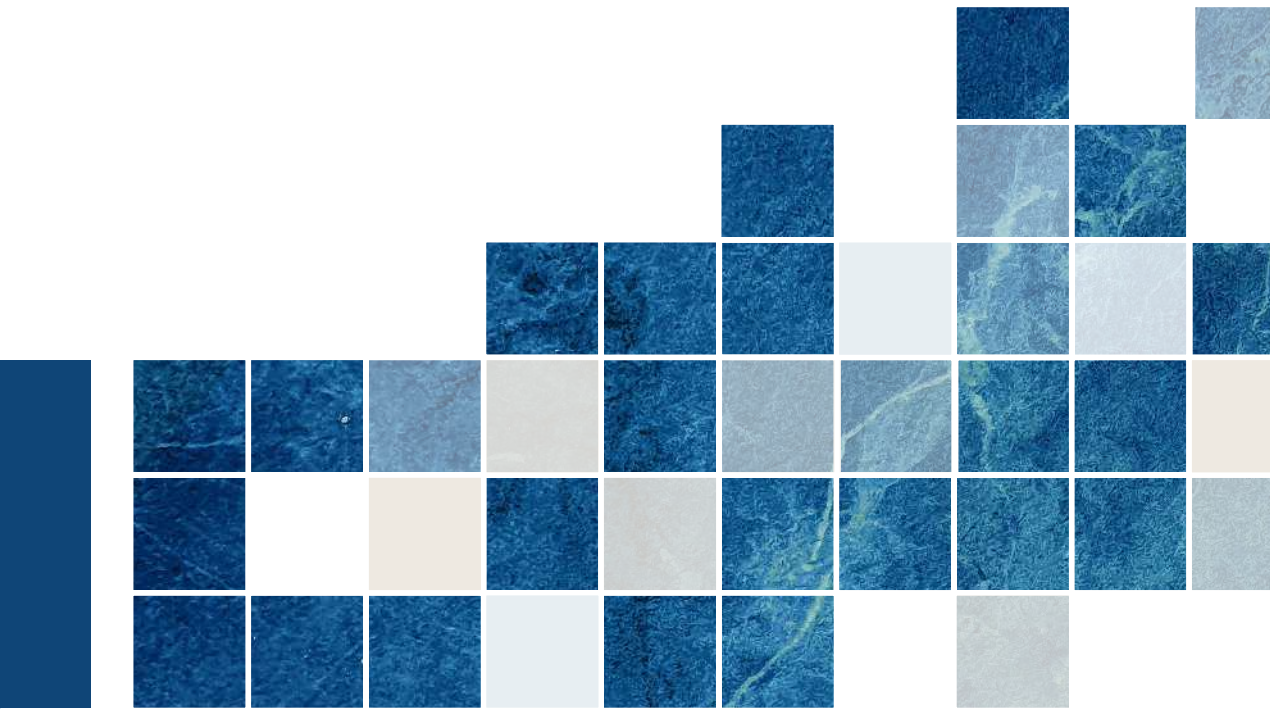
TEMAS

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

El hecho propio de la empresa: imputación penal y responsabilidad de la persona jurídica

Gabriel Rodríguez-Ramos



LA LEY

© **Gabriel Rodríguez-Ramos,** 2026
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es
Atención al cliente: https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones

Edición: mayo, 2026

Depósito Legal: M-9869-2026
ISBN versión impresa: 979-13-88078-19-4
ISBN versión electrónica: 979-13-88078-20-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.
El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.
El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.
ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.
ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.
ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.
Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS 13

I. OBJETO DE LA MONOGRAFÍA 15
II. EL CONSENSO Y SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA Y JUDICIAL 16
III. LA EMPRESA COMO HECHO INSTITUCIONAL ECONÓMICO 21

A) Génesis de la empresa: personas, capital y riesgo 21
B) Evolución de las teorías económicas de consenso 25
C) Consensos sobre el método de control por los propietarios de los riesgos de la empresa 44
D) Contenido del marco COSO de control interno 61
E) Otras propuestas de menor consenso para el control por los propietarios de los riesgos de la empresa 67

IV. LA EMPRESA COMO HECHO INSTITUCIONAL JURÍDICO 73

A) La personalidad jurídica de la empresa 73
B) Los derechos fundamentales de la persona jurídica 77

B.1. Igualdad ante la ley 97
B.2. Propiedad 113
B.3. Libertad de empresa 120
B.4. Vida privada 131
B.5. Legalidad 172
B.6. Presunción de inocencia 205
B.7. Otros derechos fundamentales procesales 227

B.7.1. Tutela judicial efectiva 227
B.7.2. Información sobre la acusación y derecho de defensa 228
B.7.3. *Bis in idem* 232
B.7.4. Doble instancia penal 238

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

C) Regulación legal del control interno de las personas jurídicas 239

C.1. Sociedades civiles 239
C.2. Sociedades mercantiles 240

C.2.1. Sociedad regular colectiva 240
C.2.2. Sociedad comanditaria 240
C.2.3. Sociedad anónima 241
C.2.4. Entidades de Interés público 284
C.2.5. Sociedad de responsabilidad limitada 288
C.2.6. Otras sociedades o patrimonios mercantiles... 288

C.3. Asociaciones 296
C.4. Fundaciones 297

V. EL HECHO PROPIO DE LA EMPRESA COMO HECHO INSTITUCIONAL JURÍDICO Y ECONÓMICO 298

A) Exigencias fundamentales para la imposición de una pena a una empresa por el Estado 298
B) El control interno como puente para el derecho penal entre la empresa como institución económica y jurídica 305
C) Una propuesta de hecho propio, tipicidad y culpabilidad de la empresa 312
D) Una propuesta evolutiva de responsabilidad penal para las (distintas) empresas 316
E) Otras cuestiones 331

E.1. Composición del capital de las empresas y responsabilidad penal 331
E.2. Modificaciones estructurales de empresas y responsabilidad penal 332
E.3. Hecho de conexión, llamada al proceso, nemo tenetur y presunción de inocencia de la persona jurídica 337
E.4. Cierre dogmático 339

BIBLIOGRAFÍA 365

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

fundación[1321]) vela por el correcto ejercicio del derecho de fundación[1322] y por la legalidad de la constitución y su funcionamiento[1323].

Las fundaciones podrán (i) participar en actividades económicas con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia[1324], (ii) obtener ingresos por sus actividades[1325]; (iii) enajenar o gravar los bienes y derechos de patrimonio de la Fundación de la autorización del Protectorado[1326], (iv) participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales[1327].

Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel[1328].

V. EL HECHO PROPIO DE LA EMPRESA COMO HECHO INSTITUCIONAL JURÍDICO Y ECONÓMICO

A) Exigencias fundamentales para la imposición de una pena a una empresa por el Estado

1. Las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas, fijadas en el art. 33.7 CP suponen todas una injerencia en los derechos fundamentales de la empresa:

(1321) Art. 40 RD 1337/2005.

(1322) Incluyendo la verificación de si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, art. 35.1.f L 50/2002.

(1323) Art. 34.1 L 50/2002.

(1324) Art. 24.1 L 50/2002.

(1325) Art. 26 L 50/2002, debiendo ser destinados a la realización de los fines fundacionales al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato, art. 27.1 L 50/2002.

(1326) Art. 21 L 50/2002; arts. 17 y ss RD 1337/2005.

(1327) Art. 24.2 L 50/2002.

(1328) Art. 17.2 L 50/2002.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

I. A la propiedad (art. 1 Protocolo 1 CEDH, Art. 17 CDFUE y art. 33 CE y apartado IV.B.2), a través de la imposición de la pena de multa[1329] por cuotas (de entre 30 euros y 50.000 euros[1330] cada una) o proporcional (al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida[1331]).

Esta pena afecta al dinero y demás activos de la empresa, por lo que está alcanzado por los bienes a los que se refiere el art. 1 Protocolo 1 del CEDH, supone una existencia de una perturbación en su pacífico disfrute, y esta perturbación constituiría una privación prevista ex lege, bajo la utilidad o interés público de la lucha contra el crimen y que sería acorde con la legalidad, siempre que la norma posea una determinada calidad, lo que implica (i) que sea compatible con el estado de derecho —lo que no plantea dudas— y provea garantías frente a la arbitrariedad —en este caso todas las asociadas a la Tutela Judicial Efectiva y el resto de los derechos fundamentales procesales en su imposición—; (ii) que la norma en cuestión sea suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación[1332], lo que conecta, en este caso, con los estándares del principio de legalidad penal del art. 7.1 CEDH.

Siendo, en la mayoría de los casos (por proceder la responsabilidad penal de la persona jurídica de transposiciones de normativa europea), supuestos de aplicación del derecho de la Unión, la multa alcanza al art. 17 CDFUE y con él a la ley penal que lo limita (art. 52.1 CDFUE) y a su vez de acuerdo con el art. 52.3 CDFUE y la doctrina del TEDH, al contenido del art. 49 CDFUE y el principio de legalidad penal.

Y de acuerdo con las previsiones de los arts. 33 y 53.1 CE, al ser la norma penal la que priva del uso de la propiedad, se alcanzan las exigencias contenidas en el art. 25 CE, como también se alcanzarían siguiendo los mandatos del 10.2 CE a través de la aplicación de la doctrina del TEDH.

II. A la libertad de empresa (art. 16 CDFUE y 38 CE y apartado IV.B.3) y, en concreto (i) a la libertad para ejercer una actividad económica o mer-

(1329) Art. 33.7.a) CP
(1330) Art. 50.4 CP.
(1331) Art. 52.4 CP.
(1332) STEDH Guiso-Gallisay c. Italia, de 8 de diciembre de 2005, apartados 83 y 84.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

cantil: las penas de disolución de la persona jurídica(1333), de suspensión de sus actividades(1334), de prohibición —temporal o definitiva— de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito(1335); (ii) a la libertad de establecimiento: la pena de clausura de sus locales y establecimientos(1336); (iii) a la libertad de contratación: las penas de Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social(1337), la Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores(1338).

Alcanzado el derecho fundamental del art. 16 CDFUE, se alcanza de nuevo de acuerdo con las previsiones del art. 52.1 CDFUE al contenido del art. 49 CDFUE y el principio de legalidad penal. Y de la misma forma en el caso del art. 38 CE y el art. 53.1 CE.

III. A la legalidad penal (art. 7.1 CEDH, 49 CDFUE y 25 CE y apartado IV.B.5): ese alcance de las exigencias del principio de legalidad penal se produce, a su vez, a través del contenido de los conceptos propios del TEDH de ley, delito y pena del propio art. 7.1 CEDH. La combinación de los arts. 31 bis y ss. CP y del artículo del Libro II que prevea la pena a imponer, de entre las del art. 33.7 CP:

— Es una ley sustantiva («under national or international law»/«d'après le droit national ou international») (1339).

— Son delitos («criminal offence»/«infraction» objeto de acusación «criminal charge»/«accusation en matière pénale»):

• Porque así se clasifican de acuerdo con la legislación nacional (lo que sería suficiente para alcanzar el concepto autónomo)(1340).

(1333) La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita, art. 33.7.b) CP.
(1334) Art. 33.7.c) CP.
(1335) Art. 33.7.e) CP.
(1336) Art. 33.7.d) CP.
(1337) Art. 33.7.f) CP.
(1338) Art. 33.7.g) CP.
(1339) Sobre las que es razonable que los tribunales nacionales apliquen el principio de *tempus regit actum*, Decisión Mione c. Italia, de 12 de febrero de 2004, Decisión Rasnik c. Italia de 10 de julio de 2007, Decisión Martelli c. Italia de 12 de abril de 2007.
(1340) STEDH Žaja c. Croacia, de 4 de octubre de 2016, apartado 86.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

• Por la naturaleza de la infracción, que está dirigida a una generalidad de personas[1341], en este caso jurídicas.

• Por el grado y severidad de las penas asociadas, que no están encaminadas a reparar daños, sino a evitar la reparación de la conducta con consecuencias disuasivas y punitivas[1342]

— Son penas («penalty»/«peine»):

• Vinculadas en su imposición a un procedimiento penal[1343].

• Disuasivas y punitivas.

• Clasificadas como tales de acuerdo con la legislación nacional

Alcanzado el art. 7.1 CEDH, la consideración de los arts. 49 CDFUE y 25 CE es completa, sin que quepa duda de que se está ante una definición del delito, de unas penas y de una actividad judicial penal de aplicación de lo anterior sobre hechos de las personas llamadas al proceso.

2. El principio de legalidad penal y los derechos fundamentales (del acusado de protagonizar el hecho propio) a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a la legalidad, a la doble instancia penal y al *non bis in idem* que asisten a la empresa en los términos expuestos, presentan las siguientes exigencias a la imposición por un Estado de una pena a través del procedimiento penal:

2.1. La necesaria concreción de un hecho propio de aquel al que se le quiera imponer una pena.

El principio de personalidad de las penas prohíbe de penalidad a una persona cuando el delito ha sido cometido por otro, lo que de acuerdo con el TEDH emana del principio de legalidad en los procesos penales pues no dejaría de ser una interpretación extensiva del delito —subjetiva— y, por

(1341) STEDH Janosevic c. Suecia, de 23 de julio de 2002, apartado 68.

(1342) SSTEDH Bendenoun c. Francia, de 24 de febrero de 1994, apartado 47, Jussila c. Finlandia, de 23 de noviembre de 2006, apartados 38, 41 y 43.

(1343) Nótese que de acuerdo con los criterios del concepto autónomo infracción o delito («criminal offence»/«infraction») solo este criterio podría ser autorreferencial (ya que el mismo considera la naturaleza y grado de severidad de las penas) y, por tanto, no válido en el sentido expuesto. Sí podría partirse de la valoración de la naturaleza de las medidas asociadas a la conducta como punto de partida, lo que conduce al segundo de los criterios de este concepto autónomo de pena.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

tanto, prohibida por el art. 7.1 CEDH, siendo inconcebible desde el requerimiento cualitativo de previsibilidad de la norma que se pudiera condenar por hechos de otros(1344), lo que supondría una violación del art. 7.1 CEDH.

2.2. La necesaria consideración y concreción de la culpabilidad de aquel al que se le quiera imponer una pena.

Además de la no consideración de un hecho propio, lo anterior configuraría una responsabilidad objetiva vinculada a la comprobación de la concurrencia del hecho de un tercero (uno comete un delito, y el responsable —penal— es un tercero), lo que resulta también incompatible con la necesaria concurrencia de culpabilidad asociada al hecho propio, esto es, al injusto. El TEDH prohíbe la imposición de la pena sin una declaración de culpabilidad en condena(1345), lo que supone una violación del art. 7.1 CEDH.

Desde el momento en el que esta carencia se supliera (desde que se concretara una realidad a valorar distinta de la comisión de un delito por otra persona, y que le permitiera exculparse(1346) —o ser declarado culpable—) ya se estaría ante un hecho propio y distinto (aunque pudiera estar vinculado o tener relación a esa otra conducta delictiva) .

2.3. La claridad del legislador en la definición del hecho propio, de forma que la imposición de las penas sea previsible.

Como exigencia previa a cualquier aplicación, el TEDH exige que un individuo debe poder conocer del texto de la norma complementada de la interpretación judicial y tras haber recibido un apropiado consejo legal(1347), qué acciones u omisiones le harían penalmente responsable y qué pena se le impondría por la actuación u omisión protagonizada(1348), y todo ello en el momento de la comisión de los hechos. La insuficiente calidad de la norma en la definición del hecho delictivo o de la pena aplicable, supone la violación del art. 7.1 CEDH(1349).

(1344) SSTEDH Varvara c. Italia, de 29 de octubre de 2013, apartado 63, G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartados 271 y 274.
(1345) STEDH G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 255.
(1346) STEDH (Gran Sala) G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 243.
(1347) STEDH Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007, apartado 113.
(1348) STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartado 140, M. c. Alemania, de 17 de diciembre de 2009, apartado 119, Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, apartado 79.
(1349) STEDH Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, apartados 150 y 152.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

Para el TC debe alcanzarse una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora, debiendo hacer el legislador penal el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales(1350) promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles(1351) describiendo ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa(1352). Y todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica(1353), sin ponerles en la tesitura o riesgo de sufrir condenas imprevisibles(1354).

2.4. La claridad del Juzgador conforme a derecho en la valoración de la prueba practicada y en el razonamiento de la concurrencia o no del hecho propio(1355).

Tras haber materializado la tutela judicial efectiva del derecho de defensa del acusado en un proceso equitativo contradictorio y con igualdad de armas, el tribunal debe valorar la prueba practicada en su presencia y alcanzar con sus razonamientos la concurrencia o no del hecho propio pretendido por la acusación, motivando la resolución mediante la integración de esos razonamientos.

Esos razonamientos deben partir de la presunción de la no concurrencia del hecho propio (previsto por la norma penal de forma genérica y pretendido en el caso concreto por la acusación) y debe alcanzar la concurrencia del hecho propio sin errores y de forma no arbitraria(1356) y con un *iter* de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio lógico y sufi-

(1350) SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 89/1993 de 12 de marzo; 53/1994, de 24 de febrero; 151/1997, de 29 de septiembre.

(1351) SSTC 69/1989, de 20 de abril; 34/1996, de 11 de marzo; 137/1997, de 21 de julio.

(1352) SSTC 196/1991, de 17 de octubre; 95/1992, de 11 de junio; 14/1998, de 22 de enero.

(1353) STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3.

(1354) STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3.

(1355) Ya en el marco de la actividad judicial de aplicación de la norma penal, y como exigencia de los derechos fundamentales (del acusado de protagonizar el hecho propio) a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a la legalidad, a la doble instancia penal y al non bis in idem.

(1356) «Existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de argumentación, la resolución judicial resulta fruto de un mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo, lo que supone que la resolución judicial no es expresión de la Administración de justicia, sino mera apariencia de la misma y, por tanto, negación radical de la tutela judicial», SSTC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

ciente, desde las pruebas valoradas y los requerimientos de la presunción de inocencia al hecho probado(1357).

2.5. La precisión del Juzgador en la subsunción de la realidad acontecida en el hecho propio definido por el legislador.

El Juzgador no debe practicar una subsunción en el tipo del hecho propio previamente considerado probado que no figure en la resolución(1358), que sea contraria a la literalidad del tipo(1359), que sea analógica o extensiva(1360) o contraria a la razonabilidad metodológica(1361) o a la razonabilidad axiológica(1362), (1363), conduciendo a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma, haciéndola una aplicación imprevisible(1364) y, por lo mismo, incompatibles con el principio de legalidad penal(1365).

(1357) Iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio, STC 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 5.

(1358) El TEDH reitera que la exigencia de motivación no puede comprenderse como una necesidad de respuesta detallada a cada argumento (STEDH Van de Hurk c. Países Bajos, de 19 de abril de 1994, apartado 61), pero sí deben indicar con suficiente claridad los motivos en los que se basan para permitir a los litigantes ejercer efectivamente el derecho de recurso del que disponen (STEDH Hadjianastassiou c. Grecia, de 16 de diciembre de 1992, apartados 35 a 37), debiendo quedar claro en la decisión que se han abordado las cuestiones fundamentales del caso (STEDH Boldea c. Rumanía, de 15 de febrero de 2007, párrafo 30).

(1359) STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7.

(1360) SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4, 93/2024, de 19 de junio, FFJJ 4 y 5.

(1361) Enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3.

(1362) Una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional, *Ibid*.

(1363) «La negativa al acatamiento de la doctrina del TC por una resolución judicial (i.e., dies ad quem prescripción) supone una quiebra del mandato recogido en el art. 5.1 LOPJ, de la que deriva la consiguiente lesión de los derechos de los demandantes a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE, en coherencia con la doctrina del propio TC», por todas, las SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 6; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 37/2010, de 19 de julio, FJ 2; 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 7; 51/2016, de 14 de marzo, FJ 1; 138/2016, de 18 de julio, FJ 3.

(1364) STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4.

(1365) El aplicador se convertiría en fuente creadora de delitos y penas, con afectación de la previsibilidad como criterio material de seguridad jurídica que informa todas las exigen-

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

3. La orientación material de la norma se muestra así como criterio interpretativo general de los componentes del tipo cuya aplicación se nutre, a su vez, de los modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica, condicionando todas las exigencias derivadas de la titularidad de derechos fundamentales de las empresas con ocasión de la pretensión de los Estados de imposición a la misma de penas:

— La necesaria concreción de un hecho propio, distinto del de otros.

— La necesaria consideración y concreción de la culpabilidad.

— La necesaria previsibilidad de los anteriores.

— La operación de valoración de la prueba practicada y su relación con el hecho propio.

— La operación de subsunción de la realidad probada en el hecho propio definido por el legislador.

Y esa orientación material de la norma apunta a la empresa como hecho institucional, a la vez, económico y jurídico, así como a la orientación y sentido (disuasivo y punitivo) de su castigo penal.

B) El control interno como puente para el derecho penal entre la empresa como institución económica y jurídica

1. La empresa puede concebirse económicamente como la evolución de una persona física emprendedora que contrata en su nombre lo que necesita para materializar el beneficio económico por ingresar más de lo que haya pagado que cambia la forma de intervenir en los mercados mediante el uso de un instrumento jurídico (la persona jurídica, en alguno de sus tipos) que le permite acotar su riesgo patrimonial, atraer capital y mejorar sus resultados por poder elegir qué necesidades soluciona acudiendo a los mercados y cuáles soluciona con relaciones estables internas, transformándose de esta forma el emprendedor en propietario. En esa transformación el emprendedor propietario mantiene el control de la información y la actividad, el control del riesgo (operacional y de cumplimiento) que desea asumir con la misma y el control del reparto de los beneficios que le genere la actividad.

---

cias del principio de legalidad al tiempo que con invasión del ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes, STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

Fruto de esta nueva forma de relacionarse con los mercados, el emprendedor ya propietario puede atraer más capital, más transacciones externas (ventas y compras) y más relaciones internas (corporativas), pero conforme lo va haciendo va variando su posición en el control de la información y la actividad, en el control del riesgo (operacional, de información y de cumplimiento) que desea asumir y en el control del reparto de los beneficios que le genere la actividad.

De hecho, a partir de una determinada intensidad (volumen o complejidad) en el capital, las transacciones y las relaciones, habrá de dedicar recursos (gastar) en mecanismos para mantener el control indirecto de esas variables, porque el control directo se hace imposible.

La necesaria inversión en los costes de la propiedad o de agencia pasa a ser un componente económico más que afecta no solo al reparto entre transacciones en los mercados o relaciones internas, sino también a la atracción de propietarios que puedan ser más eficientes en las transacciones externas (mercados de bienes, de servicios o de capital), en las relaciones internas (cooperativas) o en los mecanismos de control interno. Ese estadio puede alcanzarse por una evolución desde el emprendedor o porque desde un primer momento se utilice algún tipo de persona jurídica para materializar la empresa con esas dimensiones e intensidades.

La búsqueda del crecimiento exponencial de los resultados podrá alimentarse, además, del uso de los tipos de sociedades mercantiles por las propias personas jurídicas que se crearon, dando lugar a estructuras de propiedad de sociedades, como solución a sus necesidades de generar beneficios a través de las transacciones en los mercados, las relaciones internas, el control interno y las estructuras de propiedad.

2. En cualquiera de esos momentos evolutivos, las transacciones externas (mercados) y/o las relaciones internas (corporativo) pueden integrar, total o parcialmente, actividades delictivas que generen beneficios o ventajas (menos gasto, más ingreso, aumento de activos —a menor precio—, disminución de pasivos —a menor coste—) al emprendedor o a la empresa, esto es, a los propietarios de la misma (que reciben los dividendos, el precio de la venta de las participaciones —descuento de esos dividendos futuros— o los resultantes de la liquidación).

2.1. Cuando el propietario es un emprendedor y no hay persona jurídica alguna, la generación de beneficios o ventajas a través de la actividad

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

delictiva**,** el delito posee un único y claro beneficiario y responsable: ese emprendedor persona física (aún no propietario).

Ningún problema plantearía las exigencias del principio de legalidad en la imputación del hecho propio (de la actividad o del resultado delictivo, en función de la configuración del tipo) a la persona física emprendedor, alcanzándose con la imposición de esa pena el sentido (disuasivo y punitivo) del castigo penal frente a los ataques a los bienes jurídicos protegidos por los delitos que fueran de aplicación.

2.2. Esa situación injusta (actividades delictivas que generan beneficios o ventajas) también puede darse (o continuarse) cuando la actividad crece y se mercantiliza a través de un tipo societario, y las transacciones externas, la vida corporativa y el número y heterogeneidad de los accionistas crecen.

Ya no es el emprendedor el beneficiario de unas conductas ya empresariales (no de emprendimiento), sino los propietarios de esa empresa, que poseen el poder de ejercer el control sobre la misma y de alcanzar los beneficios (a través de dividendos, del precio de la venta de las participaciones o los resultantes de la liquidación).

Pero en paralelo a ese crecimiento, las exigencias del principio de legalidad y de la presunción de inocencia hacen cada vez más difícil imputar actividades o resultados delictivos (hechos propios) a los ya propietarios personas físicas:

— Porque la actividad externa o interna es tan intensa que no se pueda vincular con el propietario persona física, que ya no es quien protagoniza directamente las transacciones o las relaciones internas (primera línea, como si lo era cuando era emprendedor).

— Porque la composición accionarial esté tan atomizada (o sea cuasi anónima) que tampoco se pueda alcanzar una responsabilidad penal (por no existir hecho propio de todos los propietarios).

Así, el injusto no solo permanecería (actividades delictivas que generan beneficios o ventajas) sino que muy probablemente se intensificaría (para eso se utilizan los tipos mercantiles, para aumentar esos resultados) en paralelo a que la posibilidad de imputar un hecho propio del propietario (beneficiario real) se iría diluyendo y desapareciendo (si se respetan las garantías del principio de legalidad penal de la persona física).

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

Pero también en paralelo a esa disolución del posible hecho propio del propietario por alejarse de la materialidad de las transacciones (mercados) y las relaciones internas (corporativo) en crecimiento por los tipos mercantiles (que para eso sirven), **los propietarios pueden (si quieren, con un coste) implementar los mecanismos empresariales de control interno. Desde el diseño de un entorno de control (que incluye, por ejemplo, el diseño de los órganos de administración, las estructuras de representación, los miembros de la organización, la tecnología o los medios de pago), la valoración de riesgos, las actividades de control, información y supervisión, los propietarios de las empresas pueden alcanzar un aseguramiento razonable de la neutralización de los riesgos que comprometan sus objetivos** (operacionales, de información y de cumplimiento), **pudiendo plantearse como objetivo de cumplimiento (penal) no poder obtener beneficios que procedan de actividades delictivas de su primera línea (transacciones —mercados— y relaciones —corporativo—)** y materializar esas actuaciones de control interno.

Y también en paralelo a esa disolución del posible hecho propio del propietario por alejarse de la materialidad de las transacciones (mercados) y las relaciones internas (corporativo) en crecimiento por los tipos mercantiles (que para eso sirven) y en directa proporción, **el control interno (hasta así denominado por el legislador) es ya una realidad integrada en el ordenamiento jurídico, que le impone a la empresa conforme el propietario se aleja de la primera línea de actividad interna cada vez más requerimientos a los tipos mercantiles de control interno (requerimientos del entorno de control, de evaluación de riesgos, de actividades de control, de información y de supervisión)**, de forma que se evite (como mínimo y entre otras cosas —también se gestionan riesgos operacionales y de información—) la promoción o permisión de actividades desarrolladas al margen de la legalidad.

3. Si les fueran imputables penalmente a todos los propietarios como personas físicas las actuaciones o resultados delictivos, no habría injusto que permanezca no sancionado y no habría debate complementario.

Y si se considera injusto que los propietarios obtengan beneficio o provecho de las actuaciones delictivas con origen en sus empresas que no les son imputables personalmente (con las garantías penales) [1366] es porque:

(1366) Promoviendo una responsabilidad objetiva de las personas jurídicas distinta a la de esta monografía, ROBLES PLANAS (2011) «puede, entonces, entenderse que los titulares de la empresa, por la mera puesta en marcha de la organización administrada por otro u

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

— Los mismos tienen a su disposición una posibilidad de actuación para influir en que ese resultado futuro no deseado (al menos por el ordenamiento, riesgo) no acontezca, actuación que será distinta (básicamente consistiría en condicionar) a la de persona física **administradora** de la organización empresarial, de la persona física **directiva** de la organización empresarial, de la persona física **empleada** de la organización empresarial y de la **persona u organización contratada en los mercados** por la organización empresarial.

— Los mismos tienen la posibilidad de implementarla o no implementarla a través de los mecanismos de poder que esa propiedad les concede.

---

otros, tienen que afrontar las consecuencias que les afecten de la actuación de estos. Más allá de las obligaciones civiles de reparación, **en el caso de la comisión de un delito cometido en su provecho, aparece como consecuencia relevante el comiso de las ganancias obtenidas y los costes de prevención de tales enriquecimientos injustos. Los titulares de la persona jurídica son, en esa medida, quienes tienen que soportar la eliminación y prevención de esos estados injustos.** Tal obligación no implica un reproche por el hecho delictivo precedente, sino simplemente la legitimación del Estado para actuar sobre la empresa que se enriquece injustamente. Al no existir reproche por el delito cometido, **a los titulares de la persona jurídica únicamente puede exigírseles que mantengan un status quo caracterizado por la obtención lícita de ganancias. Y eso es lo que pretende la multa prevista en el nuevo sistema regulado en el Código Penal español: incentivar para que en el ámbito de la persona jurídica no se introduzcan ganancias provenientes de hechos delictivos y, en esa medida, combatir la perpetuación del estado de injusto producido por la comisión del hecho.** Dos son las vías previstas por el art. 31 bis CP (*La Ley* 3996/1995): por un lado, la introducción de beneficios provenientes de la actividad de administradores; y, por el otro, la introducción de beneficios provenientes de la actividad de subordinados, con infracción de los deberes de control por parte de administradores. En el primer caso, los titulares de la persona jurídica para evitar la multa deben evitar la incorporación a la misma de aquellos beneficios delictivos que introduzcan las personas con capacidad de dirección. Ello lo lograrán llevando un adecuado control sobre su actividad. En el segundo caso, sucede exactamente lo mismo, solo que aquí es también siempre necesaria una incorrecta actuación de los administradores al infringir los deberes de control sobre los subordinados. De este modo, el art. 31 bis CP (*La Ley* 3996/1995) obedece a la estructura de responsabilidad objetiva por el riesgo que fue descrita anteriormente, cuyo fundamento se halla en que los titulares han de soportar los costes de prevención de enriquecimientos injustos con base en el mantenimiento de la masa patrimonial administrada bajo la lógica de la obtención de beneficios. En correspondencia, aún sin constituirse en un auténtico deber, a los titulares les incumbe esa prevención, de modo que si efectivamente se despliega, operará evitando que el patrimonio de la persona jurídica se integre con beneficios ilícitos», ROBLES PLANAS (2011): apartado III.3.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

Esa posibilidad de actuación reconocida por el mundo económico y jurídico, el control interno, reuniría dos de los requerimientos del principio de legalidad penal: hecho propio (distinto del de otras personas) y culpabilidad.

Y esa parece, con pocas dudas, la posición del legislador penal español que en el apartado III del preámbulo de la LO 1/2015 que incorpora la actual regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas señala que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 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**».

Para aumentar la previsibilidad de la norma (ex ante, y con el asesoramiento de expertos), aumentar la claridad de la valoración del *iter* desde la prueba a los hechos propios probados (incluyendo la pericia) y la precisión en la subsunción en el tipo (de acuerdo con criterios metodológicos y axiológicos aceptados por la comunidad), se propone acudir, para fijar una concreción conceptual y material de ese hecho propio, al consenso institucional máximo alcanzado hasta el momento (que ha permeado socialmente en la forma expuesta en III.C y que, como muestra, es el marco de valoración de la fiabilidad del control interno de todas las empresas auditadas del mundo) que es el marco COSO de control interno.

5. Sin ese **puente entre la desaparición del hecho propio —e injusto— de la persona física propietaria y la aparición del hecho propio —e injusto— de la empresa (en dirección contraria y velocidad inversamente proporcional)**, la generación de organizaciones empresariales o el aprovechamiento de las ya generadas como contexto de la actividad (en el marco de los derechos fundamentales en el que se ubican los ordenamientos jurídicos como límite del Estado) se convierte en un criterio económico incentivador más y aumenta el riesgo penal propio y de terceros[1367].

(1367) Desde una perspectiva económica, siguiendo las posiciones de GRUNER, FISSE y BRAITHWAITE, «la necesidad de sanción criminal a la empresa radicaría en que en su

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

Si no existe sanción para el que obtiene el beneficio —por las garantías del principio de legalidad y de la presunción de inocencia de la persona física— y frente al potencial beneficio de actividades delictivas solo tiene que reparar (civilmente, si es que daña extracontractualmente), devolver lo obtenido y quemar a un soldado de primera línea (la persona física incentivable), la organización empresarial se constituye en un instrumento más para la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos con relevancia penal:

— Sería siempre económicamente más rentable y compensaría:

• Constituir en caso de que se quiera llevar a cabo una actividad de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos que acumule el riesgo de ser valorada como delictiva o que fuera indudablemente delictiva[1368], separándola de las personas físicas que pudieran considerarse promotores y/o beneficiarios.

• Utilizar una organización empresarial ya generada y de importante actividad o atomizado accionariado, que garantice ese «*anonimato de hecho propio*» para integrar esas actividades que acumule el riesgo de ser valorada como delictiva o indudablemente delictiva.

— En las actividades legales con riesgo penal inherente alto (por ejemplo las medio ambientales) que por sus requerimientos de capital solo pueden ser desarrolladas a través de compañías mercantiles, no se desincentivaría el aumento de la asunción del riesgo penal, por carecer de consecuencias sancionadoras el que esos acontecimientos futuros delictivos (dañinos para la sociedad pero beneficiosos para la empresa) sucedieran.

---

ausencia las empresas podrían tener incentivos perversos para promover o tolerar las prácticas ilícitas dentro de la organización por parte de sus integrantes. Y que, además, a la falta de esta se generaría un desincentivo para todas aquellas empresas que invirtieran recursos en prevenir la comisión de delitos por sus integrantes, ya que tal gasto asociado a este esfuerzo no se vería compensado en forma de un potencial aumento de sus beneficios. Por otra parte, el no sancionar a la empresa, como semana Fisse y Braithwaite, generaría que las ganancias que la empresa infractora estuviera en disposición de repartir entre sus interesados (accionistas, inversionistas, trabajadores, etc.) no reflejaría el costo social producido por el daño producido por la conducta delictiva. Lo que contravendría la noción de justicia entendida como equidad (fairness) que exige que como mínimo este coste social sea interiorizado o captado por la empresa», ARTAZA VARELA (2013): 69.

(1368) Esto sucede en la comunidad empresarial, por ejemplo, desde las distintas tipicidades de los ordenamientos jurídicos y midiendo las garantías y el comportamiento jurisdiccional.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí

En un derecho penal que ha sido atravesado por la responsabilidad de la persona jurídica, esta monografía afronta la pregunta decisiva: **¿qué puede ser, con garantías, el «hecho propio» de una empresa? El autor propone situar el núcleo de la imputación penal corporativa en un hecho distinto del de las personas físicas, previsible y verificable en el proceso, capaz de encajar, ex ante, en el principio de legalidad y, ex post, en la presunción de inocencia.**

Para alcanzarlo y siendo la empresa un hecho institucional jurídico pero también económico, el autor propone partir de los componentes que las expliquen y que acumulen el mayor consenso en las disciplinas vinculadas al mundo empresarial que las tienen como objeto de estudio. Esos consensos muestran a la empresa como la realidad resultante de la combinación de sus propietarios (y los mecanismos de control interno que estos despliegan), de sus relaciones corporativas/internas (que resuelven necesidades de la empresa sin acudir a los mercados), de sus transacciones externas (que resuelven en los mercados) y del beneficio/valor de la empresa, que el propietario busca maximizar mediante continuas combinaciones e intensidades de las anteriores realidades. A su vez, esas disciplinas muestran como determinados marcos de control interno de los propietarios están tan impregnados en el consenso internacional profesional y empresarial, que están presentes de forma consensuada y se usan al valorar, por ejemplo, cualquier empresa auditada del mundo.

Desde la aparición histórica de su personalidad jurídica, se decantan a continuación de forma minuciosa **cuáles son en este momento los derechos fundamentales sustantivos y procesales de la persona jurídica que la definen como sujeto del proceso penal** (expresados por el consenso institucional internacional del TEDH, el TJUE y el TC) **y cuáles las exigencias de control interno que el legislador y los reguladores (europeos y españoles) les imponen en función de su intensidad de capital, relaciones y transacciones,** concretando así con todo detalle a la empresa como realidad institucional jurídica.

Sobre esas bases, la obra muestra como el control interno como institución económica y jurídica, une y resuelve (a la misma velocidad) las necesidades empresariales (control indirecto de los propietarios cuando el directo deviene imposible) y procesales (aparición del hecho propio de la persona jurídica cuando desaparece el hecho propio de la persona física propietaria) permitiendo la sanción penal derivada de la obtención de beneficios empresariales como resultado de actividades delictivas con absoluto respeto a todas las exigencias de nuestro sistema jurídico y, especialmente, las derivadas del principio de legalidad y la presunción de inocencia.

ISBN: 979-13-88078-19-4

9 791388 078194

AENOR GESTIÓN DE LA CALIDAD ISO 9001 ER-0280/2005

IQNET RECOGNIZED CERTIFICATION

AENOR GESTIÓN AMBIENTAL ISO 14001 GA-2005/0100

LA LEY