

BEATRIZ GOENA VIVES

**RESPONSABILIDAD PENAL
Y ATENUANTES EN LA PERSONA
JURÍDICA**

Prólogo de
Jesús-María Silva Sánchez

Presentación de
Pablo Sánchez-Ostiz

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Beatriz Goena Vives

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-212-4

Depósito legal: M. 5.036-2017

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2017



ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	19
PRESENTACIÓN	21
AGRADECIMIENTOS	25
ABREVIATURAS	27
INTRODUCCIÓN	31

PRIMERA PARTE

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	37
1. EL SISTEMA ANTERIOR A LA LO 5/2010	37
1.1. Regulación en el Código Penal	37
1.1.1. Art. 129	38
1.1.2. El art. 31.2.....	39
1.2. Regulación en la Unión Europea	41
1.3. Anteproyectos y proyectos de Ley Orgánica para la reforma del Código Penal	45
2. EL SISTEMA VIGENTE.....	50
2.1. Novedades de la LO 1/2015, de 30 de marzo.....	53
2.2. La Circular 1/2016 de Fiscalía General del Estado	55
2.2.1. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas	55
2.2.2. Los modelos de prevención de delitos.....	56

	Pág.
2.2.3. Cuándo se puede eximir de responsabilidad a la persona jurídica	59
2.2.4. Conclusión	60
2.3. Primeros pronunciamientos jurisprudenciales	60
2.3.1. STS 154/2016, de 29 de febrero	60
2.3.2. STS 221/2016, de 16 de marzo	62
3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL SISTEMA.....	64
3.1. Arts. 31 bis y 31 ter: ¿Actúan las personas jurídicas?	64
3.2. Arts. 31 quáter y 33.7: ¿Pueden sufrir una pena las personas jurídicas?	66
4. RECAPITULACIÓN	69

SEGUNDA PARTE

LAS ATENUANTES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UN MODELO INTERPRETATIVO

CAPÍTULO II. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO.....	73
1. INTRODUCCIÓN	73
2. APROXIMACIÓN A LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....	74
2.1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en la tradición legislativa	74
2.2. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en la dogmática actual	77
3. EN CONCRETO: EL ART. 31 QUÁTER CP	80
3.1. Marco interpretativo: la concepción teleológica de la teoría del delito	81
3.2. El art. 31 quáter: expresión de la categoría sistemática de la punibilidad.....	82
3.2.1. El art. 31 quáter como manifestación del modelo de heterorresponsabilidad.....	83
3.2.2. El art. 31 quáter como elemento del injusto.....	86
3.3. Conclusión	89
4. RECAPITULACIÓN	90

	Pág.
CAPÍTULO III. ¿PARA QUÉ PENAR A LAS PERSONAS JURÍDICAS?	93
1. INTRODUCCIÓN	93
2. FORMAS DE CASTIGO A LAS PERSONAS JURÍDICAS	93
2.1. Las sanciones del art. 33.7 CP	94
2.1.1. La multa del art. 33.7.a).....	94
2.1.2. Las sanciones del art. 33.7.b) a g)	96
2.1.3. Las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil	98
2.1.4. Conclusión	98
2.2. Las sanciones corporativas en la práctica	98
2.2.1. Sanciones penales: Estados Unidos.....	99
2.2.2. Sanciones no penales: Alemania e Italia	101
3. EL FIN DE LAS SANCIONES A PERSONAS JURÍDICAS	102
3.1. La herencia del Derecho comparado.....	103
3.1.1. Derecho federal de los Estados Unidos.....	103
3.1.2. Derecho alemán e italiano	108
3.2. Las principales aportaciones doctrinales.....	112
3.2.1. Prevención general positiva y prevención especial.....	112
3.2.2. Prevención general negativa.....	113
3.2.3. Prevención disuasoria y prevención especial.....	114
3.2.4. Toma de postura: prevención reactiva	115
4. ¿SON PENAS LAS SANCIONES A PERSONAS JURÍDICAS? ...	126
4.1. Lo que se dice que son	127
4.2. Lo que se dice que no son.....	128
4.2.1. La responsabilidad de la persona jurídica solo es formalmente penal.....	128
4.2.2. Solo la multa es una pena en sentido formal y material	129
4.3. Lo que se dice y son	131
4.4. Llamemos a las cosas por su nombre.....	132
4.4.1. Incoherencias del art. 33.7	133
4.4.2. Reconstrucción del art. 33.7.....	137
5. RECAPITULACIÓN	138

	Pág.
CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE UN MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL	141
1. INTRODUCCIÓN	141
2. LA CULPABILIDAD Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	144
2.1. La culpabilidad: aproximación a un concepto	146
2.1.1. La responsabilidad o principio de culpabilidad	148
2.1.2. La culpabilidad sistemática o en sentido estricto	150
2.2. ¿Culpabilidad de personas jurídicas?	154
2.3. Responsabilidad por imputación y responsabilidad por atribución	158
3. MODELOS DE RESPONSABILIDAD POR ATRIBUCIÓN EN EL DERECHO	161
3.1. La responsabilidad extracontractual	161
3.2. Potestad sancionadora de la Administración	162
3.3. Conclusión	164
4. MODELOS DE RESPONSABILIDAD POR ATRIBUCIÓN EN EL DERECHO PENAL	165
4.1. Las medidas de seguridad	165
4.2. El comiso	167
4.3. La responsabilidad civil derivada del delito	168
4.4. La responsabilidad de los menores de edad	169
4.5. Derecho penal angloamericano	171
5. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO UN MODELO DE ATRIBUCIÓN	173
5.1. Criterios de asignación de responsabilidad	174
5.1.1. Destinatarios: personas jurídicas	174
5.1.2. Presupuesto de la atribución: estado de las cosas anti-jurídico	175
5.1.3. Consecuencia jurídica: los correctivos del art. 33.7 CP.	176
5.2. Las garantías penales	177
5.2.1. Garantías derivadas del principio de legalidad	177
5.2.2. Prohibición de la responsabilidad objetiva	178
5.2.3. Otras garantías derivadas del Título Preliminar del Código Penal	179
5.2.4. Proporcionalidad	180
5.2.5. Garantías procesales	182
6. RECAPITULACIÓN	185

	Pág.
CAPÍTULO V. REINTERPRETACIÓN DEL ART. 31 QUÁTER.....	187
1. PLANTEAMIENTO GENERAL	187
2. PRECEDENTES FORMALES DEL ART. 31 QUÁTER CP	188
2.1. Precedentes de la confesión [art. 31 quáter <i>a</i>) CP].....	188
2.2. Precedentes de la colaboración [art. 31 quáter <i>b</i>) CP].....	190
2.2.1. Atenuación de la pena en el tráfico de drogas.....	191
2.2.2. La exención de responsabilidad penal por regulariza- ción tributaria	193
2.3. Precedentes de la reparación [art. 31 quáter <i>c</i>) CP]	195
2.4. Precedentes de los programas de prevención y detección de los delitos [art. 31 quáter <i>d</i>) CP]	199
2.4.1. La legislación sectorial.....	199
2.4.2. Las Leyes penales en blanco	204
3. TELOS O FUNDAMENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 31 QUÁTER	207
3.1. Fundamentos de la autorregulación en el Derecho penal em- presarial.....	208
3.2. Las circunstancias del art. 31 quáter como expresión de la autorregulación regulada.....	210
3.3. La finalidad de las circunstancias del art. 31 quáter como au- torregulación regulada.....	212
3.3.1. Programas de <i>compliance</i> : «autorregulación regulada preventiva».....	212
3.3.2. Confesión, colaboración y reparación: «autorregula- ción regulada reactiva».....	214
4. NATURALEZA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 31 QUÁTER CP.....	216
4.1. Necesidad de acudir al Derecho comparado	217
4.1.1. La confesión y el sistema de <i>plea bargaining</i>	218
4.1.2. La colaboración y los <i>Agreements</i> con la Fiscalía.....	221
4.1.3. La reparación y los mecanismos de <i>ADR</i>	223
4.1.4. Los programas de <i>compliance</i> como (re)estabilizado- res normativos.....	225
4.2. Las circunstancias del art. 31 quáter CP como equivalentes funcionales de los <i>correctivos</i>	227
4.2.1. El funcionalismo por equivalencia como método apro- ximativo.....	228
4.2.2. Intercambiabilidad en abstracto: finalidad equiva- lente.....	231
4.2.3. Intercambiabilidad en concreto: efectos equivalentes.	233

	Pág.
5. APLICABILIDAD DE <i>LEGE LATA</i> DE LA PROPUESTA DE REINTERPRETACIÓN.....	239
5.1. Descifrando el sistema: prioridad de la reestructuración sobre la inocuización.....	240
5.2. La respuesta post-ejecutiva como solución alternativa del conflicto.....	241
5.2.1. Conformidad de la persona jurídica.....	242
5.2.2. Sobreseimiento provisional.....	244
5.3. Valoración de la propuesta de <i>lege lata</i>	250
5.3.1. Ventajas de sustituir los correctivos por la respuesta post-ejecutiva.....	250
5.3.2. Posibles problemas de sustituir los correctivos por la respuesta post-ejecutiva.....	253
6. APLICABILIDAD DE <i>LEGE FERENDA</i> DE LA PROPUESTA DE REINTERPRETACIÓN.....	256
7. RECAPITULACIÓN.....	265

TERCERA PARTE

LAS ATENUANTES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CUESTIONES PRÁCTICAS

CAPÍTULO VI. LA CIRCUNSTANCIA DE CONFESIÓN.....	269
1. INTRODUCCIÓN.....	269
2. LA RECEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA COMPARADA.....	270
2.1. Requisitos de validez de la confesión.....	270
2.2. La (in)conveniencia de confesar.....	272
2.3. La confesión de la persona jurídica: relación entre denuncias de los <i>whistleblowers</i> y autoinculpación de la empresa.....	273
3. FUNCIONES DEL ART. 31 QUÁTER A).....	276
3.1. La confesión como vía de colaboración con la Administración de Justicia.....	277
3.2. La confesión como prueba en el proceso penal.....	277
4. PROBLEMAS DEL ART. 31 QUÁTER A).....	278
4.1. Cuestiones de fondo.....	278
4.1.1. Confesar hechos propios.....	279
4.1.2. Distinción entre confesión y colaboración.....	281
4.1.3. Cuándo conoce la persona jurídica.....	281

	Pág.
4.1.4. Derecho de la persona jurídica a no confesarse culpable.....	283
4.2. Cuestiones de forma	284
4.2.1. Autoridades receptoras de la confesión.....	284
4.2.2. Quién confiesa	285
4.2.3. Requisitos de validez de la confesión	287
4.2.4. ¿Confesión analógica para las personas jurídicas?	288
5. RECAPITULACIÓN	289
CAPÍTULO VII. LA CIRCUNSTANCIA DE COLABORACIÓN.....	291
1. INTRODUCCIÓN.....	291
2. LA RECEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA COMPARADA	292
2.1. Los memorandos de la Fiscalía	293
2.2. El Memorando Yates y el retorno a la responsabilidad individual.....	297
3. FUNCIONES DEL ART. 31 QUÁTER B).....	299
3.1. La colaboración como forma de asegurar la sanción	299
3.2. La colaboración como fundamento de la exención del art. 31 bis.2 CP.....	299
4. PROBLEMAS DEL ART. 31 QUÁTER B)	301
4.1. Cuestiones de técnica legislativa	302
4.1.1. ¿Deber de colaborar o colaboración voluntaria?	302
4.1.2. Carácter facultativo de la atenuación.....	302
4.1.3. La coordinación del art. 31 quáter b) con otras previsiones similares como los arts. 376 o 305.4 y 6, que también operan para las personas jurídicas	304
4.2. Cuestiones de derechos fundamentales.....	305
5. RECAPITULACIÓN	311
CAPÍTULO VIII. LA CIRCUNSTANCIA DE REPARACIÓN.....	313
1. INTRODUCCIÓN.....	313
2. LA RECEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA COMPARADA	314
2.1. Alemania: reparación como atenuación o como renuncia a la pena	314
2.2. Derecho angloamericano: reparación como pena o como medida pactada	314

	Pág.
3. FUNCIONES DEL ART. 31 QUÁTER C)	316
3.1. La reparación como forma de compensar a la víctima	316
3.2. La reparación como medida de Justicia restaurativa	317
4. PROBLEMAS DEL ART. 31 QUÁTER C).....	319
4.1. Cuestiones de fondo	319
4.1.1. Reparación en los delitos por los que se puede hacer responsable a la persona jurídica	319
4.1.2. Diferencia entre la reparación penal y el resarcimiento de la responsabilidad civil.....	320
4.1.3. La víctima en los delitos por los que se castiga a las personas jurídicas	322
4.1.4. Posibilidad de apreciar la atenuante del art. 31 quáter c) como muy cualificada.....	323
4.2. Cuestiones de forma	324
4.2.1. Modos de reparar el daño	324
4.2.2. Requisitos de la atenuante de reparación del art. 31 quáter c)	326
5. RECAPITULACIÓN	327
CAPÍTULO IX. LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS...	329
1. INTRODUCCIÓN	329
1.1. Denominación	329
1.2. Concepto de <i>compliance program</i>	331
1.3. En concreto: el <i>criminal compliance program</i>	332
2. LA RECEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA COMPARADA	332
2.1. Los programas de <i>compliance</i> en Estados Unidos.....	333
2.2. La versión continental: Alemania e Italia	336
2.2.1. Los programas de <i>compliance</i> en Alemania	336
2.2.2. Los programas de <i>compliance</i> en Italia	338
2.3. Los programas de <i>compliance</i> en Chile.....	339
3. FUNCIONES DE LOS PROGRAMAS DE PREVENCIÓN	340
3.2. Influir en la responsabilidad penal de la persona jurídica	341
3.2.1. Función eximente de los programas de cumplimiento.	341
3.2.2. Función atenuante de los programas de cumplimiento.	343
3.3. Influir en la responsabilidad penal de las personas físicas.....	344
4. PROBLEMAS DEL ART. 31 QUÁTER D).....	346
4.1. Cuestiones legislativas	346

	<u>Pág.</u>
4.1.1. Programas de cumplimiento <i>ex ante</i> : ¿eximente sustantiva o procedimental?	347
4.1.2. ¿Son equiparables las circunstancias del art. 31 bis y las atenuantes del art. 31 quáter?	348
4.1.3. Regulación incompleta y todavía no suficientemente específica	351
4.1.4. ¿Obligatoriedad de los programas de prevención?.....	362
4.2. Cuestiones de praxis penal.....	363
4.2.1. ¿Cómo probar que los programas de prevención son efectivos y no un «fraude de etiquetas»?	363
4.2.2. Implantación de los programas de prevención.....	364
4.2.3. Cuestiones procesales	366
4.2.4. Otros problemas	368
5. RECAPITULACIÓN	369
CONCLUSIONES	371
ÍNDICE DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	377
BIBLIOGRAFÍA	383
NOTA DE LA AUTORA	425