

[VÍCTOR MORENO CATENA *]

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS RESPONDE A ESE "POPULISMO PUNITIVO" QUE HA LLEVADO A MODIFICAR MÁS DE LA MITAD DEL CÓDIGO PENAL DE 1995



Nuestro sistema penal ha sufrido en los últimos años una gran conmoción. Se ha producido un verdadero tsunami al modificarse un elemento estructural esencial que marcó el sentido de la represión penal: el sujeto que puede delinquir. El tradicional brocardo 'societas delinquere non potest', que centraba todo el aparato represivo en el ser humano como sujeto de entendimiento y voluntad capaz de conocer las consecuencias de sus actos y ser castigado si infringía la ley penal, ha dado paso a la responsabilidad de las personas jurídicas: a las entidades, a las sociedades, a las empresas se les puede exigir responsabilidad penal.

Las modificaciones del Código Penal por las Leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015 han trastocado la realidad punitiva incorporando a las personas jurídicas al mundo del Derecho penal. Aunque no se dice que las personas jurídicas cometan delitos (faltaría el elemento de la culpabilidad) resultan responsables penales, debiendo asumir el cumplimiento de penas por hechos cometidos en su beneficio por sus directivos o por sus empleados.

Estas leyes representan una decisión fundamental de política criminal y se enmarcan en una línea de reformas del Código Penal de 1995 (más de la mitad de sus preceptos ya se han modificado), que responden a una suerte de "populismo punitivo", con una concepción exclusivamente represiva del sistema penal. Prácticamente ha desaparecido de nuestro panorama el principio de intervención mínima, que concibe el castigo, la sanción penal que priva o limita la libertad de los individuos, como el último recurso del sistema jurídico. La furibunda apuesta por la seguridad se hace además cuando descienden las tasas de criminalidad en España, con una de más bajas del mundo, y cuando por el contrario nuestra población penitenciaria es de las más altas de Europa.

Ficción jurídica. Las personas jurídicas han proliferado en nuestra sociedad. La industrialización

exigió interponer la ficción jurídica de los entes morales, creados a imagen y semejanza de los seres humanos; las empresas que adoptaron la forma de personas jurídicas para operar en el tráfico, y su creación con otras finalidades las hicieron crecer extraordinariamente y continúa el incremento. En los últimos años (1999-2016), el número de empresas en España pasó de poco más de 2.500.000 a más de 3.200.000 (INE, después de estar en más de 3.400.000 en 2008).

Eso significa que las personas jurídicas impregnan todo el tejido social y especialmente el tejido económico, y que deben responder por aquellas actuaciones ilícitas que se hagan por su interposición.

El movimiento de dinero para financiar el terrorismo y el empleo de las ganancias delictivas del narcotráfico exigieron mirar hacia los entramados societarios que ocultaban sus verdaderos y últimos titulares para lograr una persecución eficaz de esta delincuencia especialmente grave. La 'perseguidibilidad' penal de las personas jurídicas en Estados Unidos desde principios del siglo XX, y antes en Reino Unido, contribuyó a la idea de extender la responsabilidad a lo que servía de cobertura a las organizaciones criminales.

Dice la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 que son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...).

Pero no es cierto que la respuesta exigida por las normas internacionales sea necesariamente penal; solo compromete a los Estados a adoptar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, y a no escu-

"Un modelo de gestión con medidas de vigilancia y control –el llamado 'compliance'– hace las veces de

“España ha optado por regular de una manera atropellada, al hispánico modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas... Así las cosas, en 2015 se aprueba otra reforma en profundidad del Código para “poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación”

darse en que una petición afecta a una persona jurídica para no prestar cooperación y asistencia judicial internacional.

La mayoría de los países ha optado por llevar al campo penal la delincuencia que implica a personas jurídicas, sea por actos ilícitos que realizan ellas mismas o personas físicas que las utilizan para lograr fines ilícitos; aunque cada país ha establecido un modelo propio, conforme con su tradición jurídica, se consideran estas medidas un elemento fundamental para la lucha contra la criminalidad de empresa, sea la criminalidad económica o la corrupción, sea como instrumento de la delincuencia organizada.

Al hispánico modo. España se ha sumado a esa gran ola de influencia de los países del common law y ha optado por regular de una manera atropellada, al hispánico modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La reforma de 2010, escueta e insuficiente para dar respuesta a todos los problemas que una innovación de tanto calado plantea, se hizo además sin contar con que el Código Penal se aplica en un proceso enteramente concebido en clave antropocéntrica, lo que exigió una modificación procesal en 2011. Cabe traer aquí la frase atribuida a Otto von Bismarck recordada a este propósito por un gran penalista español: “La gente no dormiría tranquila si supiera cómo se hacen las salchichas y las leyes”.

Así las cosas, en 2015 se aprueba otra reforma en profundidad del Código para realizar, según dice la Exposición de Motivos, una “mejora técnica” delimitando el contenido del “debido control”, poniendo “fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación” y asumiendo recomendaciones de organizaciones internacionales. No obstante, en expresión de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, “ninguna exigencia normativa internacional avala la necesidad de la reforma, como tampoco el inicial reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas realizado en 2010 podía justificarse en obligaciones derivadas de los tratados internacionales o de la normativa de la Unión Europea”.

La configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas se establece para una serie tasada de delitos y se configura “por transferencia” de las personas físicas que en beneficio directo o indirecto de aquéllas cometieron un delito, fueran sus administradores o directivos actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica, fueran sus

empleados que delinquieron porque no se ejerció sobre ellos el debido control.

El Código penal establece como eximente de responsabilidad el haber adoptado, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. El llamado compliance hace las veces de barrera o seguro de la persona jurídica, cuando sus directivos o los empleados hubieran cometido un delito.

Con todo, la utilización de expresiones legales abiertas requiere la intervención de los tribunales para clarificar su sentido y alcance, como hace la primera sentencia del Tribunal Supremo que aplica la reforma del Código penal en esta materia (154/2016, del 29 febrero, ponente Maza Martín), señalando que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en exigir el establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización, analizando si el delito cometido ha sido posible, o se ha facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, más allá de la existencia nominal de modelos de organización y gestión; éstos serán válidos si son adecuados y eficaces.

El fin, dice el Tribunal Supremo, es posibilitar la pronta exoneración de la persona jurídica evitando mayores daños en su reputación. Y es que en nuestra cultura, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, una investigación penal contra una empresa muy probablemente acarreará una inmediata respuesta sobre el crédito, con el riesgo inmediato de hacerla tambalear o caer.

El Tribunal Supremo también ha afirmado la aplicabilidad a las personas jurídicas de los derechos procesales: a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado; a la intimidad domiciliaria, al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia, así como al derecho a la defensa. Este conjunto de garantías básicas ha sido insuficientemente desarrollado, a pesar de que las leyes procesales penales se han modificado doce veces en el año 2015. Pero esto merecerá una reflexión aparte. ■

* Presidente de la Unión Española de Abogados Penalistas, catedrático y Of Counsel de Moreno Catena-Venturi Abogados.

barrera o seguro de la persona jurídica cuando sus directivos o los empleados hubieran cometido un delito”