

AUTORRESPONSABILIDAD Y FACTUM

*Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez **

*Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez **

*Daniel Tejada Plana **

Como bien es sabido, el Código penal español establece – al igual que diversa legislación latinoamericana – en su Artículo 31 ter) unos rasgos característicos de la autorresponsabilidad de las personas jurídicas, con independencia de que no proclame expresamente la autonomía de la responsabilidad de las personas naturales como principio. En concreto, señala lo siguiente:

1. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.*

* -Profesor Titular (Acreditado) de Derecho penal y Director del Máster de Derecho penal económico de la UNIR

* -Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

* -Abogado. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid.

2. *La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.*

En el fondo, este tipo de preceptos vienen a descartar los denominados modelos de responsabilidad penal *alternativa* de la persona jurídica. Frente al dilema de “o bien responde penalmente la persona física o bien responde penalmente la persona jurídica”, el sistema español viene a afirmar que pueden responder ambas penalmente y, además, con un notable grado de independencia la una de la otra. Esto ha llevado a (unos pocos) casos, por ejemplo, Tenemos ya la experiencia de unos pocos casos en los cuales sólo ha respondido la persona jurídica sin que se haya hecho responsable a ninguna persona física.

Ahora bien, en tiempos recientes el Tribunal Supremo se ha tenido que enfrentar a los efectos que produce sobre este planteamiento el *factum* declarado como hechos probados en la Sentencia condenatoria o absolutoria. Ello resulta especialmente interesante, toda vez que subraya el especial cuidado que deben tener los órganos judiciales decisorios a la hora de plasmar los hechos probados de las sentencias en las que se aborde la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Así, comenzando por la Sentencia 949/2022, de 13 de diciembre de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta], el Tribunal Supremo aborda expresamente en un epígrafe lo que denomina “*Responsabilidad de las personas jurídicas pese a la falta de determinación de la responsabilidad penal de las personas físicas*”. Tras una referencia a los preceptos antecitados, afirma el Alto Tribunal que “*Este es el marco normativo y en el caso que nos ocupa, atendido el relato de hechos probados, puede deducirse, aun cuando no se declara expresamente, que los delitos enjuiciados, uno o los dos, se cometieron bien por el administrador, por el director financiero, por ambos o por algún dependiente o persona vinculada con la empresa*”. En este sentido, como relata el órgano casacional, “*Las dudas del tribunal sentenciador, que han llevado a un pronunciamiento absolutorio, se concretan en la concreta persona que pudo instrumentar tanto el fraude como la falsedad y no a que está fuera ajena a la persona jurídica*”.

No obstante, confirma la absolución de la persona jurídica indicando lo siguiente:

“Siendo cierto que el artículo 31 ter CP permite la condena de la persona jurídica aun cuando no haya sido declarada la

responsabilidad penal de las personas físicas y cuando se afirme que los eventuales autores son necesariamente algunas de las personas por cuya actuación ha de responder la persona jurídica, también lo es que esa condena no exime del deber de acreditar y declarar la concurrencia de todos los elementos típicos establecidos en el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal”.

La simple condición de ejercer facultades de dirección o de gestión dentro de la empresa o de actuar bajo la autoridad de estas no es suficiente para hacer responsable a la persona jurídica de los actos de tales personas. La ley penal exige un conjunto de elementos típicos adicionales sobre los que la sentencia nada dice. Por citar uno de estos elementos, para el caso de que el delito hubiere sido cometido por dependientes, es necesario que se declarara, en atención al resultado de la prueba, el incumplimiento grave de los deberes de supervisión en función de las concretas circunstancias del caso, y no consta que tal cuestión fuera objeto controversia y prueba durante el plenario y en los hechos probados ninguna referencia se hace de la misma.

Por lo tanto, la ausencia de toda declaración sobre los distintos elementos típicos que conforman la responsabilidad de la persona jurídica hace inviable el pretendido pronunciamiento de condena”.

En definitiva, pese a que se pueda inferir de los hechos probados de una Sentencia que necesariamente hubo una actuación de una persona física en representación de la persona jurídica, la ausencia de una declaración expresa sobre los elementos que fundamentan la responsabilidad penal de la persona jurídica impiden revertir la absolución de la instancia y realizar un pronunciamiento condenatorio en fase casacional.

Cuestión diferente acontece, empero, en la situación inversa que es la analizada por la Sentencia del Tribunal Supremo 321/2023, de 9 de mayo de 2023 [Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García]. Aquí se había producido la condena de la persona jurídica en la segunda instancia, pero se excluyó de la condena a su representante legal, también acusado, pese a que había ido tomando las decisiones en nombre de la empresa, sobre la base del siguiente razonamiento: “*Como la actuación de la persona física tuvo lugar en nombre de la mercantil y para su interés se considera exclusivamente autor a la entidad*”.

El Alto Tribunal procede, no obstante, a casar la sentencia y condenar a la persona física razonando de la siguiente manera:

La justificación contradice abiertamente el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas en nuestro ordenamiento. Ese régimen, estrenado en 2010, complementa la responsabilidad penal de las personas físicas; no la sustituye. La responsabilidad penal que corresponde a las personas físicas por su participación en hechos delictivos no se ve desplazada por el nuevo sujeto responsable penal; solamente complementada. No se trata de decidir si las consecuencias penales han de ser asumidas por la persona natural o por la jurídica, sino si, además de la persona física, debe sancionarse penalmente a la entidad por cuya cuenta actuó". Procederá esa doble sanción cuando se den las condiciones establecidas en el art. 31 bis CP.

Una cosa es que sea posible condenar a la persona jurídica sin condena de las personas físicas responsables por no haberse esclarecido su identidad o por resultar exonerados por otras razones (aunque debe quedar siempre demostrado que la conducta típica la realizaron directivos o empleados de la entidad); y otra, muy distinta es que interpretemos contra lege el sistema como alternativo o disyuntivo: se condena bien a la persona física, bien a la persona jurídica.

El acusado tomó las decisiones y promovió las construcciones. Las acciones típicas le son atribuibles. En su caso le sería de aplicación el art. 31 CP. Pero la condena a la persona jurídica no le exonera, como bien expone el Fiscal y como se deriva de forma cristalina de nuestra regulación penal.

(...)

Procede la estimación del único motivo del recurso del Fiscal lo que llevará a dictar la condena correspondiente en la segunda sentencia, aunque constreñidos por la pretensión en esta sede (tantum devolutum quantum appellatum)".

Como resumen de lo anterior se puede colegir lo siguiente: cuando se produce una sentencia absolutoria de la persona *jurídica* en la instancia sin analizar los elementos típicos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, será imposible revertir la absolución por un pronunciamiento condenatorio; sin embargo, cuando se produzca una sentencia absolutoria de la persona *física* en la instancia debido a que el Tribunal razona que las decisiones de la persona física lo fueron en representación de la persona jurídica, entonces será posible revertir la absolución de la persona física y proceder a la condena de esta última.