

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS RELACIONADOS CON EL MERCADO DE VALORES

PENAL RESPONSIBILITY OF LEGAL PERSONS FOR OFFENSES RELATED TO THE
FINANCIAL MARKETS

PAZ LLORIA GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

lloria@uv.es

RESUMEN: El nuevo régimen de sanción de las personas jurídicas en el ordenamiento penal español plantea cuestiones tanto desde el punto de vista de la oportunidad de su castigo en el ámbito penal en lugar del administrativo, como por la regulación adoptada por el legislador de 2015. Las dudas de legitimación se acompañan de cuestiones interpretativas difíciles de resolver, sobre todo si atendemos a la falta de jurisprudencia en una materia que incrementa su complejidad cuando se trata de analizar los delitos que se producen en el ámbito del mercado de valores, donde la especial protección que merece el consumidor no necesariamente quedará mejor cubierta con el instrumento punitivo.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal de las personas jurídicas; compliance; derecho penal vs. derecho administrativo sancionador; estafa de inversiones; publicidad fraudulenta.

ABSTRACT: The new system of punishment for legal entity in the Spanish criminal law system, raises questions from two point of view. Primarily the opportunity to punish a criminal rather than the administrative aspects, and secondly the regulation adopted by the legislator of 2015. Doubts of legitimacy are accompanied by interpretative questions that are difficult to resolve, especially if we consider the lack of jurisprudence in a matter that increases its complexity when it comes to analyzing crimes that occur in the financial market, where the special protection the consumer will not necessarily be better covered with the punitive instrument.

KEY WORDS: criminal liability of legal entity; compliance; criminal law vs. administrative sanctioning law.

FECHA DE ENTREGA: 02/07/2017/FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/07/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. EL MARCO NORMATIVO INTRODUCIDO POR LA LO 1/2015.- III. SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD.- 1. Responsabilidad por las acciones de los representantes (art. 31 bis a).- A) Actuación delictiva de la persona física representante de la sociedad.- B) Que actúe en nombre o representación de la persona jurídica o por su cuenta.- C) Que se realice para obtener un beneficio directo o indirecto de la sociedad.- 2. Responsabilidad por las acciones de los subordinados (art. 31 bis b). Especial referencia a la responsabilidad por descontrol.- IV. SISTEMA DE EXENCIÓN/ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.- V. SELECCIÓN DE CONDUCTAS EN RELACIÓN CON LAS ACTUACIONES EN EL MERCADO DE VALORES.- VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

La creciente aparición de conductas delictivas relacionadas con el mercado de valores y, fundamentalmente, con la lesión de derechos de pequeños inversores que se enfrentan a las todo-poderosas entidades financieras hace dudar de la validez de los sistemas de control y supervisión administrativos. Estos instrumentos que, teóricamente, deben intervenir en el mercado de manera preventiva para evitar que se llegue a lesionar los intereses particulares, pero también el propio sistema financiero, se ven puestos en entredicho en un momento de crisis como el actual en el que asuntos como el de BANKIA o el del Banco de Valencia, o lo que previsiblemente pueda plantearse con la reciente compra del Banco Popular por el Banco de Santander¹, afloran dejando una masa de afectados importante que se tropiezan con muchas dificultades a la hora de hacer valer sus derechos y con graves problemas para recuperar lo que les ha sido arrebatado de una manera, al menos, no claramente legítima. En este escenario, en el que labor de inspección de la Comisión nacional del mercado de valores (en adelante CNMV)² carecía prácticamente de regulación³, la necesidad de explorar vías alternativas a la protección de los

¹ La situación no es nueva. Ya relataba RODRÍGUEZ MOURULLO que la crisis de los 80 tenía como base una importante crisis bancaria, vinculada a la delincuencia económica. *Vid.*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Aspectos penales de las crisis bancarias”, *Estudios de Derecho penal económico*, (G. Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 2009, pp. 13 y ss. Se puede consultar específicamente sobre responsabilidad de las entidades financieras, MUÑOZ CONDE, F. Y FOFFANI, L.: “Las entidades bancarias como autores o víctimas de delitos financieros. Una perspectiva comparada”, *Revista Penal*, 2010, núm. 25, pp. 79 y ss.

² Sobre la CNMV y su función se puede consultar, entre otros, ENTRENA RUIZ, D.: “El régimen de supervisión, inspección y sanción del mercado de valores, en particular el abuso del mercado”, *Derecho de la regulación económica. II. Mercado de valores*, (Dirigido por JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.), Iustel, Madrid, 2009, *passim*; BELANDO GARÍN, B.: “Comisión Nacional del Mercado de Valores”, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dirigido por BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa, pp. 135 y 136 y CUENCA GARCÍA, A.: “Mercado de valores”, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dirigido por BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa, pp. 747 a 770.

³ La anterior ley ha sido sustituida por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que establece en su art. 17 la

pequeños consumidores aparece como una necesidad real. Una posibilidad es el establecimiento de mejores sistemas de control y prevención y la alternativa de acudir a la mediación como instrumento de resolución del conflicto, como ocurre en otros países como Francia. Pero, no se deja de pensar en el ámbito sancionador como un recurso necesario para prevenir y reparar las actuaciones ilícitas de las entidades que operan en el mercado de valores, especialmente las entidades financieras. Como último instrumento de protección del pequeño consumidor se establece pues, la posibilidad de llevar a cabo la reparación económica del mismo ante las actuaciones infractoras, bien a través de la responsabilidad administrativa por defectos de supervisión o mediante indemnizaciones.

En este marco resulta interesante analizar, en los casos en los que se produce responsabilidad penal, cómo actúan los mecanismos de sanción de las personas jurídicas recientemente introducido en nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito de los delitos que afectan a los pequeños inversores.

Ciertamente, la comisión de un hecho delictivo trae de suyo la consabida responsabilidad civil derivada del delito, que hasta el año 2010 solo podía derivar de la responsabilidad penal de los sujetos que actuaban a través de las personas jurídicas, al regir el brocardo “*societas delinquere non potest*” y que tras la reforma permite también el establecimiento de una responsabilidad civil autónoma de la persona jurídica, junto a la solidaria con la persona física y subsidiaria a la misma que tradicionalmente poseía⁴.

Es a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 cuando se incluye por primera vez la responsabilidad (penal) directa de las personas jurídicas, con sanciones propias para las entidades morales.

Esta responsabilidad se ha matizado con la reforma que ha sufrido el texto punitivo en 2015. El nuevo modelo establece, junto a las responsabilidades penales y civiles “*ex delicto*” ya señaladas, supuestos de exención de responsabilidad cuando las empresas que intervienen en el mercado se han sometido a planes de vigilancia y

competencia de la CNMV para supervisar e inspeccionar los mercados de valores y la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de de estos mercados, pudiendo ejercer sobre estas personas la potestad sancionadora y de las demás funciones que se le atribuyen en esta ley. Igualmente, la CMNV deberá velar “por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines”. En este ámbito, cobran especial importancia los entes privados de supervisión. Sobre los mismos se puede ver, GÓMEZ INIESTA, D.: “La responsabilidad penal de las agencias de calificación crediticia”, *Crisis financiera y derecho penal económico*, (Dirigido por DEMETRIO CRESPO, E.), EDISOFER, Madrid, 2014, pp. 657 y ss.

⁴ Sobre esta cuestión se puede ver GÓMEZ TOMILLO, M.: “La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial problemática del tercero lucrativo (CP art. 122)”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 177 a 187 y FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters -Lex Nova, Pamplona, 2013, pp. 196 y ss.

prevención en el ámbito de la actuación delictiva⁵.

Ciertamente, no se trata de establecer la responsabilidad de los organismos públicos que quedan expresamente excluidos en el art. 31 quinquies⁶, sino de valorar si las funciones de control de los mismos pueden ser suficientes o deben ser reforzadas por los planes exigidos a las propias empresas y cómo estas pueden eludir o no su responsabilidad frente al pequeño inversor.

Con este punto de partida, en este trabajo se pretende realizar una aproximación a la reciente regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito planteado, y hasta qué punto puede ser útil a la finalidad propuesta.

II. ANTECEDENTES: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. EL MARCO NORMATIVO INTRODUCIDO POR LA LO 1/2015.

La cuestión relativa al castigo de las acciones que se cometen a través o en el seno de las empresas, esto es, la criminalización de la delincuencia de cuello blanco, es algo relativamente reciente en nuestro ordenamiento punitivo.

El carácter de “ultima ratio” y el principio de intervención mínima hacía que, hasta épocas no muy lejanas se discutiera sobre la bondad del castigo de acciones como la

⁵ Con la consecuente dificultad para dictaminar la responsabilidad civil del ente moral en estos casos, tal y como acertadamente señala GÓMEZ TOMILLO (“La responsabilidad...”, *cit.*, p. 182).

⁶ Dice el art. 31 *quinquies* del CP:

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

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

Sobre esta cuestión se puede ver, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, 1-2012, p. 10 y 11; FERNÁNDEZ TERUELO, J.: “Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31 bis 1, 2 inciso 1º y 5)”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 82 y 83; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La persona jurídica sujeto de imputación jurídico penal”, BAJO FERNÁNDEZ J./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016, pp. 60 a 66; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quater y quinquies” *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, (Dirigido por GONZÁLEZ CUSSAC, J. L), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 205 a 208 y MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *La reforma de 2010: análisis y comentarios* (Dirigido por QUINTERO OLIVARES, G), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 61.

administración desleal o la alteración de precios en concursos públicos.

En el año 1995 la discusión doctrinal se centraba en si resultaba conveniente o no castigar la delincuencia económica, lo que al hacerse apareció como una de las primeras manifestaciones del derecho penal expansivo⁷.

Curiosamente, en el año 2015, 20 años después, la discusión se focaliza en si parece o no razonable extender la responsabilidad penal por esos mismos delitos, u otros, a los entes jurídicos empresariales.

La idea de subsidiariedad y “ultima ratio” sigue impregnando el derecho penal porque la discusión, en el fondo, sigue radicando en si es necesaria y eficaz la intervención punitiva o si para prevenir y sancionar determinadas lesiones resulta más adecuada la intervención administrativa.

Sin embargo, y como inmediatamente veremos, los autores siguen discutiendo sobre si el Derecho penal debe quedarse en aquel núcleo que propugnaba la escuela de Frankfurt o debe ir más allá, como parece haber decidido el derecho penal de la globalización.

El legislador, ya en el año 95 optó por un modelo de criminalización de los delitos socioeconómicos que ha alcanzado gran importancia, tanto por la gravedad de sus ataques como por la reiteración en su comisión, lo que ha llevado a que se hable de una nueva parte del derecho penal que es la que comprende el derecho penal económico y de la empresa⁸.

Pero la cosa no ha quedado ahí. Tradicionalmente en materia penal hemos hablado siempre de la responsabilidad penal de las personas físicas, excluyendo la posibilidad de castigo a los animales, a las cosas y, por supuesto, a los entes jurídicos, porque carecían de algo esencial a la imputación: la capacidad de voluntad y de acción, argumento no necesariamente vinculando la culpabilidad a una concepción psicológica, sino también desde un entendimiento normativo de la misma⁹.

⁷ Realiza una exposición sugerente de este planteamiento, FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Instituciones...*, pp. 27 a 35. No puedo dejar de remitir, con carácter general, a la obra clásica y su distinción entre el “power full” y “power less” de SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, EDISOFER, Madrid, 2011. También sobre la cuestión general de la sobredimensión del instrumento penal recientemente MORALES PRATS, F.: *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, Barcelona, 2015 y especialmente interesante la obra de HUSAK relativa a la expansión punitiva en el derecho norteamericano (HUSAK, D.: *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013).

⁸ Recuérdese la discusión sobre si el Derecho penal económico constituye o no una parte distinta del Derecho penal, con autonomía propia.

⁹ No es el momento de entrar en una discusión de estas características que requeriría de un trabajo en exclusiva. En todo caso, sobre esta cuestión se puede ver CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, (Dirigidos por F.J., ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 60 a 65 y MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Anales del Derecho*, 2011, núm. 29, pp. 10 a 15. Un estudio sobre la culpabilidad

Hasta tal punto era así que el principio *societas delinquere non potest* parecía algo imposible de romper, lo que sucedió cuando en el año 2010, por mor de una decisión legislativa influenciada esencialmente por las normas punitivas americanas y anglosajonas recibidas en el derecho europeo, se incorporó el castigo de las personas jurídicas¹⁰.

Anteriormente a esta reforma se establecían una serie de consecuencias accesorias orientadas en el Código penal de 1995 a evitar la continuidad delictiva a través de estructuras empresariales. El criterio era determinar si resultaba adecuado o no imponer medidas, no para castigar la responsabilidad por el hecho, sino para prevenir la futura comisión de delitos¹¹.

Se trataba, en definitiva, de evitar castigar a la persona jurídica y simplemente establecer su responsabilidad, a modo de responsabilidad solidaria en el pago de sanciones económicas¹², o de medidas como el cierre o la suspensión de la actividad, pero siempre por el hecho de otro: el hecho de la persona física¹³.

En el año 2010, con la reforma operada por la LO 5/2010, se introduce por primera vez una auténtica responsabilidad de las personas jurídicas, tomando partido el legislador por aquellas opciones doctrinales que sostenían que la decisión de castigar o no a los entes empresariales o planteaba conflictos dogmáticos, sino que respondía única y exclusivamente a una decisión de Derecho positivo¹⁴.

Sin embargo, la cuestión de si resulta adecuado o no el castigo de las personas jurídicas a través del instrumento penal no está resuelta, ni siquiera en aquellos ordenamientos como el norteamericano de larga tradición en la materia. Por lo que mucho más difícil resulta su justificación en los ordenamientos ajenos al “Common Law” donde lo razonable hubiera sido el establecimiento de sistemas de sanción administrativa.

En todo caso, no es objeto de este trabajo alabar o denostar la opción punitiva

de la persona jurídica como tal se puede leer en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “La culpabilidad de la persona jurídica”, BAJO FERNÁNDEZ, J./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016, pp. 146 y ss.

¹⁰ *Vid.*, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes” A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 39, y JUANES PECES, A.: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita” A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 7.

¹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Regulación vigente...”, *cit.*, p. 59.

¹² Tal y como se establecía en el antiguo art. 31.2 del Código penal antes de la reforma de 2010.

¹³ Así se establecía en los arts. 127, 128 y 129 del Código penal de 1995.

¹⁴ En este sentido *cf.*, ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. Una aproximación desde la perspectiva del *Compliance*”, *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y responsabilidad de los Administradores*, (Dirigido por MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, A. Y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 883.

adoptada por el legislador, pero sí creo que resulta necesario al menos señalar las razones a favor o en contra de este modelo sancionador.

Tradicionalmente se ha aludido a la incoherencia del castigo atendiendo, principalmente, a la dificultad dogmática de la punición de entes sin capacidad de culpabilidad, al principio de personalidad de las penas y a las dificultades en la prueba, sin dejar de lado los problemas importantes que se suscitan en relación con el derecho de defensa de la persona jurídica, que también se ha regulado en la Ley de enjuiciamiento criminal¹⁵. Sobre todo, resulta muy complejo establecer la imputabilidad por la comisión de delitos dolosos en los casos de falta de control, que se configuran, esencialmente, como estructuras de injusto imprudente¹⁶.

El legislador tampoco ha proporcionado razones materiales o de necesidad para la modificación producida en esta materia, ni en la Exposición de motivos de la LO 5/2010, ni en el Preámbulo de la LO 1/2015. Por el contrario, se alude a los mandatos internacionales que reclaman una respuesta penal clara, frente a los ataques que se perpetran por las personas jurídicas en sectores muy concretos (corrupción privada, transacciones internacionales, pornografía infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, daños informáticos, etc.¹⁷).

Nada que tenga que ver, en principio, con aquella idea de responsabilidad empresarial que nos viene a la mente, sino más bien, con la de criminalidad relacionada con las organizaciones criminales o bandas organizadas.

Además, si atendemos a las normas europeas que se señalan en ambas introducciones a las reformas penales, se observa como las dos aluden a la necesidad de imposición de sanciones penales o administrativas o sanciones que pueden ser penales, siempre de manera proporcional y que resulten “efectivas” y “disuasorias”. Así se pronuncian la Decisión Marco 2000/383/JAI; la Decisión Marco 2004/757/JAI y la Directiva 2005/60/CE, aunque también existen previsiones específicas para las organizaciones criminales, tal y como se recoge en la AC 98/733/JAI¹⁸.

Esto es, el legislador podría haber elegido el castigo en vía administrativa en lugar de la penal. Sin embargo, ha optado por la rama más gravosa de sanción sin aportar razones suficientes para avalar la creación de un sistema de incriminación que choca, a mi entender, frontalmente con cuestiones dogmáticas esenciales.

Esta es la opinión de un importante grupo de autores, entre los que se encuentra QUINTERO OLIVARES¹⁹, crítico y con razón, con la elección del sistema de

¹⁵ JUANES PECES, A.: “Introducción a la responsabilidad...”, *cit.*, p. 7.

¹⁶ *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma...”, *cit.*, pp. 78 y 79.

¹⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: “Regulación vigente...”, *cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁸ *Vid.*, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 159.

¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma...”, *cit.*, pp. 78 a 85. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 160.

incriminación penal en un ordenamiento jurídico-penal continental. Más aún cuando el modelo adoptado por el legislador español es un calco de la norma italiana²⁰ que se incardina en el derecho administrativo sancionador, y que ha sido también duramente criticada por la doctrina de aquel país²¹.

Siguiendo con el mismo autor, resulta evidente que ninguna resolución europea obliga al establecimiento de sanciones penales, y mucho menos para los casos de responsabilidad por descontrol, donde hubiera resultado mucho más adecuada la sanción administrativa como ya he dicho²².

En todo caso, no son pocos los autores que argumentan, en apoyo de esta nueva forma de castigo que la misma permitirá un mejor resarcimiento de las víctimas, cuando resulta difícil imputar a las personas físicas, lo que, además, irá acompañado de una mejor prevención frente a futuros hechos²³.

En este sentido, las razones que avalarían el abandono del sistema de no incriminación serían:

1.- La forma de intimidación estatal mas contundente para la prevención es la pena, por lo que, dado que las empresas operan en el mercado y en él cometen delitos, y son sujetos de Derechos y deberes, también pueden ser amenazadas con la sanción penal para evitar la comisión de delitos. Ello redundará en un actuar más cuidadoso y motivará la creación de sistemas de “Compliance” a través de los cuales las empresas se obligarán a la realización de buenas prácticas, evitando los llamados “mercados de certificación” que dotan de contenido formal, pero no material a los planes de prevención.

2.-Si lo que se pretende es mejorar el el nivel de satisfacción de las víctimas, el derecho penal es el arma mas eficaz. Cuando se busca solo la satisfacción económica, en ocasiones el sujeto físico no tiene capacidad para responder económicamente o, a veces, no se le localiza, o no se puede establecer su responsabilidad por los mecanismos garantistas. Si se establece la responsabilidad de la empresa aunque no localicemos al autor físico, la víctima puede ser resarcida.

²⁰ En concreto se pueden consultar los arts. 5 a 8 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, "Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", disponible en <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>

²¹ *Vid.*, entre otros, DE SIMONE, G.: *Personae giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizione ETS, Pisa, 2012, *passim*.

²² QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma...”, *cit.*, pp. 88 a 89.

²³ Se puede consultar un resumen del argumentario en Díez Ripollés, J.L.: “La responsabilidad penal...”, *cit.*, pp. 3 a 5. *Vid.*, también, Fernández Teruelo, J.: “Regulación vigente...”, pp. 62 y 63. Crítico con la posición de Quintero Olivares, G. y González Cussac, J. L., Bajo Fernández, J.: “Vigencia de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho sancionador español”, Bajo Fernández, J./Feijoo Sánchez B. J./Gómez-Jara Díez, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016, pp. 25 y 26.

3.- Las posibilidades de investigación del proceso penal, que no son tan sencillas en otros ámbitos jurídicos, facilitan la posibilidad de delimitar las responsabilidades.

4.- Los autores favorables a la inclusión, por su parte, alegan que el recurso al Derecho administrativo sancionador es una especie de dejación de funciones penales, que no queda justificada en el ámbito del derecho penal globalizador.

No puedo compartir estas razones.

El argumento de la función preventiva del Derecho penal, llevado al extremo, supone dotar a este de una función promocional que no le corresponde, y en el ámbito del que hablamos parece poco razonable la motivación, sobre todo, si como parece, el instituto no es bien acogido en la práctica.

Tampoco puedo compartir la idea de que la satisfacción de la víctima deba ser un fin del Derecho penal que, como es sabido, está orientado a otros menesteres y funciones que no creo necesario traer aquí a colación.

Por lo demás, tampoco la existencia de una condena penal de un ente moral garantiza el cumplimiento del resarcimiento. Al contrario. Si la persona jurídica responde civilmente de manera solidaria o subsidiaria por los hechos ilícitos cometidos por las personas físicas que la componen o sirven, puede ser más sencillo alcanzar la reparación que en los casos en los que, exigiéndose responsabilidad penal directa de la persona jurídica, ésta quede exenta por razón de los planes de prevención. Si a ello sumamos el sistema de selección de conductas de las que debe responder la persona jurídica, encontramos otra razón para no sustentar la decisión legislativa.

Junto a ello ya he señalado anteriormente, que los criterios de eficacia avalan que la sanción se reserve al derecho administrativo lo que, además, es la opción que se ha seguido en derecho comparado. Sin olvidar que las normas europeas no obligan a la sanción penal y que los problemas dogmáticos son tan importantes que obligan a una revisión de las estructuras clásicas, no siempre compatibles con los límites del Derecho penal. Por no hablar de que la idea de dejación de funciones cuando se traslada al Derecho administrativo el castigo resulta difícilmente sostenible en un Estado Democrático que precisamente ha de tender al Derecho penal mínimo, y auxiliarse para la resolución del conflicto de los medios menos gravosos.

Por otro lado, y como también he dicho, se ha insertado en el texto penal un modelo administrativo que dificulta mucho su aplicación. Y ello, porque, además de que no se pueden flexibilizar los principios garantista que rigen en materia penal (lo que dificulta la prueba y la destrucción de la presunción de inocencia, mucho más liviana en otros ordenes jurídicos) genera una gran desconfianza en los órganos jurisdiccionales. Es decir, esa pretendida capacidad del proceso penal para favorecer

la imputación de la responsabilidad no resulta aceptable.

De hecho son prácticamente inexistentes las resoluciones judiciales en esta materia, lo que lleva a que se pierda cualquier eficacia preventiva.

Sin embargo, lo cierto es que, a pesar de las dificultades resulta necesario aceptar la realidad legislativa y el principio de vigencia obliga a realizar un trabajo de creatividad que permita incluir y explicar este nuevo modelo de imputación de responsabilidad.

III. SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Dejando sentado que entiendo que existen muchas razones que nos deberían haber abocado al castigo administrativo en lugar del penal²⁴, dado el principio de vigencia resulta necesario analizar cuáles son los criterios normativos recogidos en código penal y cuáles son los sistemas de atribución de responsabilidad penal.

El art. 31 bis del CP establece en su núm. 1:

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

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

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido

²⁴ Considero que, efectivamente, el hecho de que la regulación aparezca en el cuerpo punitivo y que se establezcan penas implica necesariamente esta naturaleza aunque algunos autores diferencien entre lo que se conoce como intervenciones punitivas e intervenciones meramente coactivas. Esto es, se habla de responsabilidad penal cuando en realidad la naturaleza jurídica del modelo es administrativa constituyendo su regulación una amenaza coactiva insertada en el derecho punitivo. A mi humilde entender, este tipo de clasificaciones pueden inducir a error y llevar a una flexibilización de principios y garantías que, si bien de momento no se está produciendo, si podría llegar a justificarse, por lo que considero que es mejor, por el momento, determinar la naturaleza de la institución en función del lugar que ocupa, aunque fuera deseable que se hubiera recogido en el ámbito administrativo sancionador como ya he dicho antes. *Cfr.*, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Los distintos modelos de imputación...”, *cit.*, p. 40 y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 163 y ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP (I)”, *Diario La Ley*, núm. 7705, p. 24. En contra, GRACIA MARTÍN, L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: modelos teóricos”, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dirigido por J. Boix Reig), IUSTEL, Madrid, en prensa, pp. 996 a 1002. También SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto” *Diario La Ley*, núm. 7464 y MIR PUIG, S.: “Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas, una clase de ‘penas’ sin culpabilidad”, *Foro FICP*, núm. 2015-2, pp. 140 y ss.

gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso (...).”

Por lo tanto, introduce una doble vía de imputación. La persona jurídica va a responder:

- de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto por aquellos que, o están autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o tienen facultades de organización o control.

- de los delitos cometidos por los subordinados a las personas físicas que se encuentran en el primer párrafo, por haber incumplido gravemente los deberes de supervisión o vigilancia.

La cuestión dogmática se centra en determinar si estamos en presencia de un sistema exclusivamente vicarial o de transferencia, o si nos hayamos en presencia de un modelo que exige la constatación de un hecho de conexión, bien por la responsabilidad por el hecho de otro o por un defecto de organización, lo que evita hablar de una responsabilidad objetiva²⁵.

Aun así, la escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre esta materia ya ha advertido de que no pueden ser forzados los principios penales (materiales y procesales), lo que implica que no basta cualquier incumplimiento de vigilancia o control para que se produzca la transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica, sino que es necesario que se produzca la prueba de que efectivamente se trató de un incumplimiento grave del deber de vigilancia, intentado así dejar extramuros del derecho penal las acciones que carezcan de un mínimo de gravedad²⁶, con independencia de lo que pueda desprenderse de la “voluntas legis” o de la “voluntas legislatoris”, por lo que, al margen de la opción que se asuma, no se puede olvidar que las garantías en el ámbito punitivo se encuentran reforzadas respecto de otros ordenes jurídicos y no se puede castigar a la persona jurídica por la mera constatación de la comisión del hecho delictivo por parte de la persona física²⁷.

²⁵ *Vid.*, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Los distintos modelos de imputación...”, *cit.*, pp. 40 a 43; JUANES PECES, A.: “Introducción a la responsabilidad...”, *cit.*, p. 9. Crítico con la tesis del defecto de organización, ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica...”, *cit.*, pp. 2 a 6.

²⁶ En este sentido se pronuncia la STS 221/2016, de 16 de marzo, siguiendo lo establecido en las SSTS 514/2015, de 2 de septiembre y 154/2016, de 29 de febrero. Una valoración sobre los criterios de respeto a los principios penales, especialmente al de culpabilidad en las resoluciones jurisprudenciales se puede consultar en CARRETERO SÁNCHEZ, S.: “El papel de los principios generales del derecho en la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8751, pp. 5 a 7.

²⁷ Resulta ilustrativa de esta conclusión la afirmación contenida en la STS 221/2016 ya citada cuando dice: “La Sala no puede aceptar la idea que late en la argumentación del Fiscal (...), según la cual, siempre que se opte por un modelo de responsabilidad vicarial, la vigencia de algunos de los principios estructurales del proceso penal pasa a un segundo plano. La responsabilidad de las personas jurídicas –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad– solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. La imposición de cualquiera de las penas –que no medidas– del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP solo puede ser el desenlace de una

De este modo se afirma que “la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva”²⁸.

Siendo esto así, dará igual, desde el punto de vista aplicativo, optar por uno u otro modelo.

En todo caso, y como afirma GONZÁLEZ CUSSAC, resulta evidente que la persona jurídica no puede actuar exactamente igual que la persona física, por lo que su castigo dependerá de si se da cumplimiento o no a las exigencias que se establecen en el art. 31 bis. Esencialmente deberá comprobarse la realización del hecho y la individualización de la responsabilidad de la persona física y si se cumplen los requisitos de transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica; esto es, el hecho de conexión²⁹.

Con este escenario, resulta pues importante valorar en qué consisten tales exigencias.

1. Responsabilidad por las acciones de los representantes (art. 31 bis a).

El hecho de imputación que genera responsabilidad en la primera vía supone el cumplimiento de una serie de requisitos.

A) Actuación delictiva de la persona física representante de la sociedad.

Resulta necesario que la persona física lleve a cabo el delito. Delito que puede ser o no castigado individualmente, por lo que si no existen datos suficientes para condenar a la persona física no habrá problema en castigar a la jurídica si se cumplen el resto de requisitos, constatada la comisión del hecho injusto.

B) Que actúe en nombre o representación de la persona jurídica o por su cuenta.

Esto es, no se responde por los hechos que no pertenecen al ámbito competencial del sujeto o que no pertenecen al objeto social. Solo las actuaciones que se enmarcan en el ejercicio de la actividad empresarial podrán ser objeto de castigo en esta vía.

actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del *ius puniendi*. En definitiva, la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado”.

²⁸ STS 221/2016.

²⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, pp. 162 y 163.

En cuanto a los sujetos, pueden ser bien los representantes legales o bien otros que actúan individualmente o que pertenecen al órgano de gestión de la persona jurídica, siempre que estén autorizados a tomar decisiones o detenten facultades de organización.

Los representantes legales son los que tienen capacidad de gestión (interna) o de organización (externa). Se trata entonces de sujetos con poder de mando o capacidad para dirigir una empresa. Recuértese que se ha producido un abandono del tradicional concepto de administrador de hecho o de derecho en la descripción típica³⁰. Parece que la referencia a los administradores de hecho podía implicar, a pesar de lo consolidado del término, no incluir todos los supuestos relativos a los representantes no nombrados, ya que no parecía que pudiera incluir cargos directivos, gerentes, etc., lo que, por lo demás, se compadecía mal, aparentemente con las exigencias europeas³¹. Ahora, con la referencia a se ha producido una ampliación del círculo de sujetos que parece que va a permitir incluir a todas las personas que tienen capacidad decisoria o facultades organizativas.

Esta ampliación del círculo de sujetos admite, según FERNÁNDEZ TERUELO³² al menos dos interpretaciones:

- Una restrictiva, en virtud de la cual solo se incluiría a determinados directivos o mandos intermedios de la entidad que no ostentan condición de administradores pero sí capacidad decisoria; se trataría pues de altos directivos intermedios.
- Una amplia, que incluiría a todos los que tienen capacidad de representación en alguna parcela, bien sea funcional, bien sea regional. Por ejemplo, en el caso de la Banca se incluiría a todos aquellos que forman parte del Consejo de Administración que tienen capacidad de representación y de toma de decisiones: Consejero delegado, responsables de grandes áreas, direcciones territoriales, direcciones de zona, directores de oficina, gestores comerciales (con poderes), asesores financieros, asesores patrimoniales. La cuestión que inmediatamente se plantea es ¿han de responder todos?. Objetivamente es posible. Jurisprudencialmente sería deseable que se hiciera una restricción para poder determinar el verdadero control y no dejar vacío de contenido el apartado b. del art. 31.

Sin embargo, no todos los autores parecen estar de acuerdo con esta idea, pues, como alega QUINTERO OLIVARES, el hecho de adoptar el criterio mercantilista de delimitación del círculo de sujetos hace que se olvide la tradicional interpretación de los administradores de hecho, que son aquellos que tienen el poder real de decisión y que actúan a través de testaferros, quedando excluidos por tanto de la

³⁰ Lo que mereció la crítica del Consejo de Estado en su informe de 27 de junio de 2013, alegando que no existían razones para este cambio de nomenclatura que, por lo demás, resultaba ya consolidada tanto en la doctrina y la jurisprudencia. *Vid.*, Dictamen del Consejo de Estado disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>

³¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 166.

³² FERNÁNDEZ TERUELO, J.: “Regulación vigente...”, *cit.*, pp. 75 y 76.

responsabilidad por autoría directa, siendo solo posible su castigo como inductores. Igualmente, afirma este autor, esta exclusión implica que no se podrá perseguir a aquellos que mediante el uso de un “holding” de empresas toman decisiones desde la empresa matriz, que las empresas subordinadas ejecutarán, pues no forman parte de los órganos de la persona jurídica a través de la cual se comete el ilícito, ni tampoco ostentan facultades de control o gestión, por lo que no podrán avalar el castigo de la persona jurídica³³.

Junto a ello, otros autores, como GONZÁLEZ CUSSAC critican el hecho de que el legislador no haya adoptado expresiones más acordes y consolidadas a la hora de delimitar a los sujetos como “cargo directivo” o “posición de mando”, si lo que se quería era respetar las traducciones de los mandatos contenidos en la normativa europea, por lo que las nuevas expresiones empleadas ni respetan la legislación supranacional ni va a proporcionar mayor seguridad jurídica³⁴.

A mi entender, no había necesidad en el cambio de nomenclatura, puesto que tal y como se afirma doctrinal y jurisprudencialmente, los conceptos de administrador de hecho y de derecho estaban ya suficientemente asentados.

Por lo demás, tampoco se ha ganado tanto, pues establecido el sistema de responsabilidad por descontrol en la letra b) y teniendo en cuenta la creación de órganos de supervisión para el cumplimiento de los planes de prevención, ya se pueden incluir la mayoría de sujetos que pueden actuar ilícitamente.

C) Que se realice para obtener un beneficio directo o indirecto de la sociedad.

Con la introducción de esta expresión, desconocida hasta ahora en nuestro derecho penal, se pretende ampliar el ámbito de aplicación del precepto, de manera similar a lo que sucede en el caso de los delitos contra la propiedad intelectual³⁵.

En la regulación anterior a la reforma, el art. 31 utilizaba la expresión “en su provecho”, aludiendo a que el delito que cometía la persona física debía producirse en interés de la sociedad. Esta expresión ha sido sustituida por la referencia “en su beneficio directo o indirecto”.

Las razones que se alegan para el cambio tienen que ver con que dicha expresión mejora técnicamente la referencia que se contenía antes de la reforma del 2015. El antiguo art. 31 bis hablaba de que el delito se hubiere cometido “en provecho” de la persona jurídica, lo que, al entender del Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de

³³ QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma...”, *cit.*, pp. 89 y 90.

³⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, pp. 167 y 168.

³⁵ La expresión es novedosa tanto en la parte especial como en la general. Se incluye en la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual sustituyendo al elemento “ánimo de lucro” y en el art. 31 bis en sustitución de la expresión “en provecho”. *Vid.*, LLORIA GARCÍA, P.: “Obtener un beneficio directo o indirecto” *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dirigido por BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa.

noviembre de 2009, restringía en exceso el campo de actuación penal, ya que no permitía incluir, por ejemplo, lo que se podía ahorrar en costes la empresa como consecuencia de la acción delictiva, ya que solo se aceptaba como provecho los beneficios directos, razón similar a la que fundamenta la introducción de la expresión en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, y que, de nuevo, tiene que ver con la cultura punitivista, de instrumentalización del derecho penal para la resolución de todos los conflictos, sobre todo si este tiene una gran proyección mediática.

En todo caso se mantiene entonces la idea de que la persona jurídica no responderá cuando se trate de una víctima más de la persona física. Se trata, pues, de que la acción se oriente teleológicamente a la obtención de los beneficios empresariales o sociales, por lo que debe ser idónea “ex ante” para conseguir el beneficio ilícito, con independencia de que se consiga o no³⁶.

Los beneficios no han de ser necesariamente económicos, sino que será suficiente que la actividad delictiva facilite el funcionamiento o los objetivos de la empresa³⁷. Según la Circular 1/2016, la nueva expresión permite incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto y “en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales”.

Cuando hablamos de obtener un **beneficio directo** se está pensando en situaciones que llevan a obtener mayores beneficios de los que se hubieren podido obtener con una actuación lícita (por ejemplo, a través de la utilización de informaciones parciales o engañosas que permitan obtener mayores inversiones que en el caso de ofrecer la información de manera transparente).

El beneficio indirecto se obtiene mediante acciones que suponen un ahorro de costes, por ejemplo, no invirtiendo lo necesario en medidas de prevención dolosamente, o cometiendo fraude fiscal.

2. Responsabilidad por las acciones de los subordinados (art. 31 bis b). Especial referencia a la responsabilidad por descontrol.

En este caso, la responsabilidad de la persona jurídica deriva de la falta de control o vigilancia de las acciones que ha realizado la persona física sometida al control de los sujetos mencionados anteriormente.

Es el criterio que mayores problemas plantea desde el punto de vista de la culpabilidad, pues se exige un actuar imprudente de los órganos de control respecto de las actuaciones dolosas de las personas físicas subordinadas. Es lo que se conoce

³⁶ JUANES PECES, A.: “Introducción a la responsabilidad...”, *cit.*, p. 13.

³⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “Compliance”, en *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dirigido por BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa, p. 145.

como responsabilidad por descontrol o contaminación de la persona jurídica por falta de vigilancia.

La novedad en el castigo de estas acciones tras la reforma operada en el año 2015 se centra en que los hechos han de producirse en beneficio (directo o indirecto) de la persona jurídica tal y como hemos descrito anteriormente, atendidas las circunstancias y siempre que el hecho se haya realizado en el ejercicio de las acciones sociales. Esto es, que los autores personas físicas hayan actuado en el ejercicio de su cargo.

Se incluyen en este ámbito a los trabajadores con relación de dependencia directa, y también a los autónomos o subcontratados, siempre que se tenga poder de dirección sobre ellos, por ejemplo, en los casos de arrendamientos de servicios o de contratos temporales.

Todo ello sin olvidar el elemento esencial sobre el que se asienta la exigencia de responsabilidad: haber incumplido gravemente el deber de control de la actividad del subordinado.

Con esto, y como ya he adelantado, el hecho de conexión reduce el ámbito de aplicación de la norma en relación con la regulación que se establecía en el 2010, pues no es suficiente con cualquier incumplimiento del deber de control, sino que ha de tratarse de un incumplimiento grave. Esto supone que las infracciones de vigilancia de menor calado deben ir referidas al ámbito administrativo o mercantil, estableciéndose como un elemento normativo de contenido jurídico, o mejor, como una remisión normativa que hace que la ley penal deba ser complementada con otros órdenes jurídicos en relación con la gravedad del hecho³⁸, con las consecuencias que se generan siempre que nos encontramos ante la necesidad de complementar los “blancos” de las leyes penales en orden al principio de legalidad y de seguridad jurídica. Sobre todo, si tomamos en consideración la aceptación cada vez mayor de los denominados espacios de riesgo³⁹, que establecen protocolos de actuación cada vez más acabados pero a la vez imprecisos, con lo que las perturbaciones del principio de legalidad en su proyección de seguridad jurídica son cada vez mayores.

Por lo demás, y siguiendo de nuevo a GONZÁLEZ CUSSAC⁴⁰, resta por establecer si el incumplimiento grave debe ir referido a la persona jurídica o a las personas físicas del primer nivel de imputación, lo que de nuevo nos lleva al mundo de la norma extrapenal a la hora de establecer los grados de exigencia respecto de las personas físicas y, también, para establecer la línea divisoria entre la responsabilidad asumida por la persona física y la que corresponde a los órganos colegiados de control, que no dejan de ser, entonces, persona jurídica. En este último caso, si se acepta que la

³⁸ *Vid.*, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, p. 170.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Vid.*, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, pp. 173 a 178.

obligación de vigilancia es de la persona física y no de la jurídica, la acción devendría atípica pues el art. 31 bis b) atribuye la responsabilidad a la persona jurídica.

Ello supone enfrentarse al complejo problema del respeto al principio de culpabilidad y el fundamento del castigo de los entes morales con los criterios de culpabilidad aceptados desde las tesis normativas, que a pesar de facilitar la punición de las personas jurídicas no resuelven completamente las dificultades como afirma un importante sector doctrinal.

En todo caso, este autor va más allá. Cifrar el fundamento de la transferencia en el incumplimiento por parte de las personas físicas, varía la función y relevancia de los planes de cumplimiento que aparecen como modelos de atenuación o exención de la responsabilidad.

Efectivamente, si el incumplimiento grave (el defecto de control) debe corresponder a la persona jurídica para dar paso a su sanción, el hecho de no tener un plan de prevención o de que éste sea ineficaz se erigiría en elemento indispensable y suficiente para justificar el castigo. Sin embargo, si como se ha dicho, el defecto en la vigilancia es responsabilidad de la persona física, la existencia del plan de prevención opera de manera diferente, pues la prueba de que se poseía dicho plan no resulta necesaria para establecer el fundamento del castigo, sino de la exención de responsabilidad, y por lo tanto, los planes solo sirven de marco de referencia para medir el grado de incumplimiento de la obligación de las personas físicas⁴¹.

IV. SISTEMA DE EXENCIÓN/ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.

Junto a la responsabilidad de la persona jurídica, la reforma del año 2015 ha introducido como novedad un régimen de exención de responsabilidad a través de los denominados programas de cumplimiento o modelos de organización⁴² y gestión⁴³.

La regulación anterior contenía un sistema de atenuación de responsabilidad para el caso de que antes del juicio oral la persona jurídica hubiera adoptado medidas eficaces para prevenir la futura comisión de delitos o para descubrirlos⁴⁴.

⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal...”, *cit.*, pp. 174 a 176.

⁴² Es en la denominada cultura del “Corporate Governance” donde se inscriben estos planes que, como afirma GÓMEZ-JARA, se ocupa “de la estructura, funcionamiento y sistemas de control de una organización empresarial”. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Gobierno corporativo y derecho penal”, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dirigido por BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa, pp. 687).

⁴³ Las denominaciones son muchas y variadas. Hace un recorrido por ellas ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “La responsabilidad penal...”, *cit.*, pp. 883 y 884.

⁴⁴ Según ROBLES PLANAS, la finalidad última es la de trasladar desde el Estado a las empresas los costes de la prevención y detección del delito (“Pena y persona jurídica...”, *cit.*, p. 6).

Con la reforma se va más allá y se introduce la exención completa para los supuestos en los que las medidas se hubieran adoptado con antelación a la comisión del hecho. Es decir, los protocolos o guías que se establezcan “ex ante” en un sistema de cultura de responsabilidad empresarial, recogiendo patrones de conducta fundamentados en un código ético que evite los defectos de organización y control y que se ejecuten de manera eficaz por los órganos encargados de su supervisión y aplicación, supondrán que la persona jurídica ha cumplido con su deber de vigilancia y que, por tanto, al hacer todo lo posible para evitar la comisión del delito por las personas físicas que la constituyen o sirven, quedará exenta de responsabilidad.

En este sentido, el art. 31 bis establece:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los programas de cumplimiento, o sistemas de “Compliance guides”, suponen la existencia de planes de prevención de riesgos penales, que pueden llevar a la exención de la responsabilidad en el caso de que cumplan con todos los requisitos que se exigen legalmente o a la atenuación de la misma si el cumplimiento solo puede acreditarse de manera parcial.

Pero, esta afirmación general no debe llevar a la conclusión ni de que la mera existencia del plan es un salvoconducto de impunidad para la empresa o ente jurídico, ni que su falta implique necesariamente su culpabilidad⁴⁵.

Del mismo modo que hay que aclarar, con carácter previo, que no existe obligación de poseer dichos programas o protocolos. Como relata DE LA MATA BARRANCO, en el Anteproyecto de reforma de 2013 sí se contenía un art. 286 seis que establecía la obligatoriedad de contar con Protocolos de prevención, lo que resultaba contrario a la propia idea de omisión y al principio de intervención mínima, precepto que no se encuentra finalmente en el texto punitivo⁴⁶.

No obstante, en el marco de los delitos que se realizan en el mercado de valores hay que puntualizar que sí existe obligatoriedad (no penal, sí administrativa) de establecer planes de buen gobierno. Tanto es así, que la Ley de Sociedades de Capital⁴⁷ fue modificada en 2014 con la finalidad de facilitar el esclarecimiento de las

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código penal español, Tomo I*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 395.

⁴⁶ DE LA MATA BARRANCO, N.: “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: protocolos de prevención de delitos”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 92.

⁴⁷ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

responsabilidades por la comisión de ilícitos, que se consideran una de las causas de la crisis financiera⁴⁸. En este sentido en el Preámbulo de la ley se puede leer que “...tanto entidades financieras como empresas de carácter no financiero se han visto afectadas por la asunción imprudente de riesgos, por el diseño de sistemas de retribución inapropiados, así como por la deficiente composición de los órganos de dirección y administración. En consecuencia, el gobierno corporativo ha vivido un renovado impulso. Así se plasmó en la declaración de Pittsburgh de septiembre de 2009 o en la publicación en el año 2011 del Libro Verde para analizar la eficacia de la regulación no vinculante sobre gobierno corporativo por parte de la Comisión Europea, que dejaba la puerta abierta a una mayor regulación sobre gobierno corporativo en normas de carácter vinculante”.

Precisamente por ello, y en el marco de esta norma, la CNMV a través de su comisión de expertos reunida en 2013, modificó el documento creado en 2006 bajo la denominación “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, cuya revisión es del año 2015 y en el que se encuentran las pautas de actuación de dichas sociedades y que responde al modelo de protocolo de prevención de riesgos penales⁴⁹, que deben apoyarse, con carácter general, y como advierte la Circular 1/2016 en varias ocasiones, en la idea de promover una verdadera “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura”.

En todo caso, hay que realizar dos puntualizaciones.

En primer lugar, es cierto que la adopción del protocolo no es sinónimo de haber salvado la responsabilidad, pues será necesario argumentar, desde un punto de vista práctico, que se adoptaron todas las medidas adecuadas y que se ejercieron eficazmente las responsabilidades de control⁵⁰. Pero no lo es menos que si existe ese protocolo de prevención será más fácil demostrar la actuación diligente que si no existe el plan de prevención.

Y, en segundo lugar, que, como advierte DE LA MATA BARRANCO, la presencia o no del protocolo nunca puede suponer una inversión de la carga de la prueba. La responsabilidad se dilucida en un proceso penal en el que, en todo caso, hay que seguir los criterios de imputación para poder establecer la responsabilidad, tanto de las personas físicas, como de las jurídicas⁵¹.

⁴⁸ Sobre esta cuestión se puede ver GARCÍA RIVAS, N.: “Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera”, *Crisis financiera y Derecho penal económico*, (Dirigido por E. Demetrio Crespo), EDISOFER, Madrid, 2014, pp. 33 a 37.

⁴⁹ El Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas se puede consultar en la página web de la CNMV en el siguiente enlace http://cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf

⁵⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, epígrafe III.3.

⁵¹ DE LA MATA BARRANCO, N.: “La exclusión...”, *cit.*, p. 92.

En cuanto al régimen normativo de la exención se aplica a los dos títulos de imputación con requisitos semejantes pero no idénticos.

No es el momento de llevar a cabo un análisis exhaustivo del modelo⁵². Baste con poner de manifiesto que en lo esencial su contenido es coincidente y deberá cumplir lo previsto en el art. 31 bis. 5: establecer un elenco de conductas cuyo incumplimiento genere la actuación delictiva; generar esquemas de procedimiento en la toma de decisiones de la persona jurídica; diseñar modelos de gestión de los recursos financieros que permitan prevenir la comisión de delitos; imponer la obligación al órgano de supervisión de informar de las disfunciones o incumplimientos que detecte en la aplicación del plan y todo ello se acompañará de un sistema disciplinario en relación con los incumplimientos de las normas de prevención establecidas.

A la hora de diseñar el catálogo de los delitos susceptibles de ser cometidos en atención a las actividad que desarrolle la empresa, no creo adecuado ceñirse a una mera enumeración de delitos que se refiera, exclusivamente, a los que dentro del ámbito de actividad social puede cometer la empresa y que tienen prevista responsabilidad penal para la persona jurídica (en atención al sistema de “*numerus clausus*”). En mi opinión, si la finalidad de la creación del protocolo es promocionar una cultura empresarial de respeto, transparencia y honestidad, y dada la criticable selección de conductas realizada por el legislador, creo que lo razonable es incluir cualquier actividad que pueda ser delictiva en el ámbito del objeto social, con independencia de que lleve aparejada o no responsabilidad directa de la persona jurídica.

El plan debe contener también las medidas adecuadas en atención al tamaño y a la actividad de la empresa, y deberá ser revisado, bien cuando se detecten insuficiencias, bien cuando se produzcan cambios en la actividad, la estructura o los órganos de gestión y control.

El protocolo no ha de ser meramente formal, sino que ha de cubrir la exigencia de idoneidad para abarcar el máximo espacio de riesgo (lo que no significa que sea infalible) y ha de adornarse de un verdadero halo de cumplimiento responsable, como modo de “*soft law*” que ayude al Estado en la tarea de prevención en un ámbito tecnificado y de difícil control como se ha demostrado en los últimos tiempos.

⁵² Sobre el mismo se puede consultar, entre otros, ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “Compliance”..., *cit.*, p. 149 y ss.; AYALA DE LA TORRE, J.M.: *Compliance*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 53 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, *cit.*, pp. 399 a 401; SIEBER, U.: “Programas de “Compliance” en el derecho penal de la empresa”, *El derecho penal económico en la era de la Compliance*, (Dirigido por L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 63 y ss. y TIEDEMANN, K.: “El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”, *El derecho penal económico en la era de la Compliance*, (Dirigido por ARROYO ZAPATERO, L. Y NIETO MARTÍN, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 37 y ss.

Caso de poderse acreditar el cumplimiento a través del plan de prevención, se producirá la exención de responsabilidad de la persona jurídica. De no poderse acreditar todas las circunstancias, el juez, en su caso, podrá atenuar la responsabilidad. Si existe el plan pero este solo ha supuesto el cumplimiento de una formalidad, la responsabilidad permanecerá intacta.

V. SELECCIÓN DE CONDUCTAS EN RELACIÓN CON LAS ACTUACIONES EN EL MERCADO DE VALORES.

1. Sistema de incriminación.

El legislador ha utilizado un sistema de incriminación de “números clausus” siguiendo el esquema que utiliza para otras instituciones como pueda ser el castigo de la imprudencia o de los actos preparatorios punibles; esto es, solo se exigirá responsabilidad penal a las personas jurídicas en los casos en los que venga expresamente establecido, con independencia del tipo de delito de que se trate. Ello implica que, en ocasiones, se establecerá el castigo para acciones que no necesariamente requieren de una estructura empresarial y, en otras, nos encontraremos con conductas que intuitivamente merecerían estar incluidas entre las que exigen responsabilidad a los entes morales y sin embargo, no se contempla tal previsión.

Así, vemos como se establece el castigo para los entes jurídicos en delitos que van de la trata de seres humanos hasta los de contrabando, pasando, por ejemplo, por los de pornografía infantil.

Todo ello obedece, en principio, al cumplimiento de las exigencias de la normativa europea, por lo que si la norma supranacional no se ha pronunciado sobre la necesidad del castigo de las personas jurídicas en una conducta en concreto, el legislador nacional no la ha contemplado. Pero, como acertadamente señala DE LA MATA BARRANCO, el legislador no ha respetado ni tan siquiera los mandatos europeos como anunciaba en el Preámbulo de la LO 5/2010, pues algunas de las carencias señaladas sí tenían un respaldo normativo europeo que no se ha materializado en la selección de conductas realizadas en el texto punitivo español⁵³.

Ello nos lleva a constatar, con sorpresa, que no se encuentre referencia alguna a esta responsabilidad, por ejemplo, en los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 311 y ss.); ni tampoco los relativos a la flora o la fauna (arts. 332 a 337), ni en los delitos contra la seguridad colectiva (arts. 341 y ss.). Tampoco contienen referencias a la responsabilidad del art. 31 bis entre los delitos que castigan el fraude

⁵³ DE LA MATA BARRANCO, N.: “Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 189 a 191.

y la falsificación como medio de pago distinto del efectivo (arts. 390 y ss.)⁵⁴.

Por lo demás, y aunque el sistema elegido para determinar las acciones que llevan aparejada la responsabilidad de las personas jurídicas pueda ser coherente con los mandatos europeos, no lo es con la sistematicidad interna del código penal⁵⁵. Y es algo que no deja de sorprender también en el ámbito concreto de los delitos que afectan al Mercado de Valores y a sus consumidores como vemos inmediatamente.

2. La responsabilidad de los entes jurídicos por los delitos que afectan al mercado de valores.

Por lo que interesa en este trabajo, hay que poner de manifiesto que no existe responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, en relación con los delitos societarios: el falseamiento de cuentas anuales (art. 290); el prevalimiento de posición mayoritaria en la junta de accionistas (art. 291); la imposición de acuerdos abusivos (art. 292); la negación del ejercicio de derechos de información, participación gestión o control a los socios minoritarios (art. 293). Tampoco para la administración desleal o la apropiación indebida (arts. 252 y 254).

Pero si algún delito de este bloque afecta al objeto de este estudio es el contenido en el art. 294⁵⁶. La conducta punible consiste en impedir, negar o dificultar la actuación de supervisión a la autoridad correspondiente en el caso de sociedades sometidas a supervisión administrativa, que desde luego son todas aquellas que operan en el

⁵⁴ Crítica también en relación con la selección efectuada se muestra ALONSO DE ESCAMILLA: “La responsabilidad penal de los administradores...”, *cit.*, p. 893.

⁵⁵ Tampoco todos los países de nuestro entorno han adoptado este sistema de *numerus clausus*; por ejemplo, en el modelo suizo se establece el mismo sistema pero complementado con una responsabilidad subsidiaria respecto de cualquier delito, cuando la persona física no pueda ser individualizada y haya actuado en el marco de la actividad social. Sobre los modelos adoptados en derecho comparado se puede ver NIETO MARTÍN, A. y GARCÍA MORENO, B.: “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial” A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 27.

⁵⁶ Dice este precepto: “Los que, como administradores de hecho o de derecho de una cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código”.

La necesidad de tipificación de esta conducta es discutida. Resulta especialmente interesante la crítica a su inclusión, dada la existencia de un elenco de sanciones administrativas para conductas coincidentes con la descrita, por ejemplo, en la Ley 24/1988 del mercado de valores, lo que genera graves problemas de “bis in ídem”. Sobre esta cuestión *vid.*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 525 y ss. Un análisis del origen y evolución del mismo, y un análisis de su estructura se puede consultar en RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Obstrucción a la labor de organismos inspectores o supervisores”, (RODRÍGUEZ MOURULLO, G.), *Estudios de Derecho penal económico*, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 123 y ss.

Mercado de valores que deben ser supervisadas por el Banco de España⁵⁷, por la CNMV, la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC) y el Ministerio de economía, entre otras autoridades.

En este supuesto no está prevista la responsabilidad penal de la entidad, cuando parece evidente que, si se acepta este instituto, ésta constituye una de las conductas que si se comete será en beneficio de la entidad y por las personas o encargadas de su gestión o sometidas a su vigilancia y control.

En todo caso, sí es cierto que, a pesar de haberse modificado el régimen anterior de establecimiento de medidas para las empresas a través de las cuales se cometan ilícitos penales, persiste la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias establecidas en el art. 129⁵⁸, generando todavía un mayor caos. Esto es, en principio, los delitos cometidos por aquellas empresas que obstaculizan la labor de supervisión y posean personalidad jurídica⁵⁹ (una entidad financiera, por ejemplo) no podrán ser castigados por la regla del art. 31 bis, al no estar expresamente prevista dicha sanción. Pero entiendo que tampoco le resultará de aplicación las medidas cautelares o accesorias a las que alude el art. 129, puesto que éste se refiere solo a entes sin personalidad jurídica⁶⁰, a pesar de que existe una previsión expresa en el precepto,

⁵⁷ Las entidades de crédito siempre están sometidas a la supervisión del Banco de España.

⁵⁸ Dice este precepto:

“1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica no estén comprendidas en el art. 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer, motivadamente, a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la penal que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior solo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

⁵⁹ El concepto de persona jurídica no tiene una plasmación normativa penal, por lo que hay que integrarlo atendiendo a la normativa civil y mercantil. En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 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 su epígrafe II, realiza un análisis de la normativa extrapenal y de la jurisprudencia a fin de determinar qué entes entran dentro del concepto de persona jurídica. Por su parte, la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley orgánica 1/2015, clarifica en su epígrafe 3 los supuestos en los que la persona jurídica resulta imputable o no, en función de si su actuación es la ordinaria en el mercado, o si su actividad mayoritaria o exclusiva es ilegal. *Vid.*, también, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “La responsabilidad penal...”, *cit.*, pp. 10 a 14 y MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión...”, *cit.*, pp. 24 y 25.

⁶⁰ *Vid.*, DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal” *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, (Dirigido por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 163 y ss. En contra, FEIJOO SÁNCHEZ que

una interpretación sistemática, respetuosa con el principio de taxatividad impide la extensión de la responsabilidad a los entes con personalidad jurídica, pues una mala técnica legislativa no puede ser suplida con una interpretación voluntarista ni extensiva.

De este modo, encontramos un vacío legal, que no se compadece con la “voluntas legislatoris” y, desde luego, que casa mal con las previsiones establecidas para otro tipo de conductas (como por ejemplo, la pornografía infantil)⁶¹.

Realizando un barrido por las diferentes conductas del código en relación con el mercado de valores, encontramos que tanto el delito de publicidad engañosa (art. 282), como el de estafa de inversores (art. 282 bis) y también los de alteración de precios de cotización de un valor o instrumento financiero (art. 284. 2 y 3) el de información privilegiada (art. 285) pueden dar lugar a la responsabilidad penal de las entidades financieras a través de las que se cometen delitos directamente relacionados con los pequeños consumidores de productos financieros.

La técnica empleada es la de recoger, en el Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), Capítulo XI (De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) en la sección 3ª bajo la rúbrica “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores” todas las figuras que afectarían al objeto material y a los sujetos pasivos señalados (vulneración del secreto de empresa, distracción de material del mercado, publicidad engañosa, estafa de inversiones, manipulación de precios, alteración de precios, información privilegiada y corrupción privada) para establecer en el art. 288.2 una cláusula general de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos en el Capítulo.

En el mismo precepto se establece una regla general de aplicación de las sanciones distintas de la de multa. Para el caso de las penas de disolución, suspensión, clausura, prohibición para el desempeño de determinadas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas e intervención judicial, deberán tomarse en consideración las reglas de determinación previstas en el art. 66 bis.

entiende que sí resultan de aplicación las consecuencias del art. 129 a entes con personalidad jurídica, tomando como referencia que, si el Libro II del Código penal establece dicha responsabilidad, por ejemplo, en el artículo que nos ocupa (art. 294), se podrá extender la aplicación de las medidas. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, J./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016, pp. 306 y 307. Con igual conclusión, FARALDO CABANA quien argumenta que la extensión de responsabilidad responde a la “voluntas legislatoris”, con lo que tampoco puedo estar de acuerdo. *Vid.*, FARALDO CABANA, P. Y FARALDO CABANA, C.: “¿Responde penalmente la persona jurídica por la comisión de delitos alimentarios? Límites y posibilidades de la aplicación de las consecuencias accesorias en España tras la reforma penal de 2010”, *La Ley penal*, 2014, núm. 8269, pp. 1648 y ss.

⁶¹ En todo caso, recuérdese, que la situación es similar a la que se plantea, por ejemplo, en el caso de los delitos de fraude alimentario, y otros tantos, lo que nos deja en ascuas, sobre cuál es la auténtica “voluntas legislatoris”.

Sin embargo, para las penas de multa, el propio precepto establece tanto el sistema (días-multa y multa proporcional) como el “quantum”, con un criterio de selección criticable, por, como advierte MORALES PRATS, lo azaroso del mismo⁶².

Además, de esta selección poco fundamentada, la cantidad de pena va a depender de un criterio tan etéreo como es el del “beneficio que se hubiere podido obtener” o del beneficio “favorecido”, lo que genera una gran inseguridad jurídica.

Junto a ello, también adelanta MORALES PRATS la exasperación de penas no se justifica (y este es el criterio establecido para las conductas que afectan al mercado de valores) y el juez podrá elegir entre el sistema de días multa o multa proporcional, lo que puede llevarle a seleccionar aquel que proporciones una mayor cuantía a la sanción, lo que no deja de ser un desatino⁶³.

VI. REFLEXIÓN FINAL.

Ante este panorama y viendo las resoluciones jurisprudenciales que se van dictando, tanto en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica, como las emitidas en relación con asuntos que atañen a personas físicas en relación con entidades financieras, no queda más que dudar de la bondad del sistema de sanción establecido.

Si lo que se pretendía era proporcionar una vía más rápida y eficaz para el resarcimiento del pequeño consumidor financiero, no parece que éste sea el método más adecuado.

Considero que el modelo elegido, al menos para los supuestos que resultan de interés en este trabajo, no puede cumplir con las funciones encomendadas ni servir de vía alternativa a las previsiones y sanciones administrativas. Es más, la existencia de planes de prevención que lleven a la irresponsabilidad, cuando tales planes son obligatorios administrativamente para operar en el mercado de valores, pueden llevar al efecto contrario del deseado.

Por lo demás, sigo entendiendo que existen obstáculos dogmáticos difíciles de salvar, si no se está dispuesto (y un Estado democrático no debe estarlo) a flexibilizar los principios y garantías penales, a la hora de imputar responsabilidades en el ámbito punitivo.

Entiendo pues que una buena regulación en vía administrativa, con sanciones que se pudieran imponer en un proceso garantista pero más flexible que el penal, y estableciendo bien las bases para la ejecución de las responsabilidades civiles derivadas de delito, servirían mejor a la prevención general, y proporcionarían un

⁶² MORALES PRATS, F.: *Comentarios al Código penal español, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 441-442.

⁶³ *Ibidem*.

mayor equilibrio a los mercados, dejando el instrumento penal en el lugar que le corresponde, para cumplir las finalidades que, tradicionalmente, se le han asignado.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. Una aproximación desde la perspectiva del *Compliance*”, *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Pamplona, 2015.

BELANDO GARÍN, B.: “Comisión Nacional del Mercado de Valores”, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dir. BOIX REIG), IUSTEL, Madrid, en prensa.

CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CARRETERO SÁNCHEZ, S.: “El papel de los principios generales del derecho en la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8751.

CUENCA GARCÍA, A.: “Mercado de valores”, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dir. BOIX REIG), IUSTEL, Madrid, [en prensa].

DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal” *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, N.:

- “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: protocolos de prevención de delitos”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, F. Lefebvre, Madrid, 2015.

- “Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

DE SIMONE, G.: *Personae giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizione ETS, Pisa, 2012, *passim*.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, 1-2012.

ENTRENA RUIZ, D.: “El régimen de supervisión, inspección y sanción del mercado de valores, en particular el abuso del mercado”, *Derecho de la regulación económica. II. Mercado de valores*, (Dir. JIMÉNEZ-BLANCO), Iustel, Madrid, 2009, *passim*.

FARALDO CABANA, P. Y FARALDO CABANA, C.: “¿Responde penalmente la persona jurídica por la comisión de delitos alimentarios? Límites y posibilidades de la aplicación de las consecuencias accesorias en España tras la reforma penal de 2010”, *La Ley penal*, 2014, núm. 8269.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.:

- “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, J./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016.

- “La persona jurídica sujeto de imputación jurídico penal”, en BAJO FERNÁNDEZ J./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.:

- *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters -Lex Nova, Pamplona, 2013.

- “Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31 bis 1, 2 inciso 1º y 5)”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

GARCÍA RIVAS, N.: “Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera”, *Crisis financiera y Derecho penal económico*, (Dir. DEMETRIO CRESPO), EDISOFER, Madrid, 2014.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quater y quinquies” *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, (Dir. GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GÓMEZ INIESTA, D.: “La responsabilidad penal de las agencias de calificación crediticia”, *Crisis financiera y derecho penal económico*, (Dir. DEMETRIO CRESPO), EDISOFER, Madrid, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.:

- “Gobierno corporativo y derecho penal”, *Diccionario de Derecho penal*

económico, 2ª ed. (Dir. BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa.

- “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, J./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, M.:

- “La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial problemática del tercero lucrativo (CP art. 122)”, A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, F. Lefebvre, Madrid, 2015.

- “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes” A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, F. Lefebvre, Madrid, 2015.

GRACIA MARTÍN, L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: modelos teóricos”, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dir. BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa.

HUSAK, D.: *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

JUANES PECES, A.: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita” A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

LLORIA GARCÍA, P.: “Obtener un beneficio directo o indirecto” *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed. (Dirigido por BOIX REIG, J.), IUSTEL, Madrid, en prensa.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MIR PUIG, S.: “Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas, una clase de ‘penas’ sin culpabilidad”, *Foro FICP*, núm. 2015-2.

MORALES PRATS, F.:

- *Comentarios al Código penal español, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *La reforma de 2010: análisis y comentarios* (Dir. QUINTERO OLIVARES), Aranzadi, Pamplona, 2010.

MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Anales del Derecho*, 2011, núm. 29.

MUÑOZ CONDE, F. y FOFFANI, L.: “Las entidades bancarias como autores o víctimas de delitos financieros. Una perspectiva comparada”, *Revista Penal*, 2010, núm. 25.

NIETO MARTÍN, A. y GARCÍA MORENO, B.: “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial” A.A.V.V.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, F. Lefebvre, Madrid, 2015.

ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP (I)”, *Diario La Ley*, núm. 7705.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:

- “Aspectos penales de las crisis bancarias”, *Estudios de Derecho penal económico*, (G. Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 2009.

- “Obstrucción a la labor de organismos inspectores o supervisores”, (RODRÍGUEZ MOURULLO), *Estudios de Derecho penal económico*, Civitas, Pamplona, 2009.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código penal español, Tomo I*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

QUINTERO OLIVARES, G.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L; y, BAJO FERNÁNDEZ, J.: “Vigencia de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho sancionador español”, en BAJO FERNÁNDEZ, J./FEIJOO SÁNCHEZ B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2016.

SIEBER, U.: “Programas de “Compliance” en el derecho penal de la empresa”, *El Derecho penal económico en la era de la Compliance*, (Dir. ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.:

- *Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, EDISOFER, Madrid, 2011.

- “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto” *Diario La Ley*, núm. 7464, 2015.

TIEDEMANN, K.: “El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”, *El derecho penal económico en la era de la Compliance*, (Dir. ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

