

Capacitación: Derecho Penal de hoy

DELINCUENCIA ECONÓMICA: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

LIC. JAVIER HERRERA TORRES.

Introducción

Como parte de la capacitación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el suscrito tuvo la oportunidad como Becario de asistir a los XXXII Cursos de Especialización en Derecho, en la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, el cual se desarrolló del 14 al 30 de enero de 2013, con el propósito de actualizar y adquirir conocimientos en Derecho Penal actual en la comunidad Europea y en especial de tradición jurídica española.

Por lo que el presente ensayo se motiva principalmente en uno de los programas que comprende el Derecho Penal de Hoy, siendo el de Delincuencia Económica: la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que fue el que cautivo mi interés, ya que reviste mayor relevancia y trascendencia de aplicación a futuro en las funciones de este Alto Tribunal, lo anterior a demás para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Acuerdo General de Administración III/2008.

En este trabajo se abordará, someramente cómo funciona el delito de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en España, lo que nos permitirá conocer y tener una visión a futuro de posible aplicación por analogía en nuestro país, hacia la Responsabilidad Penal que tienen las Personas Morales.

Es de todo Mexicano conocido, que no existe una regulación penal para las Personas Morales, como ente, en su mayoría los delitos y sanciones cometidas por una empresa moral, agrupación, sociedad civil, etc, sólo se sancionan a las personas físicas que las conforman, lo ideal es que todos los aparecen como parte de esa sociedad tengan responsabilidad penal.

Lo anterior derivado que cotidianamente nuestra legislación civil, mercantil, fiscal y penal en México, presentan una serie de lagunas jurídicas, lo que permite que las personas físicas conforme a la ley y debidamente constituidas, se agrupen para delinquir, de tal forma que al fincarle responsabilidad penal a las personas morales. Está ya se encuentre inactiva y los socios, accionistas o personal que la integraban, estén impunes e integrados a otra Persona Moral , que tenga como fin el continuar realizando actos delictivos..

La **trascendencia y aplicación** para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deriva de lo transcrito en el párrafo anterior, en esta Institución y sobre todo en el área que se desenvuelve el suscrito que es la Subdirección General de los Contencioso y Normativa de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, nos percatamos que al iniciar un procedimiento de responsabilidad administrativa en contra de un servidor público, que tienen una íntima relación con las personas morales, ya sea de amistad y compadrazgo, no aparecen dentro de la sociedad pero la protegen tanto y desean subsanar los errores cometidos por está, que se denota que existe relación, ya que al ser contratadas también omiten realizar algunos trámites que le son exigibles a la persona moral, en el caso muy particular en las empresas constructoras que son contratadas para realizar una obra determinada, después de haber ganado una licitación pública, por haber manejado precios y costos bajísimos, NO terminan la obra porque el anticipo o los pagos no les alcanzaron, existe un incumplimiento de contrato, una penalización dentro del mismo y garantías a través de fianzas, que se hacen efectivas mediante un trámite

administrativo o juicios especiales, que obvio culminan en una resolución y al momento de hacerlas efectivas es decir ejecutarlas en contra de la persona moral, está ya no existe, cambio de domicilio, fue dada de baja fiscalmente y es imposible ejercitar cualquier acción judicial, y con el tiempo nos percatamos que las personas físicas que integraban esa sociedad, ahora existen en otra que tiene el mismo objeto social y que vuelve a participar en licitaciones públicas en organismos gubernamentales, y aunque exista un catálogo de proveedores sancionados, aparecen los nombres comerciales de las empresas morales, pero no así el de los accionistas, socios, administradores únicos, comisarios, representantes legales, lo que provoca que continuamente las personas morales (o jurídicas) burlen los candados que se le han puesto para ser contratada nuevamente y así para ellos es más fácil crear otra sociedad con el mismo propósito, realizar comportamientos delictivos.

MARCO TEÓRICO.

Las legislaciones penales continentales, consecuencia del Estado liberal y de la filosofía de la Ilustración, se basaron originariamente en limitar la responsabilidad penal a la actuación de las personas físicas, aplicando el viejo aforismo, “*societas delinquere non potest*”¹. Ello excluía del ámbito punitivo la responsabilidad de entes colectivos, aunque, ciertamente la actuación colectiva desde un primer momento se reconocía por el legislador que poseía un mayor potencial delictivo, lo que queda reflejado en las agravantes o en la presencia del

¹ El origen teórico de este aforismo se sitúa en el Papa Inocencio IV, en el Concilio de Lyon de 1245, donde las pretensiones papales no tuvieron éxito. Su incorporación a las legislaciones es una consecuencia más de la Revolución Francesa y las ideas iluministas. VÉASE ABANTO: *Responsabilidad penal de los entes colectivos una revisión crítica de las soluciones penales*, en “Revista Penal”, 26, 2010, pp. 4-5.

delito de asociación ilícita, por el que se castiga a quien dirige o a quien se integra en ella².

Las personas jurídicas materializan decisiones adoptadas por personas físicas que las dirigen o que son sus propietarias o que las representan o que simplemente trabajan para ellas. Una persona jurídica, puede contratar personas y servicios, puede obligarse y ser sujeto de derechos, tiene obligaciones tributarias, etc. Además, la persona jurídica puede ser el instrumento para la realización de comportamientos delictivos. Es decir, su actuación está regulada por el Derecho, por lo que por definición el contenido de sus actos puede ser contrario al mismo. La interrogante es qué consecuencias jurídicas, y dentro de qué rama del ordenamiento, se derivan de los actos contrarios a Derecho realizados por o mediante una persona jurídica.

En las últimas décadas, la progresiva globalización de la economía, el creciente poder corporativo de muchas empresas y la deslocalización de las mismas, constituyen factores que generan un nuevo marco en el que, con carácter general, surge la necesidad político-criminal de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como recuerda Nieto³, “la responsabilidad de las personas jurídicas constituye uno de los temas estrella de la política criminal de comienzos del siglo XXI”. De hecho, los Estados de la Unión Europea han ido incorporando a sus ordenamientos penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero una política criminal con este contenido requiere un primer pronunciamiento sobre la necesidad de su adopción. En este primer campo la cuestión clave a resolver es si no basta con la eventual responsabilidad penal de las personas físicas, que son las propietarias de las empresas, o que deciden o trabajan en las mismas.

² El Código recoge como agravante en el art. 22 n.º 2: “Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del mismo”, en ella queda comprendida la clásica agravante del Derecho español, de ejecutar el hecho en cuadrilla, más de tres. Por otro lado, el delito de asociación ilícita aparece recogido en los arts. 515 y ss.

³ NIETO: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 37.

Comentarios favorables y desfavorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El dogma a tenor del cual las personas jurídicas no podían cometer delitos (societs delinquere non potest) estaba estrechamente conectado con la forma de entender la culpabilidad y la pena que surgen en el siglo XIX.

Esta idea es la que el derecho penal del siglo XIX quería indicar mediante el principio de personalidad de las penas. La imposición de una pena se vincula a la culpabilidad individual. Fue una forma de reaccionar ante la sanción a colectivos (por ejemplo, un municipio o una familia) que había sido muy frecuente durante toda la Edad Media y en el Antiguo Régimen. La imposición de una sanción a la persona jurídica, se indica, supone también una sanción para sus socios inocentes, que no tienen ninguna responsabilidad por los hechos.

Otro argumento teórico en contra de la responsabilidad de personas jurídicas provenía de la forma de entender la esencia del delito. Se ha entendido en la historia de dos formas. Una centrada en la casualidad: un comportamiento humano que pone en marcha un curso causal que produce la lesión del bien jurídico. Otra centrada en la finalidad: donde cobra protagonismo la intención del autor, el dolo, dirigida a la lesión del bien jurídico. Encausando la responsabilidad de las personas jurídicas dentro de cualquiera de estas dos formas de entender la esencia de un comportamiento delictivo resulta poco menos que imposible. Pues evidentemente, una persona jurídica ni tiene acción en el sentido del concepto de acción, ni tiene voluntad.

Los argumentos favorables a la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas son sobre todo de carácter pragmático, esto es, que para la protección de determinados bienes jurídicos resulta más eficaz sancionar

conjuntamente con las personas naturales a las personas físicas. Estos argumentos son los siguientes:

El primero de ellos y más clásico es que el derecho penal individual pierde “fuerza” cuando se aplica en el interior de una empresa. Esta pérdida de energía se debe a que:

- En ocasiones no es posible encontrar una persona natural que pueda ser declarada enteramente responsable del delito. La organización de trabajo de las empresas implica que cada uno desempeña una labor determinada, pero a veces nadie es responsable del resultado final.
- A veces sí que existe un claro responsable, pero la justicia penal tiene dificultades para encontrarlo. Las empresas, como cualquier corporación, son especialistas en buscar y fabricar “chivos expiatorios”, personas que van a responder por lo ocurrido liberando del resto a todos, aunque no hayan sido totalmente ajenos al hecho delictivo. En otras situaciones el grupo se cierra y pone todos los obstáculos a su alcance para que el proceso penal no descubra el verdadero responsable.
- Desde hace tiempo se indica que la existencia de una corporación constituye bajo determinadas circunstancias un factor criminógeno, en el sentido de que provoca comportamientos delictivos por parte de las personas naturales, comportamientos que de manera aislada no hubieran cometido. En determinadas empresas surge lo que se denomina un “espíritu criminal de grupo”. Inmersos en él administradores, directivos y empleados acaban considerando que es mucho más importante la lealtad a la empresa y la búsqueda de su beneficio, que el respeto a la ley. La importancia de la empresa sirve para neutralizar los valores o principios éticos que normalmente les detraen de la comisión de hechos delictivos.

A este argumento “clásico”, se suma otro mucho más moderno. El poder de las corporaciones es hoy en todo el mundo mucho mayor que hace dos décadas. Existen gigantes empresariales cuyo volumen de negocios es mayor que el Producto interior bruto de muchos países, y que además gracias a la globalización pueden escoger el ordenamiento más favorable a sus intereses.

La imposición de penas a las personas jurídicas serviría para compensar todos estos problemas de aplicación del derecho penal. Cuando se sanciona a una persona jurídica el mensaje que se le lanza es el siguiente: haz todo lo posible por evitar que en tu interior se cometan hechos delictivos, porque si no serás sancionada. La función del derecho penal es motivar a las personas jurídicas a que adopten medidas de organización internas con el fin de prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos. Esta estrategia de control parte de uno de los postulados básicos de la teoría de la organización empresarial que la mejor forma de controlar a un colectivo es hacer responsable de lo que en él ocurre a sus dirigentes. A los administradores de una empresa les es más fácil evitar los hechos delictivos que cometan sus empleados y descubrirlos que al Estado. Esta idea es el argumento pragmático más importante en el que descansa la responsabilidad de las personas jurídicas.

La responsabilidad de las personas jurídicas: el art. 31 bis. 1 del Código Penal

El art. 31 bis. 1 del Código Penal establece los supuestos en los que una persona jurídica resulta responsable:

- a) Art. 31.1 bis primer párrafo: cuando el delito sea cometido por los (1) administradores de hecho o de derecho, (2) en su provecho, y (3) en nombre o por cuenta de las mismas, la persona jurídica resulta penalmente responsable.

- b) Art. 31.1 bis segundo párrafo: si el delito se comete por una persona distinta, pero también en su provecho, y en nombre o por cuenta de las mismas, la persona jurídica es responsable cuando se demuestre que los hechos se han realizado porque los administradores de hecho o de derecho o han ejercido el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Del tenor literal del art. 31 bis.1 se desprenden dos supuestos claramente diferenciados: si la persona natural que comete el delito es un administrador de hecho o de derecho, la persona jurídica responde de manera inmediata, con tan solo probar que el administrador haya actuado en provecho y por cuenta y nombre de la misma. En cambio, cuando se trata de un subordinado el art. 31 bis. 1, en su segundo párrafo, requiere demostrar además que los administradores no han ejercido el debido control atendidas las concretas circunstancias.

I. Modelo vicarial y modelo de culpabilidad propia

Para interpretar correctamente este art. 31 bis. 1 es necesario, exponer brevemente las dos teorías fundamentales que existen a la hora de señalar bajo qué circunstancias pueden ser hechas responsables de un delito. Sabemos que en el caso de las personas físicas es necesario un comportamiento típico antijurídico y culpable, pero ¿qué ocurre con las personas jurídicas?

La forma más sencilla de resolver este problema es utilizar la teoría de la representación que desde hace siglos opera en el derecho privado. En el derecho de sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus representantes, es decir, de sus administradores por lo que lo mismo habría que hacer en el derecho penal. Recurriendo a una imagen antropomórfica de la

persona jurídica se indica que sus administradores son como un cerebro y sus manos. De esta forma se resuelven de un plumazo todos los inconvenientes teóricos que antes señalábamos en la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa en su nombre, que se “traslada” a ella. A esta forma de imputación se le llama el *modelo vicarial* e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho actuando dentro del marco de sus funciones empresariales.

La forma más moderna de responder a la anterior pregunta es buscando una *responsabilidad o culpabilidad propia* de la persona jurídica. Ésta respondería cuando no ha adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Respondería de este modo por un hecho propio, el defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural. Cuando la persona jurídica ha hecho todo lo posible para evitar la aparición de un hecho delictivo, aunque un empleado o directivo lo realice, podría decir “que no es cosa suya” y de este modo no ser sancionada. El punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada: ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior? Pues bien, este interrogante está desde hace algunos años contestado por el derecho administrativo que en materia tan importante como la protección de la seguridad del trabajador (...), el medio ambiente (...), el mercado de valores (...), la seguridad alimentaria (...), el blanqueo de capitales (...) etc., determina a través de lo que se ha dado en llamar autorregulación regulada a las empresas a que adopten medidas que tiene un fin similar a las medidas de organización que requiere la responsabilidad de las personas jurídicas. Por otro lado en la práctica empresarial desde hace algún tiempo y por influencia del derecho norteamericano son conocidos los *compliance programs* o, en terminología italiana, los modelos de organización.

A primera vista, parece que el art. 31 bis. 1 está mucho más cerca del modelo vicarial que del de la responsabilidad o culpabilidad propia. Ello parece prima facie evidente en el caso de la responsabilidad de los administradores, pero también en el caso de que los subordinados cometan el delito. En este supuesto habría que demostrar que un concreto administrador ha omitido vigilar personalmente al subordinado que ha cometido el delito. A la persona jurídica se le trasladaría la culpabilidad de este concreto administrador. Esta interpretación del art. 31 bis. 1, literalmente posible, no resulta sin embargo correcta. La responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 31 bis. 1 CP debe interpretarse en atención al modelo de la responsabilidad o culpabilidad propia.

2. La responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos cometidos por los subordinados.

Conforme el modelo de responsabilidad propia el segundo párrafo del art. 31 bis. 1 no exigiría comprobar que un administrador no ha vigilado correctamente al subordinado que cometió el delito, sino algo substancialmente distinto: que los administradores no implementaron un conjunto de medidas organizativas destinadas a impedir que los empleados de la empresa realizan hechos delictivos o a detectar su comisión, una vez cometidos, atendiendo a las concretas circunstancias de la empresa.

La interpretación del art. 31 bis. 1 segundo párrafo conforme al modelo de la responsabilidad propia resulta preferible por dos razones.

La primera es porque conduce a mejores resultados prácticos. En una pequeña empresa si un trabajador comete un hecho delictivo probablemente será

relativamente sencillo reprochar a alguno de sus administradores que no ejerció el debido control. Sin embargo esta teoría vicarial fracasa en una gran empresa, ¿cómo puede demostrarse que el concretamente el administrador A que dirige la empresa desde Ciudad Real omitió el debido control sobre el trabajador B, que trabaja en Madrid? El resultado político criminal de este precepto sería desastroso: toda la responsabilidad para las pequeñas empresas y ninguna para las grandes.

La segunda razón parte de una interpretación sistemática. El art. 31 bis 4.d considera una circunstancia atenuante de la responsabilidad el que la persona jurídica antes del juicio oral haya establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Si la persona jurídica obtiene una atenuación, es porque se considera que, contar con medidas de organización apropiadas resulta relevante.

En suma, el primer requisito a cumplir para hacer responsable a la persona jurídica es demostrar que carece de medidas de organización eficaces para prevenir y detectar delitos cuya idoneidad debe juzgarse, como el propio art. 31 bis. 1 segundo párrafo señala, atendiendo a las circunstancias, básicamente: que debe atenderse al tamaño de la empresa e igualmente a la probabilidad que éste delito tenga lugar dentro de la empresa.

La imputación de la empresa exige aún dos requisitos más: (a) que el delito se hay cometido en su provecho y (b) en nombre o por cuenta de la misma.

La expresión “en su provecho” varía dependiendo de delito que se le imputa a la persona jurídica, si por ejemplo, se trata de un delito de corrupción, de estafa,

contra el ambiente, en tales casos el término “provecho” tiene un significado más amplio.

Por nombre o por cuenta de la misma exige comprobar que el empleado ha realizado el delito dentro de sus funciones, dentro de la empresa.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas por hechos cometidos por los administradores

Al tenor literal del art. 31 bis. 1 responde al modelo vicarial, una interpretación sistemática y conforme a la constitución de este precepto conduce a resultados distintos.

Interpretado sistemáticamente el art. 31 bis. 1 primer párrafo con el art. 31 bis 4 b), si el CP incita a la introducción de medidas de organización tras la realización del hecho delictivo, necesariamente tendrá relevancia para la imputación de la persona jurídica, si ésta cuenta con ellas antes de la comisión del delito.

La interpretación conforme a la constitución parte de la siguiente constatación empírica. Cuando los administradores de la empresa comenten un hecho delictivo, es poco creíble que se hayan esforzado en implementar medidas de organización destinadas a prevenir y a descubrir hechos delictivos. Por esta razón el modelo vicarial tiene un núcleo de verdad y es que de alguna manera la culpabilidad de la empresa se identifica con la de sus máximos dirigentes. Distinto es en pequeñas empresas cuya gestión es realizada por los administradores, a veces únicos, implementar mecanismos de control de la propia conducta es difícil, por lo que la persona jurídica apenas si puede distanciarse de este delito.

Conforme a lo anterior debe leerse como una presunción de responsabilidad de la empresa cuando el hecho haya sido cometido por los administradores, sin embargo ya que estas afectan el principio de presunción de inocencia, se trata de una presunción refutable en la que la persona jurídica debe tener oportunidad de mostrar que contaba con una organización eficaz.

Por tanto, y en conclusión, también en el caso de que los administradores sean quienes hayan cometido el delito, es relevante la culpabilidad de organización. La persona jurídica debe tener siempre la oportunidad de demostrar que disponía de medidas de organización apropiadas para prevenir y detectar hechos delictivos.

4. La relación entre el delito cometido por la persona física y la persona jurídica

Una consecuencia del modelo de culpabilidad o responsabilidad propia es que el delito cometido por la persona natural y el cometido por la persona jurídica son dos realidades independientes. El delito cometido por la persona natural es el presupuesto para preguntarse si la persona jurídica está bien o no organizada para prevenir infracciones. No obstante, sería posible establecer un delito por parte de la persona jurídica consistente en una falta de organización.

En el Código Penal Español, la independencia entre la responsabilidad de estas personas se plasma en que:

- a) No es necesario identificar a la persona natural que ha cometido el delito, basta con que se constate que se ha cometido un delito, art. 31 bis. 2.

- b) Si la persona natural no resulta responsable por concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, estado de necesidad justificante) ello no implica la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica, art. 31 bis. 2.

- c) Tampoco afecta a la persona jurídica las circunstancias agravantes que afectan a la persona natural, art. 31 bis. 3.

Por lo anterior se confirma que el Código Penal ha retomado el modelo de responsabilidad o culpabilidad propia. De acuerdo al modelo vicarial si la responsabilidad de la persona natural se traspasa a la persona jurídica también se trasladaran las causas de exculpación y, las circunstancias agravantes, así, la reincidencia del autor habría de ser la de la persona jurídica. Por el contrario el CP independiza ambos grados de culpabilidad como se muestra en el art. 66 bis. 2ª a) en donde se contempla la reincidencia de la persona jurídica.

- a) La muerte de la persona jurídica física o su sustracción a la acción de la justicia tampoco impiden la responsabilidad de las personas jurídicas, art. 31 bis 3.

5. Las personas jurídicas responsables y los delitos que pueden cometer

Existen personas jurídicas que están excluidas del régimen de responsabilidad penal:

- El Estado y las administraciones públicas y organizaciones internacionales.
- Organismos reguladores, agencias y entidades públicas y empresariales y sociedades mercantiles estatales que implementen políticas públicas o presten servicios de interés general.

- Partidos políticos y sindicatos.

Las razones político criminales a las que obedece esta limitación de responsabilidad no son claras, sin embargo el artículo art. 31 bis en su última frase permite establecer responsabilidad de las personas jurídicas excluidas, cuando hayan sido creadas con el propósito de eludir la responsabilidad penal.

Las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o cambiar de nombre con lo que eludiría la responsabilidad penal. A solucionar este problema atiende el art. 130 del CP.

En respuesta a ordenamientos que hacen responsables a las personas jurídicas por cualquier clase de delito, el CP establece la responsabilidad de aquellas en relación a un número determinado de delitos: tráfico ilegal de personas, de órganos, de drogas, de prostitución, delitos informáticos, estafa, insolvencias punibles, propiedad intelectual e industrial, insider trading, abuso de mercado, delito publicitario y otros delitos contra el mercado y los consumidores, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, blanqueo de capitales, delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, corrupción y tráfico de influencias.

6. La culpabilidad de empresa y fines de pena.

Para entender el sistema de sanciones contra las personas jurídicas es preciso ocuparse de los fines de la pena y de la noción de culpabilidad de empresa.

El fin que persigue la imposición de una sanción a las personas jurídicas es principalmente que éstas adopten medidas de prevención y detección de hechos delictivos. La forma más sencilla para el *ius puniendi* de conseguir este objetivo es la multa. Las personas jurídicas son sobre todo empresas que buscan la

obtención de beneficios con su actividad, actúan a partir de un análisis costes-beneficios, por ello la multa debe ser lo suficientemente disuasiva para que sea más rentable el respeto a la legalidad que realizar comportamientos delictivos. No obstante, una multa excesiva puede ocasionar la insolvencia de la empresa.

Ahora bien, alejados de la lógica de costes-beneficios, los delitos pueden ser cometidos por ejecutivos ambiciosos, empresas con falta de cultura corporativa que pese a que se ha sancionado reiteradamente, la multa no surte ningún efecto o igualmente la persona jurídica puede ser parte del crimen organizado. En estos casos la multa no es idónea. El prototipo de estas sanciones es la intervención judicial.

Las penas deben guardar proporcionalidad con el delito cometido, pero también con su autor. Como antes hemos indicado, la culpabilidad de la persona jurídica deriva de no haberse organizado adecuadamente para evitar la comisión de hechos delictivos o detectarlos. Esta forma de culpabilidad es desde el punto de vista temporal muy diferente a la culpabilidad individual.

En la persona jurídica examinamos una forma de ser, un defecto de organización que existía antes del delito y que se prolonga probablemente después. Por esta razón, al configurar las circunstancias atenuantes y en el momento de determinar la pena (art. 66 bis) tiene gran importancia tanto el comportamiento post delictivo –art.31 bis. 3 y 4 -, como la reincidencia u otros factores que indican una mayor peligrosidad.

7. Las sanciones y su determinación

El CP español, establece un catálogo de posibles sanciones muy amplio:

- Multa
- Disolución
- Suspensión de actividades hasta 5 años
- Clausura de locales (hasta 5 años)
- Prohibición de actividades (definitiva o hasta 15 años)
- Intervención judicial
- Inhabilitación hasta 15 años para obtener subvenciones y ayudas, contratar con la Administración pública o interdicción de beneficios fiscales.

En realidad existen dos supuestos claramente diferenciados.

A. Empresas de economía legal no peligrosas: la pena de multa

La imposición de una pena de multa es el supuesto ordinario y es de aplicación a las personas jurídicas de economía legal en las que se haya cometido una infracción de modo ocasional y no presenten especiales indicios de peligrosidad.

En efecto el juez debe calcular la multa en atención al beneficio obtenido o esperado, el valor del objeto, el daño causado o la cuantía defraudada.

No obstante, pueden existir delitos en que no sea tan fácil calcular cual es el beneficio, el daño, etc. En un caso de delito contable (art. 310), que representa una infracción de peligro, en lugar de la multa proporcional el art. 33 utiliza un sistema de días multa o cuotas – en el caso del art. 310, según el art. 310 bis sería multa de seis meses al año-. En este caso, al igual que ocurre con las personas físicas, el juez debe calcular la duración de la pena atendiendo a la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor con lo cual se establece la cuota a pagar.

El art. 417 en relación a los delitos de cohecho, la forma de establecer la multa es la elección de la cuantía mayor entre la multa proporcional o la multa por cuotas, lo que lógicamente atiende a maximizar la prevención general.

Cuando exista insolvencia de la empresa, pérdida de puestos de trabajo, etc., el art. 53 del CP permite el fraccionamiento del pago, que atiende sobre todo a aquellos supuestos en que se elija una multa proporcional.

B. Empresas de economía legal peligrosas y empresas de economía ilegal (crimen organizado)

La pena de multa no siempre funciona. La multa pretende que la empresa por sí se regenere y adopte las medidas de organización oportunas para prevenir delitos en su interior. Sin embargo, la autorregulación de la empresa no siempre es posible. Cuando los administradores son miembros de una organización criminal se establecen penas, además de la multa, disolución, suspensión, clausura de locales, intervención judicial o inhabilitación, por lo que es necesario constatar que existe una empresa peligrosa, es decir, en la que existe un defecto de organización permanente que hace posible que en el futuro aparezcan en su interior hechos delictivos similares o incluso van a mantenerse los efectos del delito. El art. 66 bis 1ª considera también un índice de peligrosidad: “El puesto en la estructura de la persona jurídica la persona u órgano que incumplió el deber de control”, y se presenta cuando los administradores de la empresa no prevén aquellos comportamientos delictivos de sus subordinados que estaban obligados a evitar y se abren las puertas a la imposición de este tipo de sanciones distintas a la multa.

Una vez constatada la peligrosidad empresarial opera el principio de proporcionalidad.

a) Proporcionalidad con el delito: cuando estas penas tengan carácter temporal, su duración no puede ser superior a la pena privativa de libertad que tenga asignada el delito cometido imputado para la persona física (at. 66 bis 2ª).

b) Proporcionalidad con el grado de peligrosidad de la empresa:

- I. La duración y el tipo de pena debe atender al grado de peligrosidad y además tener los menores efectos colaterales posibles para terceros (“sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”).
- II. En las penas permanentes, es decir la disolución y la prohibición definitiva de realizar en el futuro determinadas actividades solo pueden imponerse cuando el grado de peligrosidad es muy notable.
- III. Las sanciones no permanentes (suspensión temporal, clausura de locales, intervención judicial o inhabilitación), solo pueden imponerse por un tiempo superior a dos años (art. 66 bis 2ª, segundo párrafo):
 - Reincidencia
 - O empresas de economía ilegal, en la que no obstante existe una persona de negocio legal.

Pueden utilizarse también como medidas cautelares dentro del proceso penal

C. El comportamiento postdelictivo de la empresa como circunstancia atenuante

La diversa estructura temporal de la culpabilidad de la empresa basada en el defecto de organización, hace que el comportamiento postdelictivo sea relevante y la sanción a la empresa debe atenuarse cuando está dispuesta a:

- Corregir con prontitud su defecto de organización.
- A cooperar con la administración de justicia
- A reparar el daño y supone una causa de atenuación de la multa

Servirá para demostrar que la empresa no es peligrosa y que por tanto no cabe la imposición de las penas preventivas especiales para empresas peligrosas.

8. Las consecuencias accesorias (el art. 129 del Código Penal)

Su fin es acabar con una organización, no dotada de personalidad jurídica, que es peligrosamente objetiva, en cuanto que su única función es la comisión de hechos delictivos. El art. 129 se aplica en aquellos casos en los que el CP prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, y en aquellos otros en los que el Libro II un precepto se remite a él expresamente, como ocurre en los delitos contra los derechos de los trabajadores.

MARCO JURÍDICO

ESPAÑA

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Regulación anterior

31.2 Responsabilidad solidaria con la persona física condenada en el pago de las multas (derogado)

120 Responsabilidad civil

129 Consecuencias accesorias

Nueva regulación

31 bis 2 La responsabilidad penal de las personas jurídicas es **independiente a la responsabilidad penal de las personas físicas**

31 bis 3 Las circunstancias que afecten a la responsabilidad de las personas físicas (fallecimiento, sustracción a la Justicia, agravantes), no excluye ni modifica la de la persona jurídica

Conductas

31 bis 1 a) Delitos cometidos **en nombre o por cuenta y en provecho** de la persona jurídica, por sus representantes o administradores.

b) Delitos cometidos **por falta del debido control** sobre las personas físicas **Excepciones 31 bis 5 No es aplicable** a las Administraciones y empresas públicas, partidos políticos y sindicatos, salvo las creadas para eludir la responsabilidad penal

Atenuantes

31 bis 4 Si después de la comisión del delito sus representantes legales proceden a:

a) **Confesar** el hecho antes de conocer que se dirige un procedimiento judicial

- b) **Colaborar** en la investigación con pruebas nuevas y decisivas
- c) **Reparar** o disminuir el daño antes del juicio oral
- d) Establecer antes del juicio oral **medidas eficaces para prevenir** y descubrir futuros delitos

Penas

33.7 Las penas aplicables, con la consideración de graves, son las siguientes:

- a) **Multa** por cuotas o proporcional
- b) **Disolución** de la persona jurídica
- c) **Suspensión** de sus actividades hasta 5 años
- d) **Clausura** de locales y establecimientos hasta 5 años
- e) **Prohibición de actividades** definitiva o temporal hasta 5 años
- f) *Inhabilitación* para obtener **subvenciones, ayudas**, beneficios fiscales y contratar con el sector público hasta 15 años
- g) **Intervención judicial** hasta 5 años

Multa

50

3 Extensión máxima de 5 años

4 Cuota diaria de 30 a 5,000 euros

Multa proporcional

52.4 Cuando no sea posible el cálculo se sustituirá por
 Multa de 2 a 5 años (pena a la persona física por más de 5)
 Multa de 1 a 3 años (pena a la persona física de 2 a 5 años)
 Multa de 6 meses a 2 años (Jen el resto de los casos)

Fraccionamiento pago de multa

53.5 Posibilidad de fraccionar las multas impuestas a personas jurídicas

Reglas de aplicación

66 bis En la aplicación de las penas a las personas jurídicas se atenderá a los siguientes criterios:

- A las **reglas del art. 66.1 (salvo la 5ª)**
- A la necesidad, consecuencias económicas y laborales, puesto que ocupa la persona física u órgano responsable
- A duración de una pena limitada no puede exceder de máximo de la pena privativa de libertad prevista si fuere cometido el delito por persona física
- Las sanciones superiores a 2 años (salvo *multa y disolución*) requieren que la persona jurídica sea reincidente o se utilice instrumentalmente para delinquir
- La *disolución, prohibición de actividades* (definitiva o por más de 5 años) e *inhabilitación para obtener subvenciones* (por más de 5 años), requieren que en la persona jurídica concorra la regla del art. 66.1.5 o se utilice instrumentalmente para delinquir

Responsabilidad civil

116.3 Responsabilidad *solidaria* de las personas físicas y jurídicas condenadas por el mismo hecho.

Consecuencias accesorias

129 Las organizaciones o colectivos que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis, se les podrá aplicar las consecuencias previstas en el art. 33.7 c) a g)

Posibilidad de aplicar alguna de ellas como medida cautelar

Extinción de la responsabilidad criminal

130.2 La transformación, fusión, absorción, escisión y disolución encubierta de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal.

En México (marco jurídico) **no existe legislación aplicable a las personas morales..**

Como se fundamenta de forma orientadora con la siguiente tesis jurisprudencial aislada.

Séptima Época

Registro: 234319

Instancia: Primera Sala

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen 175-180, Segunda Parte

Materia(s): Penal

Tesis:

Página: 114

PERSONAS MORALES, RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES DE LAS.

No puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales, quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógico y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa.

Amparo directo 2489/83. Leonel Sorola Ruán. 4 de agosto de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Séptima Época, Segunda Parte:

Volúmenes 151-156, página 74. Amparo directo 1042/81. Rafael Márquez Torres. 30 de septiembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Conclusiones:

Primera: La responsabilidad penal aplicada en el sistema español, ha servido para identificar a las personas jurídicas que se prestan para delinquir y ha creado conciencia de que las personas físicas deben actuar conforme a derecho porque siendo responsables o no, serán sancionadas es decir, aun siendo inocentes se les sancionara, siendo ese el objetivo (haz todo lo posible por evitar que en tu interior se comentan hechos delictivos, porque si no serás sancionada).

Segunda: Todas las personas que integran a la persona moral (persona jurídica) deben tener responsabilidad penal, derivado de la no prevención del delito por la persona física que representa a la persona moral.

Tercera: aterrizando este modelo de responsabilidad penal en nuestro país, sería que todas las personas morales y personas físicas por analogía y a futuro deben de estar en un catálogo de personas sancionadas en nuestro México, por ejemplo, estar inscritas en la Secretaria de Relaciones Exteriores al momento de solicitar el permiso de nombre e inscripción al padrón, para efectos de localizar e identificar a las personas morales (personas jurídicas) y personas físicas para evitar que no se deje de aplicar la norma penal al responsable cuando comete un ilícito a su nombre o en representación de la persona moral ,ya que de no ser así, las personas físicas pueden crear otra persona moral (personas jurídica) formar parte del consejo o de los accionistas y continuar realizando actos delictivos (tratando de extinguir la responsabilidad criminal).

Cuarta: En el caso de las Instituciones Gubernamentales, y analógicamente, así como a un servidor público se le inhabilita para ocupar cargos en los tres niveles de gobierno cuando ha cometido una infracción, así a las personas morales y personas que las representan se les debe de imponer sanción para efectos de no licitar públicamente, no concursar, y no ser contratadas para prestar un servicio en el que alcanzan beneficios cometiendo ilícitos en contra de las instituciones.

Quinta: La fórmula para llevar a cabo el control de una persona moral (persona jurídica) es hacer responsable de lo que en ella ocurre a sus dirigentes, pero a todos en general hasta los empleados de confianza y subordinados de estos, y no sólo al accionista mayoritario o al administrador único como lo es en México, así se evitarían hechos delictivos en toda la empresa siempre y cuando fuese este acto en beneficio de la misma persona moral y a su vez poder acreditar esta que disponía de medidas de organización apropiadas para prevenir y detectar hechos delictivos.

Sexta: Es preciso señalar que en la actualidad y en todo el mundo se crean entes, personas jurídicas, personas morales para cometer un sin fin de delitos, los cuales deben ser bien identificados, en este caso los que regula el código penal español son muy similares a los que se cometen en otros países por eso la normativa penal debiese promulgarse a nivel internacional.

Séptima: El fin de imponer una sanción a la persona moral (persona jurídica) es el que adopten medidas de prevención y detención de hechos delictivos, por lo que las multas o sanciones deben ser proporcionales al delito cometido y las que se les apliquen deben ser fuertes y excesivas, al grado de que queden insolventes y aplicar sanción penal a quienes las dirigen, dando intervención judicial, para lograr que estas se conduzcan con providencia y honradez.

Octava: Debe revisarse el objeto social de la persona moral (persona jurídica) ya que el comportamiento de la misma y dependiendo de la sanción que se imponga al cometer un ilícito, y en su actuar cotidiano nos indicara a futuro si esta puede ser una empresa peligrosa, es decir que continúe realizando hechos delictivos similares o en su caso que existan atenuantes como beneficio de no querer cometer ilícitos.

Novena: En México, la aplicación de esta normativa evitaría que la persona moral (persona jurídica) se condujera con el ánimo desde su constitución de cometer hechos delictivos, existirían beneficios fiscales y beneficios personales

para contratarla en cuanto a los servicios que preste, sin necesidad de pedir tanto requisito, protegiendo determinados bienes jurídicos, tanto de la persona moral como la de la persona física.

SUGERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, 2008.

BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Barcelona, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.

GÓMEZ JARA, *La culpabilidad en el derecho penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo de responsabilidad penal*, Iustel, 2008.

REVISTA PENAL, número 26, 2010,

ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas fundaciones y asociaciones en el Derecho penal español y en la reforma penal. Presupuestos sustantivos y procesales*. Tirant lo Blanch. 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación para la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2003.

Página web recomendada biblioteca virtual.

www.usal.es

www.dialnet.unirioja.es

