esos matices, que mencionamos como una mera nota al pie por considerarlo irrelevante en la práctica, es el terminológico. Pudiera decirse que si una persona jurídica interactúa con los elementos de su entorno (por ejemplo, celebrando un contrato con otra, pagando impuestos, etc.) está mostrando capacidad de actuación, pero no de acción. Sin embargo, insistimos en la irrelevancia de esta apreciación, puesto que toda acción supone una actuación en un contexto, lo que convierte a ambos términos en sinónimos a estos efectos.

¹¹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un resumen”, RD4R, nº 38 (2010) (en línea, <https://core.ac.uk/>, consultada el 17 de marzo de 2019). Si bien estamos de acuerdo con esta afirmación, opinamos que el nivel de complejidad requerido no tiene por qué ser particularmente elevado: a nivel de una pequeña empresa, por ejemplo, o de una organización no productiva sin ánimo de lucro, también sería aplicable.

contractual. De hecho, es obvio que una persona jurídica ha de seguir unas normas mercantiles para constituirse, registrará varios de sus principios según la normativa civil, probablemente deba hacer frente al pago de impuestos según la normativa fiscal y, si tiene personas trabajando para ella, deberá seguir la normativa laboral¹¹⁸. Opinamos que, por ello, resulta evidente pensar que también esté sometida a una normativa penal que le obligue a comportarse de una determinada manera y a contar con ciertas estructuras y figuras o, al menos, que le beneficie el hecho de tenerlas¹¹⁹.

No obstante, encontramos opiniones discrepantes. Por ejemplo, volviendo con SÁNCHEZ-OSTIZ, este autor se pregunta si la afirmación de VON LISZT encierra una falacia, puesto que, en su interpretación, se clasifica a los contratos fraudulentos como una especie más del género de los contratos, cuando en realidad se trata de algo de distinta naturaleza jurídica¹²⁰. Por su parte, MOLINA FERNÁNDEZ considera que, si bien una persona jurídica sí puede realizar la acción (en sentido amplio) de contratar, no puede ejecutar una acción jurídico penal de cometer un delito mediante esta contratación, por lo que la referida afirmación de VON LISZT no deja de ser errónea al apoyarse en la ambigüedad del término “acción”¹²¹.

Discrepamos con ambas objeciones. En cuanto a la primera, efectivamente, no consideramos que un “contrato fraudulento” sea una suerte de contrato: a nuestro entender, la afirmación de VON LISZT expone la posibilidad de que suceda una realidad derivada de una acción que sí es atribuible a la persona jurídica. En otras palabras: si existe la posibilidad de que la persona jurídica otorgue un contrato, éste puede ser lícito o fraudulento, y ambas circunstancias deberán extender sus propios efectos jurídicos, como si de una persona física se tratase. Por este mismo motivo, y a tenor de lo tratado en este subepígrafe, entendemos que la capacidad de acción física de una persona

¹¹⁸ En otras palabras, y por poner algunos ejemplos ilustrativos de lo anterior, se entiende que una persona jurídica es obligado tributario y ha de hacer una determinada presentación de impuestos, un trabajador celebra un contrato laboral con la persona jurídica en la que se integrará, o incluso una persona jurídica puede personarse en un procedimiento como parte. Son varios, pues, los campos de actuación en el ámbito jurídico de una persona jurídica que no generan ningún malestar interpretativo, a pesar de la obvia ficción que debe hacerse en cada uno de ellos, pues es una persona física quien finalmente calcula y presenta los impuestos, quien firma un contrato o quien representa a la jurídica en el procedimiento.

¹¹⁹ Este “beneficio” en caso de tener implantado un Programa de Cumplimiento Normativo y/u otros sistemas que tengan finalidades análogas responde al popularmente llamado modelo de “la zanahoria y el palo”, consistente en vislumbrar un premio que, a pesar de ser inalcanzable (al menos, en su completitud) sí promueve un determinado comportamiento deseado. Este modelo es el que parece venir potenciado por las *Guidelines* estadounidenses a las que hemos hecho referencia *supra*. Véase al respecto GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas*, cit., p. 70.

¹²⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., en *LH-Bajo*, cit., p. 615.

¹²¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “*Societas peccare non potest...*”, en *LH-Bajo*, cit., p. 374.

jurídica no existe, pero sí tiene capacidad de acción jurídica¹²², que ejecuta indirectamente mediante una persona física que actúa en su nombre y representación. Téngase en cuenta que el CP únicamente exige capacidad de acción jurídica, que no física, para los delitos en los que se tipifica la responsabilidad penal de una persona jurídica¹²³.

En cuanto a la segunda objeción, nos mostramos de acuerdo en la ambigüedad del término “acción”, y por eso mismo discrepamos de ella, puesto que, si existe dicha ambigüedad, nada obsta a que una concepción amplia de este término se adapte a la casuística concreta de la responsabilidad penal de una persona jurídica. Dicho de otro modo: una persona jurídica sólo puede intervenir en el tráfico jurídico mediante un representante, dado que su incorporeidad le impedirá hacerlo directamente, por lo que cualquier intervención siempre será una ficción jurídica que se base en esta representación¹²⁴; la concepción de una persona jurídica como un organismo autopoietico así lo señala. En consecuencia, si aceptamos lo que acabamos de exponer sobre la capacidad de acción jurídica, la ambigüedad del término “acción” ampara que se pueda utilizar también con este significado. Por tanto, con todos estos matices, concluimos que sí tiene sentido plantear la “acción” a la hora de definir un concepto de “delito” para una persona jurídica.

Por el mismo motivo, sin entrar en más detalles, también corresponde hablar de comisión por omisión de una persona jurídica. Tal como entiende RODRÍGUEZ RAMOS, ésta ostenta la posición de garante respecto del comportamiento de sus miembros, por cuyas acciones responde, y así se desprende de la normativa reguladora de su funcionamiento general, por un lado, y de la actividad que presta, por otro. Este autor concluye que la comisión por omisión de una persona jurídica podría darse a la vez que la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona física, aun en el seno de la entidad, que hubiera incumplido sus deberes de garante no por imposición de ningún superior, sino por iniciativa propia, dando pie, con ello, al fallo organizativo que permitiese la imputación de la persona jurídica¹²⁵.

Como apunte final, téngase en cuenta que el CP no castiga a una persona jurídica sólo porque se haya cometido un determinado hecho delictivo en su seno, sino que tiene en

¹²² Respecto de este concepto, véase MÜSSIG, B., “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en el Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”, ADPCP 2006 (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 17 de marzo de 2019).

¹²³ PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución*, cit., p. 20.

¹²⁴ De acuerdo con esta idea, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. PG*. Ed. Civitas. Madrid, 1978, p. 227. Ampliándola, y citando también esta fuente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Política Criminal* (vol. 5), nº 10 (2010), pp. 457 ss.

¹²⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Diario La Ley*, nº 7561 (2011).

cuenta que se hayan implantado medidas para evitar que ocurriese. En otras palabras, no sólo se valora qué ha pasado sino qué se había hecho por parte de la persona jurídica para evitar que pasase. Este requisito negativo, que no deja de ser una parte de lo que se deba ver reflejado en un PCN, también se puede encuadrar dentro de la explicación que proponemos acerca de la adecuación de la valoración de una acción (u omisión, en su caso) de una persona jurídica, puesto que, como se ha visto, es una persona física quien ejecutará dichos medios de prevención actuando no como individuo social, sino como miembro de la organización.

b) Valoración de la apreciación de la antijuridicidad

Partamos de la base de que entendemos que un delito por el que una persona jurídica ha de ser una acción (u omisión, en su caso) que se le pueda imputar, en los términos que acabamos de exponer. Además, adelantándonos a las conclusiones del apartado siguiente, ésta ha de ser típica, puesto que no podemos concebir un sistema penal en el que un delito no estuviera tipificado como tal, al ser una opción que vulneraría la más mínima seguridad jurídica en cualquier ordenamiento.

El siguiente elemento de la teoría general del delito es, pues, la antijuridicidad, esto es, “*la constatación de que el comportamiento infringe, sin causa que lo justifique, la norma penal*”, ya sea mediante un hecho contrario al Ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) o mediante la vulneración de un bien jurídico protegido (antijuridicidad material)¹²⁶. La propia definición ya nos da un elemento que, como hemos visto en el Capítulo II, impide su correcta relación con la responsabilidad penal de una persona jurídica, esto es, las causas de justificación, puesto que el CP español no recoge ninguna que resulte de aplicación a una persona jurídica.

En este sentido, observamos que, al no haber ninguna, nuestro sistema carece de elementos que permitan modular la antijuridicidad de la acción u omisión que ha generado el delito. Dicho en otras palabras, o todo es antijurídico o no lo es nada, puesto que el CP no ofrece ningún criterio para distinguir entre una u otra situación¹²⁷.

¹²⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum*, cit., p. 57.

¹²⁷ En contra de esta concepción, MIR PUIG, S., *PG*, cit., p. 845. Según este autor, el hecho de que las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física no sean comunicables a la jurídica (art. 31 ter.2 CP) hace que las circunstancias que afecten a su antijuridicidad sí lo puedan ser, si atendemos a una interpretación estricta de la palabra “culpabilidad”. Por tanto, si el comportamiento de la persona física estuviera justificado, la persona jurídica no respondería con pena. Más adelante retomaremos esta postura

Respecto de esta cuestión, vemos que la doctrina es prácticamente unánime en sus planteamientos, partiendo siempre de la base de que la acción (u omisión) típica por la que se condene a una persona jurídica sea, también, antijurídica¹²⁸. No obstante, en muchas ocasiones se obvia la posibilidad de que una conducta típica se haya cometido bajo alguna causa de justificación. Esto podría deberse a una obviedad: si una conducta no es antijurídica, tampoco será delictiva. De hecho, ello podría justificar que llegásemos a la conclusión de que un delito por el que una persona jurídica incurre en responsabilidad penal es una acción u omisión que, además de ser típica, también es antijurídica.

Sin embargo, como hemos apuntado en el Capítulo II, no creemos que esto sea así según nuestro actual CP por un motivo: la sanción de la persona física, que es la entidad de cuya acción realmente se predica esta antijuridicidad por parte de la doctrina, es independiente de la sanción de la persona jurídica, hasta el punto, ex art. 31 ter CP, que podemos condenar a ésta sin tener identificada a aquélla. En consecuencia, como apuntábamos *supra*, el legislador parece insinuar que el juicio de desvalor de la acción que se hace a una persona física para determinar si su conducta fue o no antijurídica es del todo irrelevante para una persona jurídica, puesto que, al desconocerse la identidad del autor, también se desconoce el contexto en el que operó y, por tanto, las posibles causas de justificación que se le pueden aplicar. Relacionando esto con lo que hemos expuesto al inicio de este subepígrafe sobre la ausencia de causas de justificación para las personas jurídicas, vemos cómo el legislador está prescindiendo absolutamente de la categoría de la antijuridicidad en esta materia.

que, si bien nos parece razonable dada la referencia a la palabra “delito” que incluye el art. 31 ter.1 CP, encuentra un punto de fricción con el hecho de que se pueda condenar a una persona jurídica aún sin saber quién fue la persona física que materialmente cometió el hecho.

¹²⁸ Resumiendo los principales postulados al respecto, la doctrina duda acerca de si la sanción a la entidad se deriva de que los directivos de la entidad o sus subordinados hubiesen cometido algún delito, por un lado, o bien en el hecho de no haber evitado la comisión de dicho delito dentro de su ámbito de control. No obstante, un sector de la doctrina supone casi ineludible la imputación, simultánea o sucesiva, de la persona jurídica y sus directivos, ya que su implicación en el comportamiento delictivo genera el presupuesto que determina la hipotética incriminación de la organización. Asimismo, la ausencia de medidas suficientes y adecuadamente ejecutadas para prevenir la comisión de este tipo de comportamientos es, en realidad, el auténtico elemento nuclear de la responsabilidad penal de una persona jurídica, puesto que tipifica la conducta antijurídica. No obstante, otro sector de la doctrina entiende que basta con que la conducta de la persona física sea típica y antijurídica para poder imputar a la jurídica. Véase BANACLOCHE PALAO, J., “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *LH-Maza Martín*, cit., pp. 14 s. MAZA MARTÍN, J.M., *Delincuencia electoral y responsabilidad de los partidos políticos*. Ed. La Ley. Madrid, 2018, p. 243. CADENA SERRANO, F.A., en *LH-Maza Martín*, cit., p. 66.

Dicho en otras palabras: si una persona física comete un delito es, entre otros motivos, porque su comportamiento es antijurídico. No obstante, para determinar esa antijuridicidad debemos conocer al autor, puesto que, en caso contrario, la podremos sospechar, pero nunca presuponer. Por tanto, si desconocemos al autor no podremos saber si opera sobre él o no una causa de justificación. Trasladado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si desconocemos a la persona física autora no podremos saber si su comportamiento fue antijurídico, por lo que una condena a la persona jurídica a pesar de ello implica la irrelevancia, en estos casos, de la antijuridicidad de la acción de la persona física.

Por otro lado, compartimos la opinión de FEJOO, quien, citando a SILVA SÁNCHEZ, considera que se queda excesivamente corta la visión de una persona jurídica como elemento objetivamente antijurídico¹²⁹. En opinión propia, el motivo es simple: la antijuridicidad es uno de los elementos del delito para una persona física, por lo que, del mismo modo que las garantías procesales que aplican a ésta suponen la presunción de inocencia y, en consecuencia, el hecho de que dicha antijuridicidad deba ser alegada y demostrada por quien ejerce la acusación, lo mismo sucede con una persona jurídica al ser sus derechos procesales idénticos a los de una persona física, tal como ha establecido el TS en reiterada jurisprudencia (en la línea que se inició, como se ha visto en el Capítulo II, con el FJ 5 de la STS 221/2016, 16 marzo)¹³⁰.

No obstante, ello nos devuelve al punto anterior: no habiendo modulaciones de la antijuridicidad, y no pudiéndose presumir automáticamente, ésta debe ser alegada y demostrada por quien pretenda hacer recaer responsabilidad penal sobre una persona jurídica, por lo que, de *lege ferenda*, opinamos que el CP debería incluir un catálogo *numerus clausus* que indicase qué causas de justificación son de aplicación para una persona jurídica. En caso contrario, como desafortunadamente sucede en el actual CP español, no tendría sentido hacer una valoración acerca de este elemento, al carecer de todo instrumento legal que lo permitiese.

Como contrapunto, una interpretación discrepante del art. 31 ter CP la aporta RODRÍGUEZ RAMOS, quien afirma que no existirá delito para la persona jurídica si éste no se puede imputar de forma objetiva a una persona física o bien si su actuación no puede ampararse en ninguna de las causas de justificación que establece el CP, pero sí existirá “*aunque no se le pueda imputar efectiva o subjetivamente al autor por ausencia de individualización, de culpabilidad o de condena por fallecimiento o sustracción a la*

¹²⁹ FEJOO SÁNCHEZ, B., en *LH-Maza Martín*, cit., p. 169.

¹³⁰ De acuerdo con esta idea, MAZA MARTÍN, J.M., *Delincuencia electoral*, cit., p. 243.

*acción de la Justicia (art. 31 bis 3)*¹³¹. Opinamos, sin embargo, que esta afirmación encierra una contradicción: no puede ser que no exista delito si no es imputable objetivamente a alguien y que, a la vez, haya delito aunque no se pueda imputar dicha acción al autor por desconocerse quién es. La única opción interpretativa que consideramos para resolver dicha contradicción es que, en aquellos casos en los que se sospeche de una persona física como autora del delito, si se le imputa el mismo sólo se imputará a la persona jurídica también si la física no es inimputable o no actúa sobre ella ninguna causa de justificación¹³², pero, en aquellos casos en los que no se sospeche de ninguna persona física en concreto, prescindiremos de un análisis de antijuridicidad y podremos condenar igualmente, en su caso, a la persona jurídica.

No obstante, consideramos esto último como un absoluto despropósito carente de toda lógica jurídica y procesal, puesto que si desconociendo a la persona física autora entendemos, como indica literalmente el art. 31 ter CP, que ha habido delito, estamos presuponiendo su culpabilidad, no su inocencia, cosa que es abiertamente inconstitucional. Además, consideramos que en la imputación de una persona, física o jurídica, no puede haber una exigencia probatoria distinta en función de si sólo se juzga a la persona jurídica o si también se ha imputado un delito a una física, puesto que ello supondría una enorme inseguridad jurídica contra la entidad, quien no sólo vería aumentada la exigencia probatoria en función de si se imputa también o no a una persona física, sino que, además, podría verse envuelta en un conflicto de intereses que la perjudicase (como, por otro lado, ya ha puesto de manifiesto el propio TS en reiteradas ocasiones¹³³).

En cualquier caso, el art. 31 ter CP hace referencia al delito cometido por la persona física, por lo que ha de ser una acción (u omisión) necesariamente antijurídica. Ello no obstante, para apreciar la responsabilidad penal de la jurídica no se valora dicha antijuridicidad, sino que, de un modo contrario a lo que establece el TS (y, por extensión, el art. 25 CE), el CP o bien entiende que la misma se presume (al transmitirse directamente y sin posibilidad de defensa) o bien que se prescinde de su valoración.

¹³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., Diario La Ley, nº 7561 (2011).

¹³² En sentido similar, MIR PUIG, S., *PG*, cit., p. 845.

¹³³ Significativamente, en la STS 154/2016, 29 febrero, FJ 8. Véase un comentario en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2017, pp. 62 ss. Más recientemente, STS 123/2019, 8 marzo, FJ 1.

En conclusión, interpretamos que el CP español actual no contempla el juicio de antijuridicidad para las personas jurídicas como uno de los elementos del delito de las mismas, si bien, de *lege ferenda*, opinamos que sí se debería valorar, pero no por atribución directa de la antijuridicidad del hecho de la persona física (que consideramos frontalmente contrario al art. 24 CE), sino por una valoración autónoma basada en un catálogo cerrado de causas de justificación expresamente aplicables a una organización. Esto es así porque, de otro modo, la presunción de inocencia y la posibilidad de defensa de una persona jurídica se verían seriamente vulneradas.

A modo de propuesta, dicho catálogo podría coincidir con las circunstancias cuarta, quinta y séptima del art. 20 CP, esto es, la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber. Opinamos que las demás causas están completamente basadas en cuestiones que se relacionan directamente con la psique de las personas físicas, por lo que, ante la ausencia de dicha psique en una persona jurídica, no tendría sentido contemplarlas.

c) Valoración de la apreciación de la culpabilidad

De todo lo anterior podemos deducir que, de momento, el concepto de delito para una persona jurídica es el de una acción u omisión típica que, de *lege ferenda* (aunque claramente no así de *lege lata*), también debería ser antijurídica. Hasta aquí, coincide con la definición clásica que se ha utilizado para las personas físicas.

El mayor problema, coincidiendo con los principales debates doctrinales actuales, como se ha ido viendo a lo largo de la presente investigación, reside en la culpabilidad. En general, y partiendo de la base de todas las consideraciones hechas hasta ahora, negamos que la culpabilidad deba ser un elemento esencial del delito para una persona jurídica.

Como apunta SILVA SÁNCHEZ, esta cuestión es compleja, entre otros motivos, porque el legislador no ha dado ningún concepto de lo que es la culpabilidad, por lo que no podemos estar completamente seguros de cuáles son sus elementos definidores. En el ámbito concreto de las personas jurídicas, este autor señala, como hemos visto *supra*, que los defensores de la autorresponsabilidad consideran que la culpabilidad de la organización yace en el defecto organizativo de no contar con la autorregulación pertinente, en la cultura corporativa generadora de dicha ausencia o en cuestiones de

perfil similar, si bien, en su opinión, ninguna de estas opciones puede considerarse del todo acertada¹³⁴. SILVA señala que la búsqueda de la culpabilidad de una persona jurídica debería partir de la constatación de que se hubiera podido organizar de otra forma, si bien crítica, con razón, que “*la imagen antropológica es tan fuerte que resulta discutible la propiedad de aplicarla a personas jurídicas*”¹³⁵.

Por su parte, un sector doctrinal (de entre los que podemos citar, a modo de ejemplo representativo, a MIR PUIG) defiende, directamente, que las personas jurídicas no son capaces de culpabilidad. Este mismo autor, no obstante, propone la posibilidad de que la culpabilidad de la persona jurídica no sea el objeto de búsqueda más adecuado: en su opinión, dado que una persona jurídica carece de esta capacidad, no se requiere una actuación por parte de un organismo de la persona jurídica que aporte una culpabilidad personal imputable a la misma, ni tampoco es necesario el criterio, propio del Derecho privado, de representación de una organización para que se le impute el comportamiento de una persona física que actúe en su beneficio¹³⁶. Destaca también que este mismo autor opina que “[n]o es necesario sustituir el criterio de culpabilidad humana por el de alguna forma de “culpabilidad” de entes no humanos como son las personas jurídicas”, puesto que esto sólo sería indispensable si el CP requiriese que las personas jurídicas cometiesen los delitos por los que se las sanciona¹³⁷. Más adelante volveremos sobre esta idea.

Un punto de vista distinto, que compartimos en su mayor parte, lo ofrece GÓMEZ-JARA. En el Capítulo II ya se ha visto como este autor es uno de los principales representantes de la corriente doctrinal conforme a la cual la culpabilidad de una persona jurídica yace en el hecho de que cuente o no con las medidas de prevención y gestión necesarias para evitar la comisión de hechos delictivos en una organización que materialice la ausencia de un defecto organizativo (ya le demos la denominación de un PCN u otro instrumento de similares efectos). Más en concreto, GÓMEZ-JARA considera, al igual que MIR PUIG y la doctrina prácticamente unánime, que para las personas jurídicas, al igual que para las físicas, no puede haber pena sin culpabilidad. La cuestión es que, mientras MIR utiliza

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 28 s.

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El contexto del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008”, CPJML, nº 6 (2009), p. 30.

¹³⁶ MIR PUIG, S., RECPC 6-1 (2004), p. 13.

¹³⁷ MIR PUIG, S., “Las nuevas “penas” para las personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., p. 5.

este argumento para considerar que las “penas” impuestas a las organizaciones solamente pueden serlo si tenemos en cuenta un sentido “amplio” de esta expresión similar al que utiliza el TEDH¹³⁸, GÓMEZ-JARA reformula el concepto de culpabilidad, adaptándolo al funcionamiento de una entidad colectiva y, por ello, valorando que la misma reside en los defectos organizativos que permitan (o, al menos, faciliten) la comisión de un determinado delito por el que la persona jurídica, dadas las circunstancias concretas del hecho, pueda recibir responsabilidad penal¹³⁹.

En un sentido similar se pronuncia FEIJOO SÁNCHEZ, quien expone que, en el fondo, los distintos modelos de imputación de un delito a una persona jurídica se pueden resumir en dos. El primero se basa en el hecho de conexión: de forma similar a las reflexiones que hemos visto al considerar la antijuridicidad, en este caso basta con que se constate la comisión de un hecho típico y antijurídico por parte de una persona física que actúa en nombre y representación de la jurídica para que se le pueda imputar un delito también a esta. El segundo, más garantista, se basa en la culpabilidad por defecto de organización, de tal modo que se estima que una entidad colectiva tendrá responsabilidad penal si, por su estructura y funcionamiento, se ha podido utilizar por parte de una persona física que la integre para cometer el delito de que se trate. Este segundo modelo tiene una modalidad aún más garantista para la persona jurídica, consistente en que la culpabilidad sí se base en un defecto organizativo, pero este haya de consistir en una ausencia de cultura empresarial de cumplimiento normativo (por lo que el delito se entiende como propio de la persona jurídica, así como su culpabilidad)¹⁴⁰.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹³⁹ GÓMEZ-JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005, pp. 53, 66.

¹⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Los requisitos del art. 31 bis 1”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado*, cit., pp. 84 ss. A nivel jurisprudencial, si bien el TS no ha hecho todavía un pronunciamiento suficientemente detallado que aclare esta cuestión (a falta de una previsión legal que, teniendo en cuenta la experiencia con el Derecho penal de las personas físicas, consideramos improbable que se dé jamás). Sin embargo, sí vemos algunos pronunciamientos que se han referido, tímidamente, a esta cuestión, dando la razón al sector doctrinal que se basa en el segundo modelo que expone FEIJOO. Un ejemplo lo podemos ver en la ya citada STS 221/216, de 16 de marzo, FJ 5, que indica que “sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”. Citando este fragmento, la SAP Barcelona 701/2018, 16 noviembre, FJ 10, añade que “[l]a culpabilidad de la persona jurídica, consecuentemente, posee un fundamento corporativo, vinculado al de las personas físicas, pero independiente, que posee como justificación la ausencia en el contexto social de estructuras preventivas propias, así como el cumplimiento del resto de exigencias contempladas en el art. 31 bis”.

No obstante, a nivel personal, discrepamos de estas posturas, si bien compartimos su fundamento. Es innegable, tal como hemos apuntado *supra*, que una persona jurídica “sin defectos organizativos” (en este contexto) muestra una voluntad de evitar la comisión de cualquier tipo de ilícito que podemos achacar, en cierto modo, a la misma, si la consideramos como un organismo autopoiético. Esto no es lo mismo que afirmar que una persona jurídica posea voluntad propia, por supuesto, pero sí admitimos que este argumento tiene, al menos, buena parte de razón.

La clave, en nuestra opinión, está en el concepto de “culpabilidad”, que, en general, se puede entender de dos formas: desde una visión psicológica o desde una visión normativa¹⁴¹. En cuanto a la primera, centrada en la visión interna del hecho, consideramos que no tiene sentido atribuirle a una persona jurídica, puesto que esta, como hemos venido indicando, carece de una psique propia que permita apreciar ninguna causalidad psíquica en una acción que se le pueda imputar, sea cual sea la interpretación que demos a esta atribución de la acción. La segunda, empero, nos genera más dudas, puesto que, si entendemos la culpabilidad como un “*reproche por la realización del hecho antijurídico cuando era exigible obrar conforme al Derecho*”¹⁴², la interpretación que hagamos de la imputabilidad de la acción a la persona jurídica será la clave para determinar o no su capacidad de culpabilidad.

Para esto, nos remitimos a nuestra consideración acerca de la valoración de la acción para una persona jurídica. Hemos aceptado que éstas tengan capacidad de acción jurídica, pero no física, puesto que esta “vertiente física” la ejercerá siempre un ser humano. Pues bien, como hemos dicho, no es lo mismo que una persona actúe y haga algo a que una persona física actúe en nombre y representación de otra (una persona jurídica de la que dicha persona física es parte integrante) y haga algo dada dicha representación. Si bien jurídicamente entendemos que la acción en sí sería imputable a la persona jurídica (del mismo modo que sucede en las demás ramas del ordenamiento, en las que la actuación de una persona jurídica no se cuestiona), la ejecución de dicha acción no lo es, dada su incapacidad física de actuar, y a nuestro entender, la vertiente de concepción normativa de la culpabilidad no se ha de centrar en el resultado de la acción, sino en su ejecución. Si valoramos la culpabilidad como la posibilidad de obrar de otro modo, quien en realidad ha decidido obrar es la persona física, con

¹⁴¹ Para una explicación general de estas categorías, ver MIR PUIG, S., *PG*, pp. 545 ss.

¹⁴² *Ibidem*, p. 547.

independencia de que la acción la ejecute en nombre y representación de una persona jurídica, con o sin beneficio para ésta, y con independencia de si cumplía órdenes de un superior o no. Por tanto, esta concepción de culpabilidad tampoco nos parece predicable de una persona jurídica, sino sólo de una persona física.

Esto nos deja en la encrucijada de que ninguna concepción de la culpabilidad nos parece apta para una persona jurídica (tal como, por otro lado, defiende el amplio sector doctrinal que se muestra partidario de la heterorresponsabilidad en esta materia¹⁴³). De hecho, estamos de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que la supuesta culpabilidad propia de una persona jurídica que se observase en base a determinados elementos no sería sino una “*cuasi-culpabilidad*”, y no una culpabilidad en sentido estricto¹⁴⁴. Queda preguntarse, por tanto, si es verdaderamente necesario pensar en la culpabilidad de una persona jurídica o si, al no ser predicable de ella, es un elemento del que debemos prescindir a la hora de valorar si se le puede condenar o no por un determinado delito.

En este sentido, traemos a colación lo dicho por MIR PUIG *supra*, cuando afirmaba que no es necesario encontrar una culpabilidad personal imputable a una persona jurídica¹⁴⁵, si bien no compartimos que ello se deba a que el delito no derive de un comportamiento propio de la persona jurídica: en nuestra opinión, no porque sea un elemento esencial del delito para una persona física debería serlo también para una jurídica, puesto que son entidades de naturaleza jurídica distinta que, por el principio de igualdad, requieren de un tratamiento diferente. Encontramos, pues, lógico (siempre de *lege ferenda*) que la culpabilidad no sea un elemento que forme parte del concepto de delito para una persona jurídica: en efecto, afirmar que, en virtud del art. 5 CP, no puede haber responsabilidad penal de una persona jurídica sin culpabilidad, implica analizar esta cuestión desde la óptica de la responsabilidad penal de las personas físicas, lo que,

¹⁴³ Si bien sería reiterativo citar a los distintos autores que forman esta corriente doctrinal, véase un resumen de este postulado, representativo de dicha corriente, en GÓMEZ MARTÍN, V., “Falsa alarma. *Societas delinquere non potest*”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 220 ss.; ROBLES PLANAS, R., *Diario La Ley* 7705 (2011).

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 28 s.

¹⁴⁵ MIR PUIG, S., *RECPC* 6-1 (2004), p. 13.

consideramos, no es lo más pertinente, puesto que una diferente naturaleza jurídica de ambos tipos de persona justifica un tratamiento de política criminal diferenciado¹⁴⁶.

Ello no implica, como se verá *infra*, que no debamos tener en cuenta los defectos organizativos, cualquiera que sea el modo en que se materialice la forma que tiene la organización de suplirlos. Simplemente, consideramos que forzar una interpretación del concepto de culpabilidad, o incluso negar que existe una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas por la ausencia de la misma, parte de un concepto de delito propio de una persona física que, como hemos reiterado, no tiene por qué ser el mismo que el que rija para una persona jurídica.

d) Recapitulación parcial

Tras este análisis, podemos ver que el legislador ha prescindido de la consideración de la antijuridicidad y de la culpabilidad (al menos, en los sentidos tradicionales de la misma) en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y se ha centrado en la tipicidad. Ello puede interpretarse, y así lo hacemos, como el establecimiento de unos principios legales y de política criminal diferentes de los utilizados para las personas físicas. Sin embargo, antes de dar un concepto de delito para las personas jurídicas debemos recordar lo que establece, de *lege lata*, el art. 31 bis CP. Si bien hemos hecho un análisis del mismo y de sus elementos en el Capítulo II de la presente investigación, procede recordar que el CP indica que se condenará a la persona jurídica si una persona física que la integre, con independencia de su posición jerárquica y/u orgánica, comete un delito por el que esté prevista su responsabilidad penal siempre que actúe en su nombre y representación, y para su beneficio directo o indirecto, y que la persona jurídica adolezca de un defecto organizativo. Estos cuatro requisitos se han de dar cumulativamente, de tal forma que, faltando uno de ellos, la persona jurídica estará exenta de toda responsabilidad penal. En consecuencia, unido esto a las consideraciones

¹⁴⁶ De hecho, esta conclusión sigue la lógica de BAJO FERNÁNDEZ, M., “Prólogo”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p.9, cuando afirma que el Derecho penal de las personas jurídicas debería crearse de tal forma que “*opere sin culpabilidad*”.

En un sentido similar, MIR PUIG, S., *PG*, cit, pp. 209 s., sostiene que, en tanto que quien llevará a cabo la actuación será, necesariamente, una persona física, la consideración de “pena” a las sanciones que se pueden imponer a una persona jurídica supone una infracción del principio de personalidad (a la sazón, uno de los pilares del principio de culpabilidad). Para solucionar esta aparente contradicción, este autor interpreta que las penas para personas jurídicas no suponen en mismo reproche personal que las penas para las personas físicas, aunque tengan carácter punitivo. En este sentido, este autor compara la “culpabilidad” que subyace detrás de estas penas con la culpabilidad propia de los ilícitos administrativos e incluso los civiles, que también tienen ese carácter aunque carezcan del reproche personal de las penas que se imponen a las personas físicas.

anteriores, podemos concluir que, para una persona jurídica, un delito es *una acción u omisión típica*¹⁴⁷ *ejecutada por una persona*¹⁴⁸ *que la integre y que, en el momento de la comisión, actúe en su nombre y representación, y en su beneficio directo o indirecto, siempre que dicha acción u omisión se haya visto facilitada o permitida por un defecto organizativo de la persona jurídica.*

Por tanto, los elementos esenciales de este delito, que acompañen a la acción u omisión, son los siguientes: tipicidad, (antijuridicidad, de *lege ferenda*), representatividad, beneficio, ausencia de defecto organizativo y punibilidad. Desgranando estos elementos, podemos hacer las distintas observaciones. Para empezar, los conceptos de acción, omisión, tipicidad, punibilidad y, en su caso, antijuridicidad son los mismos que se consideran para una persona física, con el único matiz de que la capacidad de acción debe entenderse exclusivamente como capacidad jurídica, no física. Además, el elemento de la “representatividad” implica que la persona responsable de la acción forme parte integrante de la persona jurídica cuya responsabilidad penal se predica, actuando, en ese momento, en su nombre y representación¹⁴⁹.

Por su parte, el elemento del “beneficio” deriva del anterior, puesto que la actuación de esa persona ha de ser *en* beneficio de la jurídica (con los límites e implicaciones señaladas en el Capítulo II). No obstante, es más beneficioso para la persona jurídica considerar que el beneficio sea un elemento tendencial aparte de la “representatividad”, puesto que, si estuviera integrado en ella, para su apreciación bastaría que la persona actuase con la intención de beneficiar a la persona jurídica (lo que sería un elemento subjetivo), mientras que si se valora el beneficio como un elemento en sí mismo se requiere una actuación probatoria por parte de la acusación, mucho más contrastable, que se debería centrar, siguiendo la doctrina del TS, en lo que realmente se ha obtenido o se tenía una expectativa razonable de obtener, y no en la mera intención de obtenerlo.

¹⁴⁷ De *lege ferenda* consideramos que también debería ser antijurídica.

¹⁴⁸ Sería contraproducente especificar si ésta persona es física o jurídica puesto que, si bien en muchos casos será física, pudiera darse el caso de un hecho cometido por una persona jurídica que integre a otra. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona jurídica que sea la administradora de otra.

¹⁴⁹ Véase una opinión similar, más desarrollada, en FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed. Ed. Civitas. Cizur Menor, 2016, pp. 118 ss. Este autor destaca que la relación no necesariamente ha de ser laboral (pudiéndose incluso dar el caso de que alguien actuase representando a la persona jurídica sin tener contrato alguno con ella). No obstante, FEIJOO sugiere que si la conducta la ejerce un empleado de una persona jurídica (de corte empresarial, se entiende) que está trabajando para otra persona jurídica por haber una subcontratación, esta segunda persona jurídica no debería recibir responsabilidad penal alguna por sus hechos, por no existir el hecho de conexión necesario.

Además, otro argumento para considerar su diferenciación con el elemento de la representatividad es que el propio CP, de *lege lata*, los separa, por lo que podemos interpretar que la intención del legislador es añadir un requisito más para entender que una persona jurídica incurra completamente en responsabilidad.

Finalmente, encontramos artificioso hablar de “culpabilidad”, si bien es imprescindible valorar el posible defecto organizativo, puesto que, por lo que se ha indicado *supra*, es el elemento que determina que la persona jurídica haya hecho todo lo que estaba a su alcance para prevenir el delito, haya tenido éxito o no. Coincidimos con FEJOO en que, constatada la comisión de un delito, no debe presumirse que ha habido un defecto de organización¹⁵⁰, si bien insistimos en el limitado poder que tiene una organización para evitar comportamientos inadecuados, lo que implica que deba valorarse, en opinión propia, que los elementos con los que se cuente para ello sean, a priori, suficientes según la información de la que razonablemente se disponía cuando se idearon (siguiendo la teoría del pronóstico tardío).

No obstante, antes de proponer una redacción alternativa que contemple todos estos elementos, procede repasar, siquiera a modo descriptivo, la situación en el derecho comparado, a fin y efecto de extraer elementos potencialmente aplicables a nuestro ordenamiento que permitiesen una mejora global del sistema.

4.1.4. Estado de la cuestión en derecho comparado

Tras haber repasado las principales cuestiones acerca de la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica y la importancia verdadera de los defectos organizativos, procede revisar el estado de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en otros Estados, a fin y efecto de poder hacer una comparativa entre sistemas y determinar si alguna de las diferencias puede aportar alguna idea de mejora en la regulación que da el CP español. No obstante, previamente a ello debemos tener en cuenta una cautela: no tendría sentido adoptar elementos, por operativos o útiles que fueran, de ordenamientos extranjeros cuya estructura económica y cuyo tejido empresarial fuesen sustancialmente diferentes al español, puesto que su adaptación a nuestra economía sería, cuanto menos, distinta a la implementación de la que gozan en sus sistemas de origen.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 127.

En este sentido, si bien hacer un estudio en profundidad de sistemas económicos comparados excedería el objeto de esta investigación, sí procede tener en cuenta los elementos descriptivos de la economía española que se han visto en el Capítulo I y compararlos brevemente con otras economías, cuya semejanza determinará la razonabilidad o no de comparar el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas. En concreto, los elementos que, a los efectos que nos interesan, tienen más relevancia son los siguientes: bienestar global (valorado por el PIB), tamaño de las empresas, importancia de la inversión extranjera (puesto que muestra la confianza de los mercados extranjeros en un sistema económico concreto), tasa de desempleo e importancia relativa de los distintos sectores económicos (en particular, del secundario, por ser el más productivo).

a) Breve mención de los sistemas económicos comparados

Intuitivamente, podemos partir de la base de que los modelos jurídicos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que más nos interesaría comparar con el español son los de las economías europeas y, dentro de estas, las de los países más cercanos al nuestro, con una mayor similitud en su tradición jurídica. Por ello, dada la influencia en la española de las tradiciones jurídicas romana y germana, compararemos la economía española con la alemana, la francesa, la portuguesa, la italiana y la de la Unión Económica Benelux. Al centrarnos, pues, en Estados europeos, vemos como todos ellos, en la actualidad, presentan una economía de corte capitalista, lo que implica que, necesariamente, se ven abocados a combinar ciclos económicos expansivos y recesivos que se van alternando cada cierto tiempo. También son todas ellas economías desarrolladas, por lo que la importancia relativa del sector terciario, aunque bastante variable, es muy elevada¹⁵¹.

La economía, sin duda, más potente de Europa es la alemana, que cuenta con el mayor número de grandes empresas internacionales del continente y es el mayor exportador; a pesar de ello, tal como sucede en España, las pequeñas empresas ocupan la práctica totalidad del tejido empresarial. De hecho, la media de trabajadores por empresa es de

¹⁵¹ Agradezco a la Dra. Marta ARESA CASTELLÓ, profesora lectora del Departamento de Teoría Económica de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Barcelona, que me facilitara los enlaces a las bases de datos macroeconómicas que se citan.

aproximadamente 12, mientras que en España ronda los 4,5¹⁵². No obstante, el peso de las medianas empresas en la economía alemana es de más de tres veces el que tienen en España¹⁵³. En este sentido, cabe decir que el porcentaje de microempresas en España es muy superior al de Alemania, si bien en este país se más que triplican las pequeñas empresas en relación con España, y se cuasi cuadruplican las grandes (a pesar de que, en porcentaje, las cantidades sean engañosamente similares)¹⁵⁴.

En la actualidad, el nivel total de inversión extranjera directa que recibe es de los más bajos de Europa, a un nivel sensiblemente superior al de España¹⁵⁵. No obstante, una de las principales diferencias la encontramos en el nivel de paro: así como en España tenemos, como se ha visto, una economía sobreendeudada con sus propios trabajadores que presenta niveles de desempleo que superan el 15%, en Alemania este porcentaje oscila entre el 3,1-4,2%¹⁵⁶. Si bien a los efectos que nos importan en el presente apartado no es un dato particularmente relevante (aunque sí debe tenerse en cuenta), más adelante resultará esencial, por lo que volveremos sobre él.

Otra diferencia importante entre nuestra economía y la alemana es la distinta importancia del sector industrial: mientras que en España es un sector altamente productivo pero con una presencia relativamente escasa, en Alemania es uno de los más potenciados, constituyendo uno de los principales pilares de su economía (en concreto, un 23% del PIB de 2016)¹⁵⁷.

Un caso distinto, más similar el español, lo encontramos en la segunda mayor potencia económica de Europa: Francia. En este país también abundan las microempresas y las empresas de menos de 50 trabajadores, tal como sucede en España (de hecho, la participación de las PYMES en el total de la economía es muy similar a la que hay en nuestro país). En este caso, el número medio de trabajadores por empresa es cercano a 5, mucho más cerca del caso español que del alemán¹⁵⁸. El reparto entre empresas

¹⁵² PRIETO, J. (Dir.), *La empresa mediana española. Informe anual 2018* (en línea, <https://circulodeempresarios.org/>, consultada el 13 de agosto de 2020), p. 11.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ <https://data.oecd.org/>, consultada el 13 de agosto de 2020.

¹⁵⁶ http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=une_rt_m&lang=en, consultada el 13 de agosto de 2020.

¹⁵⁷ BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE (Ed.), *Annual Economic Report 2018* (en línea, <https://www.bmwi.de/>, consultado el 13 de agosto de 2020), p. 8.

¹⁵⁸ PRIETO, J. (Dir.), *La empresa mediana española. Informe anual 2018* (en línea, <https://circulodeempresarios.org/>, consultada el 13 de agosto de 2020), p. 12.

grandes, medianas, pequeñas y microempresas en el país galo es bastante similar al de España, con un porcentaje ligeramente superior de empresas medianas y grandes y algo inferior de empresas pequeñas y microempresas¹⁵⁹.

El nivel de inversión extranjera que recibe Francia no es excesivamente alto en comparación con otros Estados europeos (de hecho, se sitúa por debajo de la media, aunque es el único de los aquí mencionados que supera la media de los países que componen la OCDE), si bien es sustancialmente superior al de Alemania y España¹⁶⁰. El nivel de desempleo, si bien no es tan bajo como el alemán, también dista bastante del español, situándose entre el 7,7-8,4%¹⁶¹.

Otra diferencia entre Francia y España es la importancia relativa de los distintos sectores de la economía. En particular, llama la atención la diferencia con el sector primario francés que, si bien aporta únicamente el 2% del PIB total, supone el 19% de la producción europea, ubicándolo como un sector estratégico y de gran importancia económica (a diferencia de lo que sucede en España). El sector secundario también es relativamente importante, puesto que Francia es la cuarta potencia industrial del mundo, Pero sin embargo, de nuevo nos encontramos con que el sector terciario ocupa la mayor parte de la economía francesa, al igual que sucede en España; en concreto, en el caso francés, representa aproximadamente un 75-80% de su PIB total¹⁶².

Otro ejemplo con el que comparar nuestra economía lo encontramos en Portugal. A diferencia de los dos anteriores, este país tiene una economía mucho más empobrecida y poco productiva. El número medio de trabajadores por empresa ronda, aproximadamente, los 4, acercándose a la economía española, en este sentido, de una forma similar a la francesa, aunque por el lado opuesto. Portugal tiene un reparto similar a España de empresas según su tamaño, abundando más las microempresas y las medianas y siendo algo menor el número de pequeñas y grandes empresas (contando

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ <https://data.oecd.org/fdi/fdi-stocks.htm>, consultada el 13 de agosto de 2020.

¹⁶¹ http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=une_rt_m&lang=en, consultada el 13 de agosto de 2020.

¹⁶² OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA EN PARÍS, *Informe económico y comercial. Francia* (2019) (en línea, <http://www.comercio.gob.es/>, consultada el 22 de abril de 2019), pp. 9 ss.

estas últimas, además, con un número medio de trabajadores sustancialmente inferior al de las grandes empresas españolas)¹⁶³.

La inversión extranjera que recibe Portugal es de las más bajas de Europa, siendo muy inferior a la española (de hecho, es de aproximadamente la mitad), la alemana y, sobre todo, la francesa¹⁶⁴. En cuanto a su desempleo, la tasa no es tan grande como cabría esperar: de hecho, los datos de EUROSTAT muestran cómo oscila, aproximadamente, entre el 6-7%, situándose entre Francia y Alemania, muy por debajo del nivel español¹⁶⁵.

En cuanto a la importancia relativa de los distintos sectores económicos, vemos una importante semejanza entre la economía portuguesa y la española: la importancia del sector turístico; de hecho, lo cierto es que en la actualidad existe un plan estratégico para potenciarlo. Por lo demás, la importancia relativa de los demás sectores es similar a la española: presencia decreciente del sector primario, deslocalización de fábricas textiles y, en general, auge de la importancia relativa del sector terciario, que es el más relevante¹⁶⁶.

El siguiente sistema económico que comparamos con el español es el italiano. De hecho, adelantándonos a las conclusiones de este análisis, Italia es el sistema económico más parecido al español que hay en Europa, lo que justifica, en cierto modo, que el prelegislador español de 2013 tuviera tan en cuenta sus parámetros de responsabilidad penal de personas jurídicas para elaborar la nueva regulación que se estaba proyectando en aquel momento. Al igual que sucede en Portugal, el número medio de trabajadores por empresa se aproxima a los 4. La distribución de empresas por tamaños es idéntica a la española, con la característica que las de menos de 50 trabajadores tienen una representación relativa ligeramente mayor y las de más de esta cantidad, sensiblemente menor (sobre todo en lo relativo a las grandes empresas, que, además, tienen un número medio de trabajadores inferior al de las españolas)¹⁶⁷.

¹⁶³ PRIETO, J. (Dir.), *La empresa mediana española. Informe anual 2018* (en línea, <https://circulodeempresarios.org/>, consultada el 13 de agosto de 2020), p. 11.

¹⁶⁴ <https://data.oecd.org/fdi/fdi-stocks.htm>, consultada el 13 de agosto de 2020.

¹⁶⁵ http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=une_rt_m&lang=en, consultada el 22 de abril de 2019.

¹⁶⁶ OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA EN LISBOA, *Informe económico y comercial. Portugal* (2019) (en línea, <http://www.comercio.gob.es/>, consultada el 22 de abril de 2019), pp. 5 ss.

¹⁶⁷ PRIETO, J. (Dir.), *La empresa mediana española. Informe anual 2018* (en línea, <https://circulodeempresarios.org/>, consultada el 13 de agosto de 2020), p. 11.

En lo tocante a la inversión extranjera recibida, la economía italiana recibe más que la portuguesa, aunque menos que la española¹⁶⁸. Por su parte, la tasa de paro es desafortunadamente elevada: si bien no alcanza a la española, es la que más se acerca en toda la OCDE, ubicándose, de forma aproximada, en la línea del 9-10%¹⁶⁹.

En cuanto a la importancia relativa de los diferentes sectores económicos, las tres cuartas partes de la economía italiana derivan del sector terciario. El sector primario supone menos del 2,5% del PIB, concentrándose, fundamentalmente, en el sur del país (al igual que sucede en España, con notables excepciones en Castilla y León y el oeste y noreste de Cataluña). Por su parte, el sector secundario tiene una importancia de algo menos de la cuarta parte del total, y se agrupa, sobre todo, en el norte del país, destacándose, en los últimos años, el auge de la industria transformadora y la disminución de la construcción¹⁷⁰. Vemos, pues, como la distribución es bastante similar a la que presenta la economía española, como se vio en el Capítulo I.

Repasemos, por último, la economía de la Unión Económica Benelux, esto es, la formada por los Estados de Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Si bien se trata de tres Estados independientes entre sí, razones históricas y económicas les han llevado a crear una Unión que abarca no únicamente cuestiones financieras, sino también políticas y jurídicas. Si bien existen notables excepciones (particularmente, en el sector de la distribución), las tres economías se caracterizan por un predominio de las microempresas (que, en el caso de Luxemburgo, supera en muchos casos el 85% del total), siendo particularmente escasas las grandes compañías¹⁷¹.

En cuanto a la inversión internacional, Luxemburgo y Holanda son, respectivamente, los países de la Unión Europea y de todo el conjunto de países que conforma la OCDE que más inversión extranjera recibe. Bélgica ocupa la quinta posición, justo por detrás de Suiza y de Irlanda. Por tanto, la Unión Económica Benelux se diferencia

¹⁶⁸ <https://data.oecd.org/fdi/fdi-stocks.htm>, consultada el 13 de agosto de 2020.

¹⁶⁹ <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>, consultada el 13 de agosto de 2020.

¹⁷⁰ OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA EN ROMA, *Informe económico y comercial. Italia* (2019) (en línea, <http://www.comercio.gob.es/>, consultada el 22 de abril de 2019), pp. 7 ss.

¹⁷¹

https://statistiques.public.lu/stat/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=13300&IF_Language=eng&MainTheme=4&FldrName=1&RFPPath=10835%2c13845;

<https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/en/dataset/81156eng/table?ts=1555951992275>,

<https://bestat.statbel.fgov.be/bestat/crosstable.xhtml?datasource=94ecc518-2e49-402f-beb9-f8224c747b60>, consultadas el 22 de abril de 2019.

sustancialmente de la economía española en este punto¹⁷². En cuanto a la tasa de paro, tanto en Luxemburgo como en Bélgica oscila entre el 5-6%, aproximadamente, y en Holanda desciende hasta el 3,3%. Unas proporciones, por tanto, muy lejanas a las que encontramos en España¹⁷³.

En cuanto al tejido empresarial de esta zona, el sector primario tiene una representación ínfima sobre el PIB global, representando menos del 1% en Bélgica y Luxemburgo, aunque superando el 4% de Holanda. El sector secundario ocupa aproximadamente una quinta parte de la producción, salvo en Luxemburgo, que ronda el 15% del total. Son economías, por tanto, en las que domina el sector terciario, aunque con un peso diferente: si bien en Bélgica supone algo menos del 70%, en Holanda supera, aunque por poco, el 80%, quedándose Luxemburgo a medio camino de ambas con un 76%, aproximadamente.

No obstante, la principal diferencia entre estas economías y la española no estriba tanto en estas características descriptivas generales, sino en el hecho de que la política fiscal imperante haga que ciertas empresas trasladen sus sedes sociales y fiscales allí. El caso más claro es el de Luxemburgo: si bien no se lo considera “paraíso fiscal”, lo cierto es que su política hace que, en la práctica, sean habituales las creaciones de empresas temporales, algunas de ellas sin más trabajadores que el administrador, diseñadas a fin y efecto de llevar a cabo operaciones financieras más o menos puntuales. Este tipo de empresas, popularmente llamadas “Luxco” (como apócope de *Luxembourg corporation*), distorsionan el mapa empresarial de este país y su tejido económico y productivo¹⁷⁴.

En consecuencia, de la rápida comparación entre estos sistemas económicos y el español, podemos decir que, de los países que, intuitivamente, considerábamos como más relevantes para desarrollar un ejercicio de Derecho comparado, únicamente interesa comparar nuestro sistema con los de Francia, Portugal, Italia y, en menor medida (por apreciarse diferencias más notorias), Alemania. Descartamos la comparativa con la Unión Económica Benelux, por presentar demasiadas diferencias con la economía española.

¹⁷² <https://data.oecd.org/fdi/fdi-stocks.htm>, consultada el 22 de abril de 2019.

¹⁷³ <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>, consultada el 22 de abril de 2019.

¹⁷⁴ Para mayor profundización en este concepto, véase VAN WEEGHEL, S., *The improper use of Tax Treaties*. Ed. Kluwer Law International. Londres, 1998, en especial p. 124.

b) La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho comparado. Algunos ejemplos

Tras haber repasado en el subepígrafe anterior las características económicas principales de una selección de Estados que, a priori, podían parecer relevantes a la hora de comparar los sistemas jurídicos de responsabilidad penal de personas jurídicas, procedemos a repasar los cuatro más similares.

b.1. Francia

En el país vecino se estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del CP de 1993¹⁷⁵. Su modelo, no muy diferente al español, es prácticamente idéntico al de otros países, como Finlandia, Dinamarca o Bélgica¹⁷⁶.

Tal como anuncia POELEMANS, si bien cuando se introdujo únicamente se hacía referencia a los grupos de derecho privado, se acabó por contemplar también la posible responsabilidad penal de personas jurídicas de derecho público. Así, el art. 121-2 de esta norma positiviza la responsabilidad penal de las personas jurídicas por aquellas infracciones que cometan, por su cuenta, sus órganos o representantes, excluyéndose expresamente de esta regulación al Estado y limitando la responsabilidad penal de los entes territoriales y sus agrupaciones a aquellas infracciones que hubieran tenido lugar en el ejercicio de las actividades que pudieran ser objeto de convenios de delegación de servicio público¹⁷⁷.

En general, el ordenamiento jurídico francés considera que se puede imputar a una persona jurídica por los hechos ilícitos cometidos por un órgano o un representante de la persona jurídica, y por su cuenta; en este sentido, el concepto de “órgano” se puede definir como “*la persona o la colectividad que ejerce, en virtud de la ley, todo o parte de los poderes de administración, de gestión o de dirección de una persona jurídica*”¹⁷⁸. Por tanto, se puede afirmar que junto a la responsabilidad penal de la persona jurídica

¹⁷⁵ DÍAZ GÓMEZ, A., “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, RECPC 13-08 (2011) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 24 de abril de 2019), p. 2.

¹⁷⁶ VELASCO NÚÑEZ, E., Diario La Ley, nº 7883 (2012).

¹⁷⁷ POELEMANS, M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés”, Eguzkilore, nº 28 (2014) (en línea, <https://www.ehu.eus/>, consultada el 24 de abril de 2019), pp. 113 ss.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

coexiste la responsabilidad penal de sus directivos¹⁷⁹. Aquí encontramos, pues, una diferencia importante con el sistema español: en Francia no se puede imputar a una persona jurídica por los hechos ilícitos cometidos por los subordinados.

En cuanto a las penas aplicables, el sistema francés es similar al español: se prevé la posibilidad de imponer la pena de multa, si bien con un máximo del quíntuplo de lo previsto para las personas físicas por la ley que castigue la infracción (art. 131-38 CP francés), más otras penas, que se podrán interponer cuando así se tipifique expresamente. Estas otras sanciones, recogidas en el art. 131-39 de la mencionada norma, consisten en las mismas que recoge el CP español más las siguientes: colocar a la entidad bajo vigilancia judicial, prohibir que hagan llamamiento público al ahorro, prohibir que emitan cheques, decomisar los instrumentos con los que se haya cometido la infracción (o con los que se hubiera cometido, en caso de no haberse llegado a producir), y la publicación de la resolución sancionadora adoptada. En opinión propia, es loable que en el caso galo se indique delito por delito qué pena se impondrá y bajo qué circunstancias, en vez de dejarlo al arbitrio del juez, como sucede en España, puesto que ello supone una mayor seguridad jurídica.

Sin embargo, lo que consideramos que resulta una diferencia más notoria es que en Francia no se haya establecido ninguna circunstancia que evite sanción a la persona jurídica por tener un PCN (u otro conjunto de medidas análogo). De hecho, la única eximente que se puede llegar a aplicar a una persona jurídica es la de demostrar que su representante no estaba actuando por cuenta de la sociedad¹⁸⁰. A pesar de ello, como se ha comentado *supra*, la Ley “Sapin II” obliga a las empresas multinacionales que tengan más de 500 trabajadores a implementar un sistema de estas características (aunque orientado, fundamentalmente, a los delitos de corrupción, tanto pública como privada). Podemos entender, pues, que el ordenamiento francés no considera que las acciones concretas de prevención de delitos sean particularmente meritorias, sino que constituyen el comportamiento mínimo exigible a una organización a la que, además, sancionará en caso de que las medidas impuestas no hayan sido suficientemente eficaces. Se trata, pues, a nuestro entender, de un sistema mucho más exigente que el nuestro y mucho

¹⁷⁹ CUADRADO RUIZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás?”, *RJCyL*, , nº 12 (2007) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 24 de abril de 2019), p. 129.

¹⁸⁰ DECKERT, K., “Corporate Criminal Liability in France”, en PIETH, M. / IVORY, R. (Eds.), *Corporate criminal liability: Emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. Dordrecht/Heidelberg/Londres/Nueva York, 2011, p. 175.

menos garantista para la persona jurídica, si bien entendemos que sea razonable, a nivel legislativo, una exigencia como esta, ya que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia se implantó mucho antes que en España.

b.2. Portugal

En el caso portugués, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo por primera vez en 1982, pero fue objeto de una reforma transversal en 2007 que, según la doctrina mayoritaria, supuso su auténtico desarrollo¹⁸¹.

Así, el actual art. 11.2 del CP portugués establece que las personas jurídicas y entidades equivalentes, con excepción del Estado, las personas jurídicas que ejerzan prerrogativas de autoridad pública y las organizaciones de Derecho internacional público, serán responsables de un catálogo cerrado de delitos, expresamente tipificado. De entre éstos, un subgrupo acotado de delitos podrá generar responsabilidad penal en la persona jurídica, siempre que se cometan en su nombre y en interés colectivo de las personas que ocupen un puesto directivo en el mismo, o bien que el autor material sea cualquier persona que actúe bajo la autoridad de dichos directivos por incumplimiento de su deber de vigilancia o control.

Vemos en este punto una similitud y una diferencia, ambas relevantes, respecto del ordenamiento español: por un lado, las personas por cuya actuación puede resultar imputada una persona jurídica son esencialmente las mismas que en España, si bien en ningún lugar se menciona que exista una circunstancia que exima a la persona jurídica de responsabilidad en caso de tener implantado un PCN. Es cierto que la referencia a los “deberes de vigilancia y control” también existe, pero no se menciona nada sobre “modelos de organización y gestión” ni ningún otro instrumento parecido, por lo que debemos entender que el cumplimiento de dichos deberes de vigilancia y control no goza de esta concepción. Eso sí, cabe no olvidar que la responsabilidad penal de estas entidades queda excluida si la persona física que haya cometido el hecho ha actuado en contra de las órdenes que expresamente haya recibido, siempre que éstas hayan sido emitidas correctamente (art. 11.6 CP portugués); por tanto, *a sensu contrario*, vemos que en Portugal también existe el requisito de la representatividad como uno de los elementos de la responsabilidad penal de una personas jurídica.

¹⁸¹ Ver, por todos, BRANDÃO, N. / JESUS, S., Eguzkilore, nº 28 (2014), pp 125-144.

Las sanciones, al igual que en Italia y en Alemania, son de carácter más bien administrativo y no penal¹⁸². En cuanto a estas, la más habitual es, una vez más, la multa (art. 90 CP portugués), si bien también se pueden imponer otras penas accesorias, concepto que incluye varios posibles castigos que oscilan desde la prohibición de contratar hasta la privación del derecho a obtener subvenciones o el cierre de los establecimientos. Sólo se aplican en los casos en los que la pena principal impuesta haya sido la multa¹⁸³.

Como diferencia que consideramos llamativa, en Portugal se considera que una persona jurídica tiene capacidad de acción y bastante discernimiento como para que se les pueda suponer una actuación “voluntaria”¹⁸⁴. Ello implica una importantísima diferencia con el régimen jurídico español, puesto que, en opinión propia, suponer una actuación voluntaria implica reconocer la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica. Por tanto, el régimen es claramente de autorresponsabilidad, como interpretamos que sucede en España, pero reconociendo la culpabilidad de la entidad sin necesidad de acudir a interpretaciones dogmáticas ni a valoraciones acerca de un defecto organizativo.

Finalmente, de conformidad con el art. 11.8 del CP luso, y al igual que indica el art. 130 CP español, la responsabilidad penal no se extingue en los casos de fusión, en cuyos supuestos será responsable la persona jurídica resultante.

b.3. Alemania

En este caso, a pesar de los paralelismos entre sistemas económico-empresariales, encontramos, de buen principio, una diferencia sustancial entre el sistema de responsabilidad de personas jurídicas alemán y español: en Alemania, la responsabilidad es completamente administrativa, sin que se pueda hablar de un verdadero régimen de responsabilidad penal. Esta posición deriva de los postulados doctrinales tradicionales de este país: ya en 1953, el 40º Congreso de Juristas alemanes recomendó no considerar que una persona jurídica pudiera incurrir en responsabilidad

¹⁸² ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, InDret 2/2016 (en línea, www.raco.cat, consultada el 24 de abril de 2019), p. 4.

¹⁸³ BRANDÃO, N. / JESUS, S., Eguzkilore, nº 28 (2014).

¹⁸⁴ *Ibidem*.

de tipo penal, puesto que ello resultaba incompatible con los parámetros de “culpabilidad” que se venían (y se vienen) utilizando¹⁸⁵.

En Alemania, la responsabilidad está enfocada más bien a entidades empresariales (excluyéndose, por tanto, la responsabilidad de administraciones públicas), y no a cualquier tipo de persona jurídica. De hecho, el CP alemán establece “*una responsabilidad contravencional de establecimientos y empresas*”, a las que se puede imponer una sanción de corte administrativo, como puede ser el comiso de los efectos e instrumentos, el de las ganancias o la obligación de pagar el sobreprecio. Además, existe también la posibilidad de interponer otras sanciones que también se consideran administrativas, como la prohibición de ejercer una industria u oficio o la disolución forzada y la consiguiente eliminación del Registro de Comercio¹⁸⁶. Encontramos una nueva discrepancia con el sistema español: en Alemania, la disolución de la sociedad (persona jurídica) tiene consideración de sanción administrativa, mientras que en España esta misma sanción también existe, pero tiene carácter de pena. El hecho de que un mismo hecho tenga dos consideraciones distintas según el país no sólo refleja una tradición jurídica (y una actualidad jurídica) distinta, sino que muestra un mayor garantismo del sistema español, máxime si tenemos en cuenta la severidad del sistema administrativo sancionador alemán¹⁸⁷. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

En cuanto a las personas físicas por cuyas acciones una empresa puede recibir responsabilidad, al igual que sucedía en el caso francés, el listado se centra en aquellos que ejercen algún tipo de potestad directiva en sentido amplio, incluyéndose a organismos con poder de representación, juntas directivas, socios con poder de representación, apoderados generales, mandatarios sin representación que ostenten cargos directivos, etc. Se pretende excluir la posibilidad de que se reciba responsabilidad por hechos cometidos por personas de menor nivel jerárquico, lo que también es una importante diferencia respecto del sistema español¹⁸⁸, si bien también se

¹⁸⁵ SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Themis*, nº 35 (1997) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 26 de abril de 2019), p. 138.

¹⁸⁶ LOUIS, J. / WASSMER, M.P., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Alemania” (trad. HERNÁNDEZ BASUALTO, H.), *RP*, nº 42 (2018) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 26 de abril de 2019), p. 203.

¹⁸⁷ BACIGALUPO SAGGESE, S. / LIZCANO ÁLVAREZ, J., *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Ed. Programa Eurosocietal. Madrid, 2013 (en línea, <http://sia.eurosocietal-ii.eu/>, consultada el 26 de abril de 2019), p. 46.

¹⁸⁸ LOUIS, J. / WASSMER, M.P., *RP*, nº 42 (2018). En idéntico sentido, véase la tesis doctoral de BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto de Derecho penal*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid (1997), p. 378.

puede interpretar como una semejanza, puesto que se materializa, en cierto modo, como una manifestación de la teoría de la identificación, aunque solamente en lo que a los altos mandos se refiere¹⁸⁹.

Sin embargo, un punto importante es la política criminal que yace detrás de este régimen, relativamente similar a la francesa: se sanciona a la empresa no por la infracción en sí, sino por la ausencia de un organismo (siquiera unipersonal) que se encargue de la prevención de infracciones¹⁹⁰. Paradójicamente, y, de nuevo, a diferencia de lo que sucede en España, en los casos en los que sí exista dicho organismo, como ya se ha visto en el Capítulo II, las personas físicas que lo componen sí pueden llegar a recibir responsabilidad penal personal por las infracciones que tengan la consideración de delito.

b.4. Italia

En este país, la responsabilidad penal de las personas jurídicas está regulada por el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio, que desarrolla el allí llamado “Derecho penal Comercial”¹⁹¹. Si bien nuestro art. 31 bis CP se inspira en esta norma¹⁹², lo primero que llama la atención es que en Italia se regula la responsabilidad de las entidades para las infracciones administrativas derivadas de delitos. En otras palabras, que, si bien son los tribunales penales los encargados de enjuiciar estos supuestos, las sanciones que reciben las personas jurídicas son de carácter administrativo y no penal. De ahí que una parte de la doctrina italiana haya definido esta situación como un “fraude de etiquetas”¹⁹³.

No obstante, esto no tiene por qué suponer una mayor laxitud en las consecuencias jurídicas de un delito, al contrario: sobre todo en los últimos tiempos, las sanciones

¹⁸⁹ En este sentido, véase la tesis doctoral de SALVÓ ILABEL, N., *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona (2014) (en línea, <https://www.tdx.cat/>, consultada el 27 de abril de 2019), p. 121.

¹⁹⁰ *Ibidem*

¹⁹¹ NIETO MARTÍN, A., “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, en NIETO MARTÍN, A. / DE LA MATA BARRANCO, N.J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Derecho penal*, cit., p. 46.

¹⁹² Esta idea es comúnmente compartida por gran parte de la doctrina, que interpreta, en algunos casos, que el CP español ha llegado a transcribir algunos preceptos del mencionado Decreto Legislativo 231/2001. Véase, por todos, PALMA HERRERA, J.M., “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances””, en AGUILERA GORDILLO, R. / PALMA HERRERA, J.M., *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2017, p. 56.

¹⁹³ Para un resumen de la discusión doctrinal que existe en esta materia, ver MARINUCCI, G., “Rivista italiana di diritto e procedura penale, n° 4 (2002), pp. 1192 ss.

administrativas interpuestas son económicamente tan gravosas que algunos sectores consideran que no complementan a las penales, sino que prácticamente las sustituyen, aspecto que viene enfatizado con el “*gran potencial estigmatizador*” con el que cuentan¹⁹⁴.

Encontramos el principal fundamento de la imputación en el art. 5 de este Decreto Legislativo, que indica que la entidad es responsable de los crímenes cometidos en su interés o para su provecho por dos clases de sujetos: por un lado, los representantes, directores o gerentes de la organización o de una de sus unidades organizativas dotadas de autonomía financiera y funcional; por otro, las personas sujetas a la dirección o supervisión de una de éstos. Tal como puede verse, el listado de personas es muy parecido al del CP español.

Encontramos otra similitud importante con nuestro ordenamiento en el hecho de que la individualización y/o la identificación de la persona física autora material del delito no es una condición necesaria para que se impute a una persona jurídica¹⁹⁵.

Sin embargo, el hecho que en opinión propia reviste la característica común más relevante es la existencia de PCN como eximente de las personas jurídicas que en su caso incurran en responsabilidad penal¹⁹⁶. Así, el art. 6 de este Decreto Legislativo establece, en su apartado primero, que la entidad no responderá penalmente de aquellos delitos cometidos por sus representantes, directores o gerentes si el órgano de administración ha adoptado y ejecutado, previamente a la comisión de la infracción, modelos de organización y de gestión capaces de prevenir los delitos del tipo penal que haya tenido lugar, siempre que estas personas los han eludido fraudulentamente sin que haya mediado ninguna falta de control por parte de la organización. En lo que respecta a los subordinados, la entidad sólo será responsable si la persona física delincuente ha

¹⁹⁴ FOFFANI, L. / PIFARRÉ DE MONER, M.J., en *LH-Quintero Olivares*, pp. 627 ss.

¹⁹⁵ URRUELA MORA, A., en ROMEO CASABONA, C.M. / FLORES MENDOZA, F. (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos*, cit., pp. 465 ss.

¹⁹⁶ En este sentido, expone SIEBER, U., “Programas de *Compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *Derecho penal económico*, cit., p. 64, la política criminal italiana en este punto es semejante a la estadounidense, esto es, la de rebajar la pena para la persona jurídica en caso de haber adoptado las medidas pertinentes. Por tanto, el hecho de que exista la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de pena no deja de ser la consecuencia última de esto, llevada al extremo.

eludido fraudulentamente el PCN. Esta regulación, en síntesis, es muy parecida a la española¹⁹⁷.

También es similar el régimen de subrogación de la responsabilidad penal en casos de absorción: igual que pasa en España, el CP italiano dicta que si una persona jurídica absorbe a otra sobre la que pese responsabilidad penal, la absorbente incurrirá en la responsabilidad que correspondía a la absorbida.

c) Reflexión general

Vemos, por esta comparativa, que el Estado cuyo ordenamiento jurídico acabamos de comparar con el nuestro que más confianza recibe de los mercados extranjeros es el francés. De aquí podemos deducir que su modelo de responsabilidad de personas jurídicas, de corte netamente penal y más exigente que el español, no perjudica a su economía. Las tres diferencias más relevantes que hemos visto entre el sistema francés y el español son la exigencia de contar con un sistema de cumplimiento normativo para las empresas de más de 500 trabajadores, la no consideración de elementos que reduzcan o eliminen la responsabilidad penal de las personas jurídicas que los tengan implantados y la reducción de personas jurídicas de Derecho Público que no puedan ser sujetos de responsabilidad penal. De estas tres, ya hemos dicho *supra* que estamos de acuerdo con la primera (incluso, que se debería imponer a las organizaciones de más de 250 trabajadores también en España) y con la tercera. No obstante, consideramos que el garantismo del Derecho penal español, junto con la interpretación del mismo que el TS ha dado en sede de personas jurídicas, debería descartar una adaptación de la segunda diferencia: consideramos adecuado que una organización pueda defenderse en un proceso penal valiéndose de la implantación de un sistema de cumplimiento.

En cuanto al modelo alemán, a pesar de ser la primera economía de Europa, vemos que su modelo (junto con los demás factores de su economía, naturalmente) no atrae tanto al sector internacional, de lo que podemos deducir que un sistema sancionador administrativo no es más eficiente que uno penal, desde esta perspectiva. En consecuencia, y teniendo en cuenta que un sistema penal es más garantista que uno administrativo (con los matices que se verán *infra*), preferimos mantener la

¹⁹⁷ Anecdóticamente, esta similitud se ve enfatizada por el hecho de que el texto inicial del Proyecto de Reforma de Código Penal de 2013 incluyera un articulado que era una traducción literal del italiano, hasta el punto de remitirse, por error, a un artículo que no existía en nuestro CP, aunque sí en el del país vecino.

consideración de penal en el nuestro, por lo que es un cambio que, en nuestra opinión, no debería implementarse.

En cuanto a las posibles aportaciones que se podrían extraer del sistema portugués, consideramos que no hay ninguna de las que hemos expuesto que también fuera de aplicación a España, excepto las que hemos indicado en referencia a Francia. El motivo es que el sistema ya es, de por sí, relativamente parecido, aunque menos garantista por no contemplar la exención de responsabilidad por tener un PCN (u otro instrumento similar). Además, como hemos indicado, no podemos estar de acuerdo en considerar que una persona jurídica actúe voluntariamente, dada su ausencia de capacidad física de obrar y las consiguientes dificultades de apreciación de la culpabilidad.

Finalmente, en cuanto al modelo italiano, cuya economía es la más similar a la española, debemos tener presente que el sistema español ya está fuertemente influido por el italiano, como se ha visto. Creemos que resulta innecesaria una mayor semejanza entre ambas legislaciones, puesto que, teniendo en cuenta el resto del ordenamiento, así como las consideraciones que acabamos de hacer en referencia a otros países, hay algunas diferencias entre nuestro sistema y el italiano que ofrecen mayores garantías a las personas jurídicas españolas.

4.1.5. Propuesta de nueva redacción de algunos artículos de la Parte General de un CP para personas jurídicas

Tras el estudio llevado a cabo en las páginas precedentes, junto con las conclusiones que se obtuvieron en el Capítulo II de la presente investigación y las dificultades prácticas que se van derivando, en el día a día de las organizaciones, del régimen actual de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, nos reafirmamos en nuestra hipótesis de que los principios informadores del Derecho penal de las personas jurídicas son distintos de los de las personas físicas. En consecuencia, pues, opinamos que ello debería ser un argumento suficiente para promulgar un CP totalmente nuevo para las personas jurídicas que se basara en estos nuevos postulados y que tuviera una mayor adaptación a la práctica que la que está presentando el CP actual.

Sin embargo, es una realidad que un proyecto de esta envergadura requeriría de un estudio inabarcablemente más amplio que este, que tratase todos los posibles aspectos que afectasen a la determinación y, en su caso, modulación de la responsabilidad penal

de una persona jurídica. No obstante, con lo que se ha visto hasta ahora podemos concluir que, de *lege ferenda*, tres de los artículos que deberían figurar en este hipotético CP de personas jurídicas podrían tener la redacción que sigue¹⁹⁸:

Artículo 1:

1. Se entenderá cometido un delito por parte de una persona jurídica siempre que se constate la comisión de una acción, o se observe una omisión, por parte de una persona que forme parte de su estructura, cualquiera que sea su posición jerárquica u orgánica, siempre que haya obrado o dejado de obrar en nombre y representación, y en beneficio directo o indirecto, de la persona jurídica enjuiciada, y únicamente en el caso en que dicha acción u omisión se haya visto permitida o facilitada por un defecto organizativo propio de la misma.

2. Si el delito fuere cometido por quienes ostentasen posiciones directivas o de mando en la organización, 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

¹⁹⁸ Prescindimos de proponer una redacción de un artículo equivalente al 31 quater CP, en materia de atenuantes, puesto que requeriría de un estudio propio hecho con mucha más profundidad que la simple mención que, por motivos de estructura de la investigación, se le ha dado en la presente. A modo de apunte, simplemente insistimos en la consideración que hemos hecho en el Capítulo II acerca de la procedencia de añadir la atenuante de dilaciones indebidas al listado de este artículo.

En los casos en los que las anteriores circunstancias se pudieren acreditar completamente, se entenderá que la persona jurídica carece del defecto organizativo a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si, por el contrario, 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 cuenten con menos de cincuenta miembros.

4. Si el delito fuera cometido por las personas sometidas a la autoridad de aquellas a las que se refiere el apartado 2 del presente artículo, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado las medidas que demuestren la ausencia de un defecto organizativo.

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 Detectarán, evaluarán y gestionarán los riesgos penales que resulten de aplicación a la persona jurídica, entendiéndolo por tales aquellos delitos de posible comisión en la misma, dado su funcionamiento normal, por los que ésta pudiera recibir responsabilidad penal. A estos efectos, establecerán los protocolos, procedimientos y los demás elementos que resulten necesarios para prevenir su comisión, valorando su idoneidad, con la periodicidad que, en función de la casuística concreta, se establezca.

2.º Identificarán las actividades concretas y los procesos específicos en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

3.º Fomentarán la posibilidad de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

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

5.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. Esta revisión revestirá, como mínimo, carácter anual.

Artículo 2:

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible cuando se constate la comisión de un delito que haya sido cometido por alguna de sus personas integrantes o que de algún modo válido en Derecho la representen, siempre que se den las circunstancias a las que se refiere el apartado 1 del artículo anterior. En todo caso, se valorará de manera independiente la responsabilidad penal de la persona física y la de la persona jurídica, no observándose la de ésta si los hechos hubieran sido cometidos por aquélla concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

a) haber obrado en defensa de la persona jurídica o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima, entendiéndose por tal el ataque a los bienes que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

b) haber cometido los hechos para evitar un mal propio o ajeno que lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por ningún motivo, obligación de sacrificarse.

- c) *obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

En el supuesto de que no se condenase a la persona jurídica pero sí a la física y que ésta ostentase funciones que se pudieran ver gravemente afectadas en relación al pago de deudas con proveedores, acreedores y trabajadores, la persona jurídica se verá obligada a nombrar a alguien que pueda llevar a cabo estas funciones antes de que la condena se hiciese efectiva, de tal forma que se evite que dichos proveedores, acreedores o trabajadores se vean perjudicados.

2. Cuando como consecuencia de los hechos se impusiere a la persona física y a la jurídica la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido las tareas que en cada caso fuesen necesarias para asegurar el cumplimiento de la normativa, 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.

Artículo 3:

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas serán de aplicación a todas aquellas a las que se refiere el artículo 35 del Código Civil, así como a los partidos políticos, a los sindicatos y a las entidades de derecho público no mencionadas en el apartado 3 de este artículo. También se aplicarán a las sociedades, asociaciones, fundaciones y corporaciones en formación, siempre que actuasen directamente en el mercado.

2. A estos efectos, se entenderá que una asociación de vecinos es una persona jurídica de carácter especial, a la que únicamente se le podrá imponer la pena de multa, siempre y cuando se probase su actuación directa en el mercado de bienes y servicios, cualquiera que fuese su alcance, siempre que se persiguiera un beneficio económico directo.

3. *No se considerarán imputables las personas jurídicas que, sin tener una verdadera finalidad lícita, se utilizasen exclusiva o principalmente como instrumento para delinquir, o bien aquellas que, teniendo carácter instrumental, fuesen utilizadas exclusiva o principalmente para encubrir, facilitar o disimular delitos.*

4. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*

Asimismo, en el Capítulo II de la presente investigación se ha hecho un análisis de la figura del *Compliance Officer*, y se ha apuntado a que una regulación adecuada para esta figura pudiera tener un articulado similar a la que tiene la figura del Delegado de Protección de Datos. Siguiendo esta línea, la regulación general que proponemos de *lege ferenda* es la siguiente:

Artículo 4:

1. *El máximo órgano de gobierno de una persona jurídica designará a un oficial de cumplimiento, de manera voluntaria, siempre que lo estime oportuno, y de manera obligatoria cuando se dé cualquiera de estos supuestos:*

- a) *Que se trate de una persona jurídica de derecho público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial;*
- b) *Que se trate de personas jurídicas de derecho privado con más de 250 miembros o, siendo una agrupación de personas jurídicas, que se constituya por tiempo indefinido, con una duración determinada superior a un año, o que se constituya durante tiempo determinado de forma que hubiese operado durante al menos doce meses, consecutivos o no, en un plazo de veinticuatro meses naturales;*
- c) *Que la persona jurídica ya haya sido condenada previamente por la vía penal, o que al menos el 50% de los miembros de su máximo órgano de gobierno hubiesen formado parte de una misma persona jurídica que hubiese sido condenada por la comisión de un delito;*
- d) *Que se trate de alguna de las siguientes entidades:*
 - a. *Un colegio profesional o alguno de sus consejos generales*
 - b. *Los establecimientos financieros de crédito*

- c. *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras*
- d. *Las empresas de servicios de inversión, reguladas por la legislación del Mercado de Valores*
- e. *Los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica y los distribuidores y comercializadores de gas natural*
- f. *Los centros sanitarios, salvo que se trate de profesionales de la salud que ejerzan de forma individual.*
- g. *Los operadores que desarrollen la actividad de juego a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, conforme a la normativa de regulación del juego*
- h. *Las federaciones deportivas*
- i. *Los despachos de abogados, salvo que se trate de profesionales del Derecho que ejerzan de forma individual*

En el cumplimiento de las obligaciones de este artículo, las personas jurídicas podrán establecer la dedicación completa o a tiempo parcial del oficial de cumplimiento, entre otros criterios, en función del volumen de actividades, los análisis de riesgos efectuados o de los riesgos penales detectados.

2. Una agrupación de personas jurídicas que operen de forma conjunta, ya sea de manera puntual o sostenida en el tiempo, podrá nombrar un único oficial de cumplimiento siempre que sea fácilmente accesible desde cada sede o establecimiento.

3. El oficial de cumplimiento será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho, a la práctica en materia de Derecho penal y Derecho mercantil y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el artículo 6.

4. El oficial de cumplimiento podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios.

Artículo 5:

1. La persona jurídica garantizará que el oficial de cumplimiento participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la prevención de cuantos delitos fuere razonable que se cometiesen en su seno.

2. La persona jurídica respaldará al oficial de cumplimiento en el desempeño de sus funciones, facilitando los recursos necesarios para su desempeño y el acceso a toda la información que requiera.

3. La persona jurídica garantizará que el oficial de cumplimiento no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. Cuando se trate de una persona física integrada en la organización, el oficial de cumplimiento no podrá ser removido ni sancionado disciplinariamente por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio.

Asimismo, tanto si el oficial de cumplimiento es una persona física de las mencionadas en el párrafo anterior como si se trata de una persona jurídica o un profesional externo que presta sus servicios en esta materia, rendirá cuentas, con la periodicidad que en cada caso se determine, directamente al más alto nivel jerárquico de la persona jurídica. En todo caso, deberá reportar inmediatamente la existencia de un posible delito por el que la persona jurídica pudiera recibir responsabilidad penal, así como cualesquiera otras infracciones normativas que, en cada caso, se hubieran determinado mediante acuerdo entre dicho oficial de cumplimiento y la persona jurídica.

4. Los interesados podrán ponerse en contacto con el oficial de cumplimiento por lo que respecta a todas las cuestiones relativas a la prevención de los delitos a los que se refiere el apartado 1. En este sentido, podrán recabar de este órgano cuanto asesoramiento o información estimen oportuno, y le podrán presentar las denuncias relacionadas con los incumplimientos de los que tengan constancia atendiendo a los canales que se hayan establecido para estos efectos.

5. El oficial de cumplimiento estará obligado a mantener el secreto o la confidencialidad en lo que respecta al desempeño de sus funciones.

6. El oficial de cumplimiento podrá desempeñar otras funciones y cometidos dentro de la organización a la que pertenezca, en su caso. El máximo órgano de gobierno de la persona jurídica o, en su caso, la persona en quien haya delegado, garantizará que dichas funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses.

Artículo 6:

1. El oficial de cumplimiento tendrá como mínimo las siguientes funciones:

- a) *informar y asesorar a los distintos miembros de la persona jurídica, cualesquiera que sean sus funciones o rangos, de las obligaciones que les incumben en virtud de la presente norma y de otras disposiciones que resulten de aplicación en cada momento;*
- b) *supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente norma, de otras disposiciones que resulten de aplicación en cada momento y de las políticas internas de la persona jurídica en materia de procedimientos o protocolos tendentes, en todo o en parte, a garantizar el cumplimiento normativo, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones, y las auditorías correspondientes;*
- c) *ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la legalidad de un determinado procedimiento. En este sentido, también será tarea del oficial de cumplimiento elaborar los mapas de riesgo, las evaluaciones de impacto, las matrices de riesgo y los demás instrumentos de análisis de riesgos penales que estime pertinentes para prevenirlos y gestionarlos, así como supervisar la aplicación de todas las políticas que se implementen;*
- d) *cooperar con las autoridades judiciales y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en todo lo que se le requiera, primando el interés público por encima del de la persona jurídica;*
- e) *actuar como punto de contacto de las autoridades judiciales y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para cuestiones relativas al cumplimiento normativo, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto relacionado.*

2. El oficial de cumplimiento desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones que se lleven a cabo, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines de las mismas. En todo caso, evitará incurrir en un conflicto de intereses, tanto en el contexto del funcionamiento de la actividad habitual de la persona jurídica como en el contexto de un proceso penal o administrativo sancionador. A estos efectos, el oficial de cumplimiento no podrá ejercer las funciones de representación letrada de la persona jurídica en la que preste sus servicios.

4.2. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

4.2.1. Cuestiones generales previas

Antes de abordar una propuesta de *lege ferenda* de los distintos tipos delictivos, debemos hacer referencia a algunas cuestiones que, a pesar de ser propias de la Parte General del Derecho penal, tienen una indudable trascendencia no sólo en la Parte Especial, sino, más en concreto, en la redacción de los tipos penales y en la elección de cuáles deberían prever, o no, la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica.

En el Capítulo III de la presente investigación hemos detallado, para cada uno de los delitos analizados, los elementos objetivos y subjetivos que los componen. No obstante, ese análisis se ha referido a la tipicidad actual, por lo que, si planteamos la hipótesis de un posible CP para personas jurídicas, debemos reflexionar sobre los elementos subjetivos y objetivos que los tipos penales deberían tener. Empezaremos este epígrafe analizando los primeros, para después reflexionar sobre la valoración de la tipicidad de los delitos y, finalmente, estudiar los criterios que deberían regir para valorar en qué delitos debería estar tipificada la responsabilidad penal de una persona jurídica¹⁹⁹.

- a) El tipo subjetivo en los delitos por los que a una persona jurídica se le puede atribuir responsabilidad

Tal como resulta evidente, y así lo hemos ido resaltando en el apartado anterior, las personas jurídicas no tienen una psique propia distinta de la de los miembros que la componen. En consecuencia, si estudiamos los diferentes elementos típicos de cada uno de los delitos por los que éstas pueden responder, parece lógico que debamos hacer consideraciones interpretativas específicas en materia de la apreciación de dolo o de imprudencia aplicada a estos tipos penales

Sobre esta cuestión, QUINTERO OLIVARES opina que, a pesar de que la capacidad de decidir que éstas ostentan es ejercitada por los sujetos que las gobiernan de hecho o de derecho, no se puede predicar el dolo ni la imprudencia de dichas organizaciones en el

¹⁹⁹ Dado que el estudio se ha acotado a los elementos normativos de los distintos tipos, las propuestas que se formularán *infra* carecen de sanciones, dado que consideramos que la fijación de estas requeriría de una investigación aparte centrada en aspectos más de política criminal que de derecho positivo.

mismo sentido en que se pueden considerar para una persona física, lo que sería la primera condición para una imputación subjetiva. En consecuencia, este autor añade que todos los elementos que transfieran la responsabilidad penal de la persona física a la jurídica deberán ser objetivos u objetivables (lo que no equivale a decir que la responsabilidad de ésta última sea objetiva, puesto que no deriva de un hecho estrictamente formal)²⁰⁰.

Otra opinión al respecto la encontramos en SÁNCHEZ-VERA, para quien el tipo subjetivo de la persona jurídica es una cuestión abierta. Este autor considera que el dolo no requiere de un inexcusable substrato psicológico, y basa sus consideraciones en una interpretación del art. 14.1 CP: a su modo de ver, la condición de “autor” no le parece problemática (puesto que considera que también será autora la persona jurídica), y tampoco la referencia a las circunstancias personales de la misma, dado que éstas también las tienen, relacionadas, en tales casos, con su estructura y personalidad jurídica. SÁNCHEZ-VERA afirma que la forma dolosa de comisión de un determinado delito por el que la persona jurídica pueda tener responsabilidad vendrá constituida “cuando exista una cultura empresarial criminal”, así como “cuando exista una carencia absoluta de programa de cumplimiento por parte de la mercantil” o éste sea sólo “pro forma o tan insuficiente que equivalga a una carencia absoluta o a un mero querer aparentar”²⁰¹.

Otra cuestión más debatida es la que hace referencia a la imprudencia. Según GÓMEZ-JARA DÍEZ, “la falta del debido control evoca inmediatamente conductas imprudentes realizadas por los directivos de la empresa”. Este autor añade que, en los casos en los que la conducta sea cometida por un empleado, debe estudiarse la relación entre el delito del mismo y el fallo de supervisión de su superior, indicando que no debe ser suficiente que ello se lleve a cabo “por cuenta y en provecho de la persona jurídica” (lo que, con la redacción actual, se vería sustituido por “en su beneficio directo o indirecto”), sino que ha de haber una relación de causalidad entre el riesgo generado por ese fallo de supervisión y la actuación del subordinado²⁰².

²⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 385 ss.

²⁰¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas”, en *LH-Bajo*, cit., pp. 641 ss.

²⁰² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad*, cit., p. 489.

Por su parte, MORALES PRATS defiende una opinión distinta. Este autor ve problemas de compatibilidad entre las estructuras típicas imprudentes y la responsabilidad penal de una persona jurídica, a pesar de que ello pudiera ser paradójico si se tiene en cuenta lo establecido en el apartado segundo del art. 31 bis).1 CP²⁰³. Para justificar esta afirmación, este autor recuerda que el listado de delitos es *númerus clausus*²⁰⁴.

En opinión propia, consideramos que el razonamiento debería ser más sencillo. Partamos de la base de los elementos vistos hasta ahora: 1) la acción delictiva se ejecuta *de facto* por una persona física, 2) debe examinarse qué hecho delictivo se ha llevado a cabo y en qué circunstancias para determinar si una persona jurídica es o no responsable, 3) también se ha de analizar qué acciones ha llevado a cabo la persona jurídica para evitar que estos hechos tengan lugar, y 4) únicamente consideraremos que la ausencia de un elemento de control determinado supone un defecto organizativo en aquellos casos en los que la comisión del delito en cuestión hubiera sido racionalmente previsible (alineándonos, pues, con la teoría del pronóstico tardío que se ha tratado *supra*). Si unimos estos cuatro elementos al hecho de que la mayor parte de delitos por los que una persona jurídica puede responder según el CP español son dolosos, ello no supone ningún problema: únicamente podremos condenar a la persona jurídica cuando la persona física autora haya obrado dolosamente, si no existía ningún mecanismo que evitase esa acción (siempre que racionalmente se hubiera podido prever). Por otro lado, en cuanto a los delitos imprudentes, se podrá condenar a la persona jurídica por los mismos siempre que así esté tipificado, si el comportamiento de la persona física autora ha sido imprudente y si los controles instaurados no eran suficientes (siendo racionalmente previsible que se cometiera ese hecho concreto de esa manera).

En este sentido, si aceptamos, como hemos venido haciendo hasta ahora, la autorresponsabilidad como fundamento de la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica, debemos traer a colación lo expuesto *supra* acerca de la teoría de la identificación: el comportamiento de una persona física que forma parte integrante de una persona jurídica deviene el comportamiento, para esa situación concreta, de la organización de la que forma parte. En consecuencia, la mayor parte de elementos y

²⁰³ MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La reforma Penal de 2010*, cit., p. 57.

²⁰⁴ Recuérdese que, tal como se ha visto en el Capítulo II, un sector minoritario de la doctrina entiende que el sistema actual comprende un lista de delitos abierto, si bien el propio principio de tipicidad da la razón a la corriente mayoritaria, que opina que el sistema es *númerus clausus*. Véase, en general, BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, REPC, nº 33 (2013), pp. 247 ss.

circunstancias que rodean a esa acción también afectan a la persona jurídica. En otras palabras, si la persona física muestra un comportamiento doloso para un delito doloso, se podrá entender que la persona jurídica ha llevado a cabo una acción dolosa. Por otro lado, si la acción fuese imprudente, tanto si el delito exigiese dolo como si no, deberemos analizar la suficiencia o insuficiencia de los elementos que tiene la organización para evitar esa imprudencia.

En otro sentido, si valoramos la cuestión desde la óptica de la heterorresponsabilidad, la responsabilidad de la persona jurídica por una acción, dolosa o imprudente, cometida por una persona física que la integre no se verá afectada por ese elemento subjetivo, sino que se atenderá a si contaba o no con las medidas de prevención y gestión que, *a priori*, hubiesen sido necesarias para evitar tal acción.

b) Valoración de la apreciación de la tipicidad

Una vez establecido esto, debemos continuar una cuestión que en el apartado anterior hemos adelantado: la valoración de la apreciación de la tipicidad en los delitos por los que las personas jurídicas pueden recibir responsabilidad.

En principio, la respuesta parecería obvia: la propia naturaleza del principio de tipicidad hace que no pueda sancionarse a ninguna persona sin una norma previa que así lo declarase (tal como determinó FEUERBACH, “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”²⁰⁵). No obstante, los postulados actuales en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas matizan esta concepción en este contexto.

Así, debemos traer a colación, una vez más, el debate sobre heterorresponsabilidad vs autorresponsabilidad. En defensa de la primera postura, el Ministerio Fiscal considera “*la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica*”. Por tanto, se considera que el delito de la persona física da lugar al nacimiento del de la persona jurídica, quien, a pesar de ello, quedará exenta de pena si acredita tener “*modelos de organización*” suficientes²⁰⁶.

Este argumento de la Fiscalía tiene también una consecuencia clara en la punibilidad: como el mismo organismo afirma, bajo el prisma de la

²⁰⁵ VON FEUERBACH, P.J.A., *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, 2ª ed. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1989, pp. 52 ss.

²⁰⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016*, cit., p. 56.

heterorresponsabilidad, la persona jurídica no sería punible si acreditase tener estos “modelos”, lo que los convierte en una circunstancia eximente que, en consecuencia, debe ser alegada por la propia persona jurídica²⁰⁷.

No obstante lo anterior, la propia Fiscalía General del Estado también admite que existen posiciones discrepantes basadas en la autorresponsabilidad (aunque no comparte este criterio). En este sentido, sugiere que, en este caso, el hecho de contar con instrumentos de prevención de comisión de delitos demostraría que no hay defectos organizativos (que, bajo este prisma, sería el fundamento de la imputación), con lo que desaparecería un elemento del tipo (aunque no se aclara si se refiere a la vertiente objetiva o a la subjetiva)²⁰⁸.

Sin embargo, la crítica a la mera existencia de un régimen penal de personas jurídicas ha originado distintas posturas contrarias a estas interpretaciones. Entre estas, podemos citar a ROBLES PLANAS, para quien, con independencia de que se adopte el prisma de la heterorresponsabilidad o el de la autorresponsabilidad, no puede afirmarse que un defecto organizativo constituya directamente un comportamiento típico. Este autor considera que la única responsabilidad de la persona jurídica vendría dada por su deber de impedir que un acto de una persona física lesionase un bien jurídico protegido por una norma penal, lo que le otorgaría el papel de garante. De hecho, ROBLES se plantea “*si la infracción de un deber de organización que le incumbe como propio a la persona jurídica puede considerarse una conducta típica (...) del delito finalmente cometido por la persona física*”, concluyendo que “[l]a respuesta debe ser negativa”²⁰⁹.

Una opinión similar la esgrime BOLDOVA PASAMAR, para quien el modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas adoptado es de heterorresponsabilidad. Este autor sostiene que las personas jurídicas no pueden delinquir, sino que se les transfiere la responsabilidad por un hecho de una persona física. En consecuencia, y coincidiendo con las conclusiones a las que hemos llegado en el Capítulo III de la presente investigación, no existe un hecho típico que sea propio de la persona jurídica, sino que se trata de un comportamiento referido a la persona física en conexión con la jurídica²¹⁰.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*, pp. 55 s.

²⁰⁹ ROBLES PLANAS, R., InDret 2/2016, pp. 7 s., 15.

²¹⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A., REPC, nº 33 (2013), pp. 237 s. A pesar de ello, este autor sostiene que los elementos que definen la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son los del art. 31 bis CP. En concreto, si bien su comentario se refiere a la redacción que dio la L.O. 5/2010, de 22 de junio, este autor considera que los elementos aquí referidos no tratan de la culpabilidad de la persona jurídica,

Desde el punto de vista contrario, mostrándose más favorable a la autorresponsabilidad de una persona jurídica, DE LA CUESTA sugiere que uno de los principales elementos del injusto propio de una persona jurídica lo constituye un defecto organizativo relacionado directamente con un incremento del riesgo, facilitándose así la exclusión de tipicidad de los delitos imprevisibles, inevitables, o aquellos cuya comisión no estuviese relacionada con esta carencia. Este autor coincide con la conclusión a la que hemos llegado en el apartado anterior y también considera que la culpabilidad no es esencial para apreciar un delito en una persona jurídica, aunque sí lo son la tipicidad y la antijuridicidad²¹¹.

En esta línea se ha pronunciado también la jurisprudencia. Así, DEL ROSAL BLASCO analizando la STS 154/2016, 29 febrero, llega a la conclusión de que esta resolución señala a que el injusto típico en una persona jurídica recae en un defecto organizativo, siendo los comportamientos de las personas físicas un presupuesto de la responsabilidad penal de las organizaciones. Por ello, si se acepta la autorresponsabilidad como fundamento del sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, debe relacionarse el injusto con “*una configuración organizativa defectuosa, inexistente o inadecuada*”. Por otro lado, este autor opina, con cita a GÓMEZ TOMILLO, que el legislador “*ha optado por un modelo en el que «la tipicidad en el caso de delitos de personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización»*”.²¹².

Teniendo en cuenta estos argumentos, hay un detalle que nos llama la atención: gran parte de la doctrina citada, así como la jurisprudencia y el Ministerio Fiscal, tratan los requisitos de tipicidad que se derivan del art. 31 bis CP. No obstante, pocos son los pronunciamientos que hacen hincapié en los tipos del Libro II del CP y en la falta de adaptación de sus correspondientes redactados al ámbito propio de las personas jurídicas. Con independencia de los dictados de este artículo, lo cierto es que los tipos de la parte especial deberían adaptarse al funcionamiento de una persona jurídica. El motivo yace en lo que hemos concluido en el Capítulo III de la presente investigación y al que nos hemos referido en la Recapitulación: la redacción de los tipos penales está

“sino que aparecerían como elementos fundadores de la tipicidad referida a esta clase de responsabilidad penal de los entes colectivos con personalidad jurídica. Sin embargo, y según se desprende del art. 31 bis 2 CP, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa (no realiza un tipo), sino que requiere que una persona física haya cometido un delito, pero no se exige que ésta sea responsable penalmente del mismo” (p. 237).

²¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., RPCP, n° 26 (2013) (en línea, <http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/>, consultada el 24 de junio de 2019), p. 12 s., 21.

²¹² DEL ROSAL BLASCO, B., Diario La Ley, n° 8732 (2016).

pensada para personas físicas, puesto que la mayoría de ellos no sólo fue redactado bajo la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, sino que, en algunos casos, su redacción no se ha visto alterada, o no significativamente, desde la entrada en vigor del CP actual.

Si abordamos esta cuestión desde la perspectiva del debate de autorresponsabilidad vs heterorresponsabilidad, ambas posturas coinciden en que el requisito de la tipicidad es esencial para entender cometido un delito, pero difieren en cuál debería ser ésta. Partiendo de la base de que defendemos la autorresponsabilidad, tal como hemos argumentado *supra*, opinamos que la redacción del tipo por el que la persona jurídica recibiera responsabilidad debería ser distinta de la del tipo que sanciona a la persona física, puesto que la responsabilidad viene dada, bajo esta premisa, por un hecho propio de la organización que, en consecuencia, se debería tipificar. Consideramos que basar la autorresponsabilidad en el hecho propio de no contar con medios de prevención y gestión suficientes para evitar la comisión de un delito no es un criterio suficiente: si aceptamos que una persona jurídica tiene capacidad de acción jurídica, dicha acción debería verse reflejada en el tipo penal concreto por el que se la condena. En el epígrafe siguiente detallaremos esta cuestión.

Por otro lado, si aceptásemos la premisa de que nuestro sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas se basa en la heterorresponsabilidad, la Parte Especial del CP presentaría una problemática muy inferior: desde este punto de vista, la única acción jurídico-penalmente relevante es la humana, por lo que no hay mayor inconveniente en que los comportamientos típicos o los elementos que lo rodean estén pensados para personas físicas. Podríamos matizar que se mantiene la problemática de que esos comportamientos se han de dar en el contexto del funcionamiento de una organización, y que ese matiz no siempre se tiene en cuenta, pero, en global, aceptar las premisas de la heterorresponsabilidad supone aceptar una tipificación pensada para personas físicas.

Ello nos conduce a pensar que la Parte Especial del CP actual está más bien basada en la heterorresponsabilidad como base de la responsabilidad penal de una persona jurídica, a pesar de que la Parte General presente características que apunten más hacia la autorresponsabilidad. Sin embargo, no modificamos por ello nuestra conclusión, y seguimos pensando que el sistema, en global, está y debería estar basado en la responsabilidad de una persona jurídica por un acto propio.

- c) La razonabilidad del catálogo de delitos por los que puede responder una persona jurídica. Toma de postura

Previamente, téngase en cuenta que el listado actual de delitos por los que puede responder penalmente una persona jurídica según el CP español deriva de las previsiones hechas por la normativa europea, que, si bien no obliga a que la responsabilidad sea estrictamente penal, como ya se ha visto, hace que las legislaciones de los Estados miembros deban prever regímenes sancionadores hacia las organizaciones en caso de comisión de delitos. En este sentido, DE LA MATA opina que, en general, “*el legislador español opta por incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas allí donde existe mención europea a la “responsabilidad” de las personas jurídicas, ampliando casi siempre, además, los supuestos que puedan estar concernidos por ella*”. No obstante, advierte que esto no ha sido así en todos los casos: por ejemplo, no hay una trasposición completa en algunos de los delitos relacionados con los derechos de los trabajadores, la protección del medioambiente o la lucha contra el fraude, entre otros²¹³. De forma similar, BACIGALUPO señala que hay ciertos delitos cuya inclusión en la legislación penal resulta, más o menos, obligada, a saber: soborno activo y/o pasivo de funcionarios públicos nacionales, soborno activo de funcionarios públicos extranjeros, soborno en el sector privado, malversación de fondos, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes públicos y blanqueo de capitales²¹⁴.

Tras estas breves consideraciones introductorias, centrémonos en la situación que recoge el CP español actual. Ante todo, tal como hemos argumentado en el apartado anterior, consideramos que la clave para determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica reside en la capacidad que tenga para evitar su comisión dentro de su contexto organizativo. Tal como se ha expuesto, tiene sentido considerar una capacidad de acción (u omisión), siempre que sea desde el punto de vista estrictamente jurídico, pero también se debe considerar el hecho negativo de poder evitar que se cometa un delito. Dicho en otras palabras: se trata de que la persona jurídica no lleve a cabo ningún ilícito penal y que, a la vez, haga lo que esté en su mano para evitar que se cometan este tipo de hechos en su seno. Esta teoría tiene una aplicación práctica evidente, pues, en

²¹³ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea”, en JUANES PECES, A. (Dir.) / DíEZ RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Memento Experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Ed. Lefebvre-El Derecho. Madrid, 2015, pp. 190 s.

²¹⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S. / LIZCANO ÁLVAREZ, J., *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, cit., p. 59.

nuestra opinión, es uno de los criterios clave para determinar el catálogo de delitos por los que una persona jurídica debería responder.

Asimismo, es también relevante entender cuáles son los bienes jurídicos que se pretenden proteger mediante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, nos mostramos de acuerdo con NIETO MARTÍN cuando indica que una de las características del Derecho penal económico es que los bienes jurídicos protegidos, de tipo supraindividual, representan tanto las más importantes instituciones del modelo económico español como los mecanismos de intervención estatal en la economía²¹⁵. Este autor propone, aun admitiendo que la cuestión de los límites del Derecho penal económico está sometida a debate, que una posible clasificación de los delitos que actualmente recoge el CP podría ser la que sigue: delitos contra la capacidad financiera del Estado, la protección de la parte más débil en las relaciones económicas, la protección de las instituciones básicas de la economía y el blanqueo de capitales²¹⁶.

Unamos estos criterios, partiendo del listado de delitos por los que actualmente está tipificada la responsabilidad penal de una persona jurídica. Según el primero de ellos, hemos argumentado que sólo se debería poder condenar a una persona jurídica por aquello que pudiera llegar a hacer, lo que excluye todos aquellos delitos que requieren de un elemento físico (homicidio, lesiones...) y deja campo únicamente para los que se plasman en un acto o un negocio jurídico (un contrato, la presentación de un impuesto...). En este sentido, el listado de delitos resultaría bastante adecuado, si bien se podrían añadir otros: la apropiación indebida (cuya similitud con la estafa y con la figura civil del enriquecimiento injusto hace que resulta sorprendente que no se haya incluido en el catálogo actualmente vigente ni en el original²¹⁷) y los delitos societarios (tal como sucede en otros ordenamientos, como por ejemplo el italiano²¹⁸).

No obstante, hay algunos delitos que nos generan alguna duda. Nos referimos a los delitos contra la libertad: podría pensarse, por ejemplo, en un órgano de gobierno de una determinada empresa que decidiese secuestrar a un alto cargo de un competidor para conseguir alguna ventaja en el mercado. No obstante, esto fricciona con el criterio aquí comentado: hasta qué punto puede la persona jurídica

²¹⁵ NIETO MARTÍN, A., "Introducción", en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., pp. 46 s.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 48 s.

²¹⁷ De acuerdo con esta idea, entre otros, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., "Los delitos de cuello blanco y la exclusión del delito de apropiación indebida en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Derecho y cambio social*, nº 26 (2011) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 27 de junio de 2019), pp. 13 ss.

²¹⁸ NIETO MARTÍN, A., *Diario La Ley*, nº 8248 (2014).

llegar a cometer este delito o no siendo su capacidad de acción meramente jurídica y no física. En este sentido, resulta un corolario de lo que ahora estamos exponiendo el hecho de considerar que una persona jurídica sólo debería responder por aquellos delitos cuya comisión se encuadrara dentro de su normal funcionamiento, con independencia del catálogo de delitos. Ninguna organización tiene como parte habitual de sus funciones el secuestro de otro, por lo que descartamos que este delito debiera entrar a formar parte del catálogo. Más adelante volveremos sobre esta idea desde el punto de vista de la contabilidad interna de una empresa.

Como segundo criterio, sólo se debería poder condenar a una persona jurídica por aquellos delitos que puede evitar dentro de un sistema de control operativo y razonable (es decir, sin tener que recurrir, por ejemplo, a cámaras de vigilancia para cada persona individual desde que empieza a ejercer sus funciones hasta que acaba). Tal como se ha visto en el Capítulo III, esto excluye del listado a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pero, por el mismo argumento, también podemos ampliar el listado incluyendo los delitos de odio y enaltecimiento: si bien entra dentro de lo posible, aunque poco probable, que una persona jurídica haga declaraciones públicas que inciten al odio o a la discriminación de un determinado colectivo, en la mayor parte de entidades es impensable pensar en el control efectivo de las declaraciones de todos los miembros (sobre todo, “de puertas para adentro” de la organización) y aun así es posible que hubiera voces discrepantes dentro de la misma organización cuyo comportamiento sí fuese acorde a la normativa. Por tanto, este delito también debería eliminarse de la lista.

Para acabar, a tenor del tercer criterio, hemos de entender qué es lo que protege el Derecho penal económico. Si bien consideramos que la clasificación de NIETO es coherente, opinamos que el apartado de blanqueo de capitales debería incluirse dentro del de la protección de las instituciones básicas de la economía, puesto que una de dichas instituciones sería el flujo de capital (y el blanqueo, precisamente, lo desvirtúa, al pretender hacer pasar por legal algo cuya procedencia no lo es), y que se debería añadir otra categoría: un comportamiento de las personas jurídicas socialmente adecuado. A fin de cuentas, si castigamos los comportamientos más graves posibles de una organización que atacan a los bienes jurídicos más importantes, es porque lo que esperamos es que su comportamiento en la sociedad sea, si más no, correcto (sin necesidad de exigir, ni mucho menos, lo que comúnmente se conoce como “Responsabilidad Social

Corporativa”²¹⁹). Por tanto, entendemos que se deberían incluir los delitos relativos a la manipulación genética, la alteración de precios en concursos y subastas públicas, la negativa a actuaciones inspectora y, sobre todo, los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En opinión propia, consideramos muy difícilmente justificable que estos últimos no se incluyeran, incluso en 2010, en el listado de delitos por los que se puede condenar a una persona jurídica. Si en la mayor parte de casos, como demuestra la jurisprudencia existente hasta la fecha, los destinatarios de estas normas serán las empresas, debemos tener en cuenta que, sin trabajadores, las únicas que pueden funcionar son las unipersonales (trabajadores autónomos, fundamentalmente), pero es impensable que se constituyan organizaciones mínimamente complejas sin capital humano. Este desdén del legislador nos parece aberrante, propio de una política que sólo pone el foco en el capital empresarial y, para evitar perjudicar sus intereses, no otorga la máxima protección posible, la penal, a los ataques contra la capas de población cuya productividad es más indirecta. Olvida el legislador que los abusos que frecuentemente se dan en ciertos sectores, como el de la construcción o, en general, aquellos que ocupan a mano de obra no cualificada²²⁰, no sólo son perjudiciales para la economía, sino que generan enormes dificultades para las propias empresas al tener que enfrentarse a las indemnizaciones correspondientes (que muchas veces se verán sufragadas por las pólizas de seguro de responsabilidad civil suscritas) y a la propia dificultad que genera el hecho de tener bajas laborales por incapacidad temporal que se deban cubrir por personas de las que no se espera que estén mucho tiempo en la empresa²²¹. Resulta abusivo que los delitos contra los derechos de los trabajadores no tengan la misma protección que los demás, y ello muestra que las presiones que se ejercen por parte de ciertos grupos sobre el poder legislativo²²² logran los mismos efectos con independencia de que el partido político que ostente el Gobierno sea “de derechas” o “de izquierdas”.

Como conclusión, por todo lo anterior consideramos que el listado de delitos por los que una persona jurídica debería responder es el siguiente: tráfico ilegal de órganos humanos; trata de seres humanos; prostitución/explotación sexual/corrupción de menores; estafas; apropiación indebida; frustración de la ejecución; insolvencias punibles; daños informáticos; delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el

²¹⁹ Se entiende por “Responsabilidad Social Corporativa” aquellas políticas internas de una organización (habitualmente, una empresa) tendentes ya no sólo a mostrar un comportamiento acorde a la legislación, sino que pretendan superarla, emprendiendo acciones que muestren un grado de cumplimiento superior al requerido por la norma. Véase, entre otros, FARMER, R.N. / DICKERSON HOGUE, W., *Corporate Social Responsibility*. Ed. Science Research Associates, Inc. Chicago, 1973, en especial pp. 4 ss.

²²⁰ Véase la estadística publicada por el MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Estadística de Accidentes de Trabajo. Resumen de principales resultados. Año 2016 (2017)* (en línea, <http://www.mitramiss.gob.es/>, consultada el 27 de junio de 2019). Este informe avala esta conclusión mediante sus valoraciones.

²²¹ De acuerdo, ALONSO BENITO, L.E., *La crisis de la ciudadanía laboral*. Ed. Anthropos Editorial. Barcelona, 2007, p. 73.

²²² Véase, en general, RANDO CASEMIRO, P., “La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales”, RECPC 17-03 (2015) (en línea, <http://criminnet.ugr.es/>, consultada el 27 de junio de 2019).

mercado y los consumidores; delitos societarios; blanqueo de capitales (sólo el tipo doloso, como se verá *infra*); financiación ilegal de los partidos políticos; delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; urbanización, construcción o edificación no autorizables; delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, delitos relativos a las radiaciones ionizantes; delitos de riesgos provocados por explosivos y otros agentes; delitos contra la salud pública (en todas sus vertientes); falsificación de moneda; falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje; cohecho; tráfico de influencias; malversación; terrorismo; delitos relativos a la manipulación genética; alteración de precios en concursos y subastas públicas y negativa a actuaciones inspectoras.

4.2.2. Propuesta de nuevas redacciones de algunos tipos penales

Como nota previa antes de proponer nuevos tipos penales, téngase en cuenta que se parte de la base de los análisis y las conclusiones obtenidas en el Capítulo III de la presente investigación, únicamente matizados, por cuanto resulte de aplicación, por las observaciones precedentes²²³. Se excluye el delito de descubrimiento y revelación de secretos por lo que hemos argumentado *supra*. Del mismo modo, no se hace referencia en estas propuestas a una valoración acerca de la sanción correspondiente puesto que, como se verá en el apartado siguiente, consideramos que todo el sistema sancionador requiere de una revisión (en especial en cuanto atañe a la pena de intervención judicial).

a) Estafa

En el caso de los delitos de estafa, en el Capítulo III se ha visto que los principales problemas, a los efectos de su adaptación a la realidad económica española y al funcionamiento de una persona jurídica, son los siguientes tres: la distinción entre este delito y un mero incumplimiento contractual, la posibilidad de que el objeto material sea una parte del cuerpo humano y las implicaciones que tiene la relación concursal de este delito con el de falsedad publicitaria.

²²³ Esto implica que no se formulan propuestas de nueva redacción de los tipos que creemos que deberían estar y no están. El motivo es que todas las propuestas de este epígrafe se basan en los análisis que hemos llevado a cabo en el Capítulo III; sin ellos, no tenemos los elementos suficientes como para valorar qué redacción sería la mejor, y consideramos más adecuado dejar esta cuestión abierta para investigaciones futuras que no aventurarnos a hacer formulaciones de nuevos tipos sin suficiente base argumentativa.

En cuanto al primer aspecto, nos posicionamos a favor de la postura que defiende que el dolo debería abarcar no sólo la consecución o no de lo pactado, sino las características del objeto del contrato. En cuanto al segundo, consideramos que las partes del cuerpo, a pesar de ser *res extra commercium* por definición, sí deberían tener una consideración especial, puesto que pueden ser objeto de un contrato de donación que, por tanto, debe tener amparo penal en caso de engaño. Finalmente, opinamos que el rigor propio del Derecho penal debería excluir los casos en los que la información falsa se debiese a una desactualización en la misma que, por desidia, desorganización del responsable o, en definitiva, cualesquiera otras circunstancias que se dan en el día a día laboral habitual, aunque sea de forma indebida o por falta de la profesionalidad esperada en la persona responsable.

Por todo ello, opinamos que el redactado de un tipo de estafa en un hipotético Código Penal de personas jurídicas debería ser como sigue:

1. La persona jurídica que expusiese características de bienes o servicios destinados a ser objeto de transacción mercantil o comercial a sabiendas de su falsedad, o, conociendo de antemano que no iba a ser así, se obligase a cumplir con una determinada prestación a cambio de alguna contraprestación, siempre que, en ambos casos, la persona física que actuase en nombre y representación de la jurídica lo hiciese con ánimo de lucro y utilizase engaño bastante para producir error en la contraparte, induciéndole a realizar un acto de disposición que, de haber tenido toda la información, no hubiera hecho, será condenada como rea de estafa a la pena (...).

2. Con las mismas penas se castigará a la persona jurídica que, dándose las condiciones que expone el apartado anterior, indujese a una persona física a donar sus órganos, su plasma o cualquiera otra parte de su cuerpo informándole de que se les va a dar un uso distinto al real.

3. Los apartados anteriores se entenderán sin perjuicio de que las conductas pudieran ser constitutivas de otros delitos. No obstante, no se considerará cometida la estafa si la información falsa se debiese a una mera desactualización temporal de la misma que tuviese carácter excepcional y transitorio.

b) Frustración de la ejecución

En materia de este delito²²⁴, se ha visto en el Capítulo III que el principal problema se da en sede procesal: ocasionalmente, un alzamiento de bienes puede parecer, a ojos del ofendido, como un mero incumplimiento contractual. Además, es frecuente que el organismo que conoce del asunto por la vía civil sea distinto del que instruye el mismo por la vía penal, en su caso.

En consecuencia, consideramos que el redactado de un tipo de frustración de la ejecución en un hipotético Código Penal de personas jurídicas debería añadir el siguiente inciso, añadido a una previsión terminológica similar a la actualmente recogida en los arts. 257-258 ter CP:

Si los comportamientos anteriores se imputasen a una persona jurídica, el juez o tribunal que instruya la causa, o que la resuelva, deberá llevar a cabo las acciones pertinentes para averiguar si la persona jurídica enjuiciada tiene alguna otra causa abierta en algún juzgado o tribunal español o extranjero y, en su caso, analizará de oficio la relación con la penal que se esté tratando. En estos casos, las causas que se estuviesen tratando por vía extrapenal verán suspendida su continuidad hasta que se hubiese decidido si se unen a la penal por guardar relación con la misma.

Esta averiguación tendrá lugar, como mínimo, al iniciar cada una de las fases del proceso penal, y, además, en cualquier momento en el que alguna de las partes lo solicite, siempre que, en este último caso, aportase pruebas fehacientes de ello.

c) Insolvencias punibles

En referencia a las insolvencias punibles, en el Capítulo III se ha detectado que los principales aspectos en los que la tipicidad no se adecúa a la realidad económico-empresarial española son los siguientes: la dificultad de la acreditación de la insolvencia en sede procesal, si se hace referencia únicamente al concurso de acreedores necesario o si también el voluntario tiene cabida, la relación que puede darse con el delito de frustración de la ejecución (que impida que jamás se aprecie el de insolvencias punibles del art. 259.2 CP) y, sobre todo, la tipificación de la imprudencia.

²²⁴ Si bien en la exposición del Capítulo III se ha tratado este delito conjuntamente con el de insolvencias punibles, consideramos que las diferencias en cuanto a su tipicidad obligan a que hagamos ahora un tratamiento diferenciado.

Respecto de esta última, insistimos en que lo más conveniente sería eliminarla, pero no sólo en un hipotético CP de personas jurídicas, sino también en la previsión de este tipo penal en personas físicas, puesto que, como hemos indicado, opinamos que supone un retroceso jurídico tan importante como puede ser la reinstauración en España de la prisión por deudas.

En referencia al tipo que debería contemplarse para personas jurídicas, la redacción debería ser similar a la que sigue:

1. En los casos en los que las conductas del artículo 259.1 del Código Penal se cometiesen en el contexto de una persona jurídica, únicamente se le podrá imputar este delito si el concurso fuere necesario. A estos efectos, en sede procesal, el organismo instructor llevará a cabo las acciones de averiguación patrimonial necesarias a fin de conocer la verdadera situación económico-financiera de la misma.

2. En ningún caso se perseguirá a la persona jurídica en caso de que la situación de insolvencia haya venido dada por una imprudencia.

3. Las previsiones de este tipo se entenderán sin perjuicio de la regulación del delito de frustración de la ejecución. A estos efectos, se apreciará cometido un delito de insolvencias punibles cuando se genere o se agrave dolosamente una situación de insolvencia por cualquiera de las causas listadas en el artículo 259.1 del Código Penal, y de frustración de la ejecución cuando la insolvencia se genere a fin y efecto de eludir deudas ya declaradas derivadas de un proceso judicial o un procedimiento administrativo.

d) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial

En materia de estos delitos, reiteramos la conclusión a la que hemos llegado en el Capítulo III de considerar que son, en su mayor parte, normas penales en blanco. En consecuencia, las únicas modificaciones que se deberían hacer orbitan alrededor de la plasmación entre la legislación mercantil y administrativa, por un lado, y la penal, por otro. Mantenemos que el principal problema no es estrictamente de Derecho penal, sino de funcionamiento, en general, de los Registros públicos correspondientes: la lentitud en de los mismos y sus defectos funcionales hacen que debamos rebajar la exigencia penal únicamente a aquellos comportamientos dolosos de primer o segundo grado, pero sin admitir nunca el dolo eventual. Asimismo, en materia de propiedad industrial, hay determinados instrumentos, como singularmente lo pueden ser los certificados

complementarios de protección de medicamentos, que carecen de amparo penal por no estar expresamente recogidos.

En consecuencia, una posible nueva redacción debería adaptar el art. 274 CP añadiéndole un apartado 5 con el siguiente texto:

5. Con la pena (...) será castigado quien, con la finalidad de obtener un beneficio económico directo o indirecto, explotase económicamente en un mercado nacional o internacional algún producto sanitario o farmacéutico que, aun sin estar protegido por una patente u otro instrumento similar, estuviese amparado por un certificado complementario de protección de medicamentos.

De igual forma, los tipos penales que recogieran la responsabilidad penal de una persona jurídica por los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial en un hipotético nuevo Código Penal deberían conservar la misma tipicidad que hasta ahora, añadiéndose únicamente el siguiente artículo:

Únicamente se apreciará la responsabilidad penal de una persona jurídica por estos artículos cuando, cumpliéndose con los requisitos legalmente exigidos, se determine que el comportamiento de la persona física que ha cometido la acción ha sido doloso, excluyéndose, en todo caso, el dolo eventual. En estos casos, la pena que corresponderá imponer a la persona jurídica será (...).

e) Delitos contra el mercado y los consumidores

En referencia a estos delitos, en el Capítulo III únicamente se han analizado los dos más habituales: el descubrimiento y revelación de secretos empresariales y la publicidad engañosa. Por tanto, únicamente nos centraremos en estos dos a la hora de elaborar propuestas de *lege ferenda* al respecto.

En cuanto al primero de estos delitos, se ha visto que el principal problema no es jurídico, sino cultural: a una empresa le interesa conocer toda la información posible acerca de sus competidores y otros socios comerciales, y es, precisamente, la información secreta la que más interesante resulta. No obstante, poco puede hacer el Derecho penal ante esta filosofía, puesto que, en este caso, se trata de una cuestión de ética profesional y de tradición empresarial. Las conductas en sí ya están sancionadas y

el bien jurídico protegido lo está mediante esta tipificación, sin necesidad de mayores previsiones.

No obstante, sí es cierto que la redacción del tipo puede ser mejorada: a estos efectos, tal como se ha puesto de manifiesto, sería una opción la de acotar el tiempo durante el cual debe durar el secreto. Asimismo, consideramos que una gran parte de las dudas interpretativas en sede de los delitos de los arts. 278-280 CP se solventarían con una remisión a la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

En consecuencia, una redacción alternativa de estos preceptos dentro de un hipotético CP para personas jurídicas quedaría como sigue:

La persona jurídica que utilizase una especial relación laboral o profesional con otra persona, física o jurídica, para conocer secretos empresariales acerca de otros actores del mercado que de otro modo no hubiere podido conocer, o que fueran desconocidos por el público en general que no perteneciese al ámbito profesional en el que obra la persona jurídica, será condenada a la pena de (...). A estos efectos, se entenderá por secreto empresarial toda información o conocimiento de cualquier clase que un empresario, trabajador autónomo o persona jurídica utilice en su actividad profesional, tomando medidas para mantenerlo oculto al público, y que tenga un especial valor estratégico o comercial por el hecho de ser secreto.

La diferenciación con el ámbito extra-penal, pues, se daría con el inciso del “*especial valor*”, dejando para la esfera criminal únicamente los que tuvieran un valor estratégico o comercial y excluyendo los que tuvieran un valor “*empresarial*”.

Por otro lado, en cuanto respecta al delito publicitario, tal como hemos comentado en Capítulo III, opinamos que sí se adapta a la realidad económico-empresarial española. Únicamente hay que tener en cuenta que, por lo que se ha argumentado *supra*, lo consideramos uno de los delitos especiales desde el punto de vista de la persona jurídica penalmente responsable.

f) Delitos de corrupción en los negocios

De nuevo, remontándonos a las conclusiones del Capítulo anterior, nos encontramos en este delito ante la misma dificultad que hemos visto en el de espionaje industrial: este comportamiento forma parte de la cultura empresarial española, y su tipificación, bien

que necesaria, no va a lograr, si más no a corto/medio plazo, cambiar la actitud de los actores de varios sectores de la economía española. Insistimos en que, a pesar de ello, las corruptelas que esto ha implicado en muchas ocasiones han propiciado que se deba tipificar un delito de corrupción entre particulares, pero lo cierto es que el legislador ha sido tan genérico a la hora de redactar este tipo que no sólo ha sancionado las conductas más graves (negociaciones en palcos de estadios deportivos, viajes de lujo, regalos sin más justificación que pretender obtener un trato de favor...), sino que, en una interpretación literal del precepto, ha tipificado toda conducta relacionada con esto, incluso las que suponían regalos o “premios” catalogados, cuya otorgación se basaba en criterios objetivos y cuyo precio no siempre era elevado.

Tal como se ha visto, el principio de insignificancia puede jugar un papel decisivo, y una homologación de los proveedores que acreditase que se contrata con el mejor y no con el que mejores regalos ofrece resulta un instrumento que se debería tener en cuenta. Asimismo, una regulación que afectase a todos los sectores, o que tuviese en cuenta las dificultades que se han visto en algunos casos particularmente problemáticos (como la confluencia de legislaciones internacionales que hagan perder competitividad a las personas jurídicas cuya legislación de aplicación sancione estos comportamientos) se ha de hacer en términos que necesariamente permitan una adaptación a cada circunstancia.

Por todo ello, opinamos que debería incluirse en un hipotético nuevo CP para personas jurídicas un artículo similar al actual art. 286 bis CP, cuyo contenido fuera el siguiente:

1. En los casos en los que, por sí o per persona interpuesta, una persona jurídica reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en una contratación o en las relaciones comerciales, será condenada a la pena (...). A estos efectos, no se reputarán incluidas en este comportamiento las atenciones socialmente aceptadas, las que afecten a la totalidad de actores de una negociación concreta o las que, por su valor meramente simbólico, no poseyeren entidad suficiente como para falsear la competencia. Asimismo, tampoco se considerarán incluidas las entregas puntuales de material de oficina de valor residual o el meramente propagandístico o publicitario.

2. Con las mismas penas será castigada la persona jurídica que, por sí o por persona interpuesta, en los supuestos y bajo las mismas condiciones que se han expuesto en el

apartado anterior, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a ella o a un tercero frente a otros en una contratación o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio. Asimismo, no se considerará cometido este delito si el regalo, beneficio o promesa se hiciese por parte del demandante a todos los ofertantes, o si un ofertante agasajase a un cliente, actual o potencial, con atenciones socialmente aceptadas y proporcionadas a la relación empresarial establecida o que se quisiese establecer, o aquellas que resultasen meramente simbólicas y cuyo precio de mercado fuese inferior a 100 euros en global. Del mismo modo, en las relaciones comerciales internacionales no se considerará cometido este delito si el supuesto corruptor demostrase que el regalo, oferta, beneficio o promesa es una condición indispensable para iniciar o mantener una relación comercial o empresarial con una contraparte extranjera, siempre que el valor de mercado de dicho regalo, oferta, beneficio o promesa fuese proporcionado a la relación mantenida o que razonablemente se pretendiese mantener.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a las entidades deportivas, así como a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de las mismas, cualquiera que sea la forma jurídica de éstas, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva

correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el art. 297 del Código Penal.

g) Delito de blanqueo de capitales

Tal como se ha visto en el Capítulo III, el delito de blanqueo de capitales tiene múltiples puntos de fricción con la realidad económico-empresarial, en especial en cuanto concierne a las pequeñas y medianas empresas. Los principales son los siguientes: la tipificación de la imprudencia, la igual exigencia de cuidado a cualquier persona jurídica con independencia de su estructura, la tipificación indirecta del autoblanqueo y la no especificación de si las personas jurídicas unipersonales pueden o no responder por estos delitos. Por tanto, una redacción alternativa, adaptada a la realidad de las personas jurídicas españolas, que se debería incluir en un hipotético CP para éstas, quedaría como sigue:

Artículo equivalente al actual art. 301 CP:

1. El que adquiriera, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena (...).

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 del Código Penal. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el art. 374 del Código Penal.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI de la misma norma.

No obstante, no se considerará cometido este delito si los bienes blanqueados fuesen dinero en metálico y se utilizasen para hacer frente a pagos habituales de pequeñas cantidades en los que se hubiera incurrido igualmente.

2. *[Mantener el mismo contenido que el actual art. 301.2 CP]*

3. *Únicamente se podrán sancionar los hechos anteriores cuando fuesen dolosos. En ningún caso se sancionará la imprudencia ni el dolo meramente eventual.*

4. *[Mantener el mismo contenido que el actual art. 301.4 CP].*

5. *[Mantener el mismo contenido que el actual art. 301.5 CP].*

Artículo equivalente al actual art. 302.2 CP:

2. *Cuando una persona jurídica, sea o no unipersonal, sea considerada responsable de los hechos mencionados en este art., será sancionada con la pena (...). En cualquier caso, para determinar la relevancia o irrelevancia de sus actos, se deberá atender a las circunstancias concretas de la misma, así como su sector de actividad y su estructura.*

h) Delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social

Finalmente, el último delito que hemos analizado en el Capítulo III ha sido el comúnmente conocido como “delito fiscal”²²⁵. Al respecto, se ha visto que el principal punto de fricción con la realidad yace en la autoría, en particular, cuando interviene la figura del asesor fiscal. En sede de responsabilidad penal de personas jurídicas, si un asesor se equivoca en la declaración de un determinado impuesto pero el obligado tributario fuese una persona jurídica que no hubiese implementado las medidas de prevención y gestión pertinentes, ésta podría llegar a recibir responsabilidad penal por el error del otro.

Asimismo, otra cuestión problemática consiste en que el umbral de comisión de estos delitos sea el mismo para todas las personas jurídicas, independientemente de su tamaño o volumen de facturación. No consideramos adecuado que respondan igual una pequeña empresa que difícilmente podrá llegar a defraudar esa cuota que una grande, que puede llegar a pagar una cantidad superior a 120.000 euros por algunos impuestos cada mes: esta situación, como hemos dicho, aumenta las posibilidades de que se persiga a las grandes, y cuanto mayor sea el volumen, mayores serán las posibilidades de que, incluso por error, la persona jurídica incurra en un delito fiscal.

²²⁵ Agradezco al Dr. José Antonio FERNÁNDEZ AMOR, Profesor Titular de Derecho Tributario en la Universidad Autónoma de Barcelona, sus observaciones y correcciones de este subepígrafe.

Sobre este último punto, de *lege ferenda*, consideramos que una tipificación adecuada debería ser por porcentaje dejado de abonar, y no por una cuantía fijada a tanto alzado. Sin embargo, antes de proponerlo, debemos atender al ejercicio previo de saber cuál es la tributación media por cada uno de los principales impuestos que han de afrontar las personas jurídicas (que, como se ha visto, son el IS e IVA²²⁶). Si nos basamos en la información facilitada por la AEAT²²⁷, usando la media de los últimos cinco años, a contar desde 2016 (último del que se tienen datos finales completos), para tener unos valores más representativos, podemos obtener la siguiente tabla:

	2016	2015	2014	2013	2012	MEDIA
IS	13.908,28	13.904,01	12.874,36	13.901,27	15.062,56	13.930,10
IVA	18.742,91	18.318,94	17.423,97	16.250,69	15.915,93	17.330,49

Figura 7: contribuciones medias por impuesto. Fuente: elaboración propia a partir del *Informe anual de recaudación tributaria. Año 2018*

Como podemos ver, los ingresos medios por contribuyente de los tres principales impuestos no guardan relación con un impago de 120.000 euros, por lo que, si queremos crear un sistema equitativo, no nos podemos basar en esto.

Como alternativa, podemos atender al sistema sancionador tributario. En este sentido, el art. 191 LGT sanciona las infracciones por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación, que es el supuesto que más se adapta al caso del art. 305 CP (puesto que, como indica el apartado 1 de este artículo, “[c]onstituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo”). En este sentido, este artículo establece que “[l]a base de la sanción será la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción”.

Así, las sanciones pueden ser leves (si, salvo las excepciones legalmente previstas, la base de la sanción es inferior o igual a 3.000 euros o, siendo superior, no exista ocultación), grave (si la base de la sanción es superior a 3.000 euros y existe ocultación) o muy grave. Ésta última está recogida, de forma específica, en el art. 191.4 LGT, que

²²⁶ Se excluye de este análisis el IRPF, puesto que, en éste caso, el obligado tributario es la persona física, a pesar de que la jurídica esté obligada a efectuar los pagos a cuenta.

²²⁷ SERVICIO DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS Y ESTADÍSTICAS, *Informe anual de recaudación tributaria. Año 2018* (en línea, <https://www.agenciatributaria.es/>, consultado el 7 de julio de 2019).

indica que las infracciones tendrán consideración de muy graves en dos supuestos: primero, cuando se hayan utilizado medios fraudulentos (esto es, los que recoge el art. 184.3 LGT); segundo, cuando, a pesar de no haberlos utilizado, se deje de ingresar o retener una cantidad superior al 50% del importe de la base de la sanción. En consecuencia, si una defraudación del 50% supone una infracción administrativa, para llegar a cotas penales debería ser superior, dado el principio de *última ratio* del Derecho penal.

En este sentido, si calculamos, en base a la tabla anterior, la media del IS y del IVA²²⁸, obtenemos un valor de 15.630 euros, por lo que los 3.000 euros que se usan como umbral para distinguir sanciones leves y graves suponen un 19,19% de la cuota media por impuesto. Por tanto, los umbrales de las infracciones administrativas son de casi un 20% y del 50%. Siguiendo esta progresión, el siguiente umbral lo encontraríamos ubicado entre el 70-80%, por lo que, de *lege ferenda*, consideramos adecuado fijarlo en un 75% para considerar cometida la infracción penal.

Por todo ello, consideramos que una tipificación adaptada a las personas jurídicas de estos delitos debería ser la siguiente:

1. En los casos en los que una persona jurídica dejase de abonar una cantidad en concepto de pago de cualquiera de los tributos a los que estuviera obligada, incluyendo, en su caso, los pagos a cuenta de terceros, será condenada por un delito contra la Hacienda Pública estatal, foral, autonómica o local a una pena de (...), siempre que la diferencia entre lo que hubiera tenido que pagar y la cuantía realmente pagada fuese superior al 75% en cómputo anual y se apreciase que ha mediado ocultación.

2. Se impondrá la pena (...) si, en estos casos, se diera cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda del 95% del total que debiera ser en caso de una liquidación correcta.

²²⁸ Consideramos adecuado basar la media en estos dos impuestos, dado que no sólo son los comunes a la mayoría de personas jurídicas, sino que su recaudación conjunta, según se deduce del mencionado *Informe anual de recaudación tributaria*, alcanza a la práctica totalidad de la recaudación procedente de las personas jurídicas.

b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.

3. En las mismas penas incurrirá la persona jurídica que, estando obligada a llevar la contabilidad,

a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.

d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, que supongan un impago del 75% o más de cualquiera de los impuestos a los que la persona jurídica debería hacer frente por cada ejercicio económico.

4. En los casos anteriores, y a salvo de lo dispuesto por el art. 42.1 a) de la Ley 53/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la persona jurídica estará exenta de pena si el cálculo del montante total del impuesto hubiera sido llevado a cabo por una entidad externa, salvo que hubiese proporcionado información falsa o incompleta a sabiendas, y sin perjuicio de la responsabilidad de otro tipo en que pudiera incurrir a tenor de otras disposiciones aplicables. En estos casos, será la entidad la que asuma la

responsabilidad penal, si no se demostrase que la información aportada era falsa o incompleta.

Por otro lado, en el Capítulo III también se ha hecho alusión a una fricción con el delito contra la Seguridad Social. En esta materia, se ha visto que, además de tener también una única cuantía a partir de la cual la defraudación sea delictiva con independencia del tamaño de la persona jurídica, no están definidas las obligaciones concretas cuyo incumplimiento pueda generar responsabilidad penal.

Si atendemos al informe sobre resultados de gestión y ejecución presupuestaria que la TGSS publicó en noviembre de 2018, vemos que los resultados son los mismos que en el caso anterior: la cotización media por persona jurídica queda bastante alejada del umbral de 50.000 euros, incluso si tenemos en cuenta la suma total de cuatro años²²⁹. En este caso, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica supuestos similares al que ocupa el orden penal en sus arts. 22.3 y 23.1 b). Encontramos una referencia a éstos en el segundo párrafo del art. 39.2 de la misma norma, en materia de criterios de graduación de las sanciones: “[s]in perjuicio de lo anterior, cuando se trate de infracciones tipificadas en los arts. 22.3 y 23.1.b), la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros”. Dada esta redacción, podría pensarse que el criterio de 50.000 euros como umbral del delito resulta coherente, si bien sigue topando con el defecto de ser mucho más exigente para las personas jurídicas de gran tamaño que para las pequeñas. Por ello, de *lege ferenda*, proponemos mantener este límite, pero siempre que sea superior al 75% de la cuota que se hubiera debido pagar (observándose, pues, el mismo porcentaje que proponemos como umbral para el delito contra la Hacienda Pública).

Por ello, una tipificación que consideramos más adecuada sería la siguiente:

En la pena (...) incurrirá la persona jurídica que deje de abonar cuotas a la Seguridad Social por importe de 50.000 euros, teniendo en cuenta las cotizaciones que se hubieran dejado de abonar durante los cuatro años naturales anteriores al ejercicio en

²²⁹ TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Resultados de gestión y ejecución presupuestaria. Noviembre 2018* (en línea, <https://revista.seg-social.es/>, consultado el 7 de julio de 2019).

curso , o que abone una cantidad por este concepto un 75% inferiores a las que correspondería en dicho plazo, atendiendo al criterio de los dos anteriores que arroje una cifra mayor. A estos efectos, se tendrá en cuenta para el cálculo del montante final el total de las cuotas a la Seguridad Social que devenguen la totalidad de los miembros de la persona jurídica, con independencia de su relación laboral o mercantil con la misma, que debieran ser abonadas por las personas jurídicas por cualquier concepto que la legislación establezca en los arts. 21 a 32 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

4.3. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA LA DEFINICIÓN DE UN NUEVO SISTEMA SANCIONADOR PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

4.3.1. Cuestión previa: la naturaleza “penal” de las sanciones interpuestas a las personas jurídicas por la comisión de ciertos delitos

a) Referencia a algunos planteamientos dogmáticos

La atribución de responsabilidad a una entidad colectiva²³⁰ es un imperativo normativo que deriva, como se ha visto en el Capítulo II de la presente investigación, de múltiples Directivas comunitarias. No obstante, ninguna de ellas indica que dicha responsabilidad deba ser necesariamente de corte penal. De hecho, tanto es así que en algunos países, como por ejemplo Alemania, las políticas de cumplimiento normativo se enfocan desde el punto de vista del Derecho administrativo²³¹.

En España, un sector de la doctrina pone en tela de juicio que las sanciones que se pueden imponer a una persona jurídica por la comisión de un delito tengan verdadera naturaleza penal: antes al contrario, se tildan de sanciones administrativas o, incluso, de

²³⁰ Tal como muestra el título de este epígrafe, partimos de las conclusiones a las que hemos llegado en el primer apartado de este capítulo; más concretamente, ténganse en cuenta las apreciaciones sobre la persona jurídica como organismo autopoiético, su capacidad de acción jurídica y la posibilidad de atribuirle la comisión de un delito por la representatividad que ejercen sus miembros.

²³¹ Tal como ya se ha visto. Para una mayor profundización en esta materia, véase KUHLEN, L., “Compliance y Derecho penal en Alemania”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, cit., pp. 89 ss., en especial p. 99 ss.

“consecuencias jurídicas” sin verdadera consideración de “pena”²³². Por todos, puede citarse a GÓMEZ MARTÍN, quien considera que, si bien el legislador las ha catalogado como “penas”, las sanciones que el CP propone como posibles para una persona jurídica son en realidad “*consecuencias jurídicas derivadas de una política criminal eminentemente pragmática y consecuencialista sustraída a límites tan fundamentales como el de non bis in idem, personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, imputación subjetiva, imputación personal o proporcionalidad de las penas*”²³³. En opinión de este autor, además, el reproche ético y social que implica la imposición de una pena a una persona física difícilmente puede hacerse a una persona jurídica, cosa distinta a lo que sucedería en el caso de que se impusieran medidas de seguridad u otro tipo de consecuencias con consideración distinta a las penas.²³⁴ Una opinión parecida la ostenta GRACIA MARTÍN, alegando que “*ni el fundamento ni los fines de estas meramente llamadas penas para personas jurídicas pueden ser los mismos que los de las auténticas penas en sentido material*”²³⁵.

Otra postura distinta es defendida, entre otros, por FEIJOO SÁNCHEZ: según este autor, las sanciones que se pueden imponer a una persona jurídica en el contexto de su responsabilidad penal sí son penas, en el sentido que las han definido el TEDH²³⁶ y la Convención Europea de los Derechos Humanos, aunque no en el que se deduce del art 5 CP. Este autor opina que estas medidas no son meras indemnizaciones, ni se limitan a la reparación de los daños provocados ni a una devolución de un lucro ilícitamente obtenido, y propone su denominación como “*cuasi-penas, pseudo-penas o penas en sentido impropio o amplio*”, si bien advierte que esta clasificación carece de relevancia²³⁷.

Por otro lado, otro sector de la doctrina sí se muestra de acuerdo en que las sanciones interpuestas a personas jurídicas por ciertos hechos delictivos cometidos en su seno sean verdaderas “penas”, en sentido estricto, basándose en el hecho de que, de *lege lata*,

²³² La idea inicial de esta concepción se atribuye a TIEDEMANN, según QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 quinquies” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 392.

²³³ GÓMEZ MARTÍN, V., en LANDA GOROSTIZA, J.M. (Dir.) / GARRO CARRERA, E. / ORTUBAY FUENTES, M. (Coords.), *Prisión y alternativas*, cit., pp. 279 s.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, RECPC 18-05 (2016) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 25 de mayo de 2019), p. 4.

²³⁶ Por todas, STEDH Jussila vs Finlandia, de 23 de noviembre de 2006.

²³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo*, cit., pp. 38 ss.

nuestro legislador sí les concede esta consideración y las clasifica, además, como “graves” (art. 33.7 CP)²³⁸. La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, haciendo especial mención sobre el esfuerzo probatorio de la acusación. A modo de ejemplo, la STS 221/2016, 16 marzo, FJ 5, indica que la imposición de una pena a una persona jurídica requiere de la parte acusadora un esfuerzo probatorio igual al que se exige para justificar una pena que se interponga a una persona física. Este pronunciamiento, por tanto, deja pocas dudas acerca de la consideración como penas de las sanciones que anuncia el art. 33.7 CP por parte del TS.

Más adelante expondremos nuestra toma de postura en este debate. Ahora, tras haber expuesto las principales opiniones en esta materia, la cuestión que creemos que deriva de las mismas es por qué el legislador español ha considerado el proceso penal como el más adecuado para dirimir estas cuestiones (partiendo de la base de que se pretende evitar un fraude de etiquetas como el italiano)²³⁹.

Tal como indica SALVÓ, antes de la reforma del CP de 2010, en España ya se habían probado distintas fórmulas para sancionar penalmente a las personas jurídicas, si bien era creciente el número de penalistas que abogaban por crear un sistema de responsabilidad penal para personas jurídicas²⁴⁰. Un claro ejemplo lo encontramos en QUINTERO OLIVARES, quien considera que las críticas que se hicieron a la introducción de un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas en España eran, en su mayor parte, infundadas (aunque admitiendo la coherencia de algunas de ellas), y que el Derecho administrativo no era el adecuado para dar respuesta a estas cuestiones, a pesar de que se hubiera hecho así en otros Estados europeos. En efecto, según este autor, no hubiera sido posible en España la promulgación de una ley administrativa de

²³⁸ A modo de ejemplo, esta postura es defendida por GARCÍA ALBERO, R. / TORRES ROSSELL, N., “Art. 33”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 422 s.; AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., *Penas, medidas*, cit., pp. 43 ss.; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit. (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 25 de mayo de 2019), pp. 60 ss.

²³⁹ De hecho, es de destacar que un sector de la doctrina considere que el único atisbo de “penal” que tienen las sanciones que se pueden imponer a una persona jurídica en este contexto sea, precisamente, el procedimiento a través del cual se resuelven estas cuestiones. Véase, en este sentido, ROBLES PLANAS, R., *Diario La Ley*, nº 7705 (2011).

²⁴⁰ SALVÓ ÍLABEL, N., *Modelos de imputación a personas jurídicas*, cit., pp. 16 s.

responsabilidad de las personas jurídicas que se hubiera tenido que aplicar por parte de los Tribunales penales y, en su opinión, con la previa realización del proceso penal²⁴¹.

En cualquier caso, con el paso del tiempo, el Derecho administrativo sancionador que se debía aplicar en España en los casos de responsabilidad de una persona jurídica en virtud del principio *societas delinquere non potest* se fue diluyendo en favor de la utilización de un proceso penal regido por el CP y la LECrim.

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a por qué se consideró adecuado utilizar la jurisdicción penal para dirimir estas cuestiones parte de la característica diferenciadora de los procesos penales: son considerados, con algunos matices, como los más garantistas para el reo. Dado que el TS ha indicado, como ya hemos citado en reiteradas ocasiones, que los derechos procesales que amparan a una persona física son los mismos que los que se aplican a una jurídica, nuestra conclusión es que se pretende que una persona jurídica goce de las máximas garantías posibles antes de que se le imponga ninguna consecuencia por ciertos hechos, atendiendo al hecho de que una persona física gozaría de esas mismas garantías por esos mismos actos.

Sin embargo, lo cierto es que la decisión final descansa sobre unos principios de política criminal que el legislador no aclara. En este sentido, es de destacar que el apartado VII del Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, expone literalmente que “[s]on numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas”, si bien no indica por qué se interpreta que dicha respuesta sea de naturaleza penal (lo que hubiera sido deseable, puesto que, como se ha visto, estos instrumentos no especifican que la responsabilidad sea *necesariamente* de este tipo). Un claro ejemplo que ilustra esta afirmación lo encontramos en el sistema de penas: en Alemania, donde la responsabilidad es administrativa, se puede interponer la sanción de cierre de la empresa infractora, mientras que esa misma sanción tiene carácter penal en España, a pesar de tener idénticos efectos.

b) Toma de postura

Tras reflexionar sobre los anteriores postulados doctrinales, nos mostramos a favor de considerar que las sanciones que se pueden imponer a una persona jurídica por la

²⁴¹ QUINTERO OLIVARES, G., “La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 41 s.

comisión de un delito sí son verdaderas “penas”, a pesar de que su interposición no puede tener los mismos efectos que en una persona física (si bien sí puede considerarse que tenga una finalidad preventiva) ni puede hacerse consideración alguna acerca de la culpabilidad, por lo que se ha expuesto *supra*. No obstante, consideramos que negar la naturaleza penal de estas sanciones nos situaría ante un “fraude de etiquetas” similar al que tiene el ordenamiento italiano (puesto que, insistimos, son los tribunales penales los que están tramitando estas causas), cosa que, desde la perspectiva estrictamente práctica, parecería apuntar a que el proceso penal no sería el adecuado. En otras palabras: si aceptásemos una interpretación según la cual las mencionadas sanciones no fuesen verdaderas penas²⁴², o bien aceptamos que un tribunal penal interponga sanciones no penales o bien decidimos que deberían ser otros entes (por ejemplo, los pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa, o incluso algún organismo administrativo pre-contencioso) quienes las interpusieran, tal como ha sucedido tradicionalmente dada la vigencia del principio *societas delinquere non potest*²⁴³.

A mayor abundamiento, y en lo que respecta a la vertiente procesal de esta cuestión, partimos de la base de que el Derecho penal protege los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, y sus sanciones, en consecuencia, son las más gravosas (al menos en teoría)²⁴⁴. En consecuencia, es razonable pensar que sea la rama con el proceso más garantista (únicamente igualado por el Derecho administrativo sancionador, en su caso²⁴⁵). No obstante, es posible aplicar esas mismas garantías a un proceso penal en el que el reo no pueda tener culpabilidad por ser una persona jurídica, pero eso no hace que pierda su carácter de “penal” si las consecuencias jurídicas que se

²⁴² Es decir, nos referimos a los postulados que niegan abiertamente que se trate de penas. No incluimos en esta afirmación las posturas doctrinales que, como MIR PUIG, S., RECPC 6-1 (2004), p. 13, califican estas sanciones de “penas”, aunque con distintos matices.

²⁴³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., CIIDPE (2014), cit., p. 1.

²⁴⁴ Si bien se aparta sustancialmente del objeto principal de esta investigación, a pesar de los giros jurisprudenciales en esta materia, la doctrina ha sido prácticamente unánime en este aspecto, que deriva directamente de la tradición jurídica occidental. El mejor ejemplo lo encontramos en BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*. Ed. Maxtor. Valladolid, 2004. En idéntico sentido, más actualmente, FERRAJOLI, L., *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Ed. Trotta. Madrid, 2009, p. 38; HUERTAS DÍAZ, O. / LUGO ARTEAGA, L. / PERDOMO MAEJÍA, M.F., “Entre la minimización y la expansión del Derecho penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo”, *Iusta*, vol. I, nº 44 (2016) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6685111>, consultado el 18 de diciembre de 2020), pp. 46 ss.; GARCÍA PLANAS, G., “El principio de intervención mínima en Derecho penal: ¿realidad o ficción?”, *BRAJLIB*, nº 11 (2010) (en línea, <http://ibdigital.uib.es/>, consultada el 18 de diciembre de 2020), pp. 99 ss.

²⁴⁵ El TC ha indicado que las garantías que deben estar presentes en la imposición de sanciones administrativas son las mismas que deben regir en un proceso penal. Véase al respecto QUINTERO OLIVARES, G., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coord.), *Reforma del Código Penal*, cit., p. 36.

imponen tienen la consideración, *ex art. 33.7 CP*, de penas, y se considera que son las más gravosas posibles para una persona jurídica.

Sin embargo, desde una perspectiva práctica, si aceptamos que una persona jurídica tenga las máximas garantías posibles en un proceso, poco importa que la consideración de la sanción que se le imponga sea una u otra: la repercusión hacia su funcionamiento que tenga el hecho de afrontarla será la misma. Volviendo al ejemplo de antes: si entendemos que la condena al cierre de una empresa, o incluso el pago de una multa, es una sanción administrativa en Alemania y una pena en España, no es porque en nuestro país sea más gravoso cerrar la empresa o pagar la multa, sino porque la persona jurídica que actúa en el mercado mediante esta empresa habrá gozado de la máximas garantías posibles antes de afrontar la sanción. Todo ello, como puede verse, es independiente de si podemos predicar o no la culpabilidad de la entidad, por lo que, en contra de lo que entiende buena parte de la doctrina citada *supra*, no creemos que esta variable deba tenerse en cuenta en una persona jurídica, a pesar de lo que indica el art. 5 CP.

Por todo ello, en conclusión, consideramos que una interpretación *secundum legem* es adecuada en este caso y, por tanto, resulta coherente clasificar como “penas” a las sanciones que pueden afrontar las personas jurídicas por la comisión de delitos, en los términos de los arts. 31 bis CP y concordantes.

4.3.2. Los efectos económicos de las penas para las personas jurídicas. Toma de postura.

a) Cuestiones generales

Partamos ahora de la base de que una persona jurídica que sea considerada responsable penal de un delito será castigada con una pena y no con una mera consecuencia jurídica o sanción administrativa. Reiteramos lo que acabamos de decir en el punto anterior: el debate sobre el nombre concreto que reciba este castigo es irrelevante una vez hemos aceptado que concederemos a la entidad todas las garantías posibles, puesto que lo que verdaderamente le interesará será el impacto sobre su funcionamiento, sobre todo, en cuanto atañe al punto de vista económico.

De hecho, este es uno de los grandes problemas a los que se debe enfrentar el Derecho penal económico. Tal como sugiere PÉREZ GONZÁLEZ, aplicando el modelo teórico de ATIENZA a esta rama de la Ciencia Jurídica, uno de los puntos de vista que se deben

contemplar para su análisis es el teleológico, que nos muestra, en este caso, que la norma penal y la norma económica tienen finalidades distintas, y ello provoca que el Derecho penal no pueda, en ocasiones, procurar eficacia social²⁴⁶.

En este sentido, nos debemos remitir a las conclusiones obtenidas en el Capítulo I de la presente investigación: la economía española no puede permitirse el cierre de más empresas, ni tampoco puede establecer políticas que puedan ahuyentar a la inversión nacional o extranjera. Nuestros niveles de desempleo son de los más altos de la zona OCDE (no sólo de la Unión Europea), por lo que resultaría aconsejable huir del deseo de castigar de la forma más dura posible los incumplimientos normativos, aunque fueran penales²⁴⁷, y valorar si las sanciones que se están aplicando son las proporcionales no sólo teniendo en cuenta los hechos, sino las consecuencias económicas y sociales que pudieran tener.

Podría parecer tentador, dado esto, pensar que a nuestro sistema más le convendría que las sanciones fueran administrativas a que se tratase de verdaderas penas. Sin embargo, la práctica demuestra que es falso pensar que estas sanciones son menos gravosas que las penas. Podemos ver un ejemplo claro en la experiencia italiana: según FOFFANI/PIFARRÉ, en este ordenamiento se ha tendido a un hiperpunitivismo absolutamente desproporcionado en el que no sólo no se ha renunciado al instrumento penal, sino que el sistema sancionador administrativo se ha acumulado a las sanciones penales²⁴⁸.

En el Capítulo II ya se ha analizado la cuestión del daño potencial que nuestro actual sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede causar en la economía española. Sin pretender caer en reiteraciones innecesarias, se ha llegado a la conclusión de que estamos ante un sistema penal que, directa o indirectamente, elimina del

²⁴⁶ PÉREZ GONZÁLEZ, S., “Racionalidad penal-económica y sistemas de cumplimiento como derecho intermedio”, RECPC 20-19 (2018) (en línea, <http://criminnet.ugr.es/>, consultada el 27 de mayo de 2019), p. 24.

²⁴⁷ La Criminología ha tratado ampliamente este concepto. Véase, por todos, GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2005, p. 243.

²⁴⁸ FOFFANI, L. / PIFARRÉ DE MONER, M.J., en *LH-Quintero Olivares*, cit. pp. 627 ss. A mayor abundamiento, estos autores indican cuatro sistemas punitivos distintos que relacionan las posibilidades de tender más hacia el ámbito administrativo o más hacia el penal para resolver los distintos hechos ilícitos que puedan darse, a saber: considerar el ilícito administrativo como una infracción de menor entidad a la penal que, por tanto, merece menor pena (sistema clásico); el sistema de acumulación de sanciones penales y administrativas, que obvia el principio non bis in ídem (por lo que no tendría cabida en el CP español, ni actual ni ningún otro); el de alternatividad entre sanción administrativa y penal; y el de fungibilidad, que es el que impera en Italia para las personas jurídicas y que un sector ha considerado como “fraude de etiquetas” (a lo que FOFFANI/PIFARRÉ se oponen).

mercado a las empresas que se utilizan para delinquir, lo que, entre otros efectos, genera paro, reduce la capacidad de crear riqueza en la sociedad y reduce el consumo privado y la inversión (a la sazón, dos de los principales componentes del PIB de un territorio).

A día de hoy, si bien la realidad es que han sido relativamente pocas las personas jurídicas condenadas por algún delito, podemos empezar a ver los efectos sociales que estas sanciones han tenido. Si tomamos como muestra (a título meramente ejemplificativo) las Sentencias condenatorias que, hasta la fecha, ha interpuesto nuestro TS para personas jurídicas, podemos ver que las penas que se han interpuesto han consistido en multas que han oscilado entre los 10.248 euros (STS 165/2020, 19 mayo) y los 775.633.440 euros (STS 154/2016, 29 febrero), a las que se ha acompañado de otras penas consistentes en la clausura de locales y establecimientos durante dos años (si bien esto sólo ha sucedido en dos ocasiones)²⁴⁹. A estas condenas podríamos añadir, entre otras muchas, la SAN 40/2018, 20 noviembre, que condena a la entidad Development Diagnosis Company, S.L. al pago de una multa de 1.000 euros diarios durante dos años y seis meses (es decir, 900.000 euros, a pesar de que su facturado bruto anual supera por poco el medio millón de euros²⁵⁰) o las múltiples SSAAPP que resuelven asuntos relacionados con la responsabilidad penal de personas jurídicas²⁵¹.

²⁴⁹ Más concretamente, las penas que se han interpuesto han sido las que siguen: SSTS 154/2016, 29 febrero, y 583/2017, 19 julio: Transpinelo, S.L., condenada a multa en ambos casos (el primero, de más de 775 millones de euros y, el segundo, de 72.000 euros) y, además, a la clausura de establecimientos y locales durante dos años.; 583/2017, 19 julio: Investment Trans Africa, S.A., condenada al cierre de establecimientos durante dos años, y Transportes Moreno Ioan, S.L., condenada al pago de multa de 100 euros diarios durante dos años (es decir, 72.000 euros); 742/2018, 7 febrero 2019: Forrajes Aniés, S.L. y Almacenes Aniés, S.L., condenadas al pago de multa de 3.245.753,55 euros cada una; 746/2018, 13 febrero 2019: Áridos de Curro, S.L., condenada la pago de 100.000 euros (téngase en cuenta que su facturado anual normal no superaba los 300.000 euros); 118/2020, 12 marzo: Multivia Negociado y Defensa Administrativa y Jurídica España, S.L., condenada al pago de una multa de 130.737,84 euros (en este caso, no se hizo mención de ninguna imposibilidad de contratar con el sector público, si bien, al tratarse de un delito contra la Hacienda Pública, se le debería haber condenado también a esta pena); 165/2020, 19 mayo: Ferrallas Navacor AB, S.L., condenada al pago de una multa de 10.248 euros más una responsabilidad civil de 6.000 euros; 534/2020, 22 octubre: Management Gesan, S.L.U. y Aplicaciones Tecnológicas Suizas, S.L.U., condenadas meramente como responsables civiles subsidiarias al pago de multas por importe total de 114.957,26 euros.

²⁵⁰ Dato obtenido de la base de datos Infocif, consultada el 13 de agosto de 2020. Cabe matizar, sin embargo, que esta SAN ha sido recurrida ante el TS y actualmente se está a la espera de resolución del recurso.

²⁵¹ Como pueden ser, a modo únicamente de ejemplo, la SAP Lleida 82/2018, 28 febrero, que condena a La Leridana, S.L. al pago de diversas multas por sendos delitos fiscales que ascendían a un total de 935.399,61 euros, o la SAP Las Palmas 49/2018, 12 febrero, que condena a Horprocon Canarias, S.L. al pago de una multa de dos millones de euros, así como a la prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas y gozar de beneficios e incentivos fiscales por un plazo de dos años, la interdicción para contratar con las Administraciones Públicas durante ese mismo período, la suspensión durante un año y medio de las actividades de exportación, importación o comercio de labores de tabaco y, finalmente, la clausura de los establecimientos en los que se realicen estas actividades

Destaca, por el contrario, las condenas a dos entidades deportivas (SAP Barcelona 694/2016, 14 diciembre, y SAP Madrid 545/2018, 16 julio, ambas por un delito contra la Hacienda Pública). En ambos casos, las dos entidades condenadas siguen ejerciendo su actividad con normalidad, si bien podría pensarse que sus ingresos son suficientemente elevados como para hacer frente a las multas que les fueron impuestas (en especial, en el primero de los casos). La idiosincrasia general de estas dos entidades las aparta notablemente del común de personas jurídicas españolas, tengan o no corte empresarial, por lo que no podemos considerarlas ejemplos adecuados de cara a estudiar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto de la economía española.

De una rápida consulta a las bases de datos públicas *Expansión y Empresite*, vemos que, salvo en los casos de La Leridana, S.L., Multivia Negociado y Defensa Administrativa y Jurídica España, S.L. y Ferrallas Navacor AB, S.L., todas las anteriores han pasado a tener un número de trabajadores inferior a diez (a pesar de que algunas, como por ejemplo Transpinelo, S.L., tuviera en su día casi un centenar), o bien han dejado de existir. Como se puede ver, y así se ha insinuado en el Capítulo II de la presente investigación, las multas no guardan proporción con la situación real de la entidad, sino con el delito cometido²⁵².

Particularmente, entendemos esta política punitiva: si asumimos, como hemos hecho hasta ahora, que el hecho delictivo es propio de la persona jurídica, la condena ha de fundamentarse en el hecho en sí, no en las características de la persona que lo haya cometido. En este sentido, por poner un ejemplo, tan grave es una defraudación tributaria de 200.000 euros cometida por una empresa de ocho trabajadores como la misma defraudación por el mismo importe cometida por otra de ochocientos empleados: en ambos casos, tanto el bien jurídico protegido como el ataque que recibe es el mismo, por lo que es razonable suponer que la condena también lo sea.

No obstante, este argumento peca de ser bastante simplista, y algunos postulados dogmáticos lo matizan. Por ejemplo, MORALES PRATS propone que la pena para la

²⁵² Esta afirmación requiere de una clarificación: sí es cierto que, en algunos casos, la multa que se puede imponer es por cuotas, y ésta se puede graduar entre los 30 y los 5.000 euros diarios. No obstante, ni esta posibilidad afecta a todos los delitos ni las demás penas posibles presentan rasgos similares en la práctica, puesto que el criterio de imponer penas restrictivas durante más o menos de dos años en función de si se es o no reincidente no tiene mayor relevancia: antes de los dos años sin actividad o sin presencia, la mayor parte de las empresas han desaparecido irreversiblemente del mercado.

persona jurídica se hubiera debido imponer en su mitad inferior en los casos en los que la persona física autora hubiera sido una de las referidas en el apartado b) del art. 31 bis.1 CP, manteniendo intactos los demás criterios de modulación del art. 66 bis.1 CP²⁵³. Este autor se muestra de acuerdo con las demás previsiones de determinación de la pena y su extensión, sugiriendo que es plausible tener “*en cuenta en la adopción de estas decisiones judiciales las consecuencias económicas, sociales y laborales, que pueden comportar las sanciones, de manera que quede preservado en la medida de lo posible el principio de íntegra preservación de los intereses legítimos en juego*”²⁵⁴. Nos mostramos plenamente de acuerdo en la necesidad de modular ya no sólo las sanciones, sino todo el sistema sancionador para las personas jurídicas, teniendo en cuenta criterios extrapenales (sobre todo, los costes socioeconómicos), y compartimos también la opinión de MORALES PRATS acerca de que el legislador hubiera debido ser más explícito en el momento de prever medidas tendentes a evitar perjuicios sociales y económicos.

En un sentido similar, un importante sector doctrinal añade que estas condenas pueden generar “costes reputacionales” a las empresas que las reciben²⁵⁵. En efecto, estos autores tienen razón en enfatizar una cuestión que trasciende del ámbito de lo jurídico y que, en muchas ocasiones, es aún más importante, si cabe, que la condena principal: la reputación que una determinada entidad, muy especialmente si se trata de una empresa, tiene en el ámbito en el que opera hace que los demás actores del mismo tengan una predisposición mayor o menor a interactuar con ella, y es frecuente que una mera sospecha, aunque ni siquiera haya sido confirmada, produzca efectos negativos sobre la entidad cuestionada (bloques comerciales, pérdida de contratos con terceros, caída en el valor de sus acciones...) ²⁵⁶.

²⁵³ MORALES PRATS, F., “Art. 66 bis” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 542 s. En contra, GIL NOBAJAS, M.S., “Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas”, en LANDA GOROSTIZA, J.M. (Dir.) / GARRO CARRERA, E. / ORTUBAY FUENTES, M. (Coords.), *Prisión y alternativas*, cit., p. 302. Esta autora afirma, con razón, que, en los casos en los que hay una delegación de funciones, la mayor posición jerárquica no suele coincidir con una mayor relevancia en el incumplimiento, puesto que el deber genérico de vigilancia que ostenta el delegante sobre el delegado deviene cada vez más general cuanto mayor rango alcanza la jerarquía.

²⁵⁴ MORALES PRATS, F., “Art. 66 bis” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 544.

²⁵⁵ Por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., “Art. 31 bis”, en CORCOY BIDASOLO, M.L. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 133.

²⁵⁶ Coincidente, RAYÓN BALLESTEROS, M.C. / PÉREZ GARCÍA, M., “Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso”, *AJEE*, nº 51 (2018) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 1 de junio de 2019), p. 216.

b) Excurso: los efectos de las sanciones en la contabilidad de una organización

A los efectos de dar a esta explicación un enfoque práctico, antes de continuar debemos hacer hincapié en una de las consecuencias de interponer una sanción a una persona jurídica: sus efectos en la contabilidad²⁵⁷. Como es natural, esto afecta mucho más a las personas jurídicas de corte empresarial que a las demás, por lo que los ejemplos que se pondrán harán referencia a éstas.

Para ello, debemos remitirnos a la normativa contable actualmente vigente, esto es, los Reales Decretos 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, y 1515/2007, de igual fecha, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas. Ambos incluyen un “Cuadro de Cuentas”, es decir, una relación de los distintos conceptos que integran la contabilidad de una empresa, y los diferentes modelos de Cuentas Anuales (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, Estado de Flujos de Efectivo...), dándose la situación de que el legislador, a modo de indicación, coloca en estos modelos cada una de las Cuentas anteriores en el lugar en el que deberían ir para que la contabilidad estuviera bien hecha.

En el caso de las sanciones, la cuenta correspondiente es la 678 (gastos excepcionales), según indican ambos Reales Decretos. No obstante, esta Cuenta aparece en el Cuadro, pero no en los modelos de Cuentas. Ello se debe a que el resultado contable del ejercicio, bajo el prisma de esta regulación, es únicamente el resultado operativo, que no tiene en cuenta las diferentes sanciones que se puedan imponer a una entidad durante el ejercicio contable correspondiente. Para una correcta contabilización de una pena a una persona jurídica, debería atenderse a la naturaleza concreta del delito por el que recae la misma, y trasladar el saldo correspondiente de la cuenta 678 a otra distinta (también de las del grupo 6, puesto que son las que reflejan los “gastos”) que tuviera relación con dicho delito²⁵⁸.

²⁵⁷ Agradezco las aportaciones y explicaciones que me han facilitado para elaborar este epígrafe el Señor D. Jacinto ALCAIDE SÁNCHEZ, antiguo responsable de contabilidad de Aldi Supermercados, S.L., y la Señora D^a. Sonia SANZ DE LA CRUZ, directora del departamento de administración de la misma sociedad.

²⁵⁸ En esta línea, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), Manual de Formación Continuada, nº 49 (2009). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 187 ss., califica las

Sin embargo, resulta una práctica habitual en las empresas mantener la cuenta 678, aparte de estas redistribuciones, puesto que, al no ser las sanciones gastos fiscalmente deducibles a los efectos del pago del Impuesto sobre Sociedades, en el momento de calcular el importe de dicho impuesto se suma al resultado contable obtenido (junto con los demás conceptos que, en su caso, se requiriesen). En otros casos, una opción es redirigir el saldo de la cuenta 678 al apartado de “Otros Resultados” (dentro del resultado de explotación de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias), teniéndolo igualmente en cuenta a la hora de calcular el Impuesto sobre Sociedades correspondiente.

Pongamos un ejemplo: el caso de una multa penal por un delito fiscal cometido en una empresa dedicada a la fabricación e instalación de mamparas de baño. En este caso, la sanción afectaría a los gastos relacionados con tributos (según se desprende de la norma número 141 de ambos Planes Generales de Contabilidad). No se trata de un cambio de cuenta como tal, sino que, mediante las anotaciones practicadas en el Libro Mayor, se ha de llevar a cabo una redistribución del saldo y colocar el resultado final en las Cuentas Anuales, según corresponda. Podría pensarse, como objeción, qué sucede con los delitos no relacionados con la actividad de la empresa que, por tanto, no pudieran verse reflejados en ninguna cuenta (por ejemplo, si se cometiera un delito de prostitución, que nada tiene que ver con la actividad). No obstante, la respuesta yace en la misma pregunta: si el delito no está relacionado con la actividad de la empresa, difícilmente se podrá entender que se ha cometido en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica, sino que el sujeto activo estará actuando por su propia cuenta, aunque fuese en las instalaciones de la empresa. Por tanto, no cabría la imputación de la jurídica por un hecho no relacionado con su actividad. Este inciso es importante en la práctica, puesto que puede servir como guía en el análisis de riesgos que se debe ejecutar en un PCN.

c) Toma de postura

Tal como muestra el brevísimo repaso jurisprudencial que se ha expuesto *supra*, junto con la demás jurisprudencia que se ha mencionado a lo largo de la presente investigación, las penas que se interponen a las personas jurídicas son proporcionadas al hecho, pero no guardan ninguna relación con el tamaño o las características de la organización condenada. Sin embargo, un dato curioso es que, según parece, el propio TS (junto con el resto de organismos judiciales) ha ido modulando ligeramente las penas que interpone: lejos quedan los casi 800 millones de euros que interpuso la SAN 28/2014, 17 noviembre, confirmada en su mayor parte por la posterior STS 154/2016, 29 febrero, si bien las concretas circunstancias del hecho, al tratarse de una multa proporcional, justificaban esa cifra. Las multas que se interponen en la actualidad son de cantidades muy inferiores, si bien no por ello resultan menos perjudiciales para las

sanciones impuestas a una persona jurídica como un coste, y que aumentar su magnitud o la probabilidad de incurrir en él supone una mayor disuasión, lo que revierte en una mayor eficacia preventiva.

entidades infractoras, puesto que sus pequeñas dimensiones o su volumen de facturado hacen que, en la práctica totalidad de los casos, como se ha visto, estas entidades deban desaparecer del mercado. Y, como también se ha ido repitiendo, ello genera paro en personas que pudieran no tener ninguna relación con el delito en sí, con el consiguiente perjuicio hacia ellas mismas y hacia la economía en general.

El legislador, según parece, ha elaborado la regulación en esta materia sobre la base de la microeconomía neoclásica, que establece que una empresa es una “caja negra” en la que entran *inputs*, salen *outputs* y su objetivo es maximizar beneficios²⁵⁹. No obstante, ni todas las personas jurídicas son empresas (aunque la legislación parezca que se ha hecho pensando en ellas) ni éstas son “cajas negras”: una empresa es el conjunto organizado de todos los trabajadores que la componen, cada uno de ellos con sus propias funciones y deberes, y el hecho de que su estructura pueda ser utilizada para la comisión de delitos no significa que ese conjunto de personas deba sufrir, individualmente, las consecuencias en el terreno personal y familiar que supone la interposición de cualquiera de las penas posibles a la organización de la que forman parte. En cierto modo, opinamos que la filosofía que inspira el propio principio de personalidad de la pena, aplicada a este contexto, nos podría hacer dudar de la adecuación jurídica de esta regulación²⁶⁰.

Por tanto, deberíamos valorar si todas las penas son verdaderamente necesarias para la finalidad preventiva que se pretende conseguir con ellas. En este sentido, nos mostramos plenamente de acuerdo con BAUCELLS LLADÓS cuando propone diseñar mecanismos de control extrapenal más eficaces si lo que se pretende es generar un efecto preventivo general²⁶¹, así como modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas, tanto sustantivos como materiales, que permitan asegurar la imposición de penas.. Este autor afirma que, para garantizar la efectividad del sistema, se requiere la implantación de medidas procesales y legales, entre otras, previas al Derecho penal. No obstante, opina que el criterio que se debería seguir para la interposición de una pena es el de la prevención especial, no general, lo que implica que tanto el abanico de penas

²⁵⁹ Para un mayor detalle de este concepto, que ya ha sido ampliamente superado por otras teorías actuales sobre gestión de equipos, véase GANDLGRUBER BAUER, B., “Abrir la caja negra: teorías de la empresa en la economía institucional”, *Análisis económico* (vol. XIX), nº 41 (2004) (en línea, <http://laisumedu.org/>, consultada el 21 de junio de 2019).

²⁶⁰ En contra, NIETO MARTÍN, A., *Política criminal* (vol. 5), nº 9 (2010), p. 6. Este autor destaca que esta crítica es rebatible, puesto que “*todas las sanciones tienen efectos colaterales sobre terceros inocentes*”.

²⁶¹ Véase la toma de postura que hemos expuesto *supra* respecto del Derecho penal puramente preventivo en este ámbito.

como el margen de discrecionalidad para imponerlas deben ser amplios, y que la finalidad última debe ser la resocialización de la persona jurídica (entendiendo por tal, en este contexto, la posibilidad de que ésta siga operando en el mercado sin cometer ningún delito)²⁶².

En este contexto, BAUCELLS, tras hacerse eco de las críticas doctrinales acerca de la laxitud de la pena de multa (que, como hemos indicado, no compartimos en absoluto²⁶³), se muestra favorable al establecimiento de las demás penas del catálogo del art. 33.7 CP, aun reconociendo que ciertos postulados (a los que tilda de “economicistas radicales”) consideran que son perjudiciales para los intereses económicos y para los trabajadores²⁶⁴. No obstante, lo cierto es que, según un sector de la doctrina, el legislador sí es consciente de estos efectos colaterales dañinos, lo que justifica, según GUTIÉRREZ MUÑOZ, las cautelas que se deben observar antes de imponer ninguna de las sanciones distintas de la multa²⁶⁵.

En nuestra opinión, toda cautela queda más que justificada, puesto que los costes sociales pueden ser muy elevados. Es comprensible que si una determinada entidad se utiliza como plataforma para cometer delitos, aunque su finalidad lícita sea más importante que la ilícita, se acabe por cerrar para prevenir la continuidad delictiva. No obstante, cuanto mayor es la estructura, mayor es la especialización funcional de los miembros que la componen, lo que implica un mayor desconocimiento de las actividades que ejercen unos u otros. Por poner un ejemplo simple, en el caso de la STS 154/2016, 29 febrero, el administrador de Transpinelo, S.L. era quien verdaderamente gestionaba el negocio ilegal, pero el contable de la empresa, por ejemplo, o un mozo de almacén, si lo hubiera, difícilmente sabrían que la maquinaria retornaba de Venezuela cargada de droga; a pesar de ello, ya se ha visto que, en la actualidad, ni el mozo ni el contable conservan su puesto de trabajo.

²⁶² BAUCELLS LLADÓS, J., REPC, nº 33 (2013), pp. 181 ss.

²⁶³ La pena de multa que impone el CP español para las personas jurídicas ha sido criticada, entre otros factores, por no ajustarse a la realidad de la organización a la que se imponga y por tener un máximo más bajo que el que se establece en otros ordenamientos. Si bien compartimos que la multa debería adecuarse a la realidad de cada institución, discrepamos con que el máximo de 5.000 euros diarios durante cinco años sea una multa máxima baja: ciertas empresas de renombre nacional e internacional sin duda pueden abonar una sanción de esta cantidad sin dificultades, pero, como se ha visto, estas no son representativas de la economía española, sino que constituyen supuestos más que excepcionales que tienen una participación relativa ínfima en el total.

²⁶⁴ BAUCELLS LLADÓS, J., REPC, nº 33 (2013), p. 203.

²⁶⁵ GUTIÉRREZ MUÑOZ, C., *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 296.

Por todo ello, en nuestra opinión, una solución que permita condenar a la persona jurídica sin llegar a disolverla (salvo que se hubiese decretado esta pena concreta, lo que coincidimos con BAUCELLS en que sucederá en muy pocos casos²⁶⁶) sería o bien la de mantener únicamente dos condenas que se interpusiesen simultáneamente (esto es, la multa y la intervención judicial), o bien mantener el catálogo de penas existente, pero potenciando la intervención judicial de tal modo que minimizase al máximo los efectos negativos para terceros de dichas sanciones. Consideramos que una pena interdictiva²⁶⁷ tiene innumerables ventajas desde un punto de vista de política criminal, aunque presenta inconvenientes sociales y económicos demasiado importantes como para que una economía como la española las pueda soportar si no hay ninguna institución detrás destinada a la minimización de los perjuicios a terceros que se pudieran derivar. Una multa, por otro lado, por elevada que fuese, no tendría por qué suponer el cierre de la institución si ésta pasara a estar administrada por un tercero que velase, precisamente, para que el pago se efectuase de forma íntegra y sin perjudicar a los trabajadores ni a otras terceras partes (fundamentalmente, acreedores y proveedores).

4.3.3. Necesidad de un desarrollo de la pena de intervención judicial de la persona jurídica

a) Visión general de la intervención judicial en España

La introducción de la posibilidad de intervenir judicialmente a una persona jurídica en España en el contexto del Derecho penal no es, en modo alguno, ninguna novedad: el art. 129 CP, desde su redacción original (y, de hecho, también en algunas de las propuestas que se fueron sucediendo en los diferentes Proyectos de CP desde 1980) ya incluía esta intervención como una “consecuencia accesoria”, a pesar de que la doctrina se mostrase ciertamente desconcertada ante la inclusión de estas figuras. De hecho, el

²⁶⁶ BAUCELLS LLADÓS, J., REPC, nº 33 (2013), p. 212. Este autor vaticina que, al igual que en Francia, la pena de disolución de la persona jurídica nunca se llegará a imponer de manera efectiva. Si bien, posteriormente a la publicación de artículo, la AN sí condenó a una persona jurídica a disolverse (precisamente, Transpino, S.L.), la STS 583/2017, 19 julio, casó la sentencia y sustituyó esta pena por la de clausura de locales durante dos años, consideramos que el criterio de este autor es acertado, y que esta pena se interpondrá en pocas ocasiones. No obstante, lo cierto es que, en la práctica, una empresa que clausure sus locales durante dos años está abocada a disolverse en breve, por lo que los efectos finales son equivalentes).

²⁶⁷ Seguimos, en este punto, la clasificación de las penas entre pecuniarias (la multa) e interdictivas (todas las demás) que parece haber aceptado la doctrina mayoritaria. Véase GÓMEZ MARTÍN, V., en LANDA GOROSTIZA, J.M. (Dir.) / GARRO CARRERA, E. / ORTUBAY FUENTES, M. (Coords.), *Prisión y alternativas*, cit., p. 279.

desarrollo jurisprudencial de este artículo no llegó hasta pasada la Reforma del CP de 2003²⁶⁸.

Cuando la Reforma del CP de 2010 incluyó esta figura como pena para las personas jurídicas, las críticas no se hicieron esperar. Destaca, por ejemplo, el *Dictamen del Consejo de Estado de 29 de octubre de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (número de expediente: 1404/2009). Este Dictamen indica que la configuración como pena de la intervención judicial, o como medida de duración determinada, no presenta la misma flexibilidad que se observaría si se tratase de una medida de seguridad, y aconseja una restricción expresa del ámbito de aplicación del art. 129 CP al establecer, en su opinión, un doble sistema de consecuencias para personas jurídicas. El Consejo de Estado concluye que esta pena, al estar enfocada a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y los acreedores, puede ser de mejor aplicación en una persona jurídica que en una entidad sin personalidad como las que se refiere el art. 129 CP²⁶⁹.

Doctrinalmente, GARCÍA ALBERO / TORRES ROSELL coinciden en la idoneidad para salvaguardar los derechos de trabajadores y acreedores de la entidad, señalando que esta intervención puede abarcar la totalidad de la institución o únicamente una o varias secciones. Estos autores indican que la posibilidad de modificación o de suspensión de esta pena, que requiere un informe previo del interventor y de la Fiscalía, “*se establece en términos muy amplios, sin exigirse un período mínimo de sometimiento de la persona jurídica al control del interventor y sin determinarse los requisitos mínimos para suspender la intervención, entre los cuales, deberían contemplarse, por lo menos, la falta de riesgo para los trabajadores o los acreedores*”²⁷⁰. Asimismo, DOPICO GÓMEZ-ALLER considera que la finalidad preventiva-especial de esta pena es evidente, por lo que se debería potenciar como una de las principales penas interdictivas. Este autor destaca que la introducción en una empresa de alguien con facultades para intervenir en su dirección (o, si más no, para supervisarla y vigilarla) permite modular la injerencia correctora sobre una organización cuando haya probabilidades de que continúe ejerciendo actividades delictivas, si bien no pone en riesgo de manera

²⁶⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., CIIDPE (2014), cit., pp. 5 s.

²⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen del Consejo de Estado de 29 de octubre de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 4 de junio de 2019).

²⁷⁰ GARCÍA ALBERO, R. / TORRES ROSELL, N., “Art. 33”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 426.

innecesaria los puestos de trabajo o los acuerdos con terceros que pudiera haber²⁷¹. Por su parte, ROCA AGAPITO opina que esta sanción, más que una pena para la persona jurídica, es una garantía para trabajadores y acreedores, y para el pago de la multa. Este autor se muestra bastante crítico con la falta de regulación de esta pena, tildándola “*casi como una sanción en blanco*”, e indica que la remisión reglamentaria contenida al final del art. 33.7 CP no subsana este punto²⁷².

Desde una perspectiva más práctica, DOLZ-LAGO recuerda que el precedente más cercano a esta pena es la intervención administrativa que se podía imponer a las personas jurídicas que cometiesen un delito ecológico. Este autor, citando a HERNANDO DELGADO, indica que el régimen de intervención administrativa se debía regir por la normativa de aplicación, que empezaba por el art. 128 CE y continuaba con la distinción entre dos bloques jurídicos: “*las situaciones que se producen dentro de determinados ordenamientos sectoriales en los que actúan poderes y atribuciones propios de las relaciones de supremacía especial, y, por otro lado, se configura un sistema de características más generales en que los planteamientos trascienden al ámbito de las relaciones de supremacía general*”²⁷³. No obstante, este autor señala que, en la actualidad, el régimen no es administrativo, sino exclusivamente penal, y los detalles sobre su interposición se deberán fijar por auto judicial a pesar de su escasa regulación. A modo de propuesta, este autor se muestra de acuerdo con el sector doctrinal que sugiere que la regulación podría ser similar a la de la administración concursal²⁷⁴. Más adelante volveremos sobre esta idea.

En cuanto a la postura del Ministerio Fiscal, la explicación de esta pena que se ofrece en la Circular 12011, de 1 de junio, llama la atención por ser particularmente escasa de contenido. De hecho, el único inciso relevante que aporta, más allá de lo dicho por los autores que se acaban de referenciar, es que se deban tener en cuenta las disposiciones

²⁷¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “La responsabilidad de las personas jurídicas”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico*, cit., p. 155.

²⁷² ROCA AGAPITO, L., “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 399 ss.

²⁷³ DOLZ LAGO, M.J., “Apuntes sobre las penas con dimensión laboral en el régimen español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *LH-Maza Martín*, cit., pp. 104 ss. Este autor señala el complejo entramado normativo que se debía seguir, basado, fundamentalmente, en la abundante normativa sectorial de aplicación.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 107.

legales en materia de la Oficina de Recuperación de Activos en determinada infracciones, si bien no especifica cuáles²⁷⁵.

Finalmente, desde un punto de vista jurisprudencial, si bien, como hemos indicado, son escasos los pronunciamientos en esta materia que resulten de aplicación al caso²⁷⁶, podemos destacar que el TS ha señalado que únicamente se podrá interponer esta pena a las personas jurídicas verdaderamente funcionales, excluyendo a las sociedades pantalla²⁷⁷.

b) Intervención judicial en Derecho Comparado

Tras conocer brevemente la situación en España de la intervención judicial de una empresa, veamos ahora la regulación que se da en otros ordenamientos. Para ello, nos basaremos en la muestra de países utilizara *supra*, por ser los que tienen un sistema económico más comparable al nuestro. Ello no obstante, cabe advertir que, en Europa, son muy escasos los ordenamientos que contemplan esta medida como posible pena. De hecho, ninguna norma alemana²⁷⁸ ni italiana hacen referencia a ninguna suerte de “intervención judicial” de las empresas, por lo que únicamente nos quedan dos ejemplos: Francia y Portugal.

Repasemos primero el Derecho francés. En este caso, el art. 131-39 del Código Penal galo pauta la “vigilancia judicial” como una de las posibles penas, allá donde esta norma lo indique expresamente, con una duración máxima de cinco años. Esta pena no se podrá imponer a las personas jurídicas de derecho público, a los partidos políticos ni

²⁷⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, cit., pp. 69 s.

²⁷⁶ Sobre el por qué, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *InDret* 2/2006 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 10 de junio de 2019), pp. 10 ss. Este autor sugiere que no se puede llevar a cabo el cambio cultural que se requiere para implementar las medidas cautelares (en general, no sólo la intervención judicial) en un sistema penal como el nuestro en base a unos pocos artículos del CP. SILVA hace esta reflexión basándose en la ausencia de cultura sobre responsabilidad penal de personas jurídicas que había en el momento en el que se hizo el trabajo citado, por lo que también señala como posible causa la ausencia de criterios materiales para la imputación de “responsabilidad” a personas jurídicas. Además, otra causa es la gravedad y la afectación para la actividad socioeconómica que suponen las medidas cautelares, lo que sugiere que su aplicación sea “*prudentermente excepcional*” (p. 12).

²⁷⁷ Por todas, SSTS 108/2019, 5 marzo, FJ 7; 154/2016, 29 febrero, FJ 8.

²⁷⁸ Téngase en cuenta, no obstante, que en este país ha habido algunas propuestas al respecto, de entre las que cabe destacar las de Bernd SCHÜNEMANN sobre la “curatela empresarial” como medida que se pueda adoptar si un directivo comete un delito y existe peligro de continuidad delictiva. Dicho curador podría ser tanto una persona física como una jurídica (en línea, <http://www.uchile.cl/>, consultada el 10 de junio de 2019).

a los sindicatos profesionales²⁷⁹. La existencia de esta posible pena ha sido criticada por la doctrina, hasta el punto en que un sector ha considerado la opción de suprimirla²⁸⁰.

Destaca también de este ordenamiento que, ex art. 131-46 de esta norma, la condena a “vigilancia judicial” conllevará la designación de un interventor cuyas funciones, que sólo podrán afectar a la actividad en cuyo ejercicio se haya cometido la infracción, las establecerá el órgano judicial de que se trate. Este interventor deberá informar al juzgado sobre el cumplimiento de sus funciones, al menos, cada seis meses, tras lo cual éste organismo decidirá si se mantiene la situación de vigilancia, si se debe imponer una nueva pena o si se ha de relevar a la persona jurídica de la medida de sometimiento a vigilancia.

El otro ejemplo lo encontramos en el CP portugués (en concreto, en el art. 90º E), ostentando la calidad de “sanción sustitutiva de la multa”²⁸¹. En este caso, esta norma dispone que la “vigilancia judicial” pueda imponerse como sustitutivo de la multa, siempre que ésta fuese inferior a 600 días. No obstante, el organismo judicial puede decidir interponer la pena de multa, revocando la de vigilancia, si la organización condenada comete un nuevo crimen, siempre que ello evidencie que la finalidad de la vigilancia no se pudo alcanzar.

Esta vigilancia se llevará a cabo por un representante judicial durante un plazo de uno a cinco años, se limitará al control de la actividad que determinó la condena (aunque sin tener poderes de gestión de la persona jurídica o entidad asimilada). Al igual que sucede en Francia, el representante judicial debe informar al tribunal de la evolución de la actividad de la organización cada seis meses (o, en su caso, siempre que lo considere necesario).

Por último, por ampliar la muestra, podemos repasar alguno de los ejemplos que encontramos en el Derecho penal sudamericano, aunque con las mencionadas cautelas por cuanto respecta a su economía. Si nos centramos en el caso de República Dominicana, por ejemplo, la cuestión está regulada en la Ley 448-06, Soborno en el Comercio y la Inversión. En este caso, vemos que una de las posibles condenas que se pueden imponer a una persona jurídica que haya cometido el delito de soborno es la

²⁷⁹ POELEMANS, M., Eguzkilore, nº 28 (2014), p. 122.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 123.

²⁸¹ BRANDÃO, N. / JESUS, S., Eguzkilore, nº 28 (2014), pp 134 s.

intervención, que podrá durar de dos a cinco años (o de cinco a diez, si es reincidente), además de la correspondiente multa. Destaca que, en este país, la intervención es una pena alternativa a la de cierre temporal²⁸².

Otro ejemplo lo vemos en Perú: en este país vemos que el art. 105 de su CP pauta que la intervención judicial de las empresas es una consecuencia accesoria (que no “pena”, puesto que Perú no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas) que se interpondrá a las personas jurídicas, durante un plazo máximo de dos años, siempre que se haya interpuesto alguna de las otras que prevé el mismo artículo, en aras de salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la entidad. Las otras medidas a las que se refiere este artículo son las siguientes: clausura de sus locales o establecimientos (con carácter temporal o definitivo), disolución y liquidación de la persona jurídica, suspensión de las actividades de la misma, o prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito²⁸³. Algo parecido sucede en Nicaragua, *ex art.* 113 de su CP, con la única diferencia de que, en este caso, la duración máxima de la consecuencia accesoria es de cinco años, y se podrá aplicar con independencia de que se interpongan o no otras consecuencias²⁸⁴. Como puede verse, en ambos casos el catálogo de sanciones es relativamente similar al español, con la notable excepción de la multa. Podemos concluir que se trata de dos regímenes bastante similares al que recogían los arts. 129 y concordantes de nuestro CP antes de la reforma de 2010.

En conclusión, de este brevísimo ejercicio de Derecho comparado podemos entender que la intervención judicial no es un instrumento de amplia utilización en otros ordenamientos, si bien aquellos que lo utilizan mantienen la misma filosofía: garantizar que otra pena interpuesta (fundamentalmente, la multa) provoque una situación tan grave a la persona jurídica que le impida cumplir con sus demás obligaciones económicas. En opinión propia, una hipotética regulación española debería incluir algunas de estas consideraciones: singularmente, los reportes semestrales al organismo juzgador nos parecen una buena medida de vigilancia y control del cumplimiento de las penas, y vemos positivo que cada seis meses se valore la idoneidad de continuar o no con esta intervención. Asimismo, una interposición automática de esta sanción cada vez

²⁸² OCDE, *La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en américa latina* (2015) (en línea, <https://www.oas.org/>, consultada el 17 de junio de 2019), p. 25.

²⁸³ <http://spij.minjus.gob.pe/>, consultado el 10 de junio de 2019, pp. 86 s.

²⁸⁴ OCDE, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, cit., p. 24.

que se condenase a una persona jurídica nos parece positiva en algunos casos, puesto que, como se ha visto, las condenas suelen acarrear fuertes impactos económicos a las organizaciones que producen efectos sociales negativos que se deben evitar. Eso sí, consideramos que este automatismo se debería ceñir a aquellos supuestos en los que la persona física autora fuese alguna de las referidas en la letra a) del art. 31 bis.1 CP, dada la teoría de la identificación en los términos que hemos expuesto *supra*, dejando para una valoración caso por caso la pertinencia de su interposición si el autor fuese algunos de los referidos en la letra b).

No obstante, discrepamos con el criterio portugués de sustituir la multa por esta intervención, sea cual sea su duración: si la finalidad de la misma ha de ser, precisamente, garantizar una continuidad en el funcionamiento de la entidad en el ámbito económico a pesar de las dificultades que previsiblemente encarará tras la condena a una multa, creemos que una simple vigilancia que sustituya a la multa desnaturaliza la finalidad de esta medida.

c) Comparativa con la administración concursal

c.1. Algunas notas conceptuales de *lege lata* sobre la administración concursal

Tal como se ha visto *supra*, un sector de la doctrina compara la figura de la intervención judicial con la administración concursal. Analicemos, pues, esta cuestión. En este caso, debemos remitirnos al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (LC en adelante) y, ciertos puntos, aunque únicamente a efectos interpretativos, a la anterior Ley Concursal (ley 22/2003, de 9 de julio), que es la que regula esta materia. Nótese que, en sede de comparación de estas dos normas, la Exposición de Motivos de la norma actualmente vigente indica que el mandato del legislador era el de refundir la normativa ya existente, lo que ha supuesto una tarea de sistematización y aclaración, pero con pocas alteraciones del texto original. Entrando en el contenido material de esta norma, las principales notas que definen los concursos de acreedores desde el punto de vista de lo que interesa a esta investigación son las siguientes: la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor (destacando, en este contexto, una persona jurídica) que se halle en situación de insolvencia actual o inminente, siempre que no sea de derecho público (arts. 1-2 LC). El concurso podrá ser solicitado por el propio deudor o por cualquiera de sus acreedores.

Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación (art 3 LC).

Destaca, también, la posible intervención del Ministerio Fiscal en la apertura del concurso, *ex art. 4 LC*. El inciso primero de este artículo (esto es, la referencia a los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico) puede resultar tanto un punto de apoyo como uno en contra de la relación con el paralelismo, al que nos referiremos luego, entre esta figura y la pena de intervención judicial: el motivo es que, si bien es cierto que buena parte de los delitos tienen como bien jurídico protegido el patrimonio y/o el orden socioeconómico, no todos protegen estas dos cuestiones (prostitución, descubrimiento y revelación de secretos...), a pesar de lo cual podrían generar igualmente responsabilidad penal en una persona jurídica. Consideramos que una hipotética regulación de la figura de la intervención judicial en España en el contexto aquí considerado debería incluir una posibilidad más amplia: en este sentido, la Fiscalía debería poderla solicitar como pena para cualquiera de los delitos por los que una persona jurídica pueda responder, con independencia del bien jurídico protegido.

En lo tocante a la figura de la administración concursal, recogida en los arts. 57-104 LC (y, a efectos interpretativos, en los arts. 26-39 de la antigua LC), aunque con múltiples referencias a lo largo del articulado de la ley, puede tratarse de una persona física o jurídica que debe constar inscrita en el Registro Público Concursal territorialmente correspondiente. El art. 61 LC se remite a un reglamento que determine los requisitos necesarios para ser administrador, al igual que hacía la anterior LC. Sin embargo, según expone SHAW MORCILLO en relación con la Ley 22/2003, de 9 de julio (aunque es una observación que resulta aplicable con la legislación vigente), dicha norma ni existe en la actualidad ni está proyectada. No obstante, la praxis muestra que en los casos en los que la administración concursal esté formada por un solo administrador, éste debe ser un abogado, economista, auditor o titulado mercantil con, al menos, cinco años de experiencia y formación acreditada en Derecho concursal. También puede nombrarse a una persona jurídica en la que al menos uno de sus integrantes reúna este perfil, siempre que se garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de estas funciones. Asimismo, como requisito formal, todos los administradores concursales

(sean personas físicas o jurídicas) deben constar en un listado que anualmente elaboran los decanatos de los juzgados competentes²⁸⁵.

Por otro lado, el art. 64 LC establece distintos motivos de incapacidad para ser administrador concursal, a saber: no poder ser administrador de Sociedades Anónimas o de Sociedades de Responsabilidad Limitada; haber prestado servicios profesionales al deudor o a quienes estén particularmente relacionados con éste en los tres últimos años; estar especialmente relacionado con alguna de éstas personas; y encontrarse en alguna de las situaciones de incompatibilidad a las que se refiere la legislación en materia de auditoría de cuentas²⁸⁶. Asimismo, tampoco podrán ser nombrados administradores concursales quienes lo hayan sido tres veces en dos años por parte de un mismo juzgado (salvo que no hubiera más abogados disponibles), quienes hayan sido separados del cargo de administrador concursal en los tres años anteriores o estén inhabilitados por aplicación de las disposiciones de la LC o quienes estén vinculados personal o profesionalmente entre sí (salvo que se trate de personas jurídicas inscritas en el Registro).

El cargo de administrador concursal será retribuido mediante un arancel de cuantía variable que no podrá exceder de 1.500.000 euros, salvo que el juez lo apruebe dada la complejidad del concurso (art. 34 de la antigua LC, en vigor mientras no se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre). La fecha del vencimiento del crédito contra la masa será la de prestación efectiva de los servicios, no la de la aceptación del cargo (STS 392/2016, 8 junio, FJ 2).

En cuanto al ejercicio de sus funciones, el art. 80 LC indica que se deberán ejercer de manera diligente, tomándose las decisiones de forma mancomunada en caso de que

²⁸⁵ SHAW MORCILLO, L., “La administración concursal”, en CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. / SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 374.

²⁸⁶ La antigua LC explicitaba que esta incompatibilidad era la reflejada en el art. 13 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (a pesar de estar inscritos en el Registro Público Concursal). Si bien esta ley está derogada, un sector de la doctrina, con el que coincidimos, opinaba que la referencia seguía manteniendo su vigor. De hecho, consideramos que con la actual LC tiene sentido mantener esta remisión, por indicar un listado detallado de situaciones concretas que pueden generar esta incompatibilidad. Véase, en este sentido, SHAW MORCILLO, L., en CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. / SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.), *El derecho a la insolvencia*, cit., p. 377. Compartimos esta interpretación, puesto que la remisión se hace a un artículo determinado, no a toda una ley, y el objeto de la norma en sí es distinto, a pesar de que se utilicen las mismas causas como incompatibilidades en uno y otro caso.

haya dos miembros en la administración concursal (resolviendo el juez en caso de disconformidad). Todas las decisiones y acuerdos que no sean de mero trámite se consignarán por escrito y serán firmados por todos los miembros de la misma. El juez del concurso supervisará la gestión, pudiendo requerir a la administración concursal, en cualquier momento, una información concreta o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

Finalmente, en cuanto a las funciones en sí, la actual LC no las especifica, sino que únicamente hace una vaga referencia a las “*funciones propias del cargo*”. Por ello, consideramos adecuado referirnos, a meros efectos interpretativos, al art. 33 de la antigua LC, que sí ofrecía un listado detallado de cuáles eran.. Al respecto, CARBAJO VASCO, con cita a TIRADO MARTÍN, indica que es el administrador concursal quien realmente constituye la pieza esencial del procedimiento, quitándole protagonismo al juez de lo mercantil. Estas reformas han facilitado, en la práctica, que se puedan cumplir con las fases del proceso y se lo pueda impulsar a pesar de todas sus vicisitudes (entre otras, las derivadas de la propia situación económica negativa que ha motivado el concurso). En opinión de este autor, “*el número excesivo de atribuciones en manos del administrador concursal está también detrás de la “crisis” de esta figura y de la necesidad de introducir significativos cambios en su regulación, por ejemplo, una mayor especialización*”²⁸⁷.

c.2. Consideraciones sobre la comparación entre la administración concursal y la penal. Toma de postura

Tal como se ha visto *supra*, un sector de la doctrina penalista considera que una hipotética intervención penal podría regirse por las normas de la administración concursal, y, si aceptamos que la administración judicial es una forma de garantizar los embargos que recaigan sobre empresas (en los casos en los que esta opción sea preferible a embargar sus distintos elementos patrimoniales), los arts. 592.3 y 630 LEC²⁸⁸. Lamentablemente, tal como señala MARTÍN MOLINA, a pesar de que la intervención judicial pueda decretarse no sólo como pena sino también como consecuencia accesoria (o incluso, añadimos, como medida cautelar durante la

²⁸⁷ CARBAJO VASCO, D., *Algunas cuestiones tributarias en los concursos de acreedores*, 6ª ed. Ed. Instituto de Estudios Fiscales (en línea, <http://www.ief.es/>, consultado el 13 de junio de 2019), pp. 103 s.

²⁸⁸ ROCA AGAPITO, L., en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp.401 s.

instrucción de la causa), es una figura que carece de regulación en la LECrim²⁸⁹. Este autor opina que, en tanto que “*auxiliar del juez ad hoc*”, el interventor penal debe actuar de tal forma que su administración genere “*beneficios o frutos y rentas*”²⁹⁰.

Como toma de postura personal en esta materia, no podemos más que mostrarnos de acuerdo con las opiniones precedentes, aunque con el obvio matiz de que las funciones del administrador concursal y el interventor penal, bien que muy parecidas, no podrían ser idénticas²⁹¹. Consideramos que la figura de la intervención judicial guarda suficientes similitudes, en la práctica, con la administración concursal como para que ambas puedan tener un régimen funcional similar. En este sentido, téngase en cuenta que ambas pretenden lo mismo: procurar que la afectación negativa que tiene una situación económicamente grave de una persona jurídica en la economía global sea lo menos gravosa posible para trabajadores y acreedores de la misma. En otras palabras: que la mala situación de un actor de la economía afecte lo menos posible a los demás.

Por ello, junto con las demás consideraciones que hemos hecho en este epígrafe, confirmamos la hipótesis que hemos alcanzado en el anterior. Al iniciar este apartado (y de hecho, todo este Capítulo) se ha partido de la base de que se requería un sistema de penas distinto que no fuera tan duro con las personas jurídicas, puesto que la economía española presenta una estructura demasiado débil como para podérselo permitir: tal como se vio en el Capítulo I, nuestro tejido empresarial se basa en microempresas poco productivas, los índices de desempleo son de los más altos de la Unión Europea y nuestra economía está sobreendeudada con sus propios trabajadores (lo que vaticina, entre otros aspectos, grandes dificultades futuras para afrontar el pago de las pensiones).

²⁸⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S., Diario La Ley 7541 (2009), sugirió atender a las normas de los ya derogados arts. 605 y siguientes de la LECrim. En la actualidad, a tenor del art. 600 LECrim, esta referencia debe entenderse hecha a los arts. 738.2 y 738.3 LEC y, por extensión, 630 y 633 de la misma ley.

²⁹⁰ MARTÍN MOLINA, P.B., “La figura del administrador judicial en sede penal: ‘una gran desconocida’”, *Iuris&Lex* 143 (2016) (en línea, <https://www.eleconomista.es/>, consultada el 16 de junio de 2019), pp. 47 s.

²⁹¹ GARCÍA PÉREZ, J.J., “Art. 33”, en SÁNCHEZ MELGAR, J., (Coord.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Ed. Sepín. Madrid, 2016, p. 367, opina que el art. 33.7 g) CP “*contiene una regulación detallada de la intervención o administración judicial como pena interdictiva*”, si bien añade que deberían clarificarse algunos aspectos de este precepto, siendo posible que se utilizase “*como modelo de la intervención judicial en los procesos concursales*”. Si bien es cierto que el art. 33.7 g) CP contiene algunas disposiciones acerca de esta pena, no podemos estar de acuerdo con este autor en que se trate de una “*regulación detallada*” desde ningún punto de vista. Se sientan las bases, pero el margen interpretativo es, en nuestra opinión, excesivo, y requiere de un desarrollo reglamentario que lo acote en aras de una mayor seguridad jurídica. No obstante sí estamos de acuerdo con que la intervención judicial en los procesos concursales sea un modelo, aunque no más que eso, en materia de acotar la pena de intervención judicial.

Idealmente, además, por los motivos que hemos ido apuntando *supra*, este nuevo sistema sancionador se debería incluir en un CP separado del que rigiese para las personas físicas.

No obstante, el estudio de esta cuestión desde la perspectiva práctica nos ha demostrado que el sistema sancionador, como tal, se podría mantener, siempre y cuando se superase el escollo del daño social que producen las penas impuestas a las personas jurídicas. Esta es la finalidad, según el propio CP, de la intervención judicial, si bien su ausencia de desarrollo la convierte en inoperativa a día de hoy. En consecuencia, consideramos que un elemento clave para adaptar el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas a la economía española sería desarrollar debidamente un Reglamento de funcionamiento de esta pena. Por ello, a continuación proponemos, de *lege ferenda*, las posibles bases de dicho Reglamento.

d) Propuesta de *lege ferenda* sobre el Reglamento de desarrollo de la pena de intervención judicial y la figura del interventor.

Tras el análisis hecho en los epígrafes precedentes, consideramos que un hipotético Reglamento de desarrollo de la figura de la intervención penal debería ser un texto articulado con un contenido similar al que sigue:

Artículo 1. Objeto

1. *La intervención judicial se aplicará cuando se haya interpuesto una pena o una consecuencia accesoria a una persona jurídica, ya sea de derecho público o privado, en los términos que la Ley establezca. No habrá lugar a su aplicación cuando a la persona jurídica se le interponga una medida cautelar, salvo que sea ésta misma.*

2. *En los casos en los que se haya interpuesto una pena a la persona jurídica como consecuencia de un delito, se aplicará la pena de intervención siempre que se hubiera condenado a alguno de sus administradores o directivos. Únicamente se aplicará la pena de intervención judicial en los casos en que la persona física autora fuera algún subordinado si la pena resultante situase a la persona jurídica en una situación económica que dificultase el pago de los salarios a sus miembros y las deudas de los acreedores.*

3. A salvo de los supuestos a los que se refiere el art. 4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Ministerio Fiscal podrá solicitar la intervención de una persona jurídica como condena por la comisión de cualquiera de los delitos por los que ésta pudiera recibir responsabilidad penal, o bien como consecuencia accesoria.

TÍTULO I

La intervención judicial

Artículo 2. Casos en los que procede

1. Se condenará a una persona jurídica a la pena de intervención cada vez que reciba una condena penal. En este sentido, el organismo condenador únicamente podrá prescindir de la interposición de ésta, si así lo considerase, cuando la cuantía de la multa que, en su caso, se interponga sea inferior al 100% de la media de los últimos cinco años de la suma del beneficio neto de la entidad más las reservas voluntarias de las que se haya dotado.

2. En los casos en los que se interponga la pena de clausura de locales y establecimientos, suspensión de las actividades o prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la intervención penal únicamente afectará a las actividades y locales que se vean afectadas.

3. En los demás casos, la intervención judicial afectará a la totalidad de actividades y sedes de la empresa.

Artículo 3. Constitución de la intervención judicial

1. Será requisito indispensable para la constitución de una intervención judicial que exista sentencia firme que la interponga a una persona jurídica.

2. Para constituir la intervención judicial, se citará a comparecer ante el Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución a las partes y a los miembros del máximo órgano de administración de las personas jurídicas, o a sus representantes, así como a sus socios o partícipes, en su caso, a fin de que efectúen las alegaciones y prueba oportunas sobre el nombramiento de interventor, persona que deba desempeñar tal cargo, exigencia o no de

caución, forma de actuación, mantenimiento o no de la administración preexistente, rendición de cuentas y retribución procedente.

A los interesados que no comparezcan injustificadamente se les tendrá por conformes con lo acordado por los comparecientes.

Si existe acuerdo, el Letrado de la Administración de Justicia establecerá, por medio de decreto, los términos de la intervención judicial en consonancia con el acuerdo. Para la resolución de los extremos en que no exista acuerdo o medie oposición de alguna de las partes, si pretendieren practicar prueba, se les convocará a comparecencia ante el organismo condenador que dictó la resolución condenatoria, que resolverá, mediante auto, lo que estime procedente sobre la intervención penal. Si no se pretendiese la práctica de prueba, se pasarán las actuaciones al mismo organismo condenador para que directamente resuelva lo procedente.

3. El nombramiento de interventor judicial será inscrito, cuando proceda, en el Registro Mercantil. También se anotará la intervención judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles.

Artículo 4. Forma de actuar del interventor judicial

1. Acordada la intervención judicial, el Letrado de la Administración de Justicia dará inmediata posesión al designado, requiriendo a quien ejerciese las funciones de administración de la persona jurídica que le hayan sido confiadas a dicho interventor para que cese en ellas.

2. Salvo que la ley prevea expresamente otra cosa, las incidencias y discrepancias que surjan sobre los actos del administrador serán resueltas por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución mediante decreto, tras oír a los afectados. Si alguno de ellos no compareciese cuando fuese convocado a estos efectos, se entenderá que está conforme con lo que se acuerde.

3. Del informe final que presente el interventor judicial se dará vista a las partes, quienes podrán impugnarla en el plazo de cinco días, prorrogable hasta treinta atendida su complejidad. De mediar oposición se resolverá tras citar a los interesados de comparecencia. El decreto que se dicte será recurrible directamente en revisión ante el organismo judicial condenador.

TÍTULO II

El interventor judicial

Artículo 5. Nombramiento del interventor judicial

1. *El interventor judicial será nombrado mediante Decreto del Letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya resuelto sobre el fondo del asunto.*
2. *Los interventores judiciales deberán acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:*
 - a. *Si fuesen personas físicas: ser abogados en ejercicio con cinco años de experiencia efectiva en el sector de la abogacía como asesor legal de una empresa o abogado interno de la misma (no computándose los años de experiencia como abogado procesalista) y tener formación especializada en gestión empresarial y/o cinco años de experiencia profesional como auditor de cuentas.*
 - b. *Si fuesen personas jurídicas: tener integradas a tantas personas con los requisitos anteriores como equipos se indique que tienen dispuestos a ejercer estas funciones. Se deberá acreditar, además, que estas personas pertenecen a equipos distintos y que los lideran, sin perjuicio de que alguno o algunos de los miembros integrantes de los mismos también reúnan requisitos similares.*
3. *En ambos casos, se requerirá que las personas físicas y/o jurídicas que ejerzan estas funciones estén inscritas en un Registro público, a partir del cual las Audiencias Provinciales elaborarán listados de los interventores judiciales disponibles, que se irán llamando por orden de aparición en los mismos. Estos listados se renovarán en cada fecha 1 de enero, a cuyos efectos los integrantes deberán enviar su solicitud por los medios que dichas Audiencias Provinciales hayan designado expresamente a estos efectos.*
4. *No podrán ser interventores judiciales en una determinada situación aquellas personas físicas o jurídicas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias respecto de la persona jurídica intervenida:*
 - a. *Haber ostentado la condición de cargo directivo o de administración, el desempeño de puestos de empleo o de supervisión*

interna en la entidad intervenida, o el otorgamiento a su favor de apoderamientos con mandato general por la misma, en los últimos tres años.

b. Tener interés financiero directo o indirecto en la entidad intervenida si, en uno u otro caso, es significativo para cualquiera de las partes.

c. La existencia de vínculos de matrimonio, de consanguinidad o afinidad hasta el primer grado, o de consanguinidad colateral hasta el segundo grado, incluidos los cónyuges de aquellos con quienes mantengan éstos últimos vínculos, con los empresarios, los administradores o los responsables del área económica-financiera de la entidad intervenida.

d. La prestación a la entidad intervenida de servicios de valoración que conduzcan a la evaluación de cantidades significativas, medidas en términos de importancia relativa, en los estados financieros u otros documentos contables de dicha entidad correspondientes al período o ejercicio auditado, siempre que el trabajo de valoración conlleve un grado significativo de subjetividad.

e. La prestación de servicios de auditoría interna a la entidad intervenida.

f. La percepción de honorarios derivados de la prestación de servicios a la entidad intervenida.

g. La prestación a la entidad intervenida de servicios de diseño y puesta en práctica de sistemas de tecnología de la información financiera, utilizados para generar los datos integrantes de los estados financieros de la misma.

En ningún caso se podrá nombrar interventora judicial a una persona física que esté interviniendo a otra en ese momento, o a una persona jurídica cuyo equipo o equipos estén interviniendo a otras entidades en ese momento. No obstante, en el caso de una persona jurídica, sí podrá ser nombrada interventora si alguno de sus equipos de trabajo dedicados a la intervención judicial no estuviera interviniendo a ninguna entidad en ese momento, aunque otros equipos sí lo hicieran.

Artículo 6. Funciones del interventor judicial

1. Los intervenciones judiciales, semestralmente, deberán dar parte al organismo judicial que los haya designado acerca de su gestión y de la evolución económica y financiera de la persona jurídica intervenida, haciendo especial hincapié en aquellos hechos que demuestren un cumplimiento de las obligaciones normativas por parte de la misma. Tras su recepción y posterior análisis, y en un plazo no superior a veinte días, este organismo judicial valorará, mediante Auto, la idoneidad de continuar o no con esta intervención, que no podrá alargarse durante más del plazo legalmente previsto.

En general, las funciones del interventor penal en relación con dichos informes serán las siguientes:

- a. Realizar una relación y avalúo de los bienes y derechos de la persona jurídica intervenida a la fecha de presentación.*
- b. Proponer al juez el nombramiento de expertos independientes.*
- c. Realizar la lista de acreedores.*
- d. Exponer los casos que se hayan dado en los seis meses anteriores que demuestren un cumplimiento de la normativa o un incumplimiento de la misma (como pueden ser los casos que se hubieran reportado a través del canal de denuncias de la entidad, si lo hubiera).*
- e. Evaluar las condiciones específicas que el organismo judicial haya fijado en la resolución que imponía la intervención judicial.*

2. En ningún caso podrá el interventor judicial llevar a cabo acciones de representación procesal de la persona jurídica intervenida por sí mismo, salvo la presentación de los informes a la que se refiere el apartado anterior.

3. Las demás funciones del interventor judicial serán las que siguen:

- a. Asistir a los órganos colegiados de la persona jurídica intervenida.*
- b. Realizar los actos de disposición de los activos que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, cuando se requiriese y/o se estimase oportuno en aras de una mejor continuidad de la organización.*
- c. Solicitar al órgano judicial condenador la revocación del nombramiento de interventor judicial, cuando se estimase oportuno,*

concurra o no alguna de las causas del art. 5.4 de esta norma, y el nombramiento de otro.

d. Asumir, previa atribución judicial, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a la persona jurídica intervenida en otras entidades.

e. Reclamar el desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas.

f. Rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor, siempre que concurren las condiciones que en su caso disponga la demás normativa de aplicación en los ámbitos civil y concursal.

g. Rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado.

h. Conceder a la persona jurídica intervenida la conformidad para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, salvo en acciones de índole no personal.

i. Sustituir las facultades de administración de la persona jurídica intervenida y disposición sobre su patrimonio y, en particular:

i. Adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

ii. Formular y someter a auditoría las cuentas anuales.

iii. Solicitar al juez la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento si lo estimara conveniente para el interés de la continuidad de la persona jurídica.

iv. Presentar las declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

v. Supervisar la formulación de cuentas.

vi. Determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico que por ser necesarios para la continuidad de la actividad queden autorizados con carácter general.

vii. Decidir y ejecutar los actos de administración y disposición que estime convenientes en aras de la continuidad de la persona jurídica administrada.

- viii. *Conceder a la misma la autorización para desistir, allanarse total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.*
- ix. *Todas las demás acciones propias de la gestión habitual de la administración de una persona jurídica que, en su caso, sea necesario emprender para procurar la continuidad de la misma. En este sentido, cuando sustituya a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del interventor judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los administradores de la persona jurídica sustituidos, pero necesitará autorización del Letrado de la Administración de Justicia para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia hubiere expresamente señalado el mencionado Letrado de la Administración de Justicia. Además, en estos casos, de existir interventores designados por los afectados, para la enajenación o gravamen, el interventor judicial los convocará a una comparecencia, resolviendo el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Los mencionados decretos serán susceptibles de recurso directo de revisión ante el organismo judicial condenador.*
- j. *Dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que hubieran recaído a la fecha en que la condena hubiera devenido firme en procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.*
- k. *Solicitar al organismo judicial condenador la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador la persona jurídica intervenida.*
- l. *Intervenir en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de*

jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores.

m. Extinguir o suspender los contratos de la persona jurídica intervenida con el personal de alta dirección.

n. Elaborar la lista de acreedores y determinar su preferencia de pago, teniendo en cuenta la multa a la que, en su caso, se deba hacer frente como consecuencia de la condena que haya motivado la intervención judicial.

o. Solicitar la apertura de la fase de liquidación en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, en su caso.

p. Comunicar con la Oficina de Recuperación de Activos que corresponda para gestionar la devolución de los bienes, si la condena a la persona jurídica hubiere recaído por un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico que así lo requiriese.

q. Pedir al juez la subsistencia del gravamen en caso de venta de bienes afectos a privilegio especial.

r. Solicitar al juez la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los demás.

s. Comunicar a los acreedores, naciones y extranjeros, el inicio de la intervención judicial y la obligación de comunicar sus créditos.

t. Recibir las comunicaciones de créditos de los acreedores.

u. En caso de que se administre una sociedad de capital, asistir a las Juntas correspondientes.

v. Exigir la traducción al castellano de los escritos de comunicación de créditos de acreedores extranjeros.

w. Realizar las comunicaciones telemáticas previstas en la Ley.

x. Cualesquiera otras que esta u otras Leyes les atribuyan.

Artículo 7. Retribución del interventor judicial

1. El cargo de interventor judicial será retribuido mediante un arancel de cuantía variable equivalente al 5% de la multa económica que se imponga a la persona jurídica intervenida, a pagar por parte de ésta, no pudiendo exceder de 1.500.000 euros en total suponiendo que se alcanzasen los cinco años de

administración, salvo que el juez lo apruebe valorando, en cada caso, la complejidad de la intervención, pudiéndolo aumentar hasta el doble de esta cantidad. Será el organismo condenador quien fije la cantidad final, atendiendo a las concretas circunstancias de la persona jurídica intervenida y de la complejidad de la causa.

2. El interventor judicial devengará el derecho de cobro por el global de sus gestiones al finalizar cada período de seis meses. Si al finalizar su intervención el organismo judicial considerase que la cifra que se hubiera tenido que percibir, teniendo en cuenta los parámetros del apartado anterior, debiera ser mayor o menor, el interventor devolverá el exceso o percibirá el defecto en un plazo de seis meses tras la firmeza de la resolución que lo indique.

Artículo 8. Ejercicio de las funciones del interventor judicial

1. El interventor judicial deberá ejercer sus funciones con diligencia, velando siempre por la continuidad de la persona jurídica intervenida y dando prioridad a la satisfacción de los créditos que pudieran existir, o que se vayan generando.

2. En ningún caso podrá haber más de un interventor a la vez para la intervención penal de una misma persona jurídica.

3. Todas las decisiones y acuerdos que no sean de mero trámite se consignarán por escrito, que deberá ir firmado por la persona que ejerza de facto la intervención judicial.

4. El órgano judicial condenador supervisará la gestión, pudiendo requerir a la intervención judicial, en cualquier momento, una información concreta o una memoria sobre el estado de la misma.

Disposición final

Supletoriamente a cuanto prevé el presente Reglamento, serán de aplicación, por orden de prelación, la Ley Concursal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Penal y el Código Civil.

4.4. CONCLUSIONES PARCIALES

A lo largo del presente Capítulo se han analizado las conclusiones a las que se ha llegado en los anteriores y, en base a ellas, se ha construido una propuesta legislativa que pretende sentar las bases de un nuevo CP dirigido a las personas jurídicas (sin perjuicio de que determinados puntos pudieran requerir de mayor desarrollo, en su caso). En este contexto, las principales conclusiones que podemos extraer son las siguientes:

1. El sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas en España, si bien es un punto debatido, parece ser más de autorresponsabilidad, y consideramos lógico que así sea si entendemos que una persona jurídica, sea o no de corte empresarial, sea un organismo autopoiético. Asimismo, debe tenerse en cuenta la capacidad real que tiene una organización de prevenir que se cometan delitos en su seno, cosa que, en la práctica, es bastante reducida en la mayor parte de supuestos (con el bien entendido de que debemos considerar la voluntad delictiva en una persona jurídica como algo excepcional, aunque realista).

2. Debería distinguirse entre personas jurídicas imputables e inimputables, tomando como referencia el art. 35 CC, pero ampliándolo con algunas de las personas jurídicas de Derecho público que actualmente gozan de una situación privilegiada que no comprendemos y que el legislador no explica ni justifica.

3. El Derecho penal de las personas jurídicas debe enfocarse desde el punto de vista preventivo, no represivo. A estos efectos, los PCN, o cualesquiera otros instrumentos que denoten que la persona jurídica está suficientemente bien organizada como para prevenir la comisión de delitos en su seno, pueden ser considerados instrumentos jurídico-penales preventivos idóneos, en tanto que muestran la “voluntad” de la organización de adoptar un comportamiento conforme a la normativa. No obstante, lo cierto es que estos instrumentos que evidencien la intención de cumplir con la normativa no deben ceñirse, únicamente, al ámbito penal, sino que pueden y deben abarcar un terreno mucho mayor para que la persona jurídica realmente pueda ser considerada como cumplidora.

4. Toda medida de prevención que adoptase una organización debería ser adaptada a su entorno, y el nivel de exigencia y rigor exigibles se deberá adaptar a la operatividad de

la misma. De otro modo, existe el riesgo de que las personas jurídicas optasen por no adoptar la cultura de cumplimiento que evidencie su “voluntad” de cumplir con la normativa. A estos efectos, también se debería tener en cuenta la efectividad de las medidas adoptadas desde el punto de vista de qué se hubiera podido prever en el momento en el que se diseñaron.

5. A la hora de definir qué es un delito en el contexto de una persona jurídica, tiene sentido hablar de la capacidad de acción, pero sólo si la entendemos como capacidad jurídica y no física. Asimismo, también se debe hablar de tipicidad, y se debería poder hacer un juicio de antijuridicidad (a pesar de que el CP actual no establezca parámetros suficientes para ello). No consideramos oportuno hacer una valoración de la culpabilidad en las personas jurídicas, puesto que no tienen capacidad de ello, aunque sí debería tenerse en cuenta el posible defecto organizativo con el que cuente la persona jurídica cuya responsabilidad penal de esté valorando, así como la representatividad que ejerce sobre ella la persona física autora y el beneficio, directo o indirecto, que la organización haya obtenido.

6. En cuanto a los tipos penales por los que una persona jurídica puede recibir responsabilidad, deben tenerse en cuenta tanto los elementos objetivos como los subjetivos. En relación con estos últimos, debe atenderse a la tipificación, en su caso, de los comportamientos imprudentes, y debe analizarse en cualquier situación si los comportamientos de las personas físicas autoras fueron dolosos o imprudentes.

7. En lo referente al catálogo concreto de delitos, para diseñarlo se debería atender, fundamentalmente, a tres criterios: qué acciones u omisiones delictivas se pueden llevar a cabo dado el funcionamiento real de la organización, qué acciones u omisiones delictivas pueden, razonablemente, ser evitadas, y cuáles son los bienes jurídicos generales que se pretenden proteger con la tipificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

8. Las sanciones por las que se puede condenar a una persona jurídica, si se dan todos los presupuesta anteriores, sí tienen el carácter de “pena”, a pesar de que sea una cuestión debatida, si bien no se debe entender este concepto igual que para una persona física, puesto que la finalidad político-criminal es distinta al serlo también sus efectos.

9. La dureza de las mismas ha provocado, en la práctica, daños económicos y sociales a personas físicas y jurídicas no relacionadas directamente con el delito por el que se haya condenado a la persona jurídica de que se trate. Por ello, y para evitar estos daños, se debería desarrollar el Reglamento al que se refiere el CP actual en materia de la pena de intervención judicial. Así, esta regulación podría asemejarse a la figura de la administración concursal, dada la similitud de sus funciones y el contexto en que ambas se dan, si bien respetando las diferencias entre ellas. De este modo, una intervención judicial interpuesta en los casos en los que la multa penal fuese más perjudicial para la persona jurídica evitaría los daños económicos y sociales colaterales.

CONCLUSIONES FINALES

Tras la investigación precedente, las principales conclusiones a las que llegamos son las siguientes:

1. La economía española, como la mayoría de economías desarrolladas, está terciarizada, es decir, que es una economía en la que el sector terciario es el predominante. Presenta un tejido empresarial formado por pequeñas empresas, la mayoría de las cuales con menos de diez trabajadores, siendo muy pocas las que superan el umbral de los cincuenta (de hecho, la media es de aproximadamente cinco); la familiaridad que suele haber entre ellos, así como la cultura propensa a ocultar las infracciones, hacen que no suelen ser muy proclives a denunciarse los unos a los otros, salvo excepciones. Estas características deberían ser tenidas en cuenta a la hora de pensar en una “persona jurídica tipo” que sea receptora de una regulación sobre su responsabilidad penal.

2. Asimismo, la economía española presenta dos características que se deben resaltar. La primera es que está sobreendeudada con sus propios trabajadores, lo que, con toda probabilidad, supondrá dificultades económicas a medio-largo plazo para hacer frente a obligaciones contraídas con ellos, fundamentalmente las relacionadas con las pensiones de jubilación. Dado que éstas se financian con las contribuciones practicadas sobre las remuneraciones de las personas trabajadoras, es esencial para el mantenimiento de nuestro sistema económico que se preserven, en la medida de lo posible, el máximo número de puestos de trabajo; si bien esto pudiera parecer una obviedad, la jurisprudencia demuestra que las penas que se están imponiendo a las personas jurídicas condenadas son tan duras que conllevan su desaparición en la práctica totalidad de los casos, con una consiguiente destrucción de puestos de trabajo que nuestra economía no se puede permitir. La segunda es que se muestra particularmente sensible a los cambios legislativos; a pesar de que esta tendencia es común a la mayor parte de economías, es destacable hacer hincapié en la importancia que tienen los cambios legislativos en la inversión extranjera, que se ha demostrado decreciente en los momentos en los que el legislador ha propuesto una modificación del CP que afectase a la responsabilidad de personas jurídicas (si bien a corto-medio plazo ha repuntado).

3. Esta conclusión es particularmente importante porque es la que establece el punto de partida, dado que la mayor parte de personas jurídicas a las que se va a aplicar el régimen de responsabilidad penal son de corte empresarial y, además, el legislador debe ser consciente de las características exactas de la economía española ya no sólo para diseñar un sistema sancionador adecuado al contexto español, sino para crear una política criminal en general. Copiar de forma casi literal el régimen de un ordenamiento extranjero, por muchas similitudes que tenga su economía con la nuestra, supone obviar las interrelaciones que dicha regulación tiene con los demás elementos de su sociedad, que no se pueden “importar”, y genera el riesgo de implementar un sistema adaptado a un contexto distinto de aquél en el que va a surtir efectos, tal como está sucediendo en el caso español.

4. El CP actualmente vigente en España data de 1995, época en la que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país era poco más que una teoría que no había sido aplicada jamás. Ello supuso, como no hubiera podido ser de otro modo, que se redactase de tal forma que diseñase las bases de un sistema penal fundamentalmente pensado para personas físicas (con algunos matices menores, como se ha visto). Pues bien, a pesar de sus múltiples reformas, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo dentro de la misma norma alterando un número de artículos alarmantemente escaso en comparación con todos los que se habían necesitado hasta entonces para hacer lo propio con las personas físicas. Como consecuencia, las bases interpretativas para esta nueva responsabilidad fueron las ya conocidas (y vigentes) para personas físicas, lo que ha supuesto una amplia inseguridad jurídica para las entidades, que no pueden tener una interpretación de las normas que rigen su responsabilidad penal adaptada a su verdadera idiosincrasia. Dicho en otras palabras, una de las principales conclusiones que extraemos de esta investigación es que el mayor problema de adaptación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la realidad económico-empresarial española yace en la Parte General del CP, no en la Especial (que también tiene su propia problemática).

5. Esto puede verse, como hemos apuntado en la exposición, con un análisis ya no de toda la Teoría General del Delito, sino de la mera definición del mismo concepto de “delito” como una acción típica, antijurídica, culpable y punible, dándose la circunstancia de que el legislador no ha previsto una conceptualización de estos aspectos adaptada a una persona jurídica. En consecuencia, la jurisprudencia se ha

encontrado con la tesitura de tener que valorar los supuestos de responsabilidad penal de personas jurídicas sin tener más base legal que los pocos artículos del CP que la establecen, aunque sin desarrollarla lo suficiente (si más no, no tanto como lo está la responsabilidad penal de las personas físicas). Ello ha llevado a un punto problemático: la necesidad de utilizar interpretaciones de los diferentes conceptos jurídico-penales propios de la responsabilidad penal de las personas físicas pero aplicadas a personas jurídicas. Si bien la doctrina ha hecho interpretaciones loablemente complejas para conseguir una adaptación lo más completa posible, y existe un cuerpo creciente de resoluciones judiciales en esta materia, lo cierto es que no podemos hablar, en ningún caso, de que esa adaptación haya sido total. Prueba de ello es que ni siquiera hay acuerdo sobre si el sistema se basa en la autorresponsabilidad o en la responsabilidad vicaria (si más no a nivel doctrinal, a pesar de que la jurisprudencia esté mayormente decantada hacia la primera postura) y nuestro CP muestra elementos que justifican ambas posturas.

6. Sin embargo, lo que en opinión propia ha sido uno de los mayores errores del legislador es dotar al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas de tan escasa seguridad jurídica dadas las múltiples indefiniciones que presenta, y que deba inspirarse tanto en una responsabilidad penal de personas físicas. Recordemos que, según el principio de igualdad, se deben tratar de igual forma las situaciones iguales y de manera diferente aquellas que son distintas. El legislador ha pasado por alto este principio y ha permitido que se usen para ambos tipos de responsabilidad varios principios comunes, lo que, a todas luces, es incoherente.

7. Por otro lado, la Parte Especial del CP presenta también su propia problemática. En esta investigación se ha hecho un análisis de los riesgos penales más comunes en las distintas personas jurídicas españolas viendo, fundamentalmente, dos aspectos: qué se protege y cómo, distinguiéndose, en este último caso, entre el comportamiento típico en sí y los elementos que lo rodean. En base a este análisis, complementado siempre con algunos ejemplos, se ha estudiado la adaptabilidad de cada tipo penal a la economía española desde el punto de vista de su tejido empresarial, y en todos los casos ha sucedido lo mismo: el problema no radica en que el bien jurídico no se deba proteger, sino en que los comportamientos típicos están pensados (casi) exclusivamente para personas físicas infractoras. Esta dificultad es, en el fondo, la misma que se ha detectado en el estudio de la Parte General del CP: la utilización del mismo cuerpo legal para

determinar la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas da lugar a la incoherencia, en este caso, de que el comportamiento que determina dicha responsabilidad sea también el mismo en una persona física que en una jurídica (dándose la circunstancia de que la capacidad de acción, negada por varios en el caso de las personas jurídicas, tiene una naturaleza diametralmente distinta en unos casos y en otros). No se ha tenido en cuenta, pues, que el funcionamiento de una persona jurídica es distinto del de una persona física, y que no es lo mismo valorar una conducta individual que una colectiva (máxime si pensamos en estructuras organizativas con diversas sedes repartidas por un conjunto territorial amplio, aunque no sea este el caso más habitual en España). En consecuencia, se requiere una tipificación que sí adapte los comportamientos a los que se pueden dar en una organización, teniendo en cuenta el funcionamiento que, en la práctica, puede resultar exigible de una persona jurídica española. Lo contrario, simplemente, aboca a una amplísima inseguridad jurídica acerca de la aplicación de los distintos tipos penales en cada caso.

8. Esto tiene un importante corolario, en nuestra opinión: el catálogo de delitos por el que una persona jurídica puede recibir responsabilidad no es el idóneo. Consideramos que el criterio que hubiera debido manejar el legislador es qué delitos pueden ser razonablemente prevenidos por parte de una persona jurídica dentro de aquellos que pueden llegar a consumarse en el normal desarrollo de sus actividades. Ciertos delitos, como por ejemplo los que protegen los derechos de los trabajadores, encontrarían una cabida plena en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que pueden ser prevenidos por sus organismos internos y en la actividad cotidiana de cualquier organización hay personas trabajando en ella (no nos referimos únicamente a las entidades empresariales, que son el mejor ejemplo de esto, sino que también lo podemos ampliar a otras situaciones, como por ejemplo fundaciones sin ánimo de lucro que cuenten con voluntarios). Asimismo, otros delitos, como puede ser el caso de los que atentan contra la intimidad, encuentran un problema en que la persona jurídica no puede ejercer, razonablemente, suficientes medidas de prevención que eviten que éstos se den (si más no, no se pueden prevenir un número sustancial de casos por los que la organización pudiera verse beneficiada), por lo que no consideramos adecuado que se tipifique una responsabilidad penal para personas jurídicas por éstos.

9. Concluimos, pues, que el listado de delitos por el que debería responder penalmente una persona jurídica es el siguiente: tráfico ilegal de órganos humanos; trata

de seres humanos; prostitución/explotación sexual/corrupción de menores; estafas; apropiación indebida; frustración de la ejecución; insolvencias punibles; daños informáticos; delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores; delitos societarios; blanqueo de capitales (sólo el tipo doloso); financiación ilegal de los partidos políticos; delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; urbanización, construcción o edificación no autorizables; delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; delitos relativos a las radiaciones ionizantes; delitos de riesgos provocados por explosivos y otros agentes; delitos contra la salud pública (en todas sus vertientes); falsificación de moneda; falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje; cohecho; tráfico de influencias; malversación; terrorismo; delitos relativos a la manipulación genética; alteración de precios en concursos y subastas públicas y negativa a actuaciones inspectoras.

10. El CP actual basa los postulados sobre responsabilidad penal de personas jurídicas en la tipicidad, y destaca la importancia de que se cuente con sistemas tendentes a la prevención de la comisión de delitos. Así, una primera lectura del art. 31 bis CP nos muestra la importancia de los PCN, pero lo cierto es que, en la práctica, no estimamos que sean tan relevantes.

11. Si se pretende comprobar que una persona jurídica tenga voluntad de cumplir con la normativa, lo que se debe mirar es el procedimiento concreto o la instrucción precisa que se había dado a la persona física para esa circunstancia puntual. Un PCN, tal como se hacen en la práctica, expondrá qué controles se tienen, analizará su suficiencia o no y propondrá mejoras, ya sea en forma de procedimientos nuevos o de correcciones a los ya existentes, todo ello en base a lo que se haya visto tras un análisis de los riesgos y una posterior evaluación de los mismos.

12. Sin embargo, lo relevante no es un resguardo de qué procesos se tienen, sino los procesos en sí mismos. Es incorrecto pensar que, en la práctica, su contenido debe formar parte de un PCN, puesto que, de ser el caso, éstos serían inabarcablemente extensos e inoperativos: salvo excepciones puntuales que, por motivos operativos, se den, el contenido de los procedimientos ha de estar en la documentación del propio procedimiento, no en un documento generalista distinto, y es la suficiencia de ése la que

se deberá analizar. Un análisis del mismo podrá indicar si la persona jurídica creía que era suficiente o si conocía sus deficiencias (esto es, desde una perspectiva *ex ante* a la comisión de una hipotética infracción, como corresponde valorar desde la teoría del pronóstico tardío), y ello es ciertamente relevante, pero el análisis que se deba hacer del procedimiento en sí se habrá de ejecutar sobre un documento diferente (existiendo, además, el problema de que muchos procedimientos no están debidamente documentados). Asimismo, estos Programas también suelen contener algunas disposiciones más o menos concretas acerca de los canales de denuncia y las personas o equipos que se encargarán de gestionarlos, aunque se encuentran con el inconveniente de la escasa regulación de los primeros y la nula de los segundos. Lamentablemente, si bien suponemos que la nueva Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (cuya fecha máxima de trasposición en España es el 17 de diciembre de 2021, dos años después de su publicación en el DOUE) vaya a arrojar bastante luz sobre esta cuestión, no podemos mostrarnos tan optimistas en cuanto se refiere a la regulación de los *Compliance officers*, si bien consideramos que resultaría prioritario que gozasen de un estatuto orgánico propio (idealmente, con un contenido similar al de los arts. 37-39 RGPD).

13. Todo ello nos lleva a la conclusión de que lo ideal sería que el legislador promulgase un Código Penal nuevo, exclusivo para las personas jurídicas, que fuese diferente del que actualmente existe para las personas físicas. Con ello, se podrían establecer unos criterios de imputación que sí tuvieran en cuenta el funcionamiento real de una organización y se pondría fin a las dudas interpretativas que se han ido dando sobre las cuestiones más fundamentales. No consideramos que fuese una opción óptima la de mantener el mismo cuerpo legal y, simplemente, añadirle un Título nuevo, puesto que, al tratarse de normas que se deben aplicar a categorías de sujetos de naturaleza jurídica distinta, se requiere de un cuerpo legal diferente que se base en sus propios principios.

14. Ello no significa, en modo alguno, que deban obviarse los méritos que el sistema actual tiene: a pesar de lo dicho, es innegable que éste sienta unas bases sobre las cuales se ha empezado a construir una Teoría General del Delito para personas jurídicas, y las mismas deberían servir como fundamento para la hipotética nueva regulación.

Consideramos que dichas bases son las que se exponen en las ocho conclusiones siguientes.

15. El sistema general de Derecho penal de las personas jurídicas es verdaderamente penal, si bien encontramos que esta afirmación tiene poca relevancia. El motivo es que la importancia práctica de esta clasificación yace, supuestamente, en las garantías que recibe la persona jurídica justiciable, si bien un sistema puede ser tan garantista como se pretenda (o tan poco, en su caso), con independencia de la clasificación nominal que se le otorgue. Este extremo queda justificado con el hecho de que el Derecho administrativo sancionador es, según el TC, tan garantista como el Penal, lo que demuestra que no es esta calificación la que otorga las garantías deseadas a la persona jurídica juzgada, sino la regulación que se establezca sobre su responsabilidad. En consecuencia, y por los mismos motivos, consideramos que las sanciones que se imponen a una persona jurídica en caso de que sea condenada sí son verdaderas penas, y la naturaleza jurídica de las mismas no es excesivamente diferente a la de las que se imponen a las personas físicas, aunque no es ni mucho menos idéntica: si bien para los seres humanos una condena penal implica apartar temporalmente de la sociedad a un individuo que se le considera demasiado peligroso como para convivir en ella por haber perpetrado el daño más grave posible a alguno de los bienes jurídicos más importantes, en el caso de las organizaciones se las castiga con penas que, inevitablemente, perjudican su situación en el mercado, no sólo desde el punto de vista económico (que es el principal, dado que todos los delitos llevan aparejada la pena de multa y, en algunos casos, la imposibilidad de contratar con la Administración Pública o recibir subvenciones), sino también posicional (puesto que se puede sancionar con otras penas, como la suspensión de actividades, el cierre de locales o la disolución de la propia persona jurídica). Ante estas diferencias, así como otras a las que se ha hecho referencia a lo largo de la exposición, un sector de la doctrina duda de la naturaleza auténticamente penal de las sanciones, e incluso existe quien critica que se las considere “penas” y propone denominaciones alternativas (como “quasipenas”). Sin embargo, consideramos que esta clasificación resulta irrelevante, y mantenemos la opinión, acorde con una interpretación *secundum legem* del art. 33.7 CP, de que las sanciones que pueden recaer a una persona jurídica sí son verdaderas penas.

16. El sistema general de Derecho penal de las personas jurídicas está más basado en la autorresponsabilidad que en la heterorresponsabilidad, a pesar de contener elementos

que justifican ambas posturas. La cuestión problemática, tal como la vemos, es que los preceptos que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Parte General del CP apuntan más hacia la autorresponsabilidad, puesto que hacen referencia a la implantación de sistemas de organización y gestión de los riesgos que se considere que se pueden dar en el contexto de cada organización, mientras que los comportamientos de la Parte Especial que concretan los tipos penales por los que puede llegar a responder una persona jurídica hacen referencia, en todos los casos excepto en los delitos de insolvencias punibles y corrupción en los negocios (y aun este último caso es dudoso) a comportamientos que exclusivamente puede llevar a cabo una persona física.

17. Sin embargo, opinamos que, debiendo hacer una valoración sobre una hipotética condena penal de una persona jurídica, el punto de vista que debe tenerse en cuenta es el de su funcionamiento práctico. En este sentido, hemos aceptado, junto con un amplio sector de la doctrina, que una persona jurídica es un organismo autopoietico que tiene capacidad de regularse a sí mismo. Del mismo modo, también hemos determinado que una organización, sea o no de corte empresarial, está formada por personas, pero tiene una entidad distinta de la de cada una de ellas. En consecuencia, cuando una persona física actúa en nombre y representación de una jurídica (por ejemplo, un trabajador de una empresa que redacta un informe para un cliente) no está actuando como él mismo, sino como personificación de la organización. Si partimos de la base de que su actuación ha venido determinada por las instrucciones, lícitas o no, que seguía de sus superiores (que bien pueden limitarse a indicarle qué hacer, sin especificar el cómo), el resultado final no será obra de dicho trabajador en tanto que persona, sino de la organización a la que está representando.

18. Dicho en otras palabras: un organismo autopoietico tiene capacidad de autorregularse, y los PCN, o cualesquiera otros instrumentos análogos, sea cual sea el nombre que se le dé o su estructura, no dejan de ser elementos de dicha autorregulación, en este caso, manifestada desde la óptica del Derecho penal y de los delitos que se pudieran llegar a cometer. El hecho de que una organización ejecute medidas de prevención de delitos supone, como es obvio, que previamente las haya implementado, y es esta implementación la que el CP valora a efectos de apreciar una posible exención de responsabilidad penal en la persona jurídica. Por tanto, dado que dicha implementación depende de la organización y es esta quien la decide y lidera,

consideramos que la responsabilidad penal de una persona jurídica se basa en el hecho propio de haberla llevado a cabo y haber mostrado, así, una “voluntad” (en sentido amplio) de cumplir con la normativa. Además, por otro lado, si aceptamos que la actuación, en el ejercicio de sus funciones, de un individuo que forma parte de una organización se puede considerar como la actuación de la propia organización en esa relación en concreto, como corolario aceptamos también que la actuación delictiva de ese individuo (dándose todos los demás elementos que establece la ley) supone la actuación delictiva de la persona jurídica de la que forma parte en esa situación en concreto. Este elemento también refuerza la tesis de la autorresponsabilidad.

19. Sin embargo, como hemos apuntado, los comportamientos de la Parte Especial se refieren a personas físicas, con independencia de que estén actuando en el contexto de una persona jurídica o no. Esto es, sin duda, una muestra de que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas está parcialmente basado en la heterorresponsabilidad, y ciertamente no es la única: no tienen más que analizarse los problemas de culpabilidad de una persona jurídica, o los relacionados con la supuesta incapacidad de acción (a los que haremos referencia a continuación).

20. No obstante, consideramos que el verdadero esbozo del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España se encuentra en la Parte General del CP, y no en los tipos penales concretos, y que el análisis de la culpabilidad y de la capacidad de acción se hace desde una óptica propia de las personas físicas a pesar de estar analizando la responsabilidad penal de personas jurídicas, por lo que mantenemos la opinión de que el sistema español se basa en la autorresponsabilidad.

21. Esto conlleva, necesariamente, a atribuir una cierta capacidad de acción (o, al menos, de actuación, matiz que consideramos meramente terminológico) a las personas jurídicas, aunque sea diametralmente distinta a la de las personas físicas. Así, tal como hemos indicado a lo largo de la investigación, una persona jurídica puede interactuar con su entorno (celebrando contratos, pagando impuestos, etc.) sin que nadie se cuestione si es una persona física quien, en realidad, ejecuta esta interacción. Por poner un ejemplo, una sociedad mercantil es sujeto obligado del Impuesto sobre Sociedades: si lo abona, resulta natural entender que ha cumplido con su obligación, pero si no lo hace, es igual de natural aceptar que ha incumplido un deber, tanto si esto supone la comisión de un ilícito administrativo como de uno penal. En otras palabras, la

capacidad de acción de una persona jurídica se limita a los negocios jurídicos, en sentido amplio, que se dan en una relación formal, pero no alcanza a las acciones físicas que se dan en cualesquiera otros contextos por parte de las personas humanas. Sin embargo, en uno y otro contexto se puede actuar de manera acorde a la normativa o discordante con la misma, sin que ello implique una ausencia de la capacidad de acción de ninguno de los actores.

22. Como corolario, es cuestionable si la persona jurídica tiene capacidad por sí misma de decidir qué actuación llevar a cabo o no, cuestión íntimamente ligada con la culpabilidad (si más no, entendida desde la perspectiva clásica de la responsabilidad penal de las personas físicas). La respuesta, en opinión propia, depende de la importancia que demos o no a la teoría de la identificación: si consideramos que la voluntad de los miembros de una organización está completamente desvinculada de las actuaciones de la misma, entonces no tiene sentido plantearse esta cuestión; por otro lado, si consideramos que la voluntad de quienes actúan en nombre y representación de la persona jurídica es una y la misma que la de la propia persona jurídica para ese caso concreto, entonces sí podríamos entrar a valorar la culpabilidad (es decir, confundiéndola con la de la persona física que hubiera llevado a cabo la acción o la omisión). No obstante, no creemos que ninguna de las dos opciones sea completamente correcta, sino que más bien optamos por un posicionamiento intermedio: si bien la actuación que acaba por ejecutar la persona física, de forma activa u omisiva, es la misma que está llevando a cabo en ese momento la persona jurídica (sin que haya distinción entre una y otra), la voluntad de la persona jurídica no puede identificarse con la de la física, puesto que la primera está formada por una pluralidad de personas cuya voluntad pudiera ser discrepante con la del autor del delito. Podemos afirmar, pues, que una actuación concreta de una persona jurídica se ejecuta materialmente por una persona física que, para que surta los efectos oportunos, debe estar jurídicamente capacitada para ello, pero esto no implica que exista una voluntad de la persona jurídica tendente a la comisión del delito en cuestión. Acción y voluntad de acción van, pues, separadas en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

23. Como consecuencia de todo esto, si aceptamos los tres postulados anteriores nos vemos en la tesitura de tener que definir qué es un delito para una persona jurídica. Basándonos en el principio de igualdad, las diferencias en cuanto a la naturaleza de una persona física y de una persona jurídica nos hacen negar que los elementos esenciales

que lo definen en uno y otro caso deban ser los mismos, en contra de lo que apunta la doctrina mayoritaria, si bien hay algunos que sí se deberían mantener.

24. Así, si valoramos los criterios que, de *lege lata* nos aporta el actual CP, podemos concluir que, para una persona jurídica, un delito es una acción u omisión típica ejecutada por una persona que la integre y que, en el momento de la comisión, actúe en su nombre y representación, y en su beneficio directo o indirecto, siempre que dicha acción u omisión se haya visto facilitada o permitida por un defecto organizativo de la persona jurídica. De *lege ferenda*, consideramos que esta acción u omisión también debería ser antijurídica, aunque, como desarrollaremos en la conclusión siguiente, la redacción actual del CP nos impide afirmar que, en la actualidad, sea así. Como consecuencia de lo anterior, pues, los elementos esenciales de un delito para una persona jurídica son los siguientes: tipicidad, antijuridicidad (sólo de *lege ferenda*), representatividad, beneficio, ausencia de defecto organizativo y punibilidad.

25. A esta conclusión podemos llegar tras analizar el contenido del art. 31 bis CP desde un punto de vista práctico, así como la jurisprudencia que lo desarrolla. Discrepamos, pues, con el sector doctrinal que pretende ver atisbos de culpabilidad de una persona jurídica en base a la existencia o no de defectos organizativos. Resulta indudable que una organización que implemente medidas de prevención y gestión de delitos en su seno que no sean meramente cosméticas estará mostrando un compromiso con el cumplimiento normativo, pero, dado que existen múltiples voluntades dentro de una misma persona jurídica que puedan tener sensibilidades distintas (una por cada persona física, como hemos comentado *supra*), no creemos que esta “buena intención” se pueda relacionar con la culpabilidad. De hecho, dado que ninguna de las definiciones comúnmente aceptadas de “culpabilidad” parece adaptarse a una persona jurídica, consideramos que este elemento, simplemente, no debería considerarse a la hora de valorar la responsabilidad penal de una organización, a diferencia de lo que sucede con una persona física (*ex art. 5 CP*). La conclusión a la que llegamos es que los defectos organizativos tienen suficiente entidad por sí mismos como para ser un elemento del delito para las personas jurídicas, y son independientes de cualquier conceptualización que se pretenda dar de la culpabilidad. Dicho en otras palabras, opinamos que la culpabilidad es un factor que, simplemente, no se debería tener en cuenta *como tal* a la hora de valorar la responsabilidad penal de una persona jurídica, puesto que carece de psique propia y de capacidad de elección distinta de la de los miembros que la

conforman. Ello no obstante, consideramos que los defectos organizativos sí se han de tener en cuenta, pero no como una interpretación forzada de la culpabilidad, sino como un elemento en sí mismo. En este sentido, cabe recordar que los distintos instrumentos que pretenden favorecer un cumplimiento normativo no se dan únicamente de ámbito penal, lo que nos sugiere que estamos ante una corriente de política general tendente a potenciar la autorregulación empresarial.

26. Asimismo, creemos que los conceptos de “representatividad” y de “beneficio”, relativamente independientes el uno del otro, deben considerarse también como esenciales en un delito por el que se atribuya responsabilidad penal a una persona jurídica. Así, la representatividad es una de las claves interpretativas que muestra que la acción delictiva llevada a cabo por una persona física puede generar responsabilidad en la jurídica: si hacemos una interpretación *a sensu contrario*, en caso de que la persona no estuviera siguiendo las instrucciones que la persona jurídica le ha dado (por ejemplo, se salta los procedimientos establecidos y, por ello, su actuación acaba por resultar delictiva) no se podría decir que está actuando en su nombre y representación, puesto que las instrucciones recibidas han sido otras; por otro lado, en caso de que no hubiera ningún procedimiento y la persona física estuviera desempeñando las funciones que le corresponden de forma contraria a la legalidad, sí se podría entender que la actuación de la organización de la que forma parte es, precisamente, esa que se está ejecutando de forma ilegal. Del mismo modo, por obvio que resulte decirlo, ninguna persona jurídica podrá recibir responsabilidad en caso de que una persona física que forme parte de su estructura actúe completamente al margen de sus funciones (por ejemplo, si estafa a un compañero con un engaño que le propone sobre cuestiones extraprofesionales).

27. Ligado a ello, aunque desde otro punto de vista, el beneficio que pueda llegar a recibir la persona jurídica es también un elemento que consideramos esencial en un delito por el que una persona jurídica pueda recibir responsabilidad. La cuestión es que dicho beneficio puede ser directo o indirecto, y el FJ 13 de la STS 154/2016, 29 febrero, interpretó que podía tener cabida en este concepto incluso una mera expectativa. Es de destacar que el mismo no tiene por qué ser económico, lo que amplía bastante el ámbito de apreciación (permitiéndose, por ejemplo, un beneficio posicional, estratégico o competitivo). Sin embargo, lo relevante, a estos efectos, es que la actuación de la persona física que comprometa a la jurídica debe hacerse “*en*” su beneficio, *ex art. 31 bis*).1 CP, lo que sugiere dos cuestiones: la primera, que una actuación, aunque sea

delictiva, que no persiga un beneficio para la persona jurídica no le generará responsabilidad penal; la segunda, que dicho beneficio debe ser perseguido por alguien que forme parte de la persona jurídica, con independencia de su rango, su posición o sus funciones. Ambas conclusiones se pueden relacionar con el elemento de la representatividad que acabamos de mencionar: podremos excluir la responsabilidad penal de una persona jurídica si la persona física perseguía únicamente un beneficio propio; asimismo, tampoco podremos apreciar responsabilidad en la persona jurídica si la persona física actuaba en beneficio de ésta (con independencia de que también lo hiciera en provecho propio) pero lo hacía sin representarla, esto es, sin actuar tal como la organización le había dicho, o haciéndolo fuera del contexto de la misma.

28. Asociado a esto, debe hacerse una mención especial acerca de la ausencia de mecanismos de valoración de la antijuridicidad en la responsabilidad penal de una persona jurídica y las repercusiones que ello tiene. El CP deja completamente carentes de regulación las cuestiones relacionadas con la antijuridicidad del hecho. En este sentido, como se ha visto, la norma actual prevé la posibilidad de condenar a una persona jurídica aun sin saber en qué contexto se ha producido un hecho que, como mucho, podemos suponer que sea típico, pues el art. 31 ter CP permite la condena de una persona jurídica desconociéndose quién es la persona física concreta que ha cometido el delito. En consecuencia, tampoco se puede conocer en qué circunstancias concretas lo cometió y, por tanto, si había o no alguna causa de justificación. Por este motivo, rechazamos las interpretaciones que apuntan a que, al ser la antijuridicidad un elemento esencial del delito, y al exigirse delito por parte de una persona física para apreciar la responsabilidad penal de una jurídica, no siendo antijurídica la acción (u omisión) de la persona física (y, en consecuencia, no habiendo delito por su parte), tampoco existirá ningún delito por el que la persona jurídica deba responder: el motivo del rechazo es que no encontramos razonable que sí podamos condenar a una persona jurídica si desconocemos la autoría de la persona física, pero no si vemos que la actuación no es antijurídica, puesto que ello supondría admitir una presunción de antijuridicidad (o incluso de culpabilidad, en su caso, por las mismas razones) en contra de la persona jurídica, vulnerándose sus derechos procesales.

29. Nuestra conclusión es que esto demuestra la irrelevancia de la antijuridicidad en el sistema actual de responsabilidad penal de una persona jurídica, y opinamos que lo más adecuado sería que una nueva regulación de esta materia sí estableciese criterios de

valoración de la antijuridicidad. Lo contrario nos sitúa en el ámbito de la inseguridad jurídica y de una responsabilidad penal quizás no objetiva, pero sí menos garantista por estar basada en una tipicidad no modulada por la antijuridicidad.

30. Por otro lado, el sistema de penas para las personas jurídicas presenta su problemática propia, ya que, si bien la jurisprudencia ha ido suavizando las multas interpuestas, los efectos siguen siendo los mismos: eliminación de puestos de trabajo de personas que nada tienen que ver con el delito cometido y perjuicio a un sistema económico que ya de por sí presenta notables carencias. El sistema de penas para personas jurídicas, en general, nos parece desproporcionadamente duro, y consideramos que la finalidad última del legislador es la de eliminar a las organizaciones que se utilicen como plataforma para cometer un delito. No obstante, esta reflexión parte de dos errores importantes: el primero, no tener en cuenta que la economía española está en una situación, como se ha visto, en la que necesita fomentar la creación y el mantenimiento de empresas, en vez de imponer medidas que supongan, aunque sea de forma indirecta y en una proporción escasa (aunque creciente), el cierre de las mismas; el segundo, que el hecho de que se cometa un delito en una persona jurídica, dándose todos los requisitos del art. 31 bis CP, no significa que esa organización se use para delinquir (con independencia de considerar si su actividad legal es superior o inferior a la ilegal): pudiera darse el caso de que se cometiese un delito determinado de manera puntual, quizás incluso por desconocimiento, o que éste tuviera lugar en una actividad secundaria de la entidad que poco tuviera que ver con la principal.

31. En cualquier caso, consideramos que el mismo principio de proporcionalidad que aplica a una persona física también debería aplicar a una jurídica, tanto a la hora de imponer las penas como, sobre todo, de diseñar un sistema penológico apropiado por parte del legislador: para la práctica totalidad de las personas jurídicas españolas, no hay diferencia entre una suspensión de actividades, un cierre de locales o una disolución, sobre todo si cualquiera de estas tres penas se imponen conjuntamente con una cuantiosa multa. Y, si bien es razonable que se pretenda apartar del sistema económico a una entidad que se use como plataforma de comisión de delitos, creemos que el legislador no se está ciñendo a las organizaciones que se usan como “tapaderas” ni a aquellas que más habitualmente cometen infracciones relacionadas con sus actividades principales. La autorregulación de la que deben hacer gala las personas jurídicas españolas (fundamentalmente, las de tipo empresarial) en cada vez más ámbitos es una

muestra de que la intención del legislador es la de fomentar una autorregulación que abarque la totalidad de actividades, pero ello no justifica, en modo alguno, que una sanción penal tan gravosa pueda imponerse a una organización por una infracción, aunque sea penal, puesto que los perjuicios sociales que se generan son muy superiores a los que pretenden evitar, al destruir los puestos de trabajo de personas que, en muchas ocasiones, nada tienen que ver con el hecho cometido.

32. Sin embargo, consideramos que la dureza de nuestro sistema se podría solucionar si las penas se aplicasen de tal forma que se velase por los intereses y los derechos de los miembros de las personas jurídicas. Para ello, la mejor forma sería desarrollar la pena de intervención judicial mediante el Reglamento al que hace referencia el actual CP en su art. 33.7 g) *in fine*. En este sentido, en la exposición hemos definido cómo debería desarrollarse esta intervención y hemos propuesto, de *lege ferenda*, una posible regulación. En general, consideramos que el interventor judicial debería tener una regulación similar a la del administrador concursal, al ser dos figuras con funciones y características muy similares (salvando las diferencias en cuanto a los motivos que implican la necesidad de uno u otro en cada caso). Debería procurar que las penas que se impusieran no afectasen de forma negativa a quien nada tuviera que ver con el delito que ha propiciado su interposición y, en general, propiciar una continuidad de la persona jurídica en el contexto en el que opere. En opinión propia, esta solución sería la más conveniente en una economía como la nuestra: no sólo reduciría el desempleo, sino que también contribuiría a aumentar la seguridad jurídica de los trabajadores y, en definitiva, contribuiría a que en los mercados en los operan estas empresas hubiera una mayor continuidad en los intercambios que tuvieran lugar de forma habitual.

33. Como conclusión final, aceptamos la hipótesis inicial que ha regido esta investigación, esto es, que la regulación del sistema actual de responsabilidad penal de personas jurídicas en España no se ajusta a nuestra realidad económico-empresarial, y consideramos que la mejor solución sería elaborar una ley nueva que fuese propia de esta materia, regulándola en base a unos parámetros que tuvieran en cuenta el verdadero tejido empresarial español y las auténticas características de nuestra economía.

34. Asimismo, consideramos que las líneas de investigación que abre la presente se centrarían en un mayor desarrollo del análisis del encaje de la regulación de los delitos especiales en nuestra economía, ampliando los supuestos y analizando más delitos. Del

mismo modo, también sería interesante encarar futuras investigaciones en el funcionamiento práctico de los PCN, los canales de denuncias y los *Compliance officers*; éstos últimos requieren urgentemente de la aprobación de un estatuto orgánico que defina sus funciones y características, que les dote de mayor seguridad jurídica y que les afiance como la pieza clave del cumplimiento normativo en una empresa, que es donde más habitualmente están teniendo y tendrán lugar los casos relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M, “Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero”, RECPC 19-31 (2017) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 24 de setiembre de 2018).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “El *Compliance Officer*, una figura compatible con la del Delegado de Protección de Datos”, Diario La Ley, nº 9432 (2019) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 1 de agosto de 2019).

AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal de las Personas Jurídicas*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

- *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*. Ed. Dykinson. Madrid, 2017.

- *Derecho penal aplicado. PE. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Ed. Dykinson. Madrid, 2018.

AGUILERA GORDILLO, R., *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance program*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Córdoba (2011) (en línea, <https://helvia.uco.es/>, consultada el 10 de febrero de 2019).

AGUILERA GORDILLO, R. / PALMA HERRERA, J.M., *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2017.

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*. Ed La Ley. Madrid, 2009.

- *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Ed. Atelier. Barcelona, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Fraude de ley y negocio simulado en el delito fiscal (SSTC 120/2005 y 129/2008): el derecho a la legalidad penal y los límites de intervención del Tribunal Constitucional”, REDC, nº 91 (2011) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2020).

ALGORTA BORDA, M. / BILBAO LORENTE, M. / DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, nº 87 (2011). Ed. La Ley. Madrid.

ALLI TURRILLAS, I., *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea. De la cooperación a la integración*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

ALONSO BENITO, L.E., *La crisis de la ciudadanía laboral*. Ed. Anthropos Editorial. Barcelona, 2007.

ALONSO GALLO, J., “El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012”, *AJUM* 34 (2013) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 13 de diciembre de 2018).

ALONSO TEJUCA, J.L., “Naturaleza de la cuota defraudada en el delito fiscal”, ponencia impartida en “Jornadas de especialistas en delincuencia económica, 3 y 4 de Abril 2017” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2018).

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (coord.), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos Ramón Areces. Madrid, 2003.

ALZAGA VILLAAMIL, O. / GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. / REVIRIEGO PICÓN, F. / SALVADOR MARTÍNEZ, M. / ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., *Derecho político español según la Constitución de 1978. Volumen. II: Derechos fundamentales y Órganos del Estado*, 6ª ed. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2017.

ANARTE BORRALLO, E. / ROMERO SÁNCHEZ, C., “El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales”, *RECPC* 14-20 (2012) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultado el 6 de agosto de 2018).

ANDREU GARCÍA, J.M., *España económica 1960-2013: éxitos, fracasos y fluctuaciones. Especial referencia a la etapa Aznar-Zapatero-Rajoy (1996-2013)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

ANTÓN LÓPEZ, J., “Políticas agrícolas y oligopolio de exportación: Un análisis desde el caso del trigo”, *REEA*, nº 180 (1997). Ed. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Madrid.

ANTON ONECA, J, “Estafa”, en MASCAREÑAS, C.E. (Dir), *Nueva Enciclopedia jurídica (Tomo IX)*. Ed. Francisco Seix. Barcelona, 1958.

APARICIO PÉREZ, A. / ÁLVAREZ GARCÍA, S., “El llamado delito contable”, *Crónica tributaria*, nº 136 (2010) (en línea, <https://www.economistas.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2018).

ARAGONÉS BELTRÁN, E., “La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo”, en AAVV., *La responsabilidad penal en la Administración Pública*. Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 2010.

ARAYA PAREDES, I. / BALMACEDA HOYOS, G., “Engaño en la estafa. ¿Una puesta en escena?”, *Estudios Socio-Jurídicos* 11 (2009) (en línea, <https://www.researchgate.net/>).

ARELLANO GARCÍA, C., “Las grandes divisiones del Derecho”, *RFDM*, nº 242 (2004). Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México.

ARNAU MOYA, F., “Los derechos patrimoniales de autor y sus límites”, en FAYÓS GARDÓ, A. (Ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

ARRIBAS ESCUDERO, V. / DE HARO ROMERO, D. / ESTELLA ÁLVAREZ, M.C., *Prácticas de Historia Económica mundial y de España*. Ed. ESIC Editorial. Pozuelo de Alarcón, 2001.

ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*. Ed. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1987.

ARROYO ZAPATERO, L. / BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam (Volumen I)*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2001.

ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A., “Fraude de subvenciones en la UE y en el CP”, *Manuales de formación continuada* nº 14 (2001) (en línea, <http://www.cienciaspenales.net/>, consultado el 9 de diciembre de 2018).

- (Coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2006.

- (Dir.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

ARTAZA VARELA, O. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal.”, *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 16 (vol. VIII) (2013) (en línea, <http://www.scielo.cl/>, consultada el 7 de junio de 2017).

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN, *Norma española UNE 19601. Sistemas de gestión de Compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*. Ed. Asociación Española de Normalización. Madrid, 2017.

AYALA GONZÁLEZ, A., “¡Houston, tenemos un problema! La indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídica”, *Diario La Ley*, nº 9417 (2019) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 17 de mayo de 2019).

- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”, *InDret* 1/2019 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 28 de julio de 2019).

BACHMAIER WINTER, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *Compliance*”, *Diario La Ley*, nº 7938 (2012) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 22 de octubre de 2017).

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto de Derecho penal*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Bosch. Barcelona, 1998.

- *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2002.

- “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*, nº 7541 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 15 de octubre de 2017).

- “Presentación de la Guía Práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo, buen gobierno y prevención de la corrupción, elaborada por Transparency International España”, conferencia impartida en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona en fecha 26 de octubre de 2017.

BACIGALUPO SAGGESE, S. / ECHANO BASALDUA, J.I. / FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2016.

BACIGALUPO SAGGESE, S. / LIZCANO ÁLVAREZ, J., *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Ed. Programa Eurosocietal. Madrid, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2ª ed. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2008.

- “Filosofía e ideología de las teorías de la pena”, *Derecho y Humanidades*, nº 16 (2010). Santiago de Chile, 2010.
- “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «Compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *Diario La Ley*, nº 7442 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 15 de octubre de 2017).
- “Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013”, *Diario La Ley*, nº 8303 (2014) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 29 de abril de 2018).

BAJO FERNÁNDEZ, M., “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” (1996) (en línea, <http://www.bajo-trallero.es/>, consultada el 4 de diciembre de 2018).

- *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004.
- “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en BACIGALUPO SAGGESE, S. / BAJO FERNÁNDEZ, M. (Eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2009.

- “¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el art. 179 LGT”, ADPCP 2011 (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 8 de diciembre de 2018).

BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJÓO SÁNCHEZ, B. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.

BANACLOCHE PALAO, J. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. / ZARZALEJOS NIETO, J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley. Madrid, 2011.

BANCO DE ESPAÑA, *Boletín Económico* 11/2006. Ed. Banco de España. Madrid, 2006.

BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*. Ed. Tirant lo Blanch/Universitat de València. Valencia, 1999.

BARRIO ANDRÉS, M., *Derecho público y propiedad intelectual: su protección en Internet*. Ed. Reus. Zaragoza, 2017.

BAUCELLS LLADÓS, J., “Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico”, REPC, nº 33 (2013) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultado el 27 de febrero de 2019).

BAUZÁ, R.P., “Liberté, Egalité... et Transparence: la Ley Sapin II y la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en DURRIEU, N. / SACCANI, R.R. (Dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Ed. La Ley. Buenos Aires (Argentina), 2018.

BAYO BUSTA, A., “Compliance en la industria farmacéutica”, Cuadernos de Derecho farmacéutico, nº 54 (2015) (en línea, <http://www.fieldfisherjausas.com/>, consultada el 3 de diciembre de 2018).

BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*. Ed. Maxtor. Valladolid, 2004.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. / MIGUEL PERIS RIERA, J. / MORILLAS CUEVA, L. (Coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005

BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *El delito de fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del art. 286bis.4 del Código Penal*. Ed. Dikynson. Madrid, 2011.

BENÍTEZ PALMA, E., “El control externo y el *whistleblowing*”, RECE (vol. XX), nº 59 (2018) (en línea, <https://www.tcu.es/>, consultada el 24 de septiembre de 2019).

BERDAGUER MOSCA, J., *Obra colectiva y derecho de autor*. Ed. La Ley. Madrid, 2010.

BERMEJO, M., “Elección Racional, oportunidad para delinquir y prevención situacional: la utilidad de este enfoque para el estudio de la delincuencia empresarial”, en MIRÓ LLINARES, F. / AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. / MEDINA SARMIENTO, J.E. / SUMMERS, L. (Eds.), *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

- “Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937”, en La Ley especial Compliance Penal (2020) (en línea, <http://diariolaley.laleynext.es>, consultada el 30 de noviembre de 2020).

BERNAOLA LORENZO, A. / GOENA VIVES, B., “Responsabilidad de la persona jurídica. La carga de la prueba en los procesos contra personas jurídicas” (2016) (en línea, <https://www.economistjurist.es/>, consultada el 1 de mayo de 2020).

BIEGELMAN, D.T. / BIEGELMAN, M.T., *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook*. Ed. Wiley. New Jersey, 2010.

BIEGELMAN, M.T., *Building a World-Class Compliance Program. Best practices and strategies for success*. Ed. John Wiley and Sons, Ltd. Hoboken, 2008.

BLANCO CORDERO, I., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, Eguzkilore, nº 14 (2000) (en línea, <https://www.ehu.eus/>, consultada el 6 de diciembre de 2018).

- “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, Diario La Ley, nº 7534 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 1 de agosto de 2018).

- “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, RECPC 13-01 (2011) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 30 de setiembre de 2018).

- *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2015.

BLANCO LOZANO, C., “La reciente reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, en el Código Penal español”, RDCP, nº 17 (2011). Ed. Universidad San Sebastián. Concepción (Chile).

BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, REPC, nº 33 (2013).

BOLEA BARDON, C., “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, InDret 2/2013 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 1 de agosto de 2018).

BONATTI BONET, F., *UNE 19601. Implementación y certificación de sistemas de Compliance penal conforme a la norma UNE 19601:2017*. Ed. Lefebvre El Derecho (en línea, <https://www.efl.es/>).

BONILLA SÁNCHEZ, J.J., *Personas y derechos de la personalidad*. Ed. Reus. Zaragoza, 2010.

BRANDÃO, N. / JESUS, S., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués”, en Eguzkilore, nº 28 (2014) (en línea, <http://www.ehu.eus/>, consultada el 8 de noviembre de 2017 (trad. BERASALUCE BEREZIARTUA, L.)).

BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil, vol. I*, 27ª ed. Ed. Tecnos. Madrid, 2020.

BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE (Ed.), *Annual Economic Report 2018* (en línea, <https://www.bmwi.de/>, consultado el 13 de agosto de 2020).

BURGOS, G., “Instituciones jurídicas y comportamiento económico: la experiencia asiática”, REI, vol. VIII, nº 14 (2006) (en línea, <https://www.economiainstitutional.com>, consultada el 22 de julio de 2019).

BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid (2015) (en línea, <https://eprints.ucm.es>, consultada el 5 de diciembre de 2018).

- “La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo”, *Diritto Penale Contemporaneo* 4/2017 (en línea, <http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/>, consultada el 6 de diciembre de 2018).

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “Programas de 'compliance' y los malentendidos” (2007), (en línea, <https://www.expansion.com/>, consultada el 1 de mayo de 2020).

CALVO VÉRGEZ, J., “La trascendencia del dolo en la configuración del delito fiscal”, *GTPV*, nº 57 (2019) (en línea, <https://www.euskadi.eus/>, consultada el 26 de noviembre de 2020).

- “La evolución de los programas de cumplimiento tributario: de la norma UNE 19601 a la norma UNE 19602”, *RQF* 7/2019. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (en línea, <https://insignis-aranzadidigital-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultada el 3 de diciembre de 2020).

CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., “Criterios de imputación en estructuras jerárquicas”, *RMF*, nº 12 (2004), Ed. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid.

CAMPOS NAVAS, D., “Los programas de cumplimiento en los delitos de blanqueo de capitales de los que pueden resultar responsables las personas jurídicas”, ponencia impartida en el Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2016 (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultado el 20 de noviembre de 2018).

CANTARERO SANZ, S. / GONZÁLEZ-LOUTEIRO, M. / PUIG BLANCO, F., “Efectos de la crisis económica sobre el emprendimiento en empresas de economía social en España: un análisis espacial”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, nº 125 (2017) (en línea, <http://revistas.ucm.es/>, consultado el 14 de noviembre de 2018).

CARBAJO VASCO, D., *Algunas cuestiones tributarias en los concursos de acreedores*, 6ª ed. Ed. Instituto de Estudios Fiscales (en línea, <http://www.ief.es/>, consultado el 13 de junio de 2019).

CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilitat penal de les persones jurídiques. Reflexions entorn de la seva "dogmàtica" i al sistema de la reforma de 2010 del Codi penal”, RJIB, nº 9 (2011). Ed. Colegio de Abogados de Baleares. Palma de Mallorca.

CARNEGIE, D., *Cómo hacer amigos e influir sobre las personas*, 2ª ed. Ed. Edhasa. Barcelona, 1988.

CARRASCO ANDRINO, M., *Publicidad Engañosa y el Derecho penal. (Una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*. Ed. Revista General de Derecho. Madrid, 2000.

- “La tutela penal del secreto comercial y la concreción de la obligación de reserva: un análisis de la reciente jurisprudencia”, RDPC, 2ª época, nº 7 (2001) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultado el 26 de junio de 2018).

CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Ed. Bosch. Barcelona, 2014.

CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Ed. Aranzadi, 2017.

- *Factores de independencia en Compliance* (2018) (en línea, <https://www.tendencias.kpmg.es/>, consultada el 12 de mayo de 2020), sección de *Presentación*.

CASTIÑEIRA PALOU, M.T., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, 3ª ed. Ed. Atelier. Barcelona, 2011.

CASTIÑEIRA PALOU, M.T. / ROBLES PLANAS, R., “¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)”, InDret 2/2007 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultada el 2 de enero de 2019).

CASTRO MORENO, A., “Corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Coord.), *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley Orgánica 5/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010.

CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS-KPMG, “El ámbito penal y la legislación concursal”, Diario La Ley, nº 7505 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 7 de agosto de 2018).

CHANDLER, R.C. (Ed.), *Business and Corporate Integrity. Sustaining Organizational Compliance, Ethics and Trust*. Ed. Praeger. Santa Bárbara, 2014.

CHAZARRA QUINTO, M.A., *Los delitos contra la Seguridad Social*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Alicante (2001) (en línea, <https://rua.ua.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2019).

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, 2ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 2016.

CHOZAS ALONSO, J.M. (Coord.), *Los sujetos protagonistas en el proceso penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

CISNEROS ENRÍQUEZ, A., *Neuromarketing y neuroeconomía. Código emocional del consumidor*. Ed. ECOE Ediciones. Bogotá, 2012.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal comentado*. Ed. Bosch. Barcelona, 2013.

CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen del Consejo de Estado de 29 de octubre de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 4 de junio de 2019).

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Informe 5/2017 La intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo “compliance officer”* (en línea, <https://www.abogacia.es/>, consultado el 12 de mayo de 2020).

CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / DÍAZ MORGADO, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. PG y PE: (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I y Tomo II*, 2ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.) / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed. Edisofer. Madrid, 2016.

CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. / MIR PUIG, S. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Ed. Edisofer. Madrid, 2014.

CORREA DÍAZ, A.M. / IBARRA MARES, A. / VALENCIA ARIAS, A., “Estudio sobre los fenómenos de triangulación comercial: modelo “puente”, RVG, nº 72 (2015) (en línea, <http://www.redalyc.org/>, consultada el 20 de noviembre de 2018).

CORTÉS LABADÍA, J.P. / MARTÍN, S., “El delito concursal tras la reforma del Código penal vs el concurso punible”, *Diario La Ley*, nº 8618 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 22 de julio de 2018).

CUADRADO ROURA, J. / FERNÁNDEZ MORENO, M., “Los servicios en el proceso de crecimiento de España”, *Papeles de Economía Española*, nº 120 (2009). Ed. FUNCAS. Madrid.

CUADRADO RUIZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás?”, *RJCyL*, nº 12 (2007) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 24 de abril de 2019).

DANNECKER, G., “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las persona jurídicas”, *RP*, nº 7 (2001) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018).

DASÍ GONZÁLEZ, R.M. / GIMENO RUIZ, M.A. (Coords.), *Retos de la contabilidad y la auditoría en la economía actual. Homenaje al profesor Vicente Montesinos Julve*. Ed. Universitat de València. Valencia, 2018.

DE ALFONSO LASO, D., “Las insolvencias punibles a la luz de la Ley Concursal”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 135 (2009). Ed. Wolters Kluwer. Madrid,.

DE ALFONSO LASO, D. / BAUTISTA SAMANIEGO, C., “Art. 279”, en LOS MISMOS, *El Código Penal Español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2011.

DE GIORGI, M. / VACIAGO, G. (Dir.), *Le Società Cooperative. Tipi di cooperative – Strumenti di tutela. Aspetti civili, concorsuali, tributari e penali*. Ed. Cedam. Milano, 2011.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. / BLANCO NAVARRO, J.M., *Seguridad Nacional, amenazas y respuestas*. Ed. LID Editorial Empresarial. Madrid, 2014.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Ed. Dykinson. Madrid, 2004 (en línea, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/>, consultada el 27 de febrero de 2019).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, REAIDP, nº 5 (2011) (en línea, <http://www.ehu.eus/>, consultada el día 12 de noviembre de 2017).

DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos”, en CORTÉS BECHIARELLI, E. / DE LA MATA BARRANCO, N.J. / JUANES PECES, Á. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Ed. Francis Lefevre. Madrid, 2015.

- “Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea”, en JUANES PECES, A. (Dir.) / DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Memento Experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Ed. Lefebvre-El Derecho. Madrid, 2015.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*. Ed. Dykinson. Madrid, 2018.

DE LA VEGA NAVARRO, Á., “Inestabilidad o crisis. Algunas ideas para un replanteamiento de la Teoría del Crecimiento”, en LÓPEZ DÍAZ, P. (Coord.), *Economía política y crisis*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 1989.

DE MADRID-DÁVILA RICO, E., “Peritaje en materia de *compliance* en la aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Caso español”, en ABEL LLUCH, A. (Coord.) *Tratado Pericial Judicial*, 1ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R., “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, ADPCP 2016 (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 24 de septiembre de 2018).

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Fraude y corrupción en el deporte profesional”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*. Ed. Reus. Madrid, 2010.

- *Vademécum de Derecho penal*, 4º ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

DECKERT, K., “Corporate Criminal Liability in France”, en PIETH, M. / IVORY, R. (Eds.), *Corporate criminal liability: Emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. Dordrecht/Heidelberg/Londres/Nueva York, 2011.

DEL CARPIO DELGADO, J., “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio”, REPC, nº 35 (2015) (en línea, <https://www.researchgate.net/>, consultada el 24 de noviembre de 2020).

- “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, InDret 4/2016 (en línea, <https://www.raco.cat/>).

DEL CASO JIMÉNEZ, M.T., “Título II. De las personas criminalmente responsables de los delitos”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 4 ed. Ed. Sepin. Madrid, 2016.

DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, *Diario La Ley*, nº 7670 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

- “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, nº 8732 (2016) (en línea, <https://diariolaley.laley.es>, consultada el 3 de noviembre de 2017).

DESCARTES, R., *Discurs del mètode*, 3ª ed. (trad. LLUIS FONT, P.). Ed. Edicions 62. Barcelona, 2005.

DÍAZ GÓMEZ, A., “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, REPC 13-08 (2011) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 24 de abril de 2019).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”, DPC (vol. XXX), nº 88 (2009) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 16 de diciembre de 2018).

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Eunomía, Revista en cultura de la legalidad, nº 14 (2018) (en línea, <https://e-revistas.uc3m.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018).

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, InDret 1/2012 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 29 de octubre de 2017).

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2005.

DOLZ LAGO, M.J., “El delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, tras la L.O. 1/2015”, ponencia impartida en “Curso: Delitos societarios. El delito de la administración desleal. Fecha: 11 y 12 de mayo de 2017” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 15 de julio de 2018).

- “Los delitos contra la Seguridad Social: perspectivas jurisprudenciales”, Diario La Ley, nº 9036 (2017) (en línea, <http://0-diariolaley.laley.es.cataleg.uoc.edu/>, consultada el 6 de diciembre de 2018).

- “Primera condena por tráfico ilegal de órganos”, Diario La Ley, nº 9124 (2018) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 4 de abril de 2018).

DOMÈNECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”, RAP, nº 195 (2014). Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)” (2010) (en línea, <http://www.legaltoday.com/>, consultada el 30 de septiembre de 2018).

- “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, RXUSC (vol. XXI) 1/2012. Ed. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela.

- “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, ADFE 1/2012. Ed. Asociación Española de Fundaciones/La Caixa/Iustel. Madrid/Barcelona.
- “Posición de garante del *Compliance Officer* por infracción del deber de control: una aproximación tópica”, en ARROYO ZAPATERO, L. (Dir.) / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- “Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) / ANTÓN BOIX, J.R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.
- “La reforma del Derecho penal Tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho* 181-182 (2012). Ed. La Ley. Madrid, 2015.
- “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “Compliance officer” tras la reforma penal de 2015”, en FRAGO AMADA, J.A. (Coord.), *Actualidad Compliance 2018*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2018.

ECHANO BALDASÚA, J.I. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 2002.

EHEVARRÍA RAMÍREZ, R., “Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C.P. español”, *RECPC* 16-04 (2014) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 25 de noviembre de 2018).

ECO, U., *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura* (trad. BARANDA, L. / CLAVERÍA IBÁÑEZ, A.) (en línea, <http://www.mdp.edu.ar/>, consultada el 19 de septiembre de 2019).

ELVIRA PERALES, A., “Sinopsis art. 18” (2011) (en línea, <http://www.congreso.es/>, consultada el 27 de junio de 2018).

ESCORSA CASTELLS, P. / VALLS PASOLA, J., *Tecnología e innovación en la empresa*. Ed. Universitat Politècnica de Catalunya. Barcelona, 2003.

ESTRADA CUADRAS, A., *Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales*. Ed. Atelier. Barcelona, 2016.

FAO / FIDA / PMA, *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2012. El crecimiento económico es necesario pero no suficiente para acelerar la reducción del hambre y la malnutrición*. (en línea, <http://www.fao.org/>, consultada el 14 de mayo de 2017).

FARALDO CABANA, P., “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”, en PUENTE ABA, L.M. / RODRÍGUEZ MORO, L. / ZAPICO BARBEITO, M., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Ed. Comares. Granada, 2008.

- “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, REPC, nº14 (2012) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 30 de septiembre de 2018).

FARMER, R.N. / DICKERSON HOGUE, W., *Corporate Social Responsibility*. Ed. Science Research Associates, Inc. Chicago, 1973.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Autoría y participación en organizaciones complejas”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.) / BACIGALUPO SAGGESE, S. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Gobierno corporativo y Derecho penal: Mesas redondas de derecho y economía 2007*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2008.

- “Crisis económica y concursos punibles”, Diario La Ley, nº 7178 (2009) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 29 de abril de 2018).
- “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, InDret 2/2009 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 14 de enero de 2019).
- *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Ed. B de F. Montevideo (Uruguay), 2009.
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas*

por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2011.

- *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed. Ed. Civitas. Cizur Menor, 2016.

- “El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del art. 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción”, *Diario La Ley*, nº 8987 (2017) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 1 de agosto de 2018).

FERNÁNDEZ BERMEJO, D., “En torno al concepto de blanqueo de capitales. Evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal”, *ADPCP* 2016 (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 24 de noviembre de 2020).

FERNÁNDEZ DE GUEVARA, J., *La productividad sectorial en España. Una perspectiva micro*. Ed. Fundación BBVA. Bilbao, 2011.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “El delito de revelación y divulgación de secretos en el ámbito sanitario”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Estudios jurídicos sobre la responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, en AAVV, *Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010.

- *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afecten a jóvenes y adolescentes*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2011.

FERNÁNDEZ VALLEJO, G / DE PABLO HEREDERO, C / BLANCO CALLEJO, M., “Valoración de la homologación de proveedores desde la sostenibilidad y la responsabilidad social”, *RRSE*, nº 23 (2016) (en línea, <https://www.accioncontraelhambre.org/>, consultada el 20 de noviembre de 2020).

FERRAJOLI, L., *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Ed. Trotta. Madrid, 2009.

FERRÉ OLIVÉ, J.C., *El delito contable. Análisis del art. 350 bis del Código Penal*. Ed Praxis. Madrid, 1988.

- “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, Revista Justicia e Sistema Criminal, nº 8 (2011) (en línea, <https://revistajusticiaesistemacriminal.fae.edu/>, consultado el 3 de diciembre de 2018).
- *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

FERRELL, L. / FERRELL, O.C. / THORNE LECLAIR, D., “The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Framework for Ethical Compliance”, *Journal of business ethics* 17 (1998) (en línea, <https://danielsethics.mgt.unm.edu/>, consultada el 4 de diciembre de 2020).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010* (en línea, <https://www.fiscal.es/fiscal/>, consultada el 27 de julio de 2017).

- *Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015* (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 23 de diciembre de 2019).
- *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015* (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 22 de octubre de 2017).

FLINT, P., *Tratado de defensa de la libre competencia*, 1ª ed. Ed. de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cercado de Lima, 2002.

FOUREY GONZÁLEZ, M., “El concurso punible: regulación actual e implicaciones del proyecto de reforma del código penal”, *AJUM*, nº 37 (2014) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 1 de agosto de 2018).

- “*Compliance* penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis Crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *AJUM*, nº 43 (2016) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 3 de diciembre de 2018).

FREEMAN, E.H., “Regulatory Compliance and the Chief Compliance Officer”, *Information System Security* 16 (2007) (en línea, <https://www.researchgate.net/>, consultada el 4 de diciembre de 2020).

FUSTER ASENCIO, C. / JUAN LOZANO, A.M., “Buena administración tributaria y seguridad jurídica: cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales* 5/2016. Ed. Ministerio de Hacienda. Madrid.

GALÁN MUÑOZ, A., “Globalización, Corrupción internacional y Derecho penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015”, *REPC*, nº 36 (2016) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultado el 6 de agosto de 2018).

GANDLGRUBER BAUER, B., “Abrir la caja negra: teorías de la empresa en la economía institucional”, *Análisis económico* (vol. XIX), nº 41 (2004) (en línea, <http://laisumedu.org/>, consultada el 21 de junio de 2019).

GARCÍA ALBERO, R. / MORALES PRATS, F. / TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje a Gonzalo Quintero Olivares*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2018.

GARCÍA ARÁN, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en FARALDO CABANA, P. / VALEIJE ÁLVAREZ, I. (Coords.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*. Ed. Universidade da Coruña. A Coruña, 1998.

- (Dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

GARCÍA CAVERO, P., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *RDPC* (vol. XXXII), nº 78 (2005) (en línea, <https://revistas.uexternado.edu.co/>, consultado el 3 de marzo de 2019).

GARCÍA DELGADO, J.L. / MYRO SÁNCHEZ, R. (Dirs.), *Lecciones de economía española*, 10ª ed. Ed. Civitas. Cizur Menor, 2015.

GARCÍA GARRIDO, S., *La contratación del mantenimiento industrial. Procesos de externalización, contratos y empresas de mantenimiento*. Ed. Díaz de Santos. Madrid, 2010.

GARCÍA HERNÁNDEZ, M. / MARTÍNEZ SELLARÉS, R., *Enfermería y envejecimiento*. Ed. Elsevier Masson. Barcelona, 2012.

GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la Administración Pública”, en NIETO MARTÍN, A. / MAROTO CALATAYUD, M. (Dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2014.

GARCÍA PÉREZ, J.J., “Art. 33”, en SÁNCHEZ MELGAR, J., (Coord.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Ed. Sepín. Madrid, 2016.

GARCÍA PLANAS, G., “El principio de intervención mínima en Derecho penal: ¿realidad o ficción?”, BRAJLIB, nº 11 (2010) (en línea, <http://ibdigital.uib.es/>, consultada el 18 de diciembre de 2020), pp. 99 ss.

GARCÍA RIVAS, J., “Marco de gestión del riesgo operacional”, en FERNÁNDEZ-LAVIADA, A. (Ed.), *La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. Santander, 2007.

GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2005.

GARRIDO MONTT, M., *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1984.

GIL NOBAJAS, M.S., “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, REPC, nº 35 (2015) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018).

GILI PASCUAL, A., “La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos”, RDPC, 3ª época, nº 8 (2012) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultada el 6 de agosto de 2018).

GOENA VIVES, B., “Comentario al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona sobre el «caso Osasuna». Perspectivas a partir de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre el procesamiento penal a personas jurídicas”, *Diario La Ley*, nº 8701 (2016) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

- *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2017.

GOLDENBERG, I., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Ed. La Ley. Buenos Aires (Argentina), 2000.

GÓMEZ FRAGA, A., “¿De dónde venimos y a dónde vamos? Sobre la proyectada reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el nuevo delito de administradores”, *AJUM*, nº 38 (2014) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 10 de mayo de 2020).

GÓMEZ GARCÍA, F. / REBOLLO SANZ, Y. / USABIAGA IBÁÑEZ, C., “Nuevas estimaciones de la NAIRU de la economía española: métodos directos”, *Estudios de Economía Aplicada* (volumen 20-III) (2002) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 17 de julio de 2019).

GÓMEZ MARTÍN, V., “El art. 270.3 CP: breve historia de un despropósito”, *Eguzkilore*, nº 21 (2007) (en línea, <https://addi.ehu.es/>, consultada el 8 de enero de 2019).

- “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2012.

- “Los delitos de posición y delitos con elementos de autoría. Nuevas bases para una distinción necesaria”, *RECPC* 14-01 (2012) (en línea, <http://crimnet.ugr.es/recpc>, consultada el 7 de agosto de 2018).

- “Falsa alarma. *Societas delinquere non potest*”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

- “Art. 31 bis”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.) / VERA SÁNCHEZ, S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

- “¿Delitos de posición con infracción del deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, CPC, segunda época, nº 118 (2016). Ed. Dykinson. Madrid.

GÓMEZ NAVAJAS, J., “La protección de los datos personales en el código Penal español”, RJCyL, nº 16 (2008) (en línea, <https://www.uv.es/>, consultada el 3 de junio de 2018).

GÓMEZ PAVÓN, P. “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, CPC, nº 64 (1998). Ed. Dykinson. Madrid, 1998.

GÓMEZ RIVERO, M.C., “La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa. Claves para delimitar el contenido material del precepto”, RGDP, nº 9 (2008) (en línea, <https://www.iustel.com/>, consultada el 7 de julio de 2018).

- “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, REPC, nº 37 (2017) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 31 de octubre de 2017).

GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2010.

- *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2010.

- *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005.

- *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006.

- (Coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2006.
- “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, RECPC 8-05 (2006) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 3 de marzo de 2019).
- “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”, *Política criminal* (vol. 5), nº10 (2010) (en línea, <https://scielo.conicyt.cl/>, consultado el 10 de febrero de 2019).
- “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *Compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia”, CPJML, nº 6 (2009). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao.
- “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un resumen”, RDQR, nº 38 (2010) (en línea, <https://core.ac.uk/>, consultada el 17 de marzo de 2019).
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 7534 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.com>, consultado el 29 de octubre de 2017).
- *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Ed. B de f. Montevideo, 2010.
- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, *Diario La Ley*, nº 8423 (2014) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/> , consultada el 17 de abril de 2017).
- *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. PG y PE*. Ed. B de F. Buenos Aires, 2014.
- “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, *En letra. Derecho penal*, nº2 (2016) (en línea, <https://www.enletrapenal.com/>, consultada el 24 de septiembre de 2017).

- “El pleno jurisdiccional del TS sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario La Ley, nº 8724 (2016) (en línea, diariolaley.laley.es, consultada el 10 de enero de 2017).
- *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2017.

GONZÁLEZ BENÍTEZ, L.S.V., “¿Es un fraude de etiqueta el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica español? Un análisis desde la óptica de la imputación objetiva, con énfasis en los deberes negativos y positivos en el Derecho penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. / CARO CORIA, D.C. / ESCOBAR BRAVO, M.E. (Eds.), *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2020.

GONZÁLEZ CAMPO, E., “Frustración de la ejecución y bancarrota en la reforma 1/2015 del código Penal”, CPJML, nº 12 (2016). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao.

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A., *La concreción del castigo*, tesis doctoral defendida en la Universitat Abat Oliba CEU (2017) (en línea, <https://tdx.cat/>, consultada el 29 de julio de 2019).

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., “Los delitos de cuello blanco y la exclusión del delito de apropiación indebida en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Derecho y cambio social*, nº 26 (2011) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 27 de junio de 2019).

GONZÁLEZ SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Granada (2012) (en línea, <https://hera.ugr.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018).

GONZÁLEZ URIEL, D. “El bien jurídico protegido en el delito de fraude deportivo tras la reforma de 2015”, *La Ley penal*, nº 132 (2018) (en línea, <http://diariolaley.laley.es>, consultada el 1 de agosto de 2018).

GONZÁLEZ VAQUÉ, J.L., “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, RDCE, nº 17 (2004). Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. / JUANES PECES, Á., “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, nº 7501 (2010) (en línea, diariolaley.laleynext.es, consultada el 7 de febrero de 2020).

GOÑI SEIN, J.L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*. Ed. La Ley. Madrid, 2011.

GOODMAN, M., *Los delitos del futuro*. Ed. Ariel. Barcelona, 2015.

GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, RECPC 18-05 (2016) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 25 de mayo de 2019).

GRANT THORNTON, *Hacia sistemas de cumplimiento normativo avanzados* (<https://www.grantthornton.es/>, consultada el 26 de abril de 2020).

GRONDIN, R., “La responsabilité pénale des personnes morales et la Théorie des Organisations”, *Revue Générale de Droit*, nº 25 (1994). Ed. [Wilson & Lafleur Itée](#). Ottawa, 1994.

GUERRERO PERALTA, O.J., “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, DPC (vol XXXII), nº 92 (2018) (en línea, <https://revistas.uexternado.edu.co/>, consultada el 28 de junio de 2018).

GUTIÉRREZ MUÑOZ, C., *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona (2016) (en línea, <https://ddd.uab.cat/>, consultada el 27 de junio de 2018).

GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “La figura del *Compliance Officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, Diario La Ley, nº 8653 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 15 de octubre de 2017).

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales”, RGDP, n° 24 (2015) (en línea, <https://www.iustel.com/>, consultada el 22 de septiembre de 2018).

HARTLEY, R.D., *Corporate Crime*. Ed. ABC-Clio. Santa Bárbara, 2008.

HERNÁNDEZ ANDREU, J., *Economía política de la transición en España (1973-1980)*. Ed. Complutense. Madrid, 2004.

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E. / IZQUIERDO GARCÍA, F. / VEGAS AGUILAR, J.C., “La figura del *Compliance Officer* y los Programas de Prevención de Riesgos Penales”, Diario La Ley, n° 8689 (2016), (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

HERRANZ SAURÍ, T., “El nuevo delito del art. 307 del código Penal”, ponencia impartida en “Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018).

HERRERO DE MIÑÓN, M., “La Constitución Económica: desde la ambigüedad a la integración”, REDC, n° 57 (1999). Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

HERRERO GIMÉNEZ, R., *El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares*, tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid (2018) (en línea, <https://eprints.ucm.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018).

HINOJOSA TORRALVO, J.J. (Dir.) / LUQUE MATEO, M.A. (Coord.), *Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal*. Ed. Atelier. Barcelona, 2012.

HOGDES, C., *Law and Corporate behaviour. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Ed. Bloomsbury. Oxford/Portland, 2015.

HONRUBIA LÓPEZ, J. (Coord.), *Globalización y desarrollo local. Una perspectiva valenciana*. Ed. Universitat de València. Valencia, 2004.

HÖRNLE, T., “Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección”, en ROBLES PLANAS, R. (Ed.), *Límites al Derecho penal. Principios orientativos en la fundamentación del castigo*. Ed. Atelier. Barcelona, 2012.

HUERTAS DÍAZ, O. / LUGO ARTEAGA, L. / PERDOMO MAEJÍA, M.F., “Entre la minimización y la expansión del Derecho penalL la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo”, *Iusta*, vol. I, nº 44 (2016) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6685111>, consultado el 18 de diciembre de 2020).

HUETE NOGUERAS, J.J., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: estudio de los tipos básicos y agravados art. 197.1.2.4.5 y 6 del C. Penal”, ponencia impartida en el “XI Congreso Nacional de la Abogacía” (2015) (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 21 de mayo de 2018).

IMPERATO, G.I., “Corporate Crime, Responsibility, and Compliance and Governance”, *Journal of Health Care Compliance* (vol. VII) 3 (2005) (en línea, <https://assets.hcca-info.org/>, consultada el 4 de diciembre de 2020).

INE, *Anuario Estadístico de España* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultado el 14 de mayo de 2017).

- *Encuesta Anual de Servicios Estadística de Productos en el sector Servicios. Año 2014* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 21 de marzo de 2017).
- *Encuesta Industrial de Empresas. Año 2014* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 14 de mayo de 2017).
- *Encuesta Industrial Anual de Productos. Año 2015* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 14 de mayo de 2017).
- *Encuesta de Población Activa (EPA) Cuarto trimestre de 2016* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 14 de mayo de 2017).
- *Estadística de Filiales de Empresas Extranjeras en España Año 2017* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020).
- *Estructura y dinamismo del tejido empresarial en España. Directorio Central de Empresas (DIRCE) a 1 de enero de 2018* (en línea, <http://www.ine.es/>, consultada el 24 de septiembre de 2019).

- *Estructura y dinamismo del tejido empresarial en España. Directorio Central de Empresas (DIRCE) a 1 de enero de 2019* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada en fecha 10 de agosto de 2020).
- *Cuenta Satélite del Turismo de España (CSTE). Revisión Estadística 2019* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada el 11 de agosto de 2020).
- *Unidad Estadística Empresa* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada en fecha 11 de agosto de 2020).
- *España en cifras 2020* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020).
- *Nota de Prensa: Encuesta de Población Activa (EPA), segundo trimestre de 2020* (en línea <https://www.ine.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020).
- *Nota de Prensa: Encuesta de Población Activa (EPA), tercer trimestre de 2020* (en línea, <https://www.ine.es/>, consultada el 18 de diciembre de 2020).

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, *International Standard 19600:2014. Compliance Management Systems – Guidelines*. Ed. International Organization for Standardization. Ginebra, 2014.

JAEÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á.L., *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

JIMÉNEZ GARCÍA, M. / PEÑA SÁNCHEZ, A.R. / RUIZ CHICO, J., “Análisis de competitividad de las exportaciones agroalimentarias de la Unión Europea a nivel de sus Estados Miembros: Un estudio transversal”, ITEA, información técnica económica agraria. Revista de la Asociación Interprofesional para el Desarrollo Agrario (AIDA) 2 (2016). Ed. Asociación Interprofesional para el Desarrollo Agrario. Zaragoza.

JIMÉNEZ CARBAYO, V., “La valoración de los riesgos en un programa de *Compliance*. El Método de Mosler como método de análisis y evaluación de los riesgos penales”, Diario La Ley, nº 8973 (2017) (en línea, <http://diariolaley.laleynext.es>, consultada el 11 de diciembre de 2020).

JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S., “La nueva Ley de Patentes y sus implicaciones en materia de garantías internacionales”, AEDIPr 2016 (en línea, <https://eprints.ucm.es/>, consultada el 12 de agosto de 2020).

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.), *Derecho mercantil*, vol. I. Ed. Ariel. Barcelona, 2009.

JORGE BARREIRO, A., “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del art. 197 del CP”, RJUAM, nº 6 (2006) (en línea, <http://revistas.uam.es>, consultada el 20 de junio de 2018).

KAPLAN, J.M. / WALKER, R.S., “Ethics and the regulatory environment”, en FREDERICK, R.E. (Ed.), *A Companion to business ethics*. Ed. Blackwell Publishing. Malden, , Massachussets, 1999.

KARILA-VAILLANT, CH. (Dir.), *Organisation et management de la fonstion juridique en enterprise. Methodologies, outils et bonnes pratiques*. Ed. Larcier. Bruselas, 2013.

KÖLER, H.D. / MARTÍN ARTILES, A., *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, 2ª ed. Ed. Delta Publicaciones. Madrid, 2007.

KOTLER, P., *Dirección de marketing. Conceptos esenciales*. Ed. Pearson Educación de México. Naucalpan de Juárez, 2002.

- *Los 80 conceptos esenciales de marketing de la A a la Z*. Ed. Pearson Pretince Hall. Madrid, 2005.

KRUGMAN, P. / OLNEY, M.L. / WELLS, R., *Fundamentos de economía*. Ed. Reverté. Barcelona, 2007.

KUHLEN, L. / MONTIEL, J.P. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2013.

LAMAS PUCCIO, L., “Introducción al Derecho penal Económico”, RDPUCP, nº 41 (1987) (en línea, <http://revistas.pucp.edu.pe/>, consultada el 10 de enero de 2019).

LANDA GOROSTIZA, J.M. (Dir.) / GARRO CARRERA, E. / ORTUBA FUENTES, M. (Coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Salvar al oficial Ryan” (2014) (en línea, <http://www.derecho.usmp.edu.pe/>, consultada el 16 de septiembre de 2018).

- “¿Cuándo es punible el autoblanqueo?” (2016) (en línea, <https://almacenederecho.org/>, consultada el 30 de setiembre de 2018).

- “¿Puede tener responsabilidad penal el Compliance Officer?” (2017) (en línea, <http://almacenederecho.org/>, consultada el 10 de octubre de 2017).

LAWLER, E.E., “Por fin ha llegado la era del capital humano”, en BENNIS, W. / SPREITZER, G.M. / CUMMINGS, T. G. (Eds.), *El futuro del liderazgo*. Ed. Deusto. Bilbao, 2002.

LEANDRO VIEIRA DA COSTA, P., “¿Qué han dicho nuestros tribunales sobre la responsabilidad penal de empresa?”, AJUM, nº 48 (2018) (en línea, <https://www.uria.com/>, consultada el 20 de febrero de 2019).

LIÑÁN LAFUENTE, A., “El oficial de cumplimiento: su responsabilidad penal”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) / MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

- *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*. Ed. Aranzadi. Cizur menor, 2019.

LLADÓS MASLLORENÇ, J. / TORRENT SELLENS, J. / VILASECA REQUENA, J., *Análisis de la economía española. Hacia un nuevo modelo de crecimiento*. Ed. UOC. Barcelona, 2005.

LLOBET ANGLÍ, M. “Delito publicitario”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa (2011-2012)*. Ed. Ediciones Francis Lefevre. Santiago de Compostela, 2011.

LÓPEZ DONAIRE, M.B., “Los programas de *Compliance* y su reflejo en la contratación pública”, Gabilex, nº 6 (2016) (en línea, <http://www.castillalamancha.es/>, consultada el 5 de marzo de 2019).

LÓPEZ FERRER, P., “La reforma de los delitos de alzamiento de bienes: los nuevos delitos de frustración de la ejecución”, AJUM, nº 41 (2015). Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

LOUGHMAN, B.P. / SIBERY, R.A., *Bribery and Corruption. Navigating the global risks*. Ed. John Wiley and sons. Hoboken (New Jersey), 2011.

LOUIS, J. / WASSMER, M.P., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Alemania” (trad. HERNÁNDEZ BASUALTO, H.), RP, nº 42 (2018) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 26 de abril de 2019).

LUCAS MARÍN, A., *Sociología de la empresa*, 5ª ed. Ed. Ibérico Europea de Ediciones. Madrid, 1992.

LUZÓN CÁNOVAS, A., “Instrumentos para la Investigación de la Corrupción”, CPJML, nº 11 (2015). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao.

LUZÓN CÁNOVAS, M., “La nueva regulación del alzamiento de bienes”, ponencia impartida en “Curso: la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015” (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 5 de febrero de 2018).

MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Madrid, 2017.

MAGRO SERVET, V., “La corrupción en el deporte en la reforma del Código Penal (nuevo art. 286 bis.4)”, Diario La Ley, nº 8493 (2015) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 6 de agosto de 2018).

MANKIW, N. G., *Principios de Economía*, 6ª ed. Ed. Mc Graw Hill. Aravaca, 2012.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Las penas de las personas jurídicas”, Diario La Ley, nº 7920 (2012) (en línea, <http://diariolaley.laley.es>, consultada el 24 de octubre de 2017).

- *Comentarios el Código Penal*. Ed. La Ley. Madrid, 2016 (en línea, <http://laleydigital.laley.es>, consultado el 29 de julio de 2018).

MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

- “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”, DyC, nº 1 (2001) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 19 de diciembre de 2018).

MAQUEDA LAFUENTE, F.J., *Dirección estratégica y planificación financiera de la PYME*. Ed. Díaz de Santos. Madrid, 1992.

MARINUCCI, G. “Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 4 (volumen 45) (2002). Ed. Giuffrè Editore. Milán.

MAROTO CALATAYUD, M. / NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. Ed. Ediciones Experiencia. El Masnou, 2016.

MAROTO ILLERA, R. (Coord.), *La contribución de la inmigración a la economía española*. Ed. Fundación Ideas. Madrid, 2011.

MAROTO SÁNCHEZ, A., “Nuevas evidencias sobre la productividad de los servicios”, *Papeles de Economía Española*, nº 120 (2009). Ed. FUNCAS. Madrid.

MARQUINA BERTRÁN, M. “Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 5/2010”, *CPJML*, nº 12 (2016). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao.

MARTÍN MOLINA, P.B., “La figura del administrador judicial en sede penal: ‘una gran desconocida’”, *Iuris&Lex* 143 (2016) (en línea, <https://www.eleconomista.es/>, consultada el 16 de junio de 2019).

MARTÍNEZ LORCA, A., “Estudio de las estafas impropias y de un supuesto de atipicidad”, *La Ley*, nº1 (2006) (en línea, <http://diariolaley.laley.es>, consultado el 1 de abril de 2018).

MARTÍNEZ PATÓN, V., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societas delinquere non potest*. Ed. B de F. Montevideo, 2019.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. PE*, 6ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “La calificación del concurso”, *La Ley*, nº 4 (2004)- Ed. La Ley. Madrid, 2004.

MARZAL FUENTES, A. / HIERRO SÁNCHEZ-ESCADOR, L.L., *El núcleo duro de los derechos humanos*. Ed. Bosch. Barcelona, 2001.

MATALLÍN EVANGELIO, A., “El “autoblanqueo” de capitales”, RGDP, nº 20 (2013) (en línea, <https://www.iustel.com/>, consultada el 25 de septiembre de 2018).

MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad penal*. Ed. La Ley. Madrid, 2007.

- “Compliance Penal y peritaje judicial”, conferencia pronunciada en la jornada “Novedades sobre el peritaje en Compliance penal. Comentarios a la Circular 1/2016 de la Fiscalía sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, organizada por la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses y la Asociación de Probática y Derecho Probatorio. Barcelona, 2016.
- *Delincuencia electoral y responsabilidad de los partidos políticos*. Ed. La Ley. Madrid, 2018.

MAZZACUVA, F., “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación”, en PALMA HERRERA, J.M. / GONZÁLEZ TAPIA, M.I. (Dirs.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014,

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de “solventar” la confusa interpretación y aplicación de los tipos penales de peligro”, REPC, nº 37 (2017) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 6 de diciembre de 2019).

MENDO ESTRELLA, Á., “La reforma del Código Penal en materia de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” Diario La Ley, nº 7534 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laleynext.es/>, consultado el 7 de febrero de 2020).

- “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al *sexting* entre adultos”, RECPC 18-16 (2016) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultado el 10 de abril de 2018), pp. 5 ss.

MERCADO PACHECO, P., “Análisis económico del Derecho y Utilitarismo. Concordancias y divergencias”, *Télos* (Vol. III) 2 (1994) (en línea, <https://minerva.usc.es/>, consultado el 10 de julio de 2019).

MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La PE del Derecho penal*, 4ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2019.

MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Agenda del Cambio: Hacia una economía inclusiva y sostenible* (2019) (en línea, <https://www.mineco.gob.es/>, consultada el 10 de agosto de 2020).

MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, *Retrato de la PYME* (2016) (en línea, <http://www.ipyme.org/>, consultado el 11 de agosto de 2020).

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Estadística de Accidentes de Trabajo. Resumen de principales resultados. Año 2016* (2017) (en línea, <http://www.mitramiss.gob.es/>, consultada el 27 de junio de 2019).

MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe de situación de la economía española. España 2015* (2015) (en línea, <http://www.minhafp.gob.es/>, consultado el 14 de mayo de 2017).

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, *La energía en España 2017* (2019). Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en línea, <https://energia.gob.es/>, consultado el 11 de agosto de 2020).

MIÑO LÓPEZ, A., *Prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público*, tesis doctoral defendida en la Universidade Da Coruña (2018) (en línea, <https://ruc.udc.es/>, consultada el 1 de diciembre de 2020).

MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, RECPC 6-1 (2004) (en línea, <http://criminnet.ugr.es/>, consultada el 28 de marzo de 2019).

- *Derecho penal. PG*, 10ª ed. Ed. Reppertor. Barcelona, 2015.

MIRÓ LLINARES, F., “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y recepatación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal”, en MORILLAS CUEVA, L (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal*. Ed. Francis Lefevre (en línea, <https://0-online-elderecho-com.cataleg.uoc.edu/>, consultada el 20 de diciembre de 2020).

MOLINA GIMENO, F.J., “Conveniencia político criminal de introducir la modalidad imprudente para completar la protección penal de los secretos de empresa”, *Diario La Ley*, nº 7123 (2009) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 9 de julio de 2018).

MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Ed. Atelier. Barcelona, 2008.

- “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, REPC, nº 35 (2015) (en línea, <http://www.usc.es/>, pp. 733 ss, consultada el 29 de octubre de 2017).

MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M.J., “Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos”, REPC, nº37 (2017) (en línea, <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/4063/4923>, consultada el 3 de junio de 2018).

MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y Comentarios*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2010.

- “De las causas que eximen de la responsabilidad penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español* (Tomo I), 7º edición. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.

MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E., “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP), en AAVV, *La corrupción a examen*. Ed. Thopmson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2012.

MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*. Ed. Dykinson. Madrid, 2013.

MORÓN LERMA, E., *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona (2002) (en línea, <https://www.tdx.cat/handle/10803/5066>, consultada el 9 de julio de 2018).

- *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2002.

MOSELEY, G.B., *Manging Legal Compliance in the Health Care Industry*. Ed. Jones&Bartlett Learning. Burlington, 2015.

MUJICA ALBERDI, A. (Coord.), *Manual para la autoevaluación del capital social en las organizaciones*, 1º ed. Ed. Instituto Vasco de Competitividad - Fundación Deusto. Bilbao, 2010.

MULLERAT BALMAÑA, R., “La conciencia de la empresa (algunas cuestiones éticas de los abogados de empresa)”, *La Ley*, nº 1 (2007). Ed. La Ley. Madrid.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 10ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, 16ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

- *Derecho penal. PE*, 22ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

MUÑOZ RUIZ, J. (Dir.) / OLMEDO CARDENETE, M. / TARRAGO RUIZ, A. (Coords.), *Casos Prácticos de Derecho penal Económico con Jurisprudencia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

MURPHY, D., “The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics”, *Iowa Law Review* 87 (2002) (en línea, <https://www.ussc.gov/>, consultada el 4 de diciembre de 2020).

MÜSSIG, B., “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en el Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”, *ADPCP* 2006 (en línea, <https://www.boe.es/>, consultado el 17 de marzo de 2019).

NAVARRO MASSIP, J., “El estatuto procesal de la persona jurídica. 10 años de pocas luces y muchas sombras”, *RAD* 8/2020. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (en línea,

<https://insignis-aranzadidigital-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultado el 19 de octubre de 2020).

NEIRA PENA, A.M., “La imputación de la persona jurídica”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. / FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir.) / NEIRA PENA, A.M. (Coord.), *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. Ed. Universidades da Coruña. A Coruña, 2012.

- “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de la prueba en el proceso penal”, *Política Criminal* (vol. XI), nº 26 (2016) (en línea, <http://www.politicacriminal.cl/>, consultada el 19 de octubre de 2020).

NIETO MARTÍN, A., “¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”, *RP*, nº 19 (2007) (en línea, <http://rabida.uhu.es/>, consultada el 17 de mayo de 2019).

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Ed. Iustel. Madrid, 2008.
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Política criminal* (vol. 5), nº 9 (2010) (en línea, <http://www.cienciaspenales.net/>, consultada el 22 de junio de 2019).
- “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso pena”, *Diario La Ley*, nº 8120 (2013) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).
- “El art. 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, *Diario La Ley*, nº 8248 (2014) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 27 de junio de 2019).
- “Internal Investigation, Whistle-Blowing and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process”, en MANACORDA.S/CENTONZE, F. / FORTI, G. (Eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*. Ed. Springer. Heidelberg, 2014.
- “Prevención de la corrupción en las administraciones públicas”, en NIETO MARÍN, A. / MAROTO CALATAYUD, M. (Dir.), *Public Compliance. Prevención*

de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Ed. Ediciones de la universidad de Castilla La Mancha. Cuenca, 2014.

- *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

NÚÑEZ MARTÍN, A., “Sostenibilidad, profesionalización y transparencia; una nueva agenda para el Gobierno Corporativo”, *Aranzadi digital* 1/2020 (en línea, <https://insignis-aranzadidigital-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultada el 15 de noviembre de 2020).

O'CALLAGHAN MUÑOZ, J., *Compendio de Derecho Civil, tomo III. Derechos reales e hipotecario*, 2ª ed. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2017.

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 art. 31 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8915 (2017) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultada el 17 de septiembre de 2017).

OCDE, *La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en américa latina* (2015) (en línea, <https://www.oas.org/>, consultada el 17 de junio de 2019).

- *OECD Tourism Trends and Policies 2016* (en línea, <http://www.oecd-ilibrary.org/>, consultada el 14 de mayo de 2017).

- *Estudios económicos de la OCDE. España. Noviembre 2018. Visión General* (en línea, <https://www.oecd.org/>, consultado el 11 de julio de 2019).

OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA EN LISBOA, *Informe económico y comercial. Portugal* (2019) (en línea, <http://www.comercio.gob.es/>, consultada el 22 de abril de 2019).

OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA EN PARÍS, *Informe económico y comercial. Francia* (2019) (en línea, <http://www.comercio.gob.es/>, consultada el 22 de abril de 2019).

OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA EN ROMA, *Informe económico y comercial. Italia* (2019) (en línea, <http://www.comercio.gob.es/>, consultada el 22 de abril de 2019).

OGANDO DELGADO, M.A., “El fraude tributario en el nuevo Código Penal”, Boletín de la Facultad de Derecho, nº 10-11 (1996) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultada el 4 de diciembre de 2018).

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L., *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del art. 197.1ª del código Penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009.

ORTEGA CARRILLO, J.A., “Publicidad e iconicidad. Propuestas para una metodología de Alfabetización Visual”, en MENDIZ NOGUERO, A. (Dir.), *Publicidad, educación y nuevas tecnologías* (en línea, <https://www.oei.es/>, consultada el 1 de julio de 2018).

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “Análisis económico del Derecho y política criminal”, RDPC, nº extraordinario 2 (2004) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultado el 10 de julio de 2019).

- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), *Manual de Formación Continuada*, nº 49 (2009). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ("compliance programs")”, en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*. Ed. La Ley. Madrid, 2011.
- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV, *Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*. Ed. Francis Lefevre. Madrid, 2011.

ORTIZ PRADILLO, J.C., “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, Diario La Ley, nº 4064 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

OTERO GONZÁLEZ, P., “Corrupción entre particulares (delito de)”, Eunomía, nº 3 (2012) (en línea, <https://e-revistas.uc3m.es/>, consultada el 4 de agosto de 2018).

- “La corrupción en los negocios tras la reforma penal por la L O 1/2015”, CPJML, nº 12 (2016). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao.

PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A.I., *Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid (2017) (en línea, <https://eprints.ucm.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018).

PASTOR MUÑOZ, N., “Estafa y negocio ilícito Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)”, RDPC, 2ª época, 5 (2000).

- “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, InDret 4/2006 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 29 de octubre de 2017).

PÉREZ ARIAS, J., “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable: un pretendido fundamento sociológico”, en PALMA HERRERA, J.M. (Dir.) / GONZÁLEZ TAPIA, M.I. (Coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

- *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

PÉREZ GARCÍA, F., *Crecimiento y competitividad. Motores y frenos de la economía española*. Ed. Fundación BBVA. Barcelona, 2012.

PÉREZ GIL, J, “El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado y lo imaginado”, en PÉREZ GIL, J. / DE ROMÁN PÉREZ, R. (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios. Una perspectiva multidisciplinar*. Ed. Universidad de Burgos. Burgos, 2011.

PÉREZ GONZÁLEZ, S., “Racionalidad penal-económica y sistemas de cumplimiento como derecho intermedio”, RECPC 20-19 (2018) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 27 de mayo de 2019).

PETERS, J.C. / WATERMAN, R.H., *En busca de la excelencia*. Ed. Harper Collins. Madrid, 2017.

PIETH, M. / IVORY, R., “Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview”, en PIETH, M. / IVORY, R. (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*. Ed. Springer. Heidelberg, 2011.

PILOÑETA ALONSO, L.M., “Veinticinco años de Constitución económica y Derecho mercantil”, en AAVV., *Homenaje a la Constitución Española. XXV aniversario*. Ed. Ediciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 2005.

PLANCHADELL GARGALLO, A. / VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos contra la propiedad intelectual. Consideraciones Generales”, en FAYÓS GARDÓ, A. (Ed.), *Propiedad intelectual en la era digital*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

POELEMANS, M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés”, *Eguzkilore*, nº 28 (2014) (en línea, <https://www.ehu.eus/>, consultada el 24 de abril de 2019).

PONCELA GARCÍA, J.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *CPJLM*, nº 12 (2016). Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao.

PORTERO HENARES, M., “La solución de conflictos en la regulación de la publicidad ilícita”, en GARCÍA RIVAS, N. (Coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2005.

POSNER, R., “El movimiento del análisis económico: desde Bentham hasta Becker”, *Themis, Revista de Derecho*, nº 44 (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 10 de julio de 2019).

PRADOS RAMOS, L., “Acción rescisoria concursal: STS 1051/2017” (2017) (en línea, <https://www.notariabierta.es/>, consultada el 29 de julio de 2018).

PRESUTTI, A. / BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, 2º ed. Ed. Giuffrè Editore. Milán, 2018.

PRIETO, J. (Dir.), *La empresa mediana española. Informe anual 2018* (en línea, <https://circulodeempresarios.org/>, consultada el 13 de agosto de 2020).

PUENTE ABA, L.M., *Los genuinos derechos económicos de consumidores*, tesis doctoral defendida en la Universidade da Coruña (2001) (en línea, <https://ruc.udc.es/>, consultada el 7 de octubre de 2018).

- “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa”, RDPC 14 (2004).

PUENTE ABA, L.M. / FARALDO CABANA, P., “¿Cabe aplicar el delito publicitario en el caso Nueva Rumasa? Límites y posibilidades de la tutela penal frente a la publicidad engañosa de productos destinados a la obtención de crédito y/o a la captación de inversión”, Diario La Ley, nº 8127 (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 7 de octubre de 2018).

PUYOL MONTERO, J., “La figura del *Compliance Officer*: características y responsabilidades”, en SÁIZ PEÑA, C.A. (Coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

QUARTERMAN, J.S., *Risk Management Solutions for Sarbanes-Oxley Section 404 IT Compliance*. Ed. Wiley Publishing. Indianapolis, 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El directivo como fuente de peligro jurídico-penal para su empresa”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.) / BACIGALUPO SAGGESE, S. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Gobierno corporativo y Derecho penal. Mesas redondas, derecho y economía*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2008.

- *Derecho penal español. PE*, 7ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

QUINTANAR DÍEZ, M. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2006

QUINTERO OLIVARES, G., “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 698 (2006). Ed. Aranzadi. Cizur Menor.

- “La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009.

- “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: claroscuros de una novedad”, *RJC* (vol. CX) 4/2011. Ed. Il·lustre Col·legi de l’Advocacia de Barcelona. Barcelona.

- (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

- “La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo”, REPC, nº 38 (2018) (en línea, <http://www.usc.es/>, consultada el 19 de noviembre de 2018).

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la PE del Derecho penal*, 10ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.

- *Delitos relativos al mercado y a los consumidores* (2016) (en línea, <http://studylib.es/>, consultada el 3 de julio de 2018).

RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2013.

- “La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas. Comentario a la Sentencia del TS 778/2013 sobre el “caso de las prótesis mamarias””, InDret número 3/2015 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultado el 20 de junio de 2018).
- “¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?”, Diario La Ley, nº 9003 (2017) (en línea, diariolaley.laley.es, consultada el 24 de octubre de 2017).
- “El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937”, La Ley Compliance Penal (2020) (en línea, <https://diariolaley-laleynext-es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/>, consultada el 7 de noviembre de 2020).

RAIMUNDO RODRÍGUEZ, M.J., “Blanqueo de capitales imprudente y transferencias bancarias “on line” (en línea, <http://www.legaltoday.com/>, consultada el 14 de noviembre de 2018).

RAKOFF, J.S. / SACK, J.S., *Corporate Sentencing Guidelines. Compliance and Mitigation*. Ed. Law Journal Press. Nueva York, 2005.

RANDO CASEMIRO, P., “La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales”, RECPC 17-03 (2015) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 27 de junio de 2019).

RAYÓN BALLESTEROS, M.C. / PÉREZ GARCÍA, M., “Las responsabilidades penales de la empresa y el *Compliance program*: especial referencia a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal”, en CHOZAS ALONSO, J.M. (Coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal. Conforme a las recientes reformas legislativas: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de código Penal; Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECRIM y la LOPJ*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

- “Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso”, AJEE, nº 51 (2018) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 1 de junio de 2019).

REBOLLO VARGAS, R., “La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, RDPC, 3ª época, nº 10 (2013) (en línea, <http://e-spacio.uned.es/>, consultada el 24 de septiembre de 2018).

REMÓN PEÑALVER, E., “Naturaleza de la cuota defraudada en el delito fiscal”, ponencia impartida en “Jornadas de especialistas en delincuencia económica, 3 y 4 de Abril 2017” (en línea, www.fiscal.es, consultada el 17 de enero de 2019).

REQUEIJO GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Economía española*. Ed. Delta Publicaciones Universitarias. Madrid, 2007.

RINCENAU, J., “El futuro de la custodia de seguridad en Alemania”, en ARROYO ZAPATERO, L. / DELMAS-MARTY, M. / DANET, J. / ACALE SÁNCHEZ, M. (Eds.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2014.

ROBBINS, S.P. / DECENZO, D.A., *Fundamentos de administración. Conceptos esenciales y aplicaciones*, 6ª ed. Ed. Pearson Prentice Hall. Madrid, 2009.

ROBLES PLANAS, R., “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, Diario La Ley, nº 7015 (2008) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 14 de enero de 2019).

- “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, InDret 2/2009 (en línea, <https://indret.com/>, consultada el 13 de noviembre de 2020).
- “Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP”, Diario La Ley, nº 7705 (2011) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 24 de mayo de 2019).
- “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, InDret 2/2016 (en línea, www.raco.cat, consultada el 24 de abril de 2019).

ROBLES PLANAS, R. / JAVIER RIGGI, E. J., “El extraño art. 65.3 del Código Penal Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, InDret 4/2008 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 9 de noviembre de 2019).

ROCA AGAPITO, L., “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

RODRIGO DE LARRUCEA, J., *Seguridad marítima: Teoría general del riesgo*. Ed. Marge Books. Sabadell, 2015.

RODRÍGUEZ CELADA, E., “La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en relación con el delito concursal”, InDret 1/2017 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultada el 1 de agosto de 2018).

RODRÍGUEZ MORO, L., “Evolución histórica y “patrimonialización” de la tutela penal de la propiedad intelectual en la legislación española”, AFDUC, nº 15 (2011) (en línea, <https://ruc.udc.es/>, consultada el 16 de diciembre de 2018).

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. PG*. Ed. Civitas. Madrid, 1978.

- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema”, RCGAE, nº 62 (2010) (en línea, <https://www.abogacia.es/>, consultada el 22 de marzo de 2019).

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La protección penal de la propiedad industrial”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Ed.), *La propiedad Industrial. Teoría y práctica*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2001.

- “¿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*, nº 7561 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.com>, consultada el 12 de noviembre de 2017).

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed. Ed. La Ley. Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO / BRAVO-FERRER, M., “El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7668 (2011) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).

ROIG TORRES, M., “La “frustración de la ejecución”: el modelo alemán y la nueva regulación del código Penal español”, *RGDP*, nº 25 (2016) (en línea, <http://roderic.uv.es/>, consultado el 29 de abril de 2018).

ROMA VALDÉS, J.A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal*. Ed. Rasche. Alcobendas, 2012.

- *Código penal comentado*. Ed. Bosch. Sant Feliu de Llobregat, 2015.

ROMEO CASABONA, C.M., “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet”, *DyC*, nº 2 (2002). Ed. Universidad de Huelva. Huelva, 2002.

RONCAGLIA, A., *Economistas que se equivocan. Las raíces culturales de la crisis*. Ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2015.

ROXIN, C. “El dominio de organización como forma de autoría mediata”, *REJ*, nº 7 (2006) (en línea, <http://www.defensesociale.org/>, consultada el 27 de junio de 2018).

- “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *RP*, nº 18 (2006). Ed. Universidad de Huelva. Huelva.

SALVADOR LAFUENTE, S., “Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles”, en ABADÍAS SELMA, A. / SIMÓN CASTELLANO, P. (Coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. Ed. Bosch. L’Hospitalet de Llobretat, 2020.

SALVADORI, I., “La regulación de los daños informáticos en el código penal italiano”, RIDP, nº 16 (2013) (en línea, <https://idp.uoc.edu/>, consultada el 11 de marzo de 2019).

SALVO ILABEL, N., “Análisis crítico del sistema que da lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Dir.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*. Ed. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011.

- *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona (2014) (en línea, <https://www.tdx.cat/>, consultada el 27 de abril de 2019).

SÁNCHEZ BERNAL, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Cuadernos del Tomás, nº 4 (2012) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultado el 10 de febrero de 2019).

SÁNCHEZ MELGAR, J., “La corrupción en el sector privado”, RXG, nº 63 (2009) (en línea, <http://rexurga.es/>, consultada el 5 de agosto de 2018).

SÁNCHEZ PÉREZ, E., “Protección jurídico-penal del consumidor”, REEE, nº 20 (2008). Ed. Universidad de Extremadura. Plasencia.

SÁNCHEZ ROBERT, M.J., “La persona jurídica en los delitos del art. 319 del Código Penal”, Anales de Derecho, nº 30 (2012) (en línea, <https://revistas.um.es/>, consultada el 8 de diciembre de 2018).

- *El delito urbanístico. Art. 319 del Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

SÁNCHEZ-PEGO LAMELAS, Á., “El delito fiscal: una reforma necesaria” (en línea, <http://www.expansion.com/>, consultada el 17 de enero de 2019).

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, InDret 1/2008 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 16 de noviembre de 2018).

SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*, 6ª ed. Ed. Pirámide. Madrid, 2012.

SCHÜNEMANN, B., “Protección de Bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática”, en ROBLES PLANAS, R. (Ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Ed. Atelier. Barcelona, 2012.

SEBASTIÁN, M., *La falsa bonanza. Cómo hemos llegado hasta aquí y cómo intentar que no se repita*. Ed. Grup Editorial 62. Barcelona, 2015.

SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO, “La inversión extranjera en España alcanzó los 435.279 millones en 2017” (en línea, <https://comercio.gob.es/>, consultada el 11 de agosto de 2020).

SEGARRA BLASCO, A., “El ajuste del sector industrial”, *Economistas*, nº extra 119 (2009). Ed. Colegio de Economistas de Madrid. Madrid.

SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A. / SERRANO TÁRREGA, M.D. / VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal. PE*, 5ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2019.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., “Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa”, *REPC*, nº 31 (2011) (en línea, www.usc.es/, consultada el 5 de agosto de 2018).

SERRANO ZARAGOZA, Ó., “Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica”, *RDConc.*, nº 24 (2016). Ed. Aranzadi. Cizur Menor.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Themis*, nº 35 (1997) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 26 de abril de 2019).

SERVICIO DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS Y ESTADÍSTICAS, *Informe anual de recaudación tributaria. Año 2018* (en línea, <https://www.agenciatributaria.es/>, consultado el 7 de julio de 2019).

SHAW MORCILLO, L., “La administración concursal”, en CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. / SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal”, en SALVADOR CODERCH, P. / SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Simulación y deberes de veracidad. Veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*. Ed. Civitas. Madrid, 1999.

- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Ed. Civitas. Madrid, 2001.
- “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, InDret 2/2006 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultada el 10 de junio de 2019).
- “El contexto del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008”, CPJML, nº 6 (2009) Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao.
- “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, Diario La Ley 7464 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es>, consultado el 12 de noviembre de 2017).
- “Los delitos patrimoniales y económico-financieros”, Diario La Ley, nº 7534 (2010) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 25 de septiembre de 2018).
- “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, InDret 3/2014 (en línea, <http://www.indret.com/>, consultado el 10 de marzo de 2019).
- “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución”, InDret 1/2020 (en línea, <https://www.raco.cat/>, consultada el 4 de diciembre de 2020).

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. Barcelona, 2013.

- “Bases de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed. Ed. Edisofer. Madrid, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) / PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El nuevo código Penal. Comentarios a la reforma*. Ed. La Ley. Madrid, 2012.

SILVENTE ORTEGA, J., *Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales en España desde la Jurisprudencia y el Derecho comparado con los países de la Unión Europea*, tesis doctoral defendida en la Universidad Católica de San Antonio de Murcia (2014) (en línea, <http://repositorio.ucam.edu/>, consultada el 4 de noviembre de 2018).

SMITH, A., *La riqueza de las naciones: Libros I-II-III y selección de los libros IV y V*. Ed. Alianza. Madrid, 2011.

SOTO NIETO, F., “Engaño “bastante” en el delito de estafa. Factor subjetivo”, *Diario La Ley*, nº 7087 (2009) (en línea, diariolaley.laley.es, consultado el 28 de marzo de 2018).

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal. PE (Tomo II)*, 8ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2020.

TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Resultados de gestión y ejecución presupuestaria. Noviembre 2018* (en línea, <https://revista.seg-social.es/>, consultado el 7 de julio de 2019).

TEUBNER, G., *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Ed. Ara Editores. Lima (Perú), 2005.

THÜSING, G. / FORST, G. (Eds.), *Whistleblowig – A comparative study*. Ed. Springer Internatinal Publishing. Heidelberg, 2016.

TIRADO ESTRADA, J.J., “Delitos contra la propiedad industrial. Protección penal de invenciones industriales (patentes y modelos de utilidad) y signos distintivos (marcas y nombres comerciales). Tipos básicos y problemática acusatoria” (2016) (en línea, <https://www.fiscal.es/>, consultada el 17 de diciembre de 2018).

- *Los delitos contra la propiedad industrial. Dimensión Socioeconómica, títulos tutelados, exigencias típicas y problemática aplicativa*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2017.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Los nuevos contornos de la protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015”, en MARTÍN LÓPEZ, J.J. / CASAS VALLÈS, R. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

TORRAS COLL, J.M., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa *Compliance*”, *La Ley penal*, nº 130 (2018) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 1 de octubre de 2019).

TORRES CADAVID, N., “El delito de defraudación tributaria: ¿un delito especial o un delito común? Una propuesta (de *lege lata*) de delimitación del círculo de posibles autores del art. 305 CP”, *RECPC* 20-29 (2018) (en línea, <http://criminet.ugr.es/>, consultada el 26 de noviembre de 2020).

UGARTE CATALDO, J.L., “El concepto legal de empresa y el Derecho laboral: cómo salir del laberinto”, *RCDP*, nº 20 (2013) (en línea, <https://dialnet.unirioja.es/>, consultada el 12 de febrero de 2019).

URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, *REPC*, nº 32 (2012). Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela.

- “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, en ROMEO CASABONA, CM. / FLORES MENDOZA, F (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. Ed. Comares. Granada, 2012.

VALBUENA GARCÍA, E., “Comentario al Art. 308 del Código Penal” (en línea, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/>, consultado el 9 de diciembre de 2018).

VAN WEEGHEL, S., *The improper use of Tax Treaties*. Ed. Kluwer Law International. Londres, 1998.

- VARIAN, H.R., *Microeconomía intermedia*, 9ª ed. Ed. Antoni Bosch. Barcelona, 2015.
- VÁZQUEZ IRZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*. Ed. Atelier. Barcelona, 2015.
- VEGAS AGUILAR, J.C. *et al*, “Los Programas de Prevención del Delito para las Personas Jurídicas a raíz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P.”, *Diario La Ley*, nº 8664 (2015) (en línea, <http://diariolaley.laley.es/>, consultado el 5 de junio de 2017).
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos jurídicos y procesales”, *Diario La Ley*, nº 7883 (2012) (en línea, diariolaley.laleynext.es, consultada el 19 de octubre de 2020).
- “Medidas cauterales sobre la persona jurídica delinciente”, en DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. / LOPO LÓPEZ, M.A. / MARTÍN MOLINA, P. (Coords.), *El Procedimiento Concursal en toda su dimensión*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- VILA ESPESO, M.A., *El modelo de Compliance penal de la norma UNE 19601*. Ed. Círculo Rojo. Almería, 2017.
- VILAR BARRIO, J.F., *Las siete nuevas herramientas para la mejora de la calidad*, 2ª ed. Ed. Fundación Confemetal. Madrid, 1997.
- VOGEL, J., “Presupuestos y exclusión de la responsabilidad subjetiva” (trad. NIETO MARTÍN, A.), en TIEDEMANN, K. (Dir.) / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho penal europeo en la Unión Europea*. Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2004.
- VON FEUERBACH, P.J.A., *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, 2ª ed. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1989.
- VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal alemán* (trad. SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, Q. / JIMÉNEZ DE ASÚA, L.). Ed. Reus. Madrid, 1972.
- VON STAMLER, R., *Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia. Una investigación filosófico-social*. Ed. Reus. Madrid, 2011.

WILLIAMS, C., *Management*, 5ª ed. Ed. South Western. Mason, 2009.

ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), *Derecho penal. PE. Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, 2º ed. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas delinquere potest”, *La Ley Penal*, nº 76 (2010) (en línea, diariolaley.laleynext.es, consultada el 7 de febrero de 2020).

- en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

- *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de su directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

- “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, CIIDPE (2014) (en línea, <http://www.mjusticia.gob.es/>, consultada el 21 de abril de 2017).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “¿Cuál es la valoración jurídica de los *compliance* en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.) / DE LA CUERDA MARTÍN, M. / GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

ZUSMAN TINMAN, S., “La Teoría del Riesgo”, *RDPUCP*, nº 34 (1980) (en línea, <http://revistas.pucp.edu.pe/>, consultada el 25 de mayo de 2019).