

Jornada: La reforma del Código Penal y la criminalidad de la empresa

Madrid, 25 de marzo de 2015

RESÚMENES

[Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés](#)

[Los programas de compliance como circunstancia eximente de la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, Eduardo Torres-Dulce](#)

[El estatuto procesal de las personas jurídicas en el proceso penal, José Ramón Navarro](#)

[Las investigaciones internas dentro de la empresa: eficacia probatoria y límites, María Massó Moreu](#)

[El fiscal investigador en el ámbito de los delitos económicos, Jose Javier Polo](#)

[El delito de administración desleal y su nueva configuración tras la reforma, Manuel Marchena Gómez](#)

Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés

El Código Penal introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31bis tras la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se justifica, sobre todo, en que si la sociedad es sujeto de derechos y obligaciones lo lógico es situar a la persona jurídica en el mismo plano de igualdad que al resto de personas, con lo que su sometimiento a las normas sancionadoras está justificado.

El artículo 31,4 establece la posibilidad de aplicar una serie de atenuantes, en evidente *numerus clausus*, en el comportamiento delictivo de las personas jurídicas.

Estas circunstancias son posteriores al delito y deben ser realizadas a través de sus representantes legales.

Primera.- Haber confesado la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella.

Es indudable que esta confesión debe de realizarse ante las autoridades judiciales, no administrativas ni tampoco en las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal.

Segunda.- Haber colaborado, en cualquier momento del proceso, en la investigación del hecho aportando pruebas que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

Consiste en una actuación posterior a la realización de los hechos consistiendo en pruebas nuevas decisivas e inéditas totalmente y también relevantes en la resolución final del procedimiento.

Tercera.- Haber procedido en cualquier momento del proceso y con anterioridad al Juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

Esta circunstancia, la reparación del daño, es idéntica a la recogida en la responsabilidad penal de las personas físicas. La mera disminución del daño causado es suficiente para su admisión.

Cuarta.- Haber establecido, antes del comienzo del Juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir el delito que en el futuro pudiera cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Exige a las empresas una reorganización con medidas eficaces para prevenir, descubrir o evitar la comisión de los delitos, siempre haciendo la precisión de que no se debe referir a una operación de "lavado de cara" o que tenga la exclusiva finalidad de conseguir la aplicación de los atenuantes en el proceso penal sino que debe responder a la propia finalidad que es de fomento de tales actuaciones, independientemente del procedimiento judicial.

Es sin duda, una medida que procura la aplicación de los programas de prevención o cumplimiento legal.

Por lo tanto, las "compliance guide" pueden producir la inexistencia de responsabilidad penal o la atenuación de esa responsabilidad en función de la calidad y adecuación de las medidas que contenga.

Programas de prevención de cumplimiento efectivo como la supervisión, el control, la comunicación, la actualización periódica,... pueden ser decisivos para la atenuación de la pena a imponer.

Es de señalar que las circunstancias agravantes no están previstas en el Código Penal, aunque el artículo 66 bis mencione la reincidencia de la comisión delictiva imputable a la persona jurídica con trascendencia en la modulación y medición penal.

No se entiende por qué en esa enumeración cerrada de circunstancias atenuantes no aparecen algunas tan utilizadas actualmente como las dilaciones indebidas o la analogía en bonam partem, recogidas entre las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 21 del Código Penal.

Los efectos de los atenuantes aparecen en el artículo 66 del Código Penal y en el 66 bis al tenerse en cuenta para la graduación de la cuantía de las penas el prevenir la continuidad y las circunstancias económicas y sociales y los efectos para el trabajador.

[VOLVER](#)

La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, Eduardo Torres-Dulce

1.- CONCEPTO.

La configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha visto desde el primer momento como objeto de notables controversias tanto en el ámbito académico (las posiciones contrarias a su instauración de profesores tan prestigiosos como Rodríguez Mourullo o en cuanto a su carácter innecesario expresada por Silva Sánchez¹) se han trasladado también al campo forense con algunas sentencias en las que la Sala 2^a TS bien referida al precedente del art. 15 bis CP bien al art. 31 han intentado delinear ciertos campos de debate a lo que se unió la toma de posición de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011.

Esta Circular, en su Conclusión Segunda, y buena parte de la doctrina estima que el modelo propuesto en el CP obedece al sistema de responsabilidad por Transferencia en virtud del cual la responsabilidad de la persona jurídica es delegada o transferida a personas físicas, administradores de hecho o de derecho o representantes legales o quienes en el seno societario ejerciten ciertas acciones.

Aún admitiendo ello en los términos expresados para los dos supuestos del art. 31 bis 1 CP, no estoy nada seguro que ello pueda predicarse de lo prevenido en el art. 31 CP en su inciso final, en el que el texto habla con claridad de la exigencia de que las circunstancias típicas se den en la persona jurídica aunque luego respondan los mencionados más arriba; un sistema de configuración bien distinto del establecido en el art. 31 bis 1 en el que claramente las conductas son exigibles de las personas físicas que las ejecuten aunque las ejecuten en nombre, por cuenta y en provecho de aquellas.

2.- CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN

La persona jurídica es sujeto penalmente responsable en el texto del vigente Código Penal en los siguientes supuestos.

A.- La persona jurídica responde penalmente cuando en la misma se dan las circunstancias típicas del delito correspondiente. (art. 31 CP).

Responden por ella: los Administradores de Hecho o Derecho y los representantes legales , “aunque no concurran en él los elementos típicos para ser sujeto activo”.

Se trata de un concepto de descripción típica omnicomprensivo y por ende de una legalidad que pudiera entenderse como discutible en cuanto a la exigencia de taxatividad. Supone en la apuesta por castigar penalmente acciones societarias, la ruptura del concepto clásico de culpabilidad personal y la aparición de una idea de Código Penal expansivo con horizontes de referencia integradora en el Derecho Civil y Mercantil, lo que no siempre es deseable en una norma prevista como ultima ratio y que obliga a interrogarse si esa invasión obedece a poderosas razones de protección de bienes jurídicos esenciales y si su ubicación natural en otros derechos no cumple adecuadamente ¿o sí lo hace?, las exigencias sancionadoras para con esas conductas desviadas de una correcta configuración societaria.

El Tribunal Supremo ha precisado el alcance del inicial precepto art. 15 bis CP reproducido en este art. 31:

¹ Silva Sánchez , Jesús M^a. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español, pp. 15- 20 . En Criminalidad de empresa y Compliance . Prevención y reacciones corporativas . Jesús M^a Silva Sánchez (Director). Raquel Montaner Fernández (Coordinadora) . Atelier. Barcelona . 2013

“Este artículo, ‘no contiene una hipótesis que permita responsabilizar a una persona física por la acción de otras, por ejemplo, la acción del empleado, órganos o representantes de una sociedad mercantil que hubieran actuado en nombre de la entidad. El supuesto previsto por el art. 15 bis CP implica necesariamente la ejecución de una acción típica de una manera directa o indirecta (en los casos en los que resulte posible la autoría mediata). Se trata de una disposición que no compensa la falta de una acción, sino la ausencia de las características típicas de la autoría en la persona del autor. Por lo tanto, sólo es aplicable para tener por acreditadas estas características cuando, en todo caso, el autor ha realizado la acción típica’. (STS 3-7-1992). En definitiva, la jurisprudencia ‘ha definido el espacio que es propio del art. 31 CP, que no es otro que el de las actuaciones en nombre de otro y los delitos especiales’. (STS 1023/2007, de 30-11) ”

Con todo queda abierto el debate, y no se encontrarán fáciles soluciones, frente a esa irrupción directa del ejercicio de acciones típicas por la persona jurídica en los casos de los denominados clásicamente como delitos de propia mano, la irrogación notoriamente artificial que ofrece este art. 31 CP de la responsabilidad por transferencia de quienes deben responder, sin que en ellos concurran ni la acción ni los elementos del tipo, en vez de la sociedad complica extraordinariamente tanto la justificación de esa operación tan artificial de transferencia como cuantos problemas técnicos se susciten en cuanto a participación.

No aparece en este precepto alusión alguna al debido control del que habla el art. 31 bis 1. Párrafo segundo, que deba exigirse a esos responsables, lo que acentúa la impresión, se diga lo que se diga, de pura responsabilidad societaria quasi objetiva, sino se exige o se exige probar alguna participación, que el precepto parece no exigir, a dichos responsables.

Cabe, pues, interrogarse si en este caso podría operar las políticas corporativas de autorregulación o planes de compliance en atención exclusivamente respecto de las acciones exigidas a la propia persona jurídica. La solución en principio debe inclinar a la negativa pues el legislador no ha querido introducir ese elemento del debido control como en los dos supuestos del art. 31 bis 1 CP. Ello resulta coherente con la construcción del tipo claramente ordenado hacia la comisión propia de la acción típica por la persona jurídica sin participación sino por transferencia de los responsables ex lege que prevé este art. 31. En pura lógica un diseño de política corporativa de compliance supondría precisamente evitar la realización de esas acciones típicas por las que va a ser imputada. El Anteproyecto de Código Penal (ACP) no ha modificado en este punto nada y por tanto no prevé nada al respecto.

A. . Responsabilidad de la persona jurídica por acciones típicas realizadas en su nombre, por su cuenta y en su provecho cometidas por Representantes legales o Administradores de Hecho o de Derecho. (art. 31 bis.1 , párrafo primero).

La persona jurídica es penalizada como consecuencia de unas acciones que se realizan en su nombre, cuenta y provecho; a diferencia del supuesto del art. 31 CP en que se exige que sea la persona jurídica la que cometa la acción típica, en este precepto la persona jurídica nada hace que merezca un reproche penal y se la sanciona por la

conducta típica de sus representantes. Supone, pues, la penalización del mandato de Representación y Acción Societaria.

Lo que antes era pura configuración de una estructura de exigencia de mera Responsabilidad Civil se transforma ahora en Responsabilidad Penal.

La persona jurídica es castigada penalmente sencillamente e in fine porque los sujetos responsables han actuado por cuenta y representación y en provecho de la sociedad; la persona jurídica no cubre, pues, la acción, sino que ésta lo es por los citados responsables.

Es obvio que una suficiente desviación de facultades del ejercicio del mandato societario recibido o de los fines y naturaleza de la persona jurídica, introduce la posibilidad de revisar ese plus in actione si pudiera razonadamente argumentarse o probarse.

El Anteproyecto de Código Penal (ACP en adelante) introduce dos importantes variaciones en este precepto:

- De un lado precisa más la conceptuación de los sujetos activos al describirlos como “aquellos que actuando individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica.”

- De otro lado exige que estén “autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Con ese último inciso el legislador introduce en esta forma comisiva del art. 31.1 primer párrafo CP, ahora 31.1 a, amén de una mayor precisión de la participación activa por transferencia, la idea de los programas societarios de autorregulación o compliance.

Y lo hace además de forma harto pormenorizada con una curiosa técnica a sensu contrario pues en el nuevo art. 31.2 declara y describe como la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal si se han cumplido las condiciones de autorregulación, cuatro, allí descritas. Y además en el art. 31.5 describe de manera expresa cómo hay que configurar esos modelos de organización y de gestión en prevención de riesgos típicos.

C.- La persona jurídica responde como consecuencia de no haber ejercido el debido control los Administradores de Hecho o de Derecho o los Representantes Legales sobre personas sometidas a su autoridad en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de aquella. (Art. 31 bis.1, párrafo segundo).

La exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica se construye con técnica de transferencia muy débil, por cuanto aquella responde penalmente como tal entidad no por acciones propias como acontece con la exigencia del art. 31 CP, y ni siquiera por la comisión de una acción típica por sus representantes, sino como consecuencia de la culpabilidad de los responsables citados al no haber ejercido el control debido sobre quienes jerárquica u orgánicamente dependen de ellos. No responden estos últimos sino sus controladores atribuyendo el legislador a aquellos una posición de garante que habrá que probar de manera societaria. Se trata de un sistema que apunta a la comisión por omisión (art. 11 CP) y en ciertas fronteras de ésta incluso con la culpa in vigilando.

No es esta la sola ubicación de los mecanismos de control exigibles a una persona jurídica; como acertadamente destaca la Circular de la FGE cuando examina el catálogo de delitos en los que cabe la exigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fuera de ese catálogo ha quedado y de manera tan incongruente como asistemática el artículo 318 CP incluido en el Título XV relativo a los delitos contra los derechos de los

trabajadores. Se trata de una cláusula de cierre o general de aplicación los diferentes delitos comprendidos en ese Título y reza así:

“Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyan a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.”

El ACP de nuevo introduce una mayor precisión en la descripción del debido control, que como tal expresión desaparece del texto de este precepto, el nuevo art. 31.1 b, ahora la responsabilidad penal se exige como consecuencia de que si se ha podido cometer la acción típica lo ha sido porque quienes la han realizado lo han hecho, “por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

También y como en el caso del art. 31.1. a, estos supuestos del art. 31.1 b, quedan exenta la persona jurídica de responsabilidad penal si antes de la comisión del delito, “ha adoptado y ejecutados 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.”

El legislador como en el precepto anterior describe legalmente cómo deben ser esos modelos de organización y gestión en el art. 31.5 CP.

INTRASCENDENCIA DE LA NO INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PERSONA FÍSICA RESPONSABLE O IMPOSIBILIDAD DE DIRIGIR EL PROCEDIMIENTO CONTRA LA MISMA. ART. 31 BIS.2

En este caso se roza prácticamente el peligroso círculo de la proscrita responsabilidad penal objetiva ya que las dos formas de comisión previstas en el art. 31 bis.1 del Código Penal, exigen la participación directa y activa de administradores de hecho o de derecho o representantes legales (art. 31 bis.1 CP) o de personas sujetas directamente a su control o actividad (art. 31 bis.1, párrafo segundo).

El Tribunal Supremo ha intentado matizar esta posición:

“...no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrieren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis CP tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona

jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Mas, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos.” (STC 253/1993, de 20-7, con cita de la STC 150/1989).

El legislador penal ha decidido que constatada una actividad típica en nombre o por cuenta y provecho (art. 31 bis.1 CP) y en ejercicio de actividades sociales (art. 31 bis 1, párrafo 2), la persona jurídica responderá penalmente siempre haya o no sujetos individualizados o a imputar.

Este art. 31 bis 2 parece, pues, carecer de técnica de integración sistemática técnica respecto de los dos supuestos típicos del art. 31 bis 1 CP.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS PERSONAS JURÍDICAS.

No afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas aún cuando concurriesen en cualquiera de los responsables prevenidos en el art. 31 bis 1 CP:

- Las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad.
- Tampoco si la persona física responsable hubiera fallecido.
- O se hubiese sustraído a la acción de la justicia.

Las únicas excepciones son las previstas expresamente en el art. 31 bis 4.

SISTEMAS DE COMPLIANCE Y PERSONAS JURÍDICAS.

1. El debido control del art. 31 bis 1, párrafo segundo in fine.

Con esta expresión pudiera pensarse que el legislador penal está introduciendo en este caso como un elemento del tipo la exigencia de la implantación de medidas preventivas de compliance. A ello obedecería la previsión de lo establecido en el artículo 66 bis del CP cuando prevé la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió **el deber de control**.

Como acertadamente ha precisado SILVA SANCHEZ² las diferentes posiciones en este complejo punto de la regulación de las personas jurídicas se hace desde un a priori que no es otro que la perspectiva de la naturaleza con la que se contempla la regulación de su responsabilidad penal.

Los partidarios de que nos encontramos ante una responsabilidad por transferencia entienden el supuesto silencio del CP en este punto como una muestra más del rechazo del legislador ante las teorías de la responsabilidad por el hecho propio (en este sentido citemos a DIEZ RIPOLLES³ o a DEL ROSAL BLASCO⁴). Esas teorías sostienen que en

² Silva Sánchez, Jesús M^a, op. Citada pp. 30-32.

³ Díaz Ripollés, InDret Penal 1/2012, p.28, nota 111.

esos casos la existencia o no de programas de compliance no tienen transcendencia especial respecto de esa responsabilidad, sino que lo importante es si las personas físicas cumplieron debidamente un deber de supervisión de sus inferiores.

Con ciertos matices esa fue la postura adoptada por la FGE en su Circular 1/11 en sus Conclusiones Tercera y Cuarta.

La Conclusión Tercera niega de manera tajante que el objeto del proceso penal cuando se trate de la imputación de una persona jurídica sea evaluar la idoneidad objetiva o hipotética de un programa de cumplimiento. Muy al contrario de los que se trata es probar en los dos casos del artículo 31 bis CP que las personas físicas en ellos contempladas “cometieron el delito en las concretas circunstancias a las que la Ley se refiere.”

Para la Circular (Conclusión Cuarta), los programas de cumplimiento o autorregulación “no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de la empresa a la que no se refiere el artículo 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal. “ividad de que se trate, integra **el control debido** de la actividad empresarial en el caso concreto.”

Según la FGE en esa Conclusión, el alcance de los programas de cumplimiento pueden servir “de instrumento para evaluar el contenido real del mandato del que es titular el gestor o representante y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate , integra el control debido de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el artículo 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal.”

Justamente lo contrario argumentan los partidarios de la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica como un hecho propio entienden que la existencia de programa eficaz y eficiente de cumplimiento, y ese sería el sentido último de la expresión “debido control”, implica la posibilidad de examinar la exención de responsabilidad penal de la empresa (uno de los primeros que insistió en esa postura fue BACIGALUPO ZAPATER⁵)

En este sentido Fernández Fernández⁶ afirma que ,

SILVA SANCHEZ apunta que en todo caso parece razonable que la persona jurídica no debería “responder de aquellos hechos que, desde su perspectiva institucional, resultaran accidentales porque se deben sólo a la intervención de una o varias personas físicas aisladas. La existencia de un programa de cumplimiento operativo puede ser, un indicio significativo de esa aparición del delito de la persona física como accidente o desgracia de la persona jurídica.”⁷

⁴ Del Rosal Blasco , Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa , La Ley , (7670) , 2011, pp 1 y ss.

⁵ Bacigalupo Zapater , La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance , en Compliance y Derecho Penal , pp. 95 y ss y 103 y ss . Madrid 2011 .

⁶ Fernández Fernández , Luis Miguel . Aspectos mercantiles de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas , pp. 164- 167 . En Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas . José Miguel Zugaldía Espinar y Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos (Coordinadores) . Thomson Aranzadi . Editorial Aranzadi . Navarra. 2013 .

⁷ Silva Sánchez , op. Citada p. 31-32 .

Puede entenderse así pero personalmente creo que el concepto estricto de las medidas de compliance debe ir mucho más allá de ese debido control que Administradores de hecho o de Derecho o Representantes legales deban ejercer sobre personas sujetas a su autoridad.

En puridad ese debido control parece apuntar más bien a una estricta concepción de comisión por omisión (art 11 CP) o más simplemente de culpa in vigilando que ciertamente en el seno de una persona jurídica puede interactuar con sistemas de compliance.

Aunque no existiera sistema alguno de compliance el debido control del que habla el artículo 31 bis 1 CP como tal sería exigible y aún existiendo la pura existencia de esos sistemas de compliance y su observancia podría no ser bastante en ciertos casos típicos o en ciertas circunstancias de la acción de las personas físicas a los efectos de la exigencia del elemento típico del debido control.

Como hemos visto supra el ACP en la nueva regulación de los supuestos típicos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31.1 CP, el legislador ha previsto en el art. 31.2 para el supuesto típico del art. 31.a, la exención de responsabilidad penal si se cumplen las condiciones, cuatro, todas ellas con el sentido de políticas corporativas de compliance y en el art. 31.4 la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas prevenidas típicamente en el art. 31.1 b cuando éstas “han 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 el nº 5 se determinan pormenorizadamente los requisitos de esos planes de compliance.

Todo este nuevo panorama despeja notablemente el debatido panorama que había dejado la anterior regulación.

2. La circunstancia atenuante del art. 31 bis 4 d:

“Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, 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.”

En este caso sí que nos encontraríamos ante situaciones que reclamarían de cara al futuro la adopción por la sociedad o persona jurídica de sistema de compliance.

La finalidad deberá establecer “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.”

[VOLVER](#)

El estatuto procesal de las personas jurídicas en el proceso penal, José Ramón Navarro

La opción del legislador en la Ley Orgánica 5/2010 de dar carta de naturaleza a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene claras repercusiones procesales, si bien no previó una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que estableciera unas mínimas reglas procesales que previeran las especialidades que dicha reforma comporta, sobretodo en relación con las dificultades que pueden suscitar cuestiones como la representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada, la conformidad o la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la sustentación del procedimiento. Fue la Ley 37/2011, de Medidas de Agilización Procesal, la que ha dotado a nuestro sistema legal de un estatuto procesal sobre las personas jurídicas con instrucciones precisas sobre la forma en que se debe proceder penalmente contra ellas.

Pues bien, el aspecto más notable de la misma se plasma en la introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de un nuevo artículo 119 por el que se otorga a la persona jurídica el status de imputado y se le atribuyen los mismos derechos que a un imputado persona física, señalándose que su citación se realizará en el domicilio social de la persona jurídica pero requiriendo, en este caso, a la entidad para que proceda a la designación de un representante, así como un abogado y procurador para el procedimiento. La reforma, sin embargo, no detalla cuáles son las concretas facultades del representante de la persona jurídica en el proceso penal limitándose a señalar que el sujeto designado representará a la persona jurídica en todos los actos del proceso pero siendo, en este caso, la designación del procurador quien sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con él todos los actos de comunicación posteriores, incluidos los de carácter personal.

Así las cosas, el representante especialmente designado será el reflejo de la persona jurídica durante la tramitación del proceso penal, siendo su primera intervención la comparecencia en calidad de imputado en el modo y forma previsto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero con la especial circunstancia de que la incomparecencia del representante designado por la persona jurídica permitirá la práctica de la declaración entendiéndose que la persona especialmente designada se acoge a su derecho a no declarar si no comparece, tal y como se prevé en el nuevo artículo 409 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En idéntico sentido, la reforma operada permite la presencia del imputado persona jurídica en cuantas diligencias de investigación (o de prueba anticipada) se practiquen a través de su representante especialmente designado, quien podrá asistir acompañado de su abogado pero no impidiendo su incomparecencia la celebración del acto de investigación, que se sustanciará en ese caso en presencia del abogado designado.

Resulta también esencial poner de manifiesto que la Ley 37/2011, de 10 de octubre añade un nuevo apartado al artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (quárter) por el que se establece la posibilidad de imponer las medidas cautelares expresamente previstas en la el Código Penal cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica. Esta nueva posibilidad, derivada de la propia reforma del Código Penal, permite

imponer determinadas medidas encaminadas, a diferencia de las medidas cautelares frecuentes contra un imputado persona física, a prevenir la reiteración delictiva o a asegurar la efectividad de las sanciones pecuniarias, medidas descritas en el artículo 33.7 del Código Penal.

[VOLVER](#)

Las investigaciones internas dentro de la empresa: eficacia probatoria y límites, María Massó Moreu

Las investigaciones internas, consecuencia lógica del Canal de Denuncias, constituyen una parte esencial de todo programa de cumplimiento, cuyo objeto no es otro que detectar infracciones que se puedan producir de dicho programa y demás normas internas de obligado cumplimiento para los empleados.

Estas investigaciones constan de una fase preliminar, cuyo objeto principal será la de cerciorarse de la verosimilitud de los hechos denunciados al objeto de abrir la investigación, apertura de la investigación, por la persona con potestad para abrirla con la designación de la persona o personas que deberán hacerse cargo de la investigación y la realización de la investigación, la cual debe contar un mandato claro de lo que se debe investigar y un plan adecuado para realizar dicha investigación. Finalmente, concluida la investigación, su resultado deberá ser comunicado, con las consiguientes consecuencias. Éstas investigaciones internas constituyen un procedimiento interno de la empresa que puede afectar a derechos fundamentales, como la intimidad o el secreto a las comunicaciones, pueden acarrear sanciones e, incluso, generar conflictos de intereses entre empleados y empresa.

Por eso, estas investigaciones deberán regirse por lo establecido en las normas laborales y asentada jurisprudencia que existe al respecto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, corroborada por el propio Tribunal Constitucional.

Si bien, cuando los hechos investigados puedan tener relevancia penal, esta investigación puede acabar convirtiéndose en la antesala de un proceso penal y, por ende, podría constituir un acervo probatorio importante.

Así, para evitar perjudicar la información obtenida en dicha investigación y que podrá tener fuerza probatoria en el procedimiento penal, se deberán tomar las cautelas necesarias para evitar que la prueba se pueda considerar nula de pleno de derecho, por vulneración de derechos, por errores en la cadena de custodia, entre otros.

[VOLVER](#)

El fiscal investigador en el ámbito de los delitos económicos, José Javier Polo

I. INTRODUCCIÓN. Medios de investigación legítimos dentro de la empresa. El ámbito de la “Policía empresarial” en el marco de su *compliance*

Las investigaciones internas en los programas de *compliance*, se configuran como medios imprescindibles para la prevención de los delitos

- en la empresa,
- contra la empresa o
- desde la empresa

Integran, a su vez, la defensa de la empresa frente a una posible responsabilidad penal ex art. 31 bis CP.

Se configura una **obligación de control**, con indudables consecuencias, incluso penales. Como en el anteproyecto de reforma del Código Penal.

“medidas de policía empresarial”

- El prototipo: Registro de los ordenadores de los trabajadores

El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la vigencia plena del derecho a la **intimidad** del art. 18.3 CE también en el ámbito laboral ha dado por terminada, al menos en este ámbito, la posible aplicación de la anticuada teoría de las *especiales relaciones de sujeción*, que no podrá determinar por sí misma una limitación de los derechos fundamentales del trabajador.

II. Tipos o clase de investigación dentro de la empresa.

1. En función del objeto de investigación:
 - a. Ilícitos penales. Delitos
 - b. Ilícitos extrapenales. Infracciones laborales. De protección de datos. De competencia desleal. De propiedad intelectual e industrial.
2. En función del momento investigativo:
 - a. Ilícitos consumados
 - b. Ilícitos intentados
 - c. Ilícitos en preparación

3. En función del grado de sospecha respecto del investigado:
 - a. Respeto de indicios de un trabajado presuntamente infractor
 - b. Respeto de un trabajado no infractor. No responsable del peligro potencial.
4. En función del sujeto pasivo:
 - a. Infracciones del trabajador contra la empresa. Hurtos, apropiaciones indebidas
 - b. Ilícitos contra otros trabajadores. Acoso sexual. Acoso laboral. Hurtos
 - c. Ilícitos cometidos a través de la empresa. En nombre o por cuenta de ella. Art. 31 bis Código Penal
 - d. Cuando haya interés en velar por los empleados, controlándoles e investigándoles para proteger su vida, salud o integridad. Cámaras de vigilancia para controlar el uso de las medidas de seguridad, consumo de alcohol o drogas
5. En función de las medidas a adoptar:
 - a. Contra los derechos de intimidad o libertad de los trabajadores
 - b. Con resultados de prueba ilícita. art 11 L.O.P.J.

III. La reforma del Código Penal; el *control debido* y la exención de responsabilidad penal de la empresa.

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se introduce una mejora técnica en la regulación de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el **contenido del “debido control”**, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de **responsabilidad vicarial**, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.

Se modifica el **artículo 31 bis**, que queda redactado como sigue:

CONTROL= VIGILANCIA Y SUPERVISIÓN

CONTROL PREVIO E IDONEO

CONTROL A CARGO DE UN ORGANO AUTONOMO

ELUSION FRAUDULENTA DEL CONTROL

AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE CONTROL

ATENUANTE

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 aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

Los **modelos de organización y gestión**

Se introduce un **nuevo artículo 31 ter**, con el siguiente contenido:

¿DELITO DE SOSPECHA?

¿CRITERIO PENOLOGICO PROPIO?

INCOMUNICABILIDAD A LA PERSONA JURIDICA

Se introduce un **nuevo artículo 31 quáter**, con el siguiente contenido:

CATALOGO DE ATENUANTES A POSTERIORI DE LOS HECHOS

Se introduce un **nuevo artículo 31 quinquies**, con el siguiente contenido:

EXCLUSION DE PERSONAS JURIDICAS PÚBLICAS

(NO PARTIDOS POLITICOS NI SINDICATOS)

Límites y fraude en la constitución

IV. El problema penal que plantea el registro de ordenadores de la empresa. Incidencia de causas de justificación.

Se suele tratar del ordenador que el trabajador usa también de manera personal, es un **ordenador propiedad de la empresa, pero puede contener datos personales archivados**, que el titular de los mismos no quiere o no tiene interés en revelar y que el registro podría hacer públicos: secretos personales del trabajador.

Si se considerasen **causas de justificación** en el sentido de la dogmática tradicional, los arts. 18 y 20 ET operarán en todo el ordenamiento jurídico excluyendo la ilicitud de la acción en los supuestos que ellos prevén; en el derecho penal, consecuentemente, lo harán excluyendo la antijuricidad del comportamiento del empleador.

La adecuación social de la conducta. De la tolerancia a la confidencialidad.

«*Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que o puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento*

permanente de control empresarial, porque aunque el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en

contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio».

Alcance del consentimiento del usuario.

El consentimiento es, en principio, una causa general de exclusión de la ilicitud de la teoría general del derecho, relevante también en el derecho penal. Como tal es admitido en el Derecho Penal Español en los casos de renuncia a la protección penal de bienes disponibles, **excluyendo la imputación objetiva**.

Distintos son los problemas planteados por los **registros en la defensa del patrimonio empresarial o incluso la reputación de la empresa**.

El art. 18 ET establece que *los registros sólo podrán ser realizados sobre la persona del trabajador si son necesarios para la defensa del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores. La disposición regula también las cautelas de naturaleza procesal que condicionan la legitimidad de la medida: el registro debe ser realizado dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y contando con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.*

¿Derecho de sospecha en la investigación?

Alcance de la definición típica.

Exoneración de responsabilidad penal de la empresa.

En el anteproyecto de reforma del Código Penal se contempla:

En 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.

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;

2^a) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;

*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 letra b).*

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.

Possible exoneración de la responsabilidad de la sociedad en delitos cometidos por administradores y sus empleados.

V. Derechos fundamentales en juego. La expectativa de confidencialidad como presupuesto de la injerencia legítima.

Un supuesto de hecho:

Sentencia Tribunal Constitucional 25 Nov. 2013

Solo la existencia de una expectativa fundada y razonable de confidencialidad por parte del trabajador, puede deslegitimar el posible examen de los medios de comunicación de titularidad empresarial puestos a su alcance.

Antecedentes:

Doctrina constitucional sobre las comunicaciones electrónicas

1. Derecho al secreto de las comunicaciones

¿Cuál es límite?

El respeto al derecho fundamental

¿Qué es objeto de protección?

Concepto formal: todo en la comunicación es protegible: el proceso y el contenido

2. Derecho a la intimidad personal

Sólo se protege cuando hay una razonable expectativa de privacidad o confidencialidad

Es un derecho de acotación propia

3. ¿Derechos fundamentales o legalidad ordinaria?

El control ex artículo 20 E.T.

4. ¿necesidad de preaviso normativo interno?

Lo esencial no es la literalidad formal de una infracción específica, sino el aspecto material: no admite duda o ignorancia sobre la eventualidad del examen del respeto a la prohibición del uso ilícito

Cuestión de legalidad ordinaria:

No es precisa autorización judicial:

1. Si el empresario es el titular de los instrumentos de comunicación inspeccionados
2. Si se ha advertido al usuario de la posible ulterior inspección.

VI.-Organización de la Fiscalía

PRINCIPIOS INSTRUMENTALES DE ACTUACIÓN

- A) Unidad de actuación y dependencia jerárquica.**
- B) Legalidad e imparcialidad.**
- C) Mecanismos de funcionamiento interno de la Fiscalía**

DESARROLLO DE LAS ESPECIALIDADES EN EL MINISTERIO FISCAL

A. PREMISAS CRÍTICAS BÁSICAS.

Ya no puede decirse que sea una novedad la ineludible presencia del criterio material de especialización en el organigrama del Mº. Fiscal.

Es necesario, y además conveniente, que determinadas materias, sobre todo en grandes Fiscalías, queden asignadas de forma exclusiva a determinados Fiscales, y asistir a juicios orales de la especialidad, exentos por ello de despachar otros asuntos. Medio Ambiente y Urbanismo, Siniestralidad Laboral, Menores, Civil, Contencioso-administrativo, son parcelas de intervención del Fiscal que requieren esa dedicación no supeditada a la llevanza de los asuntos penales ordinarios pendientes, que siempre terminarían de primar sobre aquéllos en caso de simultaneidad, en detrimento de la especialidad.

Además, la formación específica actualizada permite abordar este tipo de asuntos con mayor fluidez, dentro del esquema general de la Fiscalía.

B. DESARROLLO DE LAS ESPECIALIDADES

Tras los primeros años desde la reforma del Estatuto Orgánico, se han desarrollado ya algunas conclusiones:

Los cimientos: la Instrucción 11/2005

El modelo organizativo del Ministerio Fiscal, vinculado a la implantación del principio de especialización, que culmina en la reforma de la Ley 24/2007 y que responde a un esquema bien simple: un Fiscal de Sala que, por delegación del Fiscal General del Estado, ostenta facultades de coordinación a nivel estatal en una materia específica,

sobre diferentes secciones constituidas en las Fiscalías territoriales con uno o varios fiscales especialistas en esa materia, formando una red estrechamente coordinada, arranca de la **Instrucción 11/2005** “sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la Constitución española”

Aunque los primeros atisbos de especialización se encuentran en la creación de la Fiscalía antidroga, de la Fiscalía anticorrupción y de las secciones de Menores, el primer precedente propiamente dicho del actual sistema lo constituyen las Secciones de Violencia contra la Mujer en cuanto por primera vez se coloca a un Fiscal de Sala específicamente designado por el FGE en funciones de **coordinación vertical**.

El principio de especialización conecta con el de unidad de actuación y puede afectar al principio de dependencia jerárquica si de una mera especialización funcional intraorgánica pasamos a una especialización pluriorgánica.

La implantación del principio de especialización ha encontrado su justificación en las más variadas razones: la extensión del fenómeno delictivo y sus peculiares manifestaciones criminológicas (tráfico de drogas), la necesidad de hacer frente a nuevas formas de delincuencia que se apartan de la llamada “tradicional” (delitos económicos relacionados con la corrupción), la creación de órganos judiciales específicos, como los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, la necesidad de actuar contra la delincuencia ambiental, en sus diferentes facetas, con mayor eficacia, así como estar en disposición de hacer frente a los fenómenos criminales que en la materia se perfilan en el futuro (medio ambiente); aunque generalmente se apela a la complejidad del Derecho (Instrucción 5/2008 e Instrucción 11/2005)

Las Secciones son unidades creadas dentro de cada Fiscalía territorial, bien sea de Comunidad Autónoma (no desdoblada) bien Provincial, compuestas por un conjunto de medios personales y materiales y que se organizan de forma específica para articular la intervención del Ministerio Fiscal en determinadas materias concretas.

Sección Fiscalía Especialidad delitos económicos

Art 19.4 EOMF

19.Cuatro. La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada practicará las diligencias a que se refiere el artículo Cinco de esta Ley e intervendrá directamente en procesos penales, en ambos casos siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación con:

- **a)** Delitos contra la Hacienda Pública, contra la seguridad social y de contrabando.
- **b)** Delitos de prevaricación.
- **c)** Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada.
- **d)** Malversación de caudales públicos.
- **e)** Fraudes y exacciones ilegales.
- **f)** Delitos de tráfico de influencias.
- **g)** Delitos de cohecho.
- **h)** Negociación prohibida a los funcionarios.
- **i)** Defraudaciones.
- **j)** Insolvencias punibles.
- **k)** Alteración de precios en concursos y subastas públicos.

- **l)** Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.
- **m)** Delitos societarios.
- **n)** Blanqueo de capitales y conductas afines a la receptación, salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a las otras Fiscalías Especiales.
- **ñ)** Delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales.
- **o)** Delitos de corrupción en el sector privado.
- **p)** Delitos conexos con los anteriores.
- **q)** La investigación de todo tipo de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, que indiciariamente aparezcan relacionados con la actividad de grupos delictivos organizados o con el aprovechamiento económico de actividades delictivas, así como de los delitos conexos o determinantes de tales actividades; salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional.

Cinco. Cuando el número de procedimientos así lo aconseje, el Fiscal General del Estado podrá designar en cualquier Fiscalía uno o varios Fiscales Delegados de las Fiscalías Especiales, que se integrarán en éstas. Dicha designación se hará, oído el Consejo Fiscal, previo informe de los Fiscales Jefes de la Fiscalía Especial y la Fiscalía territorial correspondiente, entre los Fiscales de la plantilla de ésta última que lo soliciten, acreditando su especialización en la materia en los términos que reglamentariamente se establezcan. Cuando en la Fiscalía territorial exista una Sección especializada, constituida con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, cuyo ámbito de actuación coincida total o parcialmente con la materia para la que es competente la Fiscalía Especial, el Fiscal Delegado se integrará en dicha Sección.

El Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial tendrá, con respecto a los Fiscales así designados y sólo en el ámbito específico de su competencia, las mismas facultades y deberes que corresponden a los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal. Sin perjuicio de las Instrucciones que con carácter general pueda impartir el Fiscal General del Estado, el Decreto de nombramiento concretará las funciones y el ámbito de actuación de los Fiscales Delegados, especificando su grado de dedicación a los asuntos competencia de la Fiscalía Especial. En todo caso los Fiscales Delegados deberán informar de los asuntos de los que conozcan en su calidad de tales al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones.

Seis. Para su adecuado funcionamiento, se podrán adscribir a las Fiscalías Especiales unidades de Policía Judicial y cuantos profesionales y expertos sean necesarios para auxiliarlas de manera permanente u ocasional.

[VOLVER](#)

El delito de administración desleal y su nueva configuración tras la reforma, Manuel Marchena Gómez

I.- Ésta nota llamada a su distribución entre los asistentes a las Jornadas, sólo persigue ofrecer una referencia para hacer más fácil el seguimiento de la exposición. No busca abordar –ni muchos menos, solucionar- todos y cada uno de los problemas que suscita la nueva regulación de los arts. 252 y 253 del CP.

Hace ya casi un año decíamos en esta misma tribuna que “*la interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida no ha estado exenta de controversia. Los límites del vigente art. 252 del CP, su relación con el art. 295 y, en fin, la porción de injusto abarcada por cada uno de esos preceptos ha sido cuestión debatida. Y lo ha sido, no sólo en el ámbito dogmático, sino en el terreno práctico del día a día de la jurisdicción penal. De hecho, el consolidado criterio acerca de la relación entre aquellos dos preceptos -condicionado en su origen por un proceso penal de importante carga mediática-, conoce ya importantes fisuras alumbradas por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, esforzada en ofrecer una respuesta mucho más matizada al problema suscitado respecto del ámbito típico de los arts. 252 y 295 del CP*”.

Pues bien, el transcurso del tiempo nos ha conducido a una situación en la que la proyectada reforma del CP, promovida en el año 2013, ha dejado paso a un nuevo escenario en el que buena parte de lo entonces anunciado ha sido eliminada del texto reformista. La modificación es mucho más profunda de lo que aparentemente puede sugerir una lectura precipitada. En pocas ocasiones como ésta, la supresión de un simple apartado –el inicial art. 252.2- adquiere tanta importancia. Y ya he de anticipar –como expondremos en el desarrollo de la ponencia- que la mejora es esencial. No faltan los puntos controvertidos, pero la eliminación de ese apartado da respuesta a cualificadas voces doctrinales que advirtieron de las nefastas consecuencias de una copia *cuasliteral* del modelo alemán que, para agravar las cosas, no se hacía eco de los problemas vividos en aquel sistema como consecuencia de la falta de determinación del tipo penal, con el consiguiente menoscabo del principio de taxatividad.

La más exacta cuantificación de las apropiaciones indebidas que no excedan de los 500 euros –frente a la equívoca mención que inicialmente se hacía a “*la escasa gravedad*” del perjuicio patrimonial causado- cierra el cuadro de novedades que, a buen seguro, van a sacudir los conceptos más tradicionales.

II.- El itinerario legislativo se inició con el proyecto de reforma del CP, aprobado por el Gobierno en sesión de fecha 20 de septiembre de 2013, publicado en el BOCG serie A, proyectos de ley, núm. 66-1, 4 de octubre de 2013. En él se introducía una modificación del régimen jurídico de los delitos de apropiación indebida y administración desleal que iba a suponer una auténtica convulsión jurídica en el actual estado de cosas

El examen contrastado del texto de origen y el que ha sido aprobado por el Congreso y remitido para su tramitación por el Senado, permite conocer hasta dónde llega la voluntad reformista.

En efecto, en el apartado XVII de la Exposición de Motivos, en su redacción inicial, se justificaba la reforma en los siguientes términos:

“...Se introduce, dentro del capítulo VI del título XIII, una nueva sección 1 bis “de la administración desleal”, en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, “cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio”; y administración desleal, “cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado”, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

La reforma supera además la referencia a un “perjuicio económico evaluable” que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o

contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado).

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”.

Para hacer realidad ese renovado propósito de reforma, el prelegislador había dado nueva redacción a los arts. 252, 253 del CP y deroga de forma expresa el art. 295 del CP:

“...Centésimo quincuagésimo segundo. Se añade una sección 1 bis al capítulo VI del título XIII del libro II, con la siguiente rúbrica:

“De la administración desleal”

Centésimo quincuagésimo tercero. Se modifica el artículo 252, que se incluye en la sección 1 bis del capítulo VI del título XIII del libro II, y que tendrá la siguiente redacción:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros."

Centésimo quincuagésimo cuarto. Se modifica el artículo 253, que queda redactado del siguiente modo:

"1. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros."

Centésimo quincuagésimo quinto. Se modifica el artículo 254, que queda redactado como sigue:

"1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros."

III.- El texto finalmente aprobado por el Congreso y remitido al Senado (BOCG núm. 465, 29 de enero de 2015), simplifica esta regulación. Suprime el apartado 2 del art. 252, el apartado 2 del art. 253 y, en ambos casos, reduce el listón cuantitativo del delito leve al importe de 500 euros.

Puede resultar útil para valorar el alcance de la modificación, la cita literal de los nuevos preceptos:

Ciento veintisiete. Se modifica el artículo 252, que se incluye en la Sección 1.^a bis del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, y que tendrá la siguiente redacción:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 500 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

Ciento veintiocho. Se modifica el artículo 253, que queda redactado del siguiente modo:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 500 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Ciento veintinueve. Se modifica el artículo 254, que queda redactado como sigue:

«1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 500 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses.»

Todo apunta a un propósito legislativo de diferenciar con nitidez lo que –no sin ácidas críticas doctrinales- venía diferenciando la jurisprudencia del TS a la hora de interpretar el vigente art. 252 del CP.

En las SSTS 1976/2013 y 677/2013, 18 de julio –con referencia expresa a las SSTS 547/2010, 2 de junio; 47/2009, 27 de enero; 625/2009, 16 de junio; y 732/2009, 7 de julio-, proclamaba la jurisprudencia que “...en el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la "apropiación" propiamente dicha y la legalmente caracterizada como "distracción". La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas -expresamente o por extensión- en el art. 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente incriminable ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. (...) En el segundo supuesto (...) la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado,

irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto".

Los problemas concursales derivados de aplicación de los arts. 252 y 295 del CP venían siendo resueltos de forma no siempre uniforme. Desde la STS 841/2006, 17 de julio, se matizó el criterio tradicional que veía en aquellos preceptos un supuesto de concurso normativo a resolver por el principio de alternatividad. Son muchas las resoluciones posteriores que han buscado una superación de esa pauta interpretativa. El deseo de no desbordar los límites de una nota de esta naturaleza, nos lleva a limitarnos a la exclusiva mención de la STS 462/2009, 12 de mayo, en la que se abordan fórmulas interpretativas superadoras de la concepción ya histórica.

Pues bien, buena parte de esos problemas –no todos, desde luego- ha pretendido ser resueltos mediante la derogación del art. 295 del CP. Ahora nos limitaremos a señalar las previsibles dificultades en el momento de la delimitación de los sujetos activos, cuando se trate de conductas ejecutadas en el ámbito societario respecto de los cuales no pueda afirmarse la idea de *ajenidad del patrimonio*.

Apuntemos, por último, que la literalidad del art. 252 del CP puede suscitar problemas de subsunción en aquellos casos en los que la conducta imputada consista en haber distraído dinero que no ha sido recibido para su administración, sino para aplicarlo de forma exclusiva y única a un fin determinado.

De lo que se trata, por tanto, es de alumbrar un debate que sirva de reflexión colectiva acerca de la necesidad y oportunidad de la reforma -al menos en este punto concreto- así como de los problemas que suscita, sugiriendo propuestas que, a partir de la experiencia jurisprudencial, puedan servir de punto de apoyo para el eficaz tratamiento penal de estas conductas.

[VOLVER](#)

*Todos los derechos de propiedad intelectual son del autor. Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin autorización expresa del autor.

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES. Todos los derechos reservados.

*All intellectual property rights belong to the author. Total or partial reproduction of the work without express permission of the author is forbidden. © FUNDACIÓN RAMÓN ARECES. All rights reserved.