

Compliance Penal: una teoría del delito para las personas jurídicas.

Autor:
Francisco Bonatti
Socio Fundador de Bonatti Penal





C/ de los Monasterios de Suso y Yuso, 34
28049 Madrid
www.lefebvreelderecho.com





> Contenido

I. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS 154/2016 Y 221/2016

Primera parte: la intrahistoria de una jurisprudencia histórica

- 1 Un contexto normativo que determina la trascendencia de las resoluciones analizadas
- 2 Cronología del nacimiento de una doctrina jurisprudencial
- 3 STS 154/2016: un supuesto de hecho tangencial, que ha dado todos sus frutos
- 4 STS 221/2016: un delito económico que permite hablar del derecho de defensa
- 5 Dos sentencias para una nueva teoría del delito de la persona jurídica

Segunda parte: la discutida culpabilidad de la persona jurídica y la carga de probarla

- 1 Heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad
- 2 El Art. 31 bis en las reformas de 2010 y 2015

www.lefebvreelderecho.com





www.lefebvreelderecho.com



- 3 Tesis de la Fiscalía General del Estado (FGE) respecto al título de imputación
- 4 La tesis de la STS 154/2016
- 5 El voto particular de la STS 154/2016
- 6 STS 221/2016: buscando la síntesis desde la fundamentación constitucional del derecho de defensa

Tercera parte: arrojando luz sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

- 1 Pronunciamientos unánimes en la STS 154/2016
- 2 El 'caso Transpinelo': culpabilidad y beneficio directo o indirecto de la persona jurídica
- 3 Imputabilidad de la persona jurídica y sociedades instrumentales
- 4 Sobre las penas de disolución, intervención y multa
- 5 Conflicto de intereses e indefensión de la persona jurídica
- 6 Un estatuto constitucional para cada investigado

II. LA CULTURA DE CUMPLIMIENTO EN LA EMPRESA



FRANCISCO LUIS BONATTI BONET

Socio Director de BONATTI PENAL&COMPLIANCE (www.bonattipenal.com)

Abogado penalista y experto externo en PBC-FT inscrito en el SEPBLAC. Post-grado en Legal Compliance por la Universitat Pompeu Fabra y la Universidad Carlos III

Socio fundador y secretario ejecutivo de INBLAC, Instituto de Expertos en Prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (www.inblac.org)

VOCAL DE LA JUNTA DIRECTIVA de ENATIC – Asociación de Expertos Nacionales de la Abogacía TIC (www.enatic.org)

Miembro de ASCOM-Asociación Nacional de Compliance (www.asociacioncompliance.com/)

Director académico y profesor de los cursos de prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo e Introducción al Legal Compliance del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.

Profesor de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo del Master de Acceso a la Abogacía de la Universitat Pompeu Fabra

SOBRE LA FIRMA

BONATTI PENAL & COMPLIANCE es una firma de abogados fundada en el año 1998 especializada en Derecho Penal, Legal Compliance y Prevención del Blanqueo de Capitales.

Somos fundadores de RED BONATTI COMPLIANCE, una red de profesionales de ámbito nacional que ofrece a pequeñas, medianas y grandes empresas servicios de Legal Compliance mediante una metodología innovadora y personalizada al tamaño y necesidades de cada empresa.

Blog: www.bonattipenal.com/blog

Videoblog: <http://vimeo.com/bonattipenal>



FRANCISCO
BONATTI





➤ UNA TEORIA DEL DELITO PARA LAS PERSONAS JURIDICAS

I. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS 154/2016 Y 221/2016

Primera Parte: Intrahistoria de una jurisprudencia “histórica”

1. Un contexto normativo que determina la trascendencia de las resoluciones analizadas

La Ley orgánica 5/2010 introduce en España la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (RPPJ) a través del nuevo Art. 31 bis del Código Penal, que rompe definitivamente el viejo principio *societas delinquere non potest*.

No sin polémica, desde su incipiente tramitación autores y operadores jurídicos se han ido posicionando en contra y a favor de una reforma que, por otra parte, es evidente que ha venido para quedarse.

La RPPJ entró en vigor, además, sin una reforma procesal que garantizara los derechos de esta nueva categoría de imputados



(ahora, investigados) de modo, que un año y medio más tarde, la Ley Orgánica (LO) 37/2011 de 10 de Octubre reparcó por enésima vez nuestra LECrim, para introducir unas reformas plagadas de lagunas destinadas a facilitar la instrucción de la causas en que aparezca imputada una persona jurídica.

La insuficiencia y fragmentariedad de la reforma amenazaba gravemente su eficacia y, para acabar de rematar este oscuro panorama, la esperada [Circular de la Fiscalía 1/2011](#) mostraba una dureza inusitada, muy especialmente en lo referente al “*debido control*” exigible a las personas jurídicas.

La LO 1/2015 acomete un serie de cambios que pretenden dar mayor seguridad jurídica a una reforma que hasta la fecha resultaba descorazonadora para sus principales destinatarios, las personas jurídicas, que no alcanzaban a comprender cómo afrontar este nuevo paradigma.

Es obvio que las sentencias que ahora analizamos son fruto de este contexto normativo. Se aprecia en ellas el esfuerzo de nuestro más Alto Tribunal por subsanar algunas de las graves lagunas interpretativas que pesan sobre aspectos materiales, procesales y punitivos de la reforma, adelantándose incluso a un futuro debate casacional, al entrar en ocasiones en el terreno del *obiter dicta*, como se encargan de denunciar los magistrados del voto particular emitido en la [STS 154/2016](#), quienes apuntan a que no era necesario utilizar un recurso de contenido más bien tangencial (hablamos de un delito de tráfico de drogas) para abordar temas que no habían planteado los recurrentes.



Sin embargo, es encomiable el esfuerzo del Tribunal Supremo por salir al paso de las dudas que la comunidad jurídica afronta en cuanto a la RPPJ, tratando de adelantar criterios que seguramente se aplicarán de inmediato en las causas que ya se están enjuiciando en nuestros tribunales. Es obvio que, si el criterio del Pleno hubiera sido unánime nadie, a día de hoy, estaría planteando la inadecuación del pronunciamiento al que se hubiera llegado.

La [STS 221/2016](#), dictada escasamente quince días mas tarde, sí muestra unanimidad en su fallo, y ello a pesar de contar con dos de los votos Magistrados que firmaron el voto particular del pronunciamiento anterior, ¿se apuntalaba de este modo la tesis de la mayoría de magistrados del Pleno? Es uno de los aspectos que quedan por dilucidar en próximas resoluciones, aunque todo apunta a que puede ser así.



2. Cronología del nacimiento de una doctrina jurisprudencial

Las sentencias analizadas no son tan solo fruto de su contexto normativo, sino que se enmarcan en un momento caracterizado por la insospechada eclosión del 'fenómeno Compliance' exigiendo a la Fiscalía General del Estado (FGE) y al TS la fijación criterios interpretativos que orienten la acción de las empresas en orden a prevenir riesgos penales y de los operadores jurídicos en su actuar ante nuestros juzgados y tribunales.

Así, la sucesión de hechos que se producen desde la aprobación de la LO 1/2015 , dejan para las crónicas la constatación de un interesante juego del gato y el ratón entre la FGE y el Tribunal Supremo, en el que ambas instituciones se muestran muy atentas a sus respectivos posicionamientos. Veámoslo:

1.- La LO 1/2015 de reforma del Código Penal se publica en fecha 30 de marzo. Sin esperar siquiera a su entrada en vigor, el sector legal y empresarial muestra su enorme interés y preocupación respecto a esta reforma: se suceden cursos, jornadas, declaraciones y entrevistas, artículos en la prensa generalista y especializada, etc.

Tan sólo veinte días antes, el Ministerio Fiscal había formulado alegaciones en el recurso de casación cuya sentencia final estamos analizando.

2.- En fecha 20 de mayo de 2015, la Sala admite a trámite los recursos de casación y señala la deliberación para el 2 de junio, ese día acuerda suspender y dar nuevo traslado a las partes para que se pronuncien respecto a la aplicación de la reforma, volviendo a señalar deliberación para el día 1 de octubre.



3.- En fecha 2 de septiembre de 2015 la Sala Segunda del Tribunal Supremo dicta una sentencia ([STS 514/2015](#)) en la que establece

“ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”¹.

4.- El día 1 de octubre, en el marco del Congreso Nacional de Compliance de ASCOM la Fiscal General del Estado anuncia la publicación de una próxima Circular sobre la RPPJ que se espera inicialmente para el mes de Diciembre.

5.- En fecha 2 de octubre de 2015, la Sala del Tribunal Supremo acuerda someter el recurso a un pleno jurisdiccional, que se reúne en fecha 17 de diciembre de 2015 a la vez que se retrasa la anunciada Circular de la Fiscalía.

6.- En fecha 22 de enero de 2016, se publica finalmente la [Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado](#) sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

¹ Esta sentencia estima el recurso de casación de los condenados por un delito de estafa, donde también fue condenada una sociedad mercantil, absolviendo a todos los condenados. Respecto a la persona jurídica, el Tribunal Supremo se muestra muy crítico con la sentencia recurrida, al haber condenado a la empresa sin una motivación adecuada. Es entonces cuando formula el pronunciamiento recogido y que tanto han invocado los redactores de la Circular de la FGE, como el ponente de la sentencia del TS, y sobre el que nos referiremos en más ocasiones en este artículo.



7.- En fecha 29 de febrero, se publica la [Sentencia nº 154/2016](#) sobre el Recurso de Casación 10011/2015 P, habiéndose prolongado la deliberación desde el 17 de diciembre hasta el día 29 de febrero, según recoge la misma sentencia en su antecedente decimotercero.

8.- En fecha 2 de marzo de 2016, se celebró la deliberación del recurso de casación 1535/2015 y el día 16 de marzo de 2016 se publica la [Sentencia 221/2016](#).



3. STS 154/2016: un supuesto de hecho tangencial, que ha dado todos sus frutos

Lamentablemente, resulta difícil imaginar qué hubiera ocurrido si esta primera sentencia, se hubiera dictado en un recurso de casación sobre algún delito económico y con una persona jurídica condenada, que hubiera defendido tener una cultura de cumplimiento adecuada.

Porque el material fáctico sobre el que debaten los magistrados no es demasiado rico en matices, con unos antecedentes de hecho muy tangenciales en lo que a la RPPJ se refiere y unos motivos de recurso muy limitados.

La sentencia resuelve sobre una sentencia de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en una causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción nº 6, que condena a diversas personas físicas y a tres sociedades mercantiles, dos de ellas españolas, y una domiciliada en la República de Mali, por un delito de tráfico de drogas, consistente en intentar introducir en España 5.052 kilogramos de cocaína.

Nos interesa destacar los siguientes hechos probados:

1º.- La sociedad TRANSPINELO, que cuenta con una actividad real y más de 100 trabajadores, está administrada por uno de los encausados y es la propietaria de cuatro máquinas excavadoras que se exportan a Venezuela simulando la venta a la empresa EQUIPOS Y MAQUINARIAS PESADAS CA. En esta operación interviene inicialmente otra de las sociedades condenadas ITSA, que tiene su sede en la República de Mali y aparece en los documentos del consignatario, al tratarse de la que originariamente intentó efectuar la exportación a Venezuela.



2º.- A la llegada de la maquinaria a Venezuela, los autores del hecho implicados en dicho país la preparan y rellenan de droga, organizando su regreso a España simulando nuevamente una compraventa entre la empresa venezolana JOYMACA y la empresa española GEORMADRID MACHINERY, SL, sociedad que carece de actividad y fue constituida para instrumentar la importación de la maquinaria con la droga en su interior.

3º. Antes de la salida de la maquinaria de Venezuela, la Guardia Nacional Bolivariana interviene el cargamento alertada por la Guardia Civil, procediéndose tanto en España como en Venezuela a la detención de todos los autores materiales de los hechos.

4º.- La sentencia condena a las tres sociedades a la pena de disolución y a multas de 775.633.440 euros cada una.

5º.- Aunque no se declara expresamente en los hechos de la sentencia, ninguna de las compañías condenadas tenía implementado sistema alguno de organización y control destinado a fomentar una cultura de cumplimiento adecuada.



4. STS 221/2016: un delito económico que permite hablar ampliamente del derecho de defensa

En esta segunda resolución nos encontramos analizando un delito de estafa, aunque como en el supuesto anterior, de la sentencia no se desprende que la mercantil condenada dispusiera de una cultura de cumplimiento adecuada y tan siquiera se debate esta cuestión en el recurso.

Los hechos se remontan a inicios del año 2013, cuando los condenados intermedian en una operación de compraventa inmobiliaria en la que, a través de los contratos privados suscritos entre comprador y vendedor, obtienen un diferencial de 3.000 € que se apropian, ocultándolo en la escritura de compraventa, de modo que el vendedor cree que ha vendido por 110.000 € y el comprador cree que ha comprado por 113.000 €.

La sentencia condena a la sociedad Anjuma, Gl. SL a una pena de multa de 24.000 € y a la clausura y cierre del local donde se ejercía la actividad por un periodo de seis meses.



5. Dos sentencias para una nueva teoría del delito de la persona jurídica

Estamos ante el arranque de una serie de sentencias históricas por el momento en que se han emitido y por el rico debate que van a generar, no sólo entre los magistrados del Tribunal Supremo, sino también entre la doctrina. Es obvio que en ambos textos se destila un claro sentido de la trascendencia, de la voluntad de ejercer esa función nomofiláctica a la que el primer texto hace invocación en su razonamiento jurídico octavo.

Que la [STS 154/2016](#) era muy esperada lo demuestra el gran número de artículos que se han publicado sobre la misma en el escaso margen de quince días.

El magistrado ponente, D. José Manuel Maza Martín no oculta lo que él mismo denomina su “*fervor de converso*” hacia la RPPJ, y creo que esa convicción se refleja en cómo la sentencia pretende dar respuesta a los aspectos clave para sentar las bases de una teoría del delito de la Persona Jurídica, en el grupo de magistrados de la mayoría se incluye también a D. Manuel Marchena Gómez, ponente de la [Sentencia 514/2015](#) antecedente de la que analizamos.

Que el voto particular discrepante contara con la ponencia de D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (quien, no olvidemos, fuera Fiscal General del Estado al dictarse la [Circular 1/2011](#) sobre la RPPJ) ha añadido excelencia a un texto de cuya trascendencia todos los magistrados son muy conscientes.

Y por último, el texto cuenta con la presencia real, y también virtual, de la Fiscalía General del Estado, que asume el papel de un muy



activo convidado de piedra en aquellos pronunciamientos “*obiter dicta*” que no emanan del debate de la partes en el recurso². Y aunque no tuvo la oportunidad de alegar, es bien cierto que todos los Magistrados tuvieron muy presente la Circular que la FGE había publicado un mes antes de la Sentencia.

No le va a la zaga la segunda Resolución, cuya Ponencia ha recaído en el Presidente de la Sala Segunda, D. Manuel Marchena. Es obvio que este segundo texto conoce la repercusión de su precedente y parece buscar cierta posición de síntesis que salve la anterior división del Pleno, al que hace directa mención al principio del Razonamiento sobre el Recurso de la Sociedad ANJUMA GESTIONES INMOBILIARIAS, SL:

“Ese voto particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas”.

Viene también a dar carta de naturaleza a la evidencia: afrontamos el reto de construir un cuerpo doctrinal nuevo que dé respuesta a una figura jurídica recién llegada a nuestro ordenamiento penal

“El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el

² Tan sólo es de ver cómo tanto el Razonamiento Jurídico Octavo votado por la mayoría, como el voto particular de los siete Magistrados recogen menciones literales del documento de la FGE



tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema”.

Estamos ante un texto brillante que justifica el título de este trabajo: el reto de construir una teoría del delito para las personas jurídicas nos embarca en una aventura doctrinal y jurisprudencial como no habíamos vivido en nuestro derecho penal desde hace muchos años.



Segunda Parte: la discutida culpabilidad de la persona jurídica y la carga de probarla

1. Heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad

La doctrina sobre la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica presenta dos modelos de fundamentación contrapuestos: el de responsabilidad vicarial o por transferencia del hecho de la persona física integrada en su organización (heterorresponsabilidad o por atribución) y el de autorresponsabilidad derivada de un hecho propio de la persona jurídica en el que radique su culpabilidad.

El efecto más destacado es que según cómo fundamentemos la responsabilidad condicionaremos a la acusación, que en los sistemas vicariales no deberá demostrar más que los hechos cometidos por las personas físicas, mientras que en los sistemas de responsabilidad por hecho propio deberá probar también aquellos elementos objetivos del tipo exclusivos de la persona jurídica.



2. El Art. 31 bis en las reformas de 2010 y 2015

El Art. 31 bis del Código Penal, en su redacción originaria en 2010, establecía que la persona jurídica era responsable de los delitos cometidos por las personas físicas que ostentaban la posición de representantes legales o administradores, cuando actuaban por cuenta de estas y en su provecho, y también por los hechos cometidos por subordinados, cuando actuaban por cuenta y provecho de la sociedad y no se hubiera ejercido sobre ellas el debido control.

El nuevo Art. 31 bis sigue manteniendo estas dos vías de atribución de responsabilidad, si bien muestra ciertos matices: aclara y amplía el ámbito de las personas que se consideran representantes legales o que ostentan facultades de organización y control (31 bis 1 a) y respecto a los subordinados sustituye el término “*en provecho*” por “*beneficio directo o indirecto*” y matiza que los hechos deberán haberse producido porque se ha dado “*un incumplimiento grave*” de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Tanto en uno como en otro redactado podemos leer que la persona jurídica será responsable de los delitos cometidos por las personas físicas y esta será una de las claves para quienes sostienen que la RPPJ se fundamenta en un sistema de heterorresponsabilidad o vicarial.



3. Tesis de la Fiscalía General del Estado (FGE) respecto al título de imputación

La FGE ha venido manteniendo en sus dos circulares que estamos ante un modelo de responsabilidad vicarial o por atribución. En la más reciente de las circulares afirma (f. 6):

“Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas serán plenamente responsables de los delitos cometidos por las personas físicas”.

Anticipándose a posibles interpretaciones como la que analizaremos³, la Circular sostiene la vigencia del sistema vicarial en que la nueva redacción del precepto aclara que la responsabilidad penal por los hechos de los subordinados se produce porque las personas incluidas en la letra a), es decir, los que ostentan facultades de organización y control, han incumplido gravemente sus deberes de vigilancia y supervisión. Esta aclaración no es gratuita, ya que diversos autores habían sostenido que el originario Art. 31 bis, al hablar de *“no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”* apuntaba a la posibilidad de que hiciera referencia a la persona jurídica y no a sus

³ Si nos remitimos a la cronología, veremos que mientras se elaboraba la circular, la FGE no era ajena a la ya comentada Sentencia 514/2016 de 2 de Septiembre, que exige respetar todos los derechos y garantías del proceso penal a la hora de enjuiciar a las personas jurídicas, lo que en esos momentos ya se podía intuir como un avance de la que posteriormente ha sido tesis mayoritaria del Tribunal Supremo.



administradores y, en consecuencia, supusiera un título de imputación por hecho propio.

A pesar de ello, matiza que hay una serie de elementos que atribuyen una importante autonomía a la voluntad de la empresa, de modo que no estamos ante un sistema vicarial puro, a saber (f.9):

- No se exige una declaración previa de responsabilidad penal de la persona física.
- La no identificación del autor o la imposibilidad de juzgarlo no excluyen la responsabilidad de la persona jurídica.
- Las agravantes y atenuantes de la persona física no son trasladables a la persona jurídica.
- La persona jurídica tiene unas circunstancias modificativas específicas y un sistema propio de penas.
- El valor eximente de los sistemas de *Compliance*.

La Circular incide en que la cuestión de la imputación tiene un indudable alcance práctico, porque si fundamentamos la imputación de la persona jurídica en defectos de organización la acusación deberá probarlos. Lo que defiende también la FGE es que no está proponiendo un sistema de responsabilidad automática, ya que el defecto de organización “indudablemente opera como un presupuesto y refuerzo de la culpabilidad (f.10)” para terminar mencionando que la [STS 514/2015](#) exige que la condena está basada en “los principios irrenunciables que conforman el derecho penal”.



4. La tesis de la STS 154/2016

Curiosamente, la tesis hoy mayoritaria en nuestro Alto Tribunal arranca con una cita a la misma sentencia con que cierra su razonamiento la FGE, la ya conocida [STS 154/2015](#), si bien a partir de la misma construye una tesis aparentemente contrapuesta, intentando fundamentar una culpabilidad autónoma para la persona jurídica investigada.

Según la sentencia:

“La determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de cada una de las personas físicas que la integran”.

En contraposición con la tesis de la FGE, que habla de la eximente como una especie de excusa absolutoria, para la mayoría del pleno:

“la presencia de adecuados mecanismos de control supone la inexistencia misma de la infracción”.

La STS diferencia entonces entre el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación habrá de corresponder a la acusación, que es la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos y la eximente que se



obtiene a través de los *Compliance*, cuya finalidad es facilitar una pronta exoneración de responsabilidad de la persona jurídica.⁴

Que en la práctica vaya a ser frecuente que la persona jurídica intente -desde su primera citación como investigada- demostrar que tiene una verdadera cultura de cumplimiento no significa que por ello la acusación no deba probar su culpabilidad, porque lo contrario equivaldría a que, en el caso de las personas jurídicas no rijan los principios básicos de nuestro enjuiciamiento penal, tales como la exclusión de la responsabilidad penal objetiva y la no responsabilidad por el hecho ajeno, nunca comprenderíamos ni aceptaríamos si de una persona física estuviéramos hablando.

Por todo ello, “el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena”.

⁴ En esta diferenciación parece desprenderse una crítica implícita al legislador, dado que –desde una tesis de autorresponsabilidad como defiende la mayoría- es fácil deducir que dicha eximente es innecesaria, ya que una empresa que cumpla con los requisitos de la indicada eximente demuestra sobradamente la existencia de una cultura de cumplimiento.



5. El voto particular de la STS 154/2016

Los magistrados discrepantes arrancan su voto particular poniendo de manifiesto que la naturaleza “*obiter dicta*” del pronunciamiento referente a la cultura de cumplimiento como elemento del tipo objetivo que debe ser probado en cada caso por la acusación.

Denuncian que no ha contado con la argumentación del Ministerio Fiscal, pues no era objeto del debate casacional entre las partes, de modo que nos encontramos ante un pronunciamiento con un “tinte de provisionalidad” que deberá irse matizando en los casos que se vayan planteando en el futuro.

Los elementos del tipo objetivo de la RPPJ vienen claramente definidos en los párrafos a) y b) del Art. 31 bis 1 y son los que deben probarse por la acusación, (estando aquí los magistrados discrepantes en plena sintonía con las tesis argumentadas por la Circular de la FGE 1/216).

No pretenden otorgar a la RPPJ una naturaleza objetiva (vicarial pura), sino que consideran que la culpabilidad predicable de la persona jurídica (mitigada y distinta de las personas físicas) se fundamenta en los principios generales de la “*culpa in eligendo*” y la “*culpa in vigilando*”⁵ sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo que se deba probar en cada caso por la acusación.

⁵ Sobre el concepto de “culpa in vigilando”, su fundamentación civil y vinculación en el tema que aquí tratamos, es recomendable el [Artículo de VICENTE MAGRO SERVET “Responsabilidad por culpa in vigilando”- ED EL DERECHO. Revista de Jurisprudencia el Derecho nº 2 EDB 2013/156549](#)



Concluyen que si aceptáramos la tesis de la mayoría, estaríamos configurando un régimen probatorio especial y privilegiado para las personas jurídicas en que se exigiría a la acusación probar un hecho negativo (la ausencia de cultura de cumplimiento) liberando a la persona jurídica de la carga de probar la eximente prevista en el propio Art. 31 bis, todo ello en contra de las reglas probatorias ordinarias consolidadas en la doctrina jurisprudencial.⁶

De este modo, la tesis mayoritaria podría conllevar un vaciamiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica por dificultad para probar la ausencia de cultura de cumplimiento.

⁶ Aspecto por otra parte, discutible para algunos autores, que ponen como ejemplo los delitos contra la seguridad en el trabajo, especialmente cuando la puesta en peligro del trabajador deriva de una falta adopción de medidas adecuadas derivada de una inexistente previsión del riesgo, y sin embargo estamos ante un elemento objetivo del tipo sometido a la carga de la prueba por la acusación.



6. STS 221/2016: buscando la síntesis, desde la fundamentación constitucional del derecho de defensa

Es evidente que el pleno del TS quedó atrapado en el debate sobre el fundamento dogmático de la RPPJ, de modo que se hace necesario superar este escollo para ir avanzando hacia una síntesis de las posturas. La [STS 221/2016](#) propone buscar esa síntesis en el fundamento constitucional de la presunción de inocencia.

La Sala determina que el desafío probatorio del Ministerio Fiscal no puede detenerse en probar la comisión del hecho por la persona física porque *“lo impide nuestro sistema constitucional”* y deberá probar que ese delito se ha cometido por la concurrencia de un *delito corporativo*, que define como *“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.”*

Continúa la sentencia:

“basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia.”

La sala no comparte la tesis que se pueda hablar de RPPJ pero no de un delito de las personas jurídicas, ya que la responsabilidad penal



sin delito precedente abre *“una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del derecho penal.”*

Por ello, *“el proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de la RPPJ”* sin que tal requisito pueda interpretarse como un privilegio procesal de la persona jurídica.

Más bien al contrario – y como ha denunciado D. José Manuel Maza en multitud de charlas y conferencias- ha sido el redactado del Art. 31 bis 2 según la reforma de 2015 el que aparentemente ha invertido erróneamente los términos de la carga de la prueba, tal y como también denunció en su preceptivo dictamen el Consejo de Estado⁷ al que la sentencia cita literalmente.

Cerrando ya su razonamiento, la sala considera que el debate sobre la carga de la prueba debe abordarse desde los valores que convergen en el proceso penal, donde una lectura constitucional de la carga de la prueba es incompatible con un reparto artificial de los papeles que deben asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado, y de ese modo,

“el estatuto procesal de la persona jurídica no puede dibujarse con distinto trazo en función del criterio anticipado que se suscriba respecto de la naturaleza de su

⁷ DICTAMEN CONSEJO DE ESTADO: *“El Art. 31 bis 2 del CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de Compliance se erige en una circunstancia obstativa de la RPPJ, tan sólo a ella la incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de Compliance o su aplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras.*



responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del Art. 31 bis.

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión.”



Tercera Parte: arrojando luz sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

1. Pronunciamientos unánimes en la STS 154/2016

Existen a lo largo de ambas resoluciones una serie de pronunciamientos de gran calado para el futuro de la RPPJ que cuentan con la unanimidad del Pleno.

Ordenamos estos pronunciamientos tratando primero los aspectos materiales relacionados con el tipo y la pena y finalmente los aspectos procesales referentes al derecho de defensa de la persona jurídica



2. El caso TRANSPINELO: culpabilidad y beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

Encontramos en la sentencia un primer pronunciamiento sobre el beneficio directo o indirecto que debe suponer para la persona jurídica el acto ilícito y que en este caso, a priori resulta difícil de constatar, ya que en caso de la empresa TRANSPINELO, con más de cien trabajadores y un actividad lícita, su intervención fue, al parecer, la de exportar cuatro máquinas de su propiedad a Venezuela mediante un contrato de compraventa simulado.

Aprovecha la sala para asentar doctrina en el sentido que el beneficio directo o indirecto hace alusión a

“cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de la posición respecto de otros competidores, etc. provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete.”

Lo que no deja de ser chocante es el razonamiento que lleva a apreciar el beneficio indirecto en el caso juzgado, que es la expectativa de recuperar las máquinas cuya venta se simuló, que afirma la sentencia:

“el hecho del transporte ilícito de la sustancia oculta en las máquinas redundaba en la reimportación de las mismas, que volverían a integrarse en el patrimonio de la sociedad y, en consecuencia a estar a su disposición.”



Cabe mencionar que, de los hechos probados de la sentencia, cuesta comprender la fundamentación, ya que en todo momento habla de compraventas simuladas, y si ello es así, el beneficio indirecto de TRANSPINELO no es tal, ya que nada puede ganar quien recupera algo que entregó a cambio de nada, mediante una simulación.

Creo que en este sentido el pronunciamiento debería haber sido más claro ya que el beneficio directo o indirecto se encuentra dentro de los elementos objetivos del tipo recogidos en el Art. 32 bis 1 del Código Penal y aquí el TS despacha con ambigüedad un elemento nuclear de la condena a la empresa que tiene actividad real y más de cien trabajadores.



3. Imputabilidad de la persona jurídica y sociedades instrumentales

A pesar de tratarse de un pronunciamiento pacífico, creo que no estará en el futuro exento de polémica, especialmente si en alguna ocasión llega a plantearse ante el Tribunal Constitucional esta cuestión.

En el razonamiento jurídico décimo primero el Tribunal Supremo da carta de naturaleza a la tesis que la sociedad meramente instrumental o “sociedad pantalla” debe ser considerada inimputable y al margen del régimen de responsabilidad del Art. 31 bis para aplicárseles directamente la disolución por vía del Art. 129 del Código Penal. Lo cierto es que la aplicación del Art. 129 era lógica antes de la reforma del año 2010, pero el vigente Art. 31 bis nada dice sobre sociedades inimputables, encontrándonos por ello ante una construcción jurisprudencial y muy incipiente, que no deja de presentar interrogantes.

Curiosamente, en la sentencia se cita de forma literal la [Circular de la FGE 1/2016](#), que a su vez fundamenta su tesis en citas literales del Auto de 19 de mayo de 2014⁸ dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y que clasificaba las sociedades, a estos efectos, en tres categorías:

- 1.- Las sociedades que operan normalmente en el mercado y a las que van dirigidas las disposiciones sobre modelos de organización y gestión del Art. 31 bis 2 y 5.

⁸ (Auto de la Audiencia Nacional [Sala de lo Penal, Sección 2.ª], rec. 128/2014, de 19 de mayo de 2014)



2.- Sociedades que desarrollan cierta actividad, en su mayor parte ilegal, pero que no son un mero instrumento de la persona física, y cuyo límite normativo, afirman, “*irá variando con el tiempo*”. A ellas hace referencia la regla 2º del Art. 66 bis Código penal como aquellas en que la actividad legal sea menos relevante que la actividad ilegal, y también se hallan dentro del círculo de la RPPJ.

3.- Finalmente consideran inimputables aquellas sin ninguna clase de actividad legal, o que sea meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, donde determinan la aplicación del Art. 129 que ya hemos analizado.

La crítica puede venir, en primer lugar, porque el Art. 66 bis 2º ya identifica a las sociedades que contempla como “*instrumentales*”, de modo que establecer un tercer tipo de “*sociedades instrumentales o pantalla*” no deja de generar una confusión terminológica que favorece interpretaciones divergentes.

En segundo lugar, será necesario establecer una delimitación entre las sociedades previstas en el Art. 66 bis 2 y las nuevas sociedades “*inimputables*” de creación jurisprudencial, y es aquí donde vemos las dificultades para determinar en qué momento la actividad legal (que siempre en todas ellas es menos relevante que a la ilegal) pasa a considerarse ínfima. Y en esos casos limítrofes, qué ocurrirá si la sociedad, su gestor o los pocos o muchos afectados o interesados solicitan que comparezca y se defienda y se les niega tal derecho.



4. Sobre las penas de disolución, intervención y multa

El esfuerzo del Tribunal Supremo por ir arrojando luz sobre los aspectos más controvertidos de la RPPJ se constata en el razonamiento jurídico décimo, donde aprovecha el recurso de la empresa TRANSPINELO, que además estima parcialmente aunque no por los motivos que ésta originariamente había invocado, para asentar doctrina sobre la imposición de penas a la persona jurídica.

En este caso, no contamos con un respaldo de la FGE ya su Circular nada dice sobre este extremo.

Sobre la Pena de Disolución la Sentencia establece que procede básicamente en dos supuestos: cuando estamos ante una empresa multirreincidente (Art. 66 Regla 5ª) o que se utilice instrumentalmente para cometer delitos al constatarse que su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal (Art. 66 bis b). En cualquier caso este tipo de penas deberán aplicarse siempre atendiendo a sus consecuencias económicas y sociales, especialmente a los efectos derivados para los trabajadores (Art. 66 bis 1ª b) y por ello, se requerirá

“motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de la actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.”



Sobre la pena de multa ⁹ dos son los aspectos que destaca la sentencia:

1. En primer lugar la necesidad de facilitar el pago mediante un fraccionamiento vía Art. 53.5 CP en orden a evitar que su pago ponga en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.¹⁰
2. En segundo lugar, y a pesar de que no lo solicitó la acusación, recuerda nuestro TS la oportunidad de utilizar en estos casos la pena de *Intervención Judicial* del Art. 33.7g) que “*tiene como principal finalidad salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores*”.

⁹ Debemos aquí recordar que se les impuso a todos los condenados una pena de 775.633.440 euros equivalente al triple del valor de la droga intervenida en el mercado.

¹⁰ Cosa distinta es imaginar cómo se va a facilitar a la sociedad sancionada el pago de una multa superior a los 775 millones de euros, cuando el plazo máximo de intervención judicial previsto en el Art 33.7 g) es de cinco años.



5. Conflicto de intereses e indefensión de la persona jurídica

En la primera sentencia, el Pleno formula una crítica unánime al legislador en cuanto a los defectos procesales evidentes con que estamos afrontando esta reforma, destacando –además– la insuficiencia de la LO 37/2011 de 10 de Octubre en cuanto a la ausencia de un régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de la persona jurídica en el procedimiento.¹¹

No se trata sólo de la función representativa, sino también de la dirección de la estrategia de defensa en orden a garantizar los intereses propios de la sociedad representada, distintos y en ocasiones vinculados a los de terceros como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

“Especialmente en aquellos casos en que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica” cuando además estos representantes son los posibles responsables de la infracción que se transmite a la persona jurídica, dejar en sus manos la defensa de ésta “supone una intolerable limitación del ejercicio del derecho de defensa para la sociedad representada”.

Apunta la Sala, no sin cierta intención, cómo el borrador de Código Procesal del 2013 asignaba esta función al oficial de Cumplimiento,

¹¹ “Nos enfrentamos a un importante problema que la LO 37/2011(...) no resolvió en su día”- STS 154/2016- Fundamento Octavo 5)



pero termina reconociendo que no puede resolver esta grave cuestión de forma general, aunque advierte que en supuestos similares al ocurrido en estos hechos, pudiera estimar un recurso en la línea del planteado *“disponiendo la repetición, cuando menos, del juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere”* si es que no es posible retrotraer la causa a la fase de instrucción para facilitar a la persona jurídica una correcta defensa con la opción incluso de probar la existencia de su cultura de cumplimiento, la colaboración con la justicia y la reparación del daño configuradores de las causas eximentes y atenuantes de la persona jurídica.

No deja de fijar unos criterios de evaluación para verificar el grado de independencia de la defensa de la persona jurídica para que la misma sea *“representada por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención de tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.”* De modo que *“tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención”* a dichas exigencias.”



6. Un estatuto constitucional para cada investigado

La [STS 221/2016](#) aporta un nuevo elemento al estatuto de defensa de la persona jurídica al estimar el recurso de la sociedad mercantil ANJUMA GI, SL en contra de las tesis del Ministerio Fiscal, absolviendo a la persona jurídica por indefensión.

La persona jurídica denunciaba cómo se la había condenado sin haber sido llamada al proceso en forma, ni haberla escuchado como imputada, a lo que el Ministerio Fiscal se opone argumentando que ya fue llamado al proceso su administrador quien *“es la misma persona física que declara como imputada y la representante de la persona jurídica”* de modo que no se puede caer en formalismos que *“no lesionan derechos fundamentales de la persona jurídica, cuya responsabilidad penal en sí misma considerada es un artificio legal en nuestro Derecho Penal llevado por las corrientes europeas, que ha quebrado la visión antropocéntrica de la responsabilidad penal de manera artificial ya que detrás de las personas jurídicas siempre están las personas físicas”*

La sala en este caso se pronuncia en contra del Ministerio Fiscal, reprochándole que *“Los principios del proceso penal no pueden aceptarse o rechazarse, ni siquiera atemperar en atención a la adhesión o censura que a cada uno sugiera la fórmula legislativa”* y por ello no puede aceptar la idea que late en la tesis del Fiscal según la cual el modelo vicarial relativiza la vigencia de algunos de los principios estructurales del proceso penal ya que la RPPJ sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías.”

Por ello, la declaración contenido en el Art. 409 bis de la LECrim presupone una imputación formal previa o simultánea, que no podrá



prescindir lógicamente del hecho cometido por la persona física pero que deberá centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural, relacionada con *“aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión.”*

“De lo que se trata, en fin, es de aceptar 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 respetuosos con el principio de culpabilidad.”



II. LA CULTURA DEL CUMPLIMIENTO EN LA EMPRESA

Uno de los temas principales sobre los que pivota la nueva RPPJ es la cultura ética o cultura de cumplimiento de la ley a que hacen mención tanto la Circular de la Fiscalía General del Estado, como la sentencia analizada.

Con independencia de su consideración como elemento objetivo del tipo o como eximente de la responsabilidad (“*a modo de excusa absolutoria*” según la FGE) lo cierto es que resulta prioritario definir el contenido de este concepto.

Si bien serán pronunciamientos posteriores los que acabarán configurando los contornos de esta cultura de cumplimiento (inexistente a todas luces en las tres sociedades condenadas) la sentencia nos ofrece ya una serie de pautas que no podemos dejar de tener en consideración:

Según la [Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016](#)

“Los programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito (eludir el reproche penal) sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión del delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura” (f. 39-40). En sus recomendaciones a los fiscales “El objeto de los modelos de organización y gestión (...) es promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal



modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. " (f. 63)

En esta misma línea se pronuncia la tesis mayoritaria del Pleno del Tribunal Supremo en el fundamento octavo de la reciente [STS 154/2016](#) de 29 de febrero:

"a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa."

Como fácilmente comprobamos, el Art. 31 bis no es completo en su contenido, ni recoge instrucciones detalladas sobre el modo de alcanzar los objetivos.¹²

¹² La IDW PS 980, estándar del Instituto de Auditoría Alemán sobre procesos de Assurance para la evaluación de la eficacia de los sistemas de Compliance, establece que un marco normativo adecuado para desarrollarlos debe reunir los siguientes requisitos y el Art. 31 bis CP tan sólo cumple el último de los tres:

1. **Debe ser Completo** en su contenido
2. **Con instrucciones detalladas** sobre el modo de alcanzar los objetivos
3. Elaborados por **organizaciones autorizadas** o reconocidas mediante un **proceso transparente y regulado**



Fiscalía General del Estado y Tribunal Supremo coinciden en este hecho obvio. Así, denuncia la Fiscalía (f. 39) que

“Lo que no resulta plausible es que sea el legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo (...) que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil.”¹³

Llegados a este extremo, y ante la ausencia de normas de derecho positivo que regulen estos modelos de organización y control, debemos mirar hacia en el mundo de la normalización y sus certificaciones como alternativa a la hora de diseñar e implementar estos modelos.

En los últimos años se ha producido un importante movimiento mundial de normalización del *Compliance* al que nuestro país no ha sido ajeno y que ha cristalizado en la ISO 19600 de Directrices sobre Sistemas de *Compliance* que ha contado con un destacadísimo liderazgo del Comité Español, presidido por el Magistrado del Tribunal Supremo D. José Manuel Maza Martín y con la participación de la Fiscalía General del Estado y que ha sido adaptada en España por la *UNE 19600*.

¹³ Hace mención al Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado por la CNMV y a la Ley 10/2010 y su Reglamento (RD 304/2014) sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo como ejemplos



Se integra con certificaciones tan comunes como la ISO 9001, la 14001 o la 27001 y junto a la llegada de las nuevas certificaciones UNE 307101 sobre Modelos de Prevención Penal en España y la ISO 37001 sobre anticorrupción conforman un panorama fácil de comprender y aceptar incluso por las pequeñas y medianas empresas, al que no es ajena la Circular de la Fiscalía cuando implícitamente reconoce la eficacia de estos estándares al hablar de su certificación como un refuerzo de credibilidad que si bien no exime de responsabilidad a la empresa, no deja de indicarnos que estamos caminando por la senda adecuada¹⁴

¹⁴ RECOMENDACIÓN TERCERA (f. 52)- CIRCULAR FGE: “Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.”

APROVECHA CADA MOMENTO



LLEGA LA SOLUCIÓN A TODAS TUS CONSULTAS EN CUALQUIER MOMENTO Y LUGAR



iQMemento es la **nueva forma de realizar consultas jurídicas**: más ágil, más fiable y más completa.

La opción más avanzada que **solventa las cuatro necesidades esenciales** en una consulta:



ENCONTRAR LA SOLUCIÓN
MÁS COMPLETA



AL INSTANTE



CON LA MÁXIMA
SEGURIDAD



SOLUCIÓN
MULTIDISPOSITIVO



AHORA TAMBIÉN EN TU
TABLET Y SMARTPHONE

En definitiva: soluciones completas, rápidas, fiables, en cualquier momento y lugar.

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN EN EL 902 44 11 88 O EN clientes@lefebvreelderecho.com

**LEFEBVRE
EL DERECHO**

INTELIGENCIA JURÍDICA
www.efl.es

Calle Monasterios de Suso y Yuso, 34 28049 Madrid
T 91 210 80 00 clientes@lefebvreelderecho.com

Síguenos en

