



Derecho Penal

Empresas: cómo no incurrir en responsabilidad penal

A propósito de la denominada responsabilidad social corporativa



Raquel Roso Cañadillas

Profesora Titular de Derecho Penal (Universidad de Alcalá) I+D Despacho González Franco Abogados



En breve

El actual anteproyecto de reforma del CP, de 18 de noviembre de 2008, regula por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no mediante consecuencias accesorias como hasta ahora, sino mediante penas para las propias personas jurídicas, admitiendo abiertamente su responsabilidad penal. El presente artículo alerta sobre la regulación que afectará a las empresas y concluye que estas han de alcanzar una responsabilidad social corporativa integral.

1 INTRODUCCIÓN

Es difícil determinar la definición de responsabilidad social corporativa. Este término tiene sus antecedentes en el siglo XIX en el marco del Cooperativismo y del Asociacionismo dirigido a conciliar la eficacia empresarial con principios sociales democráticos y de justicia distributiva, pero es en los años 90, en el siglo XX, cuando se puede hablar de una expansión del concepto y de su implantación estratégica en el mundo empresarial y corporativo (el de las corporaciones: corporations, que es la denominación en inglés de las personas jurídicas), favorecida por el fenómeno de la globalización, del desarrollo de las nuevas tecnologías, del aceleramiento de la actividad económica y de un cambio en la conciencia social,

emergiendo lo que se ha denominado conciencia ecológica.

Efectivamente, la RSC experimenta un desarrollo primario y principal en el ámbito del medio ambiente, como consecuencia del impacto que tiene la actividad empresarial en este medio, pues son las empresas las principales consumidoras de materias primas y las que generan más sustancias contaminantes, por lo que se trabaja y se diseña, en un primer momento, un modelo empresarial respetuoso con el medio ambiente, exigido por el usuario y consumidor final del producto, que ha tomado conciencia del “despilfarrero” medioambiental. No obstante, la RSC amplía su espectro y se constituye como una estrategia empresarial de contenido ético que se encuentra presente en cada sector de actividad,

si la perspectiva es externa, y en los procesos, métodos, estructura organizativa, competencial y relaciones con sus trabajadores, si la perspectiva es interna.

2 CONCEPTO

Partiendo de estos datos, considero que son **tres** las **notas** que contribuyen a conformar su definición: 1) necesariamente tiene que ser un **concepto amplio y genérico**, en el que quepan todos los sectores de actividad y sus especificidades; 2) su contenido está sometido a constante **desarrollo y evolución**; por tanto es un concepto dinámico y adaptativo; 3) el planteamiento conceptual tiene que recoger lo **común**, que viene dado por el objetivo que se persigue con su puesta en práctica. Así por RSC se entiende el compromiso que tienen las corporaciones y empresas para contribuir al aumento del bienestar de la sociedad local y global, pero ello sin olvidar la eficacia o rentabilidad empresarial, algo intrínseco a la actividad económica y estrictamente necesario, desde la lógica paradójica, también para generar riqueza. Por ello, la RSC consiste en “la contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva, además de su valor añadido, la responsabilidad social corporativa va más allá del cumplimiento de la leyes y las normas. Engloba un conjunto de prácticas, estrategias y sistemas de gestión empresariales que persiguen un nuevo equilibrio [sin cursiva en el original] entre las dimensiones económica, social y ambiental. Todo ello orientado a ayudar a poner las bases para una sociedad mejor y más justa” (Diario El País, 23 de noviembre de 2008)

En la definición anterior se encuentran apuntados **dos objetivos** que son los que se quieren alcanzar con la implantación de la RSC: 1) Una **motivación altruista y comunitarista, solidaria** con la comunidad, debido a la toma de conciencia del

Sumario

1. Introducción
2. Concepto
3. El Código Penal de 1995
4. Conclusión

>>> **La práctica de una RSC como forma de conducirse dentro y fuera de la empresa anulará con toda probabilidad las responsabilidades penales, que pueden acabar con la vida de la persona jurídica y por ende de la empresa** <<<

compromiso moral o ético-social de las corporaciones para, más allá de evitar el daño o perjuicio social, dar un paso más y contribuir al bienestar social responsabilizándose del mismo. 2) Y simultáneamente **una motivación económico-utilitaria** –egoísta pero no incompatible con la anterior–, que es la que verdaderamente impulsa a las empresas y corporaciones a promover en su actuación la RSC. **La existencia de un compromiso social y responsable genera confianza en el destinatario del producto o servicio y la preferencia en su elección.** La buena imagen vende. La empresa o corporación aumenta sus niveles de competitividad y el resultado es la rentabilidad económica.

Ahora bien, la RSC, según se afirma generalmente, no está regulada y su cumplimiento es voluntario. La cuestión de su regulación genera no pocas controversias y la respuesta a esta cuestión influye obviamente en su carácter actual de voluntariedad y en lo que está en juego de modo latente y subyacente: la libertad empresarial y la prioridad, en caso de confrontación, del **business case frente al social case.** Pero no es del todo cierto que no exista una regulación, es decir, no existe una regulación directa y nuclear de la RSC, pero sí existe una regulación de “presión”, dentro de los ordenamientos internos de los Estados, como en el caso español, que matiza el carácter de voluntariedad de

esta nueva estrategia empresarial. Así de manera indirecta **los ordenamientos jurídicos dirigen a las empresas y corporaciones hacia la adopción, se pretende automática, del lema en sus prácticas empresariales de un “hacer responsable”;** y el Derecho penal es cada vez menos ajeno a este fenómeno y se utiliza como una herramienta más dentro de todo el sistema jurídico, cada vez más recurrente por cierto, para reorientar a las empresas y corporaciones hacia ese “hacer responsable”.

3 EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Sólo hay que acercarse al **CP 1995** para comprobar esta tendencia. Así sucede: 1) Con la tipificación de **nuevos delitos** o la modificación de anteriores conductas típicas para adaptarlas a las nuevas necesidades de política-criminal, que han dado lugar a que dentro del Derecho penal haya un grupo de delitos que ha llegado a tener la entidad suficiente para ganarse un *nomen* propio como ‘Derecho penal económico’, y a que éste lo transforme desde dentro a aquél, al conjunto del Derecho penal, denominándose a este fenómeno como el Derecho penal de dos velocidades, como en su día lo bautizó Silva Sánchez, al referirse a la sociedad del riesgo, en la que está ubicado este Derecho



penal económico. 2) Con la introducción de las **consecuencias accesorias en el art. 129 CP** para las personas jurídicas en la parte general (clausura temporal o definitiva de la empresa o sus establecimientos, disolución, suspensión, prohibición temporal o definitiva de actividades o intervención de la empresa). Consecuencias que se extendieron expresamente a algunos delitos de la parte especial, con la modificación que sufrió el CP con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, como es el caso de los delitos contra la salud pública, en los que se puede privar a la persona jurídica de la obtención de cualquier beneficio fiscal y sus bienes pueden ser objeto de comiso. 3) Con **cláusulas generales o especiales** como las de los arts. 31 (actuación por otro o por personas jurídicas) o 318 (en los delitos laborales) del CP, que trasladan la responsabilidad por el delito cometido dentro del seno de la persona jurídica a la persona física, cuando haya sido administrador de hecho o de derecho de ésta, pero además determinando ahora que la persona jurídica de manera directa y solidaria

será también responsable si la pena impuesta en la sentencia es una pena de multa (párrafo introducido en el art. 31 por la LO 15/2003, de 25 de noviembre).

Todos estos **ejemplos** son sintomáticos de la regulación indirecta de “presión”, ante la opción o no de implantar una RSC dentro de la empresa como orientadora de la política social de una empresa o corporación. Pero preveo que esto no va a parar aquí, sino que va a más. Sólo hay que echar una mirada a los intentos de reforma de los últimos años del CP. En este sentido, el anterior Proyecto de reforma de 15 de enero de 2007, que no llegó a aprobarse en la legislatura anterior, y el actual Anteproyecto de reforma de 18 de noviembre de 2008 han dado varios pasos adelante muy significativos para seguir afianzando esa “**regulación de la presión**”. En sus textos **se regula por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no ya mediante consecuencias accesorias como hasta ahora, sino mediante penas para las propias**

personas jurídicas, cuestión esta que enfrentaba a la doctrina española y que en algunos otros países de nuestro entorno ya se había dado por zanjada, al menos en sus códigos, al admitir abiertamente su responsabilidad penal. Además la política europea va en esta dirección, como lo muestran muchas de las normas jurídicas internacionales.

Consecuentemente, una vez admitida legalmente la responsabilidad penal de la persona jurídica, **en el anterior Proyecto y en el actual Anteproyecto se recogen penas para determinados delitos**, que expresamente la ley selecciona, y cuya destinataria es exclusivamente la persona jurídica. Los delitos elegidos tienen como toda tipificación una **función disuasoria**, pero también intentan convencer de que lo expresado por la norma es ‘lo bueno’ para la convivencia social y para alcanzar niveles de bienestar. Frente a la persona física, como potencial delincuente, el Derecho penal mediante las penas cumple una función de inhibición y de convicción. Pues bien, son esas mismas funciones de las penas las que se quieren transplantar a la persona jurídica y al mundo económico-empresarial: inhibirse de realizar la conducta típica y convencerse de que dicha inhibición es buena y rentable económicamente, porque la práctica de una RSC como forma de conducirse dentro y fuera de la empresa anulará con toda probabilidad las responsabilidades penales,

>>> **No habrá una responsabilidad penal corporativa (RPC) si una empresa demuestra una práctica diligente, exhaustiva y continuada en sus procedimientos, que ha tenido como uno de sus objetivos precisamente evitar que la corporación sea utilizada para realizar un delito** <<<

>>> LA TENDENCIA DEL CP ACTUAL A EXIGIR A LA EMPRESAS “UN HACER RESPONSABLE” YA SE DEJA SENTIR EN ALGUNOS DE SUS PRECEPTOS

✓ Artículo 31

1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

[Artículo modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal]

✓ Artículo 129

1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo.
La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

[Apartado 1 modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.]

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

✓ Artículo 318

Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran 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 hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

[Artículo modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros]

Fuente: www.bdigrupodifusion.es, legislación.

que pueden acabar con la vida de la persona jurídica y por ende de la empresa; por tanto es provechoso un "hacer responsable". El problema es que esta rentabilidad no se hace tangible y apreciable en la cuenta de resultados de un modo automático y perceptible, pero son beneficios que están ahí, y aunque no tengan una traducción numérica instantánea, mejoran el desarrollo económico de la empresa, contribuyen a alcanzar el equilibrio deseado entre las políticas económicas y las políticas sociales y lo más importante, desde una óptica empresarial: la actuación socialmente responsable hace a las empresas más competitivas a medio y largo plazo y asegura su continuidad en el mercado.

Pero el Proyecto y Anteproyecto citados, además de tipificar delitos de las personas jurídicas y penas para las mismas, han abierto una *segunda vía*: **la vía del premio**, en la que se hace más clara y palpable la labor de orientación de las empresas y corporaciones hacia la RSC. Cuando el ordenamiento jurídico construye normas como la atenuante que se recoge en el Proyecto y Anteproyecto de reforma del CP en su **art. 31 bis 4 d)**: "Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica", está premiando a través de la rebaja de la pena a aquellas empresas y corporaciones que han desplegado toda una serie de estrategias, procedimientos y prácticas tendentes a vigilar la calidad de sus productos, a crear riqueza dentro de un contexto de sostenibilidad medio-ambiental, a establecer unas condiciones justas con el usuario y el consumidor, a respetar unas condiciones de trabajo dignas, a preservar la confiabilidad en el mercado, a contribuir a la distribución equitativa de la riqueza generada, a crear un crecimiento razonable. Y esto no es más que RSC. Y el Derecho penal se está convirtiendo en una de las herramientas más eficaces y valiosas para conseguir que las corporaciones y las empresas, que tienen

>>> **El Anteproyecto de reforma del CP determina como atenuante en el art. 31 bis 4 d) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica** <<<

un papel muy relevante dentro de cualquier comunidad, dentro de cualquier sociedad y dentro de cualquier país, adopten una cultura responsable dentro de sus organizaciones y acepten irremediamente que la rentabilidad económica pasa por obtener una rentabilidad social. Para ello, es necesario un cambio de mentalidad empresarial, al que ayudan las presiones oficiosas de consumidores, proveedores, organizaciones de activistas o de inversores y las presiones oficiales como las que supone el ordenamiento jurídico, y en este caso de una manera notable el ordenamiento jurídico-penal.

Las ideas apuntadas hasta aquí nos conducen a formular un corolario: la implantación de la RSC dentro de las empresas y las corporaciones es una garantía de que o bien no habrá responsabilidad penal corporativa o bien ésta se atenuará. Así no habrá responsabilidad penal corporativa (RPC), si una empresa demuestra una práctica diligente, exhaustiva y continuada en sus procedimientos, que ha tenido como uno de sus objetivos precisamente evitar que la corporación sea utilizada para realizar

un delito. En estos casos se podrá fundamentar y apreciar la existencia de riesgo permitido o caso fortuito. Pero también un "hacer responsable" atenuará la responsabilidad penal corporativa, en el peor de los casos, con la atenuante, recogida en el Proyecto y Anteproyecto, al considerarse un comportamiento postdelictivo positivo.

4 CONCLUSIÓN

Con todo esto, se quiere destacar que las empresas y corporaciones no tienen sólo que centrar sus prácticas de RSC hacia fuera, sino que también tienen que hacerlo hacia dentro, en estas dos direcciones, como se apuntó al principio de este trabajo. Se tiene que alcanzar una RSC integral. Y dentro del ámbito interno, una base necesaria e imprescindible de una RSC integral es la puesta en funcionamiento de procedimientos y protocolos de evitación preventiva de responsabilidad penal corporativa (RPC). Se trata de incorporar, en definitiva, como práctica interna una defensa corporativa preventiva.



Oferta de Lanzamiento

Nueva **BDI GRUPO DIFUSIÓN** Mucho más de lo que parece



No se deje llevar
por las apariencias

Con la nueva base de datos en internet de Grupo Difusión, dispondrá de muchos más contenidos, funcionalidades y servicios, de una forma fácil, eficaz y rentable.

www.bdigrupodifusion.es

Llámenos y pruébela, seguro que le sorprenderá

902 438 834

B.D. Internet
ECONOMIST & JURIST
Base de datos en Internet

muchomasdeloqueparece@difusionjuridica.es
www.bdigrupodifusion.es