

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA ESPAÑOL*

ALEJANDRO AYALA GONZÁLEZ**

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 7 de noviembre de 2021.

RESUMEN

Un primer análisis del planteamiento legislativo español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas conduce a la conclusión de que, por imperativo del principio de legalidad, ninguna actuación orientada al cumplimiento normativo (*compliance*) permitiría a los entes colectivos evitar su enjuiciamiento. Esto es, no podrían abandonar el proceso penal en fase de instrucción y estarían sometidos a la “pena de banquillo” en todo caso. No obstante, tanto la Fiscalía General del Estado como, principalmente, el Tribunal Supremo han interpretado el Código Penal de modo que tal consecuencia no tenga que darse necesariamente. Aunque estos pareceres institucionales puedan parecer -a primera vista- más coherentes con la esencia y fundamento que informan actualmente la responsabilidad penal de las personas morales, tal hermenéutica puede despertar recelos en relación con su consonancia con la vigencia de un principio de legalidad que, en todo caso, parece ceder -en clave de oportunidad- en algunos preceptos sobre la materia, como pueden ser las reglas de determinación de la pena corporativa o de la conformidad de los entes colectivos.

PALABRAS CLAVE

Principio de legalidad, pena de banquillo, responsabilidad penal de las personas jurídicas, principio de oportunidad, hecho de conexión, *compliance*, artículo 31.bis del Código Penal español.

* Artículo de reflexión

** Abogado en ejercicio. Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster de Acceso a la Profesión de Abogado por la Universidad Autónoma de Madrid.
Correo: alejandro.aya.gonza@gmail.com.

PRINCIPLE OF LEGALITY AND CORPORATE CRIMINAL LIABILITY: SOME CONSIDERATIONS ON THE SPANISH SYSTEM*

ALEJANDRO AYALA GONZÁLEZ**

Received: september 30, 2021. Accepted: november 7, 2021.

ABSTRACT

A first analysis of the legislative approach to the corporate criminal liability in Spain concludes that, due to the principle of legality, no compliance performances would allow corporations to avoid prosecution. In this regard, organizations would not be able to evade a criminal proceeding at the pre-trial stage and they would stand a trial anyway. However, both the Attorney General's Office's and, more importantly, the Supreme Court's interpretations of the Criminal Code allow this circumstance not to necessarily occur. Although these understandings at first glance seem to be more aligned with the essence and rationale that currently governs corporate criminal liability, they may lead to misgivings about their consistency with the principle of legality. This despite some statutory provisions on corporate criminal liability can be interpreted as expressions of the principle of opportunity, as the case of the rules on both the determination of the corporate penalty and the organization's conformity with the accusation.

KEY WORDS

Principle of legality, corporate criminal liability, opportunity principle, Anknüpfungstat, compliance, Article 31-bis Spanish Criminal Code.

* Analytical article

** Lawyer. Double Bachelor's Degree in Law and Business Administration at Universidad Carlos III de Madrid and Master's Degree in Access to the Legal Profession at Universidad Autónoma de Madrid.
Email: alejandro.aya.gonza@gmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está dejando de ser, poco a poco, una *rara avis* y está normalizándose dentro de los marcos de discusión jurídica fuera del *common law*, lugar de origen de su imperante conceptualización ligada al cumplimiento normativo (o *compliance*, si se prefiere)⁰¹. Aunque el destierro del *brocardo societas delinquere non potest* no es uniforme y definitivo a nivel global, son varios los ordenamientos que van explorando la posibilidad de procesar y castigar penalmente a los entes colectivos. Prueba de ello es que, por ejemplo, en Sudamérica, el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas morales sigue siendo objeto de discusión en Colombia, mientras que en otras jurisdicciones, como pueden ser las de Chile, México, Argentina o Ecuador, esta opción ha ido tomando posiciones en la última década larga.

Por su parte, en el viejo continente, aparte de Italia o Francia, entre otros, uno de los ordenamientos que ha reconocido la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente es el de España.

01 Aunque parece correcto ubicar en las jurisdicciones del *common law* la cuna de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su vertiente del cumplimiento normativo (a partir del *Chapter VIII* de las *US Sentencing Guidelines* de 1991), adviértase que, en contra del pensamiento generalizado de que la institución en sí misma se originó en ellas, lo cierto es que esta estuvo reconocida en los ordenamientos de corte romano-germánica mucho tiempo antes. La responsabilidad de los entes colectivos y *universitates* formó parte de la realidad jurídica de la Europa continental desde el siglo XII hasta el advenimiento y consagración de los postulados de la Revolución Francesa y de las tesis *ius* penalistas modernas (de Cesare Beccaria y otros), momento en que se excluyó su viabilidad dogmática y se deificó la responsabilidad individual como norma única y excluyente. Por su parte, la idea de que las personas morales pudieran delinquir no fue acogida por el *common law* hasta mediados del siglo XIX. Véase al respecto Giorgio Marinucci, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, Tomo I, VV.AA., (España: Edisofer, 2008), 1183. Sobre las *Sentencing Guidelines* estadounidenses, puede acudir a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el plano internacional. Las *US Sentencing Guidelines* y su aplicación práctica”, en *Defensa Corporativa y Compliance*, VV.AA. (Pamplona: Thomson Reuters, 2019), *passim*. En la doctrina española, la conexión que se hace entre el cumplimiento normativo y la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ve bien representada en Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Madrid: Iustel, 2008), 81-84 y Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa* (Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2005), 248-274. Sin embargo, en contra de la posición mayoritaria, coincido con las voces que apuntan que la relación entre ambas nociones es contingente (una puede de vivir sin la otra y viceversa). Al respecto, véase Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA. (Madrid: La Ley, 2013), 485-491.

Los artículos 31.bis y concordantes del Código Penal (en adelante, “CP”) estipulan las condiciones que deben darse para imponer o no un castigo penal corporativo. Por un lado, establecen los requisitos que suponen o implican la responsabilidad penal del ente colectivo: la comisión de un delito en nombre y beneficio del ente organizacional sin la concurrencia de un adecuado programa de cumplimiento. Por otro lado, determinan las circunstancias en las que una persona jurídica puede evitar el reproche penal (la implementación de tal programa) o, al menos, atenuarlo (confesar el hecho delictivo antes de que el procedimiento se dirija contra ella, entre otras).

Informado por el principio de legalidad, en la jurisdicción penal española, desde el momento en que resulte la comisión de un hecho delictivo, prevalece el interés público de castigar a los responsables al margen de consideraciones sobre las circunstancias del hecho o del autor⁰². Esto es, la corroboración del carácter delictivo de unos hechos conlleva indefectiblemente procesar y sancionar, conforme al debido proceso, a quien corresponda.

La vigencia del principio de legalidad y una interpretación de la literalidad de los artículos 31.bis y concordantes del CP invitan a pensar en un panorama poco (o nada) alentador para los entes colectivos. Por una parte, el modelo de responsabilidad corporativa que se deduce de la norma obligaría a que las personas jurídicas se vieran sometidos a una “pena de banquillo”⁰³, con independencia de los esfuerzos de cumplimiento normativo que realizasen. Ninguna actuación organizacional en este ámbito evitaría que tuvieran que verse sometidas a un enjuiciamiento, imposibilitando el archivo de la causa contra ellas en la fase previa de investigación. Asimismo, actuaciones de este corte durante la instrucción – como se predica de la confesión o autodenuncia corporativa– tan solo permitirían rebajas penológicas en sede de condena, pero en modo alguno eludir el reproche penal. Ciertamente, así planteado, el horizonte legislativo-judicial penal de las personas jurídicas resulta preocupante.

02 Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 98.

03 Concepto reservado para quien indebidamente se sienta en el “banquillo de los acusados” y, por ende, sufre perjuicios morales y socialmente estigmatizantes aun cuando quede finalmente absuelto. Es especialmente predicable en los procedimientos que reciben una importante atención mediática. En la tradicional escenografía y disposición de una sala de enjuiciamiento española, las personas acusadas se han venido sentando en un banco (el “banquillo”; actualmente, una silla o fila de sillas) que se sitúa de frente al tribunal, tras el espacio donde se practica la prueba y lejos de los estrados que ocupan el Ministerio Fiscal y las direcciones letradas (señaladamente, el abogado defensor). A esta ubicación, que responde a una norma consuetudinaria y no escrita, se asocia una imagen de reproche social, a pesar de la presunción de inocencia que ampara a quien la ocupa. No solo pende contra el encausado un procedimiento penal, sino que además se le “aisla” en el plenario alejándolo de la esencia del propio acto: esta decimonónica práctica supone, paradójicamente, que el acusado sea el único participante del proceso penal que no puede visualizar la expresión de las personas que presten declaración en el plenario, por estar a sus espaldas, y puede tener dificultades para alcanzar a ver al resto de participantes. Sobre la actual tendencia a permitir que el acusado pueda sentarse junto a su abogado en estrados, y no en el tradicional banquillo de los acusados, para un mejor ejercicio del derecho de defensa y evitar su “deslocalización” y mayor estigma, véase la STS, Sala 2ª, número 167/2021, de 24 de febrero [RJ 811/2021].

Sin embargo, frente a esta situación, el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, “TS”) y la Fiscalía General del Estado (en adelante, “FGE”) han desarrollado una labor de exégesis sobre el CP que permite superar estas dificultades. Las interpretaciones ofrecidas por estos operadores de primer orden, aunque dispares entre sí, otorgan en algunos casos soluciones más flexibles que admiten que el despliegue de una predisposición corporativa hacia el cumplimiento normativo se vea recompensada con anterioridad a la fase de juicio oral. Ahora bien, aunque estos pareceres institucionales puedan parecer más coherentes con la esencia y fundamento que reside en la incorporación de la responsabilidad de las personas morales en el ordenamiento penal español, no dejan de albergar dudas sobre su consonancia con el principio de legalidad. Un principio, como se verá, cuya vigencia puede recular en clave de oportunidad en algunos concretos planteamientos legislativos, como pueden ser las reglas de determinación de la pena corporativa o de la conformidad de las personas jurídicas.

El presente trabajo **(i)** considera el estado teórico de la vigente situación legislativa y práctica a través del establecimiento, al efecto, de cuatro premisas. Sobre esta hipótesis, **(ii)** analiza la concepción jurisprudencial de la responsabilidad criminal de los entes colectivos y sus consecuencias prácticas, que distan de las establecidas en el punto de partida; **(iii)** examina la propuesta del Ministerio Público para recompensar las confesiones corporativas más allá de la atenuación penológica que estipula el CP; **(iv)** desarrolla un análisis crítico de ambas propuestas y, por último, **(v)** atiende a dos previsiones legales (una regla de determinación de la pena corporativa y la conformidad de la persona moral) que podrían interpretarse como tímidas manifestaciones de un principio de oportunidad en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. PUNTO DE PARTIDA: EL ESTADO DE SITUACIÓN (TEÓRICAMENTE) VIGENTE

Como punto de partida, trazaremos el estado de situación actual a través de cuatro premisas: tres de ellas no controvertidas, que denominaremos las *premisas sistemática, procesal y normativa*, y una (mucho) más polémica, la *premisa hermenéutica*.

2.1 PREMISA SISTEMÁTICA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La premisa sistemática descansa en la indubitada vigencia del principio de legalidad en el derecho penal español, al constituir uno de los pilares constitucionales de su sistema jurídico (artículo 9.3 de la Constitución Española, en adelante “CE”). Recogido en el Título Preliminar de la Carta Magna, se entroniza como un pilar trasversal del ordenamiento en general y, como columna vertebral del derecho público, su trascendencia en la jurisdicción penal deviene incuestionable. No solo se erige como una de las más trascendentales garantías del encausado frente al *ius puniendi* estatal (*nullum*

crimen, nulla poena, sine lege; artículos 1 a 4 del CP), sino que, además, es una regla de procedimiento o de actuación del poder público en el proceso penal.

De manera resumida, como bien es sabido, la perspectiva sustantiva del principio garantiza que la ley sea escrita (*scripta*) y previa a la consumación de los hechos punibles (*praevia*), además de estricta (*stricta*) y clara (*certa*) en su contenido; esto es, ha de determinar de manera concisa y precisa las características de los hechos objetos de sanción y sus correspondientes consecuencias punitivas⁰⁴. En lo que nos interesará, debemos atender a una derivada del requisito de *lex stricta*: la prohibición de analogía *in malam partem* en el derecho penal debe distinguirse de la exégesis (indispensable en la ciencia jurídica). Mientras que aquella supone aplicar la norma a supuestos no contemplados, la segunda consiste en la búsqueda del significado del texto sin escapar de su sentido literal posible⁰⁵.

Por su parte, la acepción procesal, informada por razones de orden público, implica la necesidad u obligatoriedad del proceso penal cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito público⁰⁶. Esto quiere decir que el ejercicio de la acción penal se rige por un estricto criterio de sujeción a la ley: desde el momento en que aparezcan indicios sobre la perpetración de un ilícito perseguible de oficio, el Ministerio Fiscal viene obligado a ejercitar la acusación con independencia de cualquier consideración político-criminal o las circunstancias personales del encausado⁰⁷.

Esta segunda perspectiva ha sido entendida como la garantía de la aplicación de la justicia punitiva⁰⁸ que, por consiguiente, puede ser relacionada con el principio de oficialidad, el cual impera en el proceso penal como rasgo esencial: el derecho del Estado a castigar es también, a su vez, un deber, pues supone que la averiguación del delito es incumbencia del poder público, que la incoación del proceso puede hacerse de oficio por el órgano competente o, a los efectos de este trabajo, que se atribuye a un órgano del Estado (el Ministerio Fiscal) el ejercicio obligatorio de la acción penal cuando existan razones sustanciales para creer que se ha cometido un delito⁰⁹.

04 Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, *Sobre el concepto de Derecho Penal* (Madrid: Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1981), 321 y ss.

05 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984), 70. Sin perjuicio de que la multitud y calidad de fuentes sobre el principio es inabarcable, un estudio general y crítico puede encontrarse, *inter alia*, en Francisco Javier Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009). Sobre su concepción subjetiva en el ámbito interamericano, puede acudir a Alejandro Ayala González, "El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos* VIII, n.º. 8 (2018), *passim*.

06 Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I (Buenos Aires: Ejea, 1951), 286.

07 Moreno Catena y Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, 98.

08 James Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Buenos Aires: Editorial B de f, 2016), 124.

09 Alfonso Melón Muñoz et. al., *Memento Práctico Procesal Penal* (Madrid: Francis Lefebvre, 2019), 13. De esta manera, no existe discrecionalidad en el reproche penal de los hechos (tan solo la hay en cuanto a su concreción y siempre bajo

Así las cosas, aunque es cierto que pueden apuntarse manifestaciones del principio de oportunidad en el ordenamiento español (que veremos más adelante –apartado 4–)¹⁰, lo cierto es que en España el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, con sujeción, entre otros, al principio de legalidad (artículo 124 de la CE). De esta manera, la fiscalía debe ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos u oponerse a las ejercitadas por otros –recordemos que no ostenta el monopolio de la acusación¹¹– cuando proceda en virtud, entre otros, del principio de legalidad (artículos 2 y 3.4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

En definitiva, si de la información disponible resulta la existencia de fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un delito de cualquier naturaleza o gravedad (siempre que sea perseguible de oficio), el principio de legalidad obliga al Ministerio Fiscal a promover el inicio de la fase de instrucción. Del mismo modo, si los indicios perduran finalizada la investigación judicial, deberá formular acusación contra los presuntos responsables para su enjuiciamiento, ejercitando la acusación con el objeto de que se castigue a los encausados en fase de juicio oral. Todo ello a través de una estricta interpretación de la norma penal por parte de los tribunales y de la propia fiscalía

2.2 PREMISA PROCESAL: LA PRUEBA DE LAS CAUSAS OBSTATIVAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

La premisa procesal asume que, por un lado, la carga de la prueba de las causas obstativas de responsabilidad (o los hechos impositivos, como se prefiera) corresponde a la parte que quiere hacerse valer de ellas (esto es, a la defensa¹²) y, por otro lado, que esta prueba ha de tener lugar en fase de juicio oral y no en la previa de investigación¹³.

los criterios legalmente establecidos), a diferencia del principio de oportunidad, que, apoyado en esencia en el aforismo *minima non curat praetor*, permite la abstención acusatoria en determinados supuestos.

¹⁰ El principio de oportunidad no significa exclusivamente una renuncia, bajo determinadas circunstancias, a la acción penal y punir, sino un tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo. Al efecto, véase Enrique Bacigalupo Zapater, “Descriminalización y prevención”, Cuadernos del Poder Judicial, II (1986),¹⁴. Ahora bien, el principio de legalidad sí comprende una renuncia a esta diversificación de tratamiento: no hay disposición estatal sobre los hechos y el autor.

¹¹ En el ordenamiento español, la acción penal es pública (artículos 25 de la CE y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante, “LECrím”–), de tal manera que los perjudicados de un delito pueden ejercitarla (acusación particular) e, incluso, existe la denominada acusación popular (figura procesal que otorga legitimación activa en un procedimiento penal a cualquier ciudadano, dentro de los términos legales y jurisprudenciales establecidos).

¹² Entre otras, SSTS, Sala 2ª, número 336/2009, de 2 de abril [RJ 2009/4151] y número 531/2007, de 18 de junio [RJ 2007/3461]. Para una postura crítica sobre la jurisprudencia del TS y la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba, véase Antonio Cuerda Riezu, “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, InDret, nº 2/2014 (2014).

¹³ Entre otras, SSTS, Sala 2ª, número 1524/2004, de 29 de diciembre [JUR 2005/830] y número 903/2011, de 15 de junio

Es doctrina consolidada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho activo, sino de carácter reaccional¹⁴. Esto significa que no precisa de comportamiento proactivo por parte del titular del mismo; no requiere que este solicite o practique prueba para acreditar su inocencia si quiere evitar la condena, en tanto que la carga de la prueba de su culpabilidad está atribuida al que la afirme existente, que es el que tiene que acreditar la existencia no solo del hecho punible, sino la intervención que en él tuvo el acusado¹⁵. Dicho de otro modo, corresponde a la acusación la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal¹⁶ en tanto que el ámbito de la presunción de inocencia son los hechos presuntamente delictivos que se imputan al acusado y su ejecución por el mismo. Probados por la acusación tanto el hecho y como la participación del acusado en el mismo, la carga probatoria se traslada a este cuando alega hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaran como por él cometidos¹⁷. En este contexto, se diferencia entre el hecho negativo y el hecho impeditivo, en el sentido de que no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditándose aquellos, impida sus efectos punitivos. Esto último debe probarlo quien lo alega¹⁸. Consecuentemente, lo que dispensa o “libera” de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho: pero acreditada la misma, se produce una equiparación procesal entre las partes, de tal modo que la acusada, si introduce en la causa un hecho impeditivo, tiene que probar su existencia¹⁹. La jurisprudencia expresada, mantenida de modo pacífico e inveterado, ha sido enarbolada con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰.

El segundo elemento relevante a los efectos de este análisis es determinar el momento en el que deben probarse las causas obstativas de responsabilidad. Al respecto, la jurisprudencia ha determinado que la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma (*i.e.*, es suficiente para acordar la apertura del juicio oral). Tan es así que el juez encargado de la investigación,

[R] 2011/5862].

14 Entre otras, STS, Sala 2ª, número 836/1994, de 18 de abril [R] 1994/3338].

15 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 349/1996, de 19 de abril, [R] 1996/2887].

16 STC, Sala 1ª, número 303/1993, de 25 de octubre [RTC 1993/303], por señalar una de las mismas fechas a las que pertenece el corpus jurisprudencial al que estamos atendiendo.

17 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 166/1995, de 9 de febrero, [R] 1995/803].

18 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 147/1995, de 4 de febrero [R] 1994/665].

19 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 349/1996, de 19 de abril, [R] 1996/2887]. El tribunal afirmó que entender lo contrario (esto es, que basta la alegación de un hecho impeditivo por la defensa) privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los tratados internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar la indefensión.

20 Señaladamente, SSTS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [R] 2016/600] y número 221/2016, de 16 de marzo [R] 2016/824]. Más adelante se verán las particularidades que han surgido al respecto.

salvo en casos manifiestos y diáfanos, no puede adentrarse en cuestiones que afectan a la culpabilidad, entrando en juicios de inferencia, pues ello supondría rebasar las funciones propias de la instrucción. La lógica que subyace es que los elementos que determinan la culpabilidad del procesado exigen la celebración de verdaderos actos de prueba –que tan solo tienen lugar en fase de juicio oral (con anterioridad, solo serán diligencias que confirmen o no indicios inculpativos)–, y análisis valorativos más profundos que meras inferencias. Lo contrario, sostiene esta misma jurisprudencia, implicaría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la parte acusadora²¹. Ciertamente es que el artículo 637 de la LECrim permite el archivo y sobreseimiento libre cuando “*aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados*”. Por ello, esa diafanidad manifiesta que señala la jurisprudencia se refiere a supuestos en los que una causa de inimputabilidad o de justificación resulte clara, nítida y diáfana –valga la redundancia– del material de la instrucción²².

Con este panorama, se puede concluir que la carga de la prueba de las causas obstativas de responsabilidad corresponden a quien las alega (i.e., la defensa) y que deberá hacerlas valer en fase plenaria, y no durante la investigación, para que sea objeto de prueba y valorada como tal en sentido estricto (salvo en supuestos muy específicos).

21 Paráfrasis de las SSTs, Sala 2ª, número 1524/2004, de 29 de diciembre [JUR 2005/830] y número 903/2011, de 15 de junio [RJ 2011/5862].

22 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 1216/2000, de 7 de julio [RJ 2000/7459]. No obstante, en relación a un recurso de casación interpuesto contra un sobreseimiento libre, la STS, Sala 2ª, número 548/2018, de 13 de noviembre [RJ 2668/2017] dispuso: “en este punto esta Sala ha señalado (sentencia núm. 202/2018, de 25 de abril) que la resolución que decide dirigir el procedimiento frente al investigado, auto de procesamiento si es un procedimiento ordinario o la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no debe limitarse a constatar la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre otras cuestiones. De esta forma se expresa en la referida sentencia que, de aceptar tal limitación “... la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 de la Constitución Española). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida. Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable. “Criminalidad” a los efectos de los arts. 384 o 783 LECRIM es algo más que “tipicidad objetiva”. Por “criminalidad” hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado -art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación, razones que pueden llevar a la inculpabilidad o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de “criminalidad”. Podría, por tanto, deducirse una tendencia que podría modificar este segundo postulado de la premisa procesal y, por ende, nuestro punto de partida. Habrá que estar a la venidera jurisprudencia para confirmar la pulsión del TS y, en su caso, dejar en papel mojado estas reflexiones.

2.3 PREMISA NORMATIVA: LA DICCIÓN DEL ARTÍCULO 31.BIS Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La premisa normativa atiende a la literalidad del CP en materia de responsabilidad criminal corporativa. El CP establece una relación cerrada de tipos penales sobre los que se puede predicar responsabilidad penal de las personas morales (i.e., es un sistema *numerus clausus*)²³. Así, el artículo 31.bis.1 dispone que, en los supuestos previstos en la norma, “*las personas jurídicas serán penalmente responsables*”²⁴:

a) “*de 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*”; y

b) “*de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*”²⁵.

Para el caso de que el delito haya sido cometido por uno de los individuos a los que se refiere el apartado a), el artículo 31.bis.2 del CP establece que “*la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad*” si se cumplen cuatro condiciones, a saber:

23 En la parte especial del CP, los ilícitos seleccionados por el legislador incorporan una regla como la que sigue: “*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas*”, enumerándose las concretas sanciones a imponer al ente organizacional. Estos delitos van más allá de los relativos a la corrupción e incluyen ilícitos relativos a la trata de seres humanos, la explotación sexual, el descubrimiento y revelación de secretos o medioambientales, entre otros muchos. Un repaso de cómo ha evolucionado el elenco de los delitos que generan responsabilidad penal corporativa y su estado actual puede encontrarse en Beatriz Bustamante Zorrilla, “Prevenición de los riesgos penales de la persona jurídica”, en *Defensa Corporativa y Compliance*, VV.AA. (Pamplona: Thomson Reuters, 2019), 296-298. Criticando esta relación por insuficiente, véase José Miguel Zugaldía Espinar, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo)”, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. (Madrid: Universidad Ramón Aceres, 2016), 710.

24 Nótese que la no homogenización en los criterios de listar unos y otros extremos (con números o mediante letras) en este apartado responde a la propia dicción de la norma.

25 Es importante resaltar que el artículo 31.ter del CP estipula un sistema de responsabilidad autónoma y acumulativa al disponer que la responsabilidad penal de la persona jurídica es exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Así, la responsabilidad corporativa no excluye la del individuo, y viceversa, y persiste con indiferencia del reproche concreto del individuo que debiera responder (José Miguel Zugaldía Espinar, “*Societas delinquere potest* (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley Penal*, nº 76 (2010), 6).

1. Que se hubiera adoptado antes de la comisión delictiva un modelo de organización y gestión (i.e. de cumplimiento) idóneo para prevenir ese ilícito o reducir de forma significativa tal riesgo;
2. Que el funcionamiento y cumplimiento del modelo se haya confiado a un órgano independiente²⁶;
3. Que los infractores hayan cometido el ilícito eludiendo fraudulentamente el modelo; y
4. No concurre una omisión o insuficiencia en la supervisión de ese órgano independiente.

Por el contrario, cuando el delito haya sido cometido por los individuos del apartado b), dispone el artículo 31.bis.4 del CP que la persona moral “*quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha 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*”²⁷.

Con independencia de que el ilícito de referencia haya sido cometido por los individuos del apartado a) o del apartado b) del artículo 31.bis.1, la acreditación parcial de estas condiciones será valorada a los efectos de atenuación de la pena corporativa, según los artículos 31.bis.2 y 4 *in fine*.

En todo caso, para que la persona jurídica pueda quedar “*exenta de responsabilidad*”, estos modelos de organización y gestión que hemos señalado han de cumplir seis requisitos (artículo 31.bis.5 del CP)²⁸:

26 Salvo, ex artículo 31.bis.3 del CP, en personas jurídicas de pequeñas dimensiones (esto es, que estén autorizadas por la legislación aplicable para presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada), en cuyo caso esa función la podrá desarrollar el propio órgano de administración.

27 Existe controversia sobre si el CP dispone un único sistema de exención o más bien dos distintos y diferenciados entre sí cuando diferencia expositivamente entre si el delito base ha sido cometido por las personas enunciadas en el párrafo a) o por las apuntadas en el párrafo b) del artículo 31.bis. Es decir, el debate se centra en si las condiciones que deben operar en uno y otro supuesto son o no las mismas. Para algunos, la única semejanza relevante que existe es la condición de elusión fraudulenta, que solo aplicaría en los supuestos en los que el hecho haya sido perpetrado por las personas indicadas en el artículo 31.bis.1.a (por ejemplo, la FGE en su Circular 1/2016, 62; Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sección 1. Cuestiones materiales”, en Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2016), 184; o José León Alapont, “Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 vis 2 a 5 CP y 31 quater CP”, Revista General de Derecho Penal, nº 6 (2019), 22-23). Por otro lado, algunas voces encuentran mayores diferencias (como Alfonso Galán Muñoz, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 156 y ss. José L. González Cussac, “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, Estudios penales y criminológicos, nº 39 (2019): 598 y ss.

28 De esta manera, aunque parece acertado no hablar de forma uniforme y canónica de estos modelos –en tanto que

1. Identificación de las actividades en cuyo ámbito se puedan cometer los delitos a prevenir.
2. Establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.
3. Destinación de recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6. La verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Como se ve, los modelos no deben limitarse a aportar directrices de conducta o códigos de buen comportamiento, sino que han de contener igualmente medidas idóneas para evitar, o al menos dificultar, la comisión de delitos²⁹. Su objeto es sistematizar los procedimientos y las medidas adoptadas dirigidas a este fin³⁰.

variarán según el tamaño, el sector y la idiosincrasia de la entidad—, el legislador ha establecido una serie de pautas mínimas y genéricas que deben atenderse para que los modelos puedan desplegar sus efectos normativos. Ahora bien, recordemos que la Circular de la FGE 1/2016 (a la que después aludiremos) es menos exigente para con los fiscales en supuestos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones: “*Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.*” Nótese que, hasta la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, existía discusión sobre el trato que merecía contar con un programa de cumplimiento en el momento de la comisión del delito. Aunque estaba —y sigue estando— reconocido como una atenuante 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, el CP nada decía hasta la reforma de 2015 sobre el trato que merecía la existencia de los modelos al tiempo de la comisión, como advertía, entre otros, Jacobo Dopico Gómez-Aller “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Memento Experto (Reforma Penal 2010)*, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2010), 170. Ciertamente sector doctrinal ya se inclinó por la propuesta vigente, véase entre otros Silvina Bacigalupo Saggese, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *Diario La Ley*, nº 7541 (2011), 7.

29 Jacobo Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, VV.AA. (Madrid: Dykinson, 2018), 148.

30 Osvaldo Artaza Varela, “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo

Además de la ya señalada atenuante por la acreditación parcial que estipulan los artículos 31.bis.2 y 4 *in fine*, el CP dispone que son atenuantes “*haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales*” una o varias de las siguientes cuatro actividades (artículo 31. quater)³¹:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- 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.

Dejando a un lado las cuestiones relativas a las personas jurídicas excluidas del régimen de responsabilidad penal (artículo 31. quinquies), el régimen de consecuencias accesorias (artículos 129 y concordantes), al elenco de penas corporativas y la modulación penológica (artículos 33.7 y 66.bis del CP) y alguna cuestión puntual más, como la relativa a los efectos de la transformación corporativa (artículo 130.2), lo transcrito sería a grandes rasgos la referencia normativa sustantiva española para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.4 PREMISA HERMENÉUTICA. LA TEORÍA DEL HECHO DE CONEXIÓN COMO MODELO SEGUIDO POR EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL PARA ACOGER LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

Establecidas las premisas no controvertidas, discurremos sobre la hermenéutica que ofrece una

empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en Responsabilidad de la Empresa y *Compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), 237. Sobre los modelos en general, véase entre otros Adán Nieto Martín, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en *Compliance y teoría del Derecho*, VV.AA. (Madrid: Marcial Pons, 2013), *passim*.

31 Al respecto, acúdase a Beatriz Goena Vives, Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica (Marcial Pons: Madrid, 2017), *passim*.

concepción interpretativa del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurada por el legislador en el artículo 31.bis y concordantes del CP. Para evitar malentendidos, adelantamos que está lejos del consenso, pues tanto el TS como la FGE discrepan al respecto, como veremos³².

Hemos visto que el artículo 31.bis dispone que “*las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos*” por determinadas personas físicas en determinadas circunstancias. Una interpretación literal del precepto nos guiaría a concluir que el modelo implantado responde a un sistema vicarial o de heterorresponsabilidad: cometido un delito por un sujeto en las condiciones del precepto, la persona jurídica responde penalmente por el mismo. La responsabilidad “*de los delitos cometidos*” por los individuos se transfiere al ente colectivo.

Como bien es conocido, el sistema vicarial sigue un modelo principal-agente³³ e implica, en el marco de la teoría jurídica del delito germánico-continental, que cuando una persona física es responsable por la comisión de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, tal responsabilidad es igualmente predicable de la persona jurídica. Los elementos delictivos tanto objetivos como subjetivos que concurren en un individuo que actúa en nombre de la entidad a la que pertenece son directamente imputables a esta última, de tal modo que esta es criminalmente responsable por el comportamiento de aquel. Ahora bien, esta responsabilidad corporativa se modularía a través de las cláusulas relativas al cumplimiento normativo que hemos reproducido en la premisa normativa. Estaríamos, pues, ante un sistema similar en la esencia al estadounidense³⁴. Esta interpretación es, precisamente, la que sigue

32 Véase, en este sentido, Alejandro Ayala Gonzalez, A., desarrollando *in extenso* esta premisa, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. La extralimitación contra *legem* del Tribunal Supremo, la hermenéutica incompleta de la Fiscalía General del Estado y la vaguedad del art. 31.bis CP”, *InDret*, nº 1/2019 (2019), 14 y ss.

33 Un modelo principal-agente en el que el primero (persona moral) debe responder por los actos ilícitos cometidos por los segundos (sus integrantes) en tanto que también se beneficia de la imputación de los actos beneficiosos que desarrollan. Así, los ilícitos cometidos por los integrantes de una organización son imputables a esta siempre que hubieran actuado en el marco de las competencias que tenían atribuidas. No solo se imputa la conducta, sino también el elemento subjetivo con la que esta se desarrolló. Véase Ellen S. Podgor, “Disruptive Innovation in Criminal Defense: Demanding Corporate Criminal Trials”, *Mercer Law Review*, nº 69 (2018), 827-828.

34 Adviértase que se hace esta afirmación con plena consciencia de que el legislador español replicó íntegramente, salvo algún detalle menor, el modelo italiano plasmado en el Decreto Legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001 (en adelante, DLeg). La responsabilidad que se establece en el país vecino es de carácter administrativo derivada de la comisión de delitos, una suerte de *tertium gentius* que conjuga los trazos esenciales del sistema penal y del ámbito administrativo (Motivo I Exposición de Motivos del DLeg. 231). La expresión “*la persona jurídica será responsable de los delitos cometidos por determinadas personas físicas*” acuñada en Italia, traspasada al ordenamiento penal español, implica una configuración literal que invita hacia su interpretación en clave de heterorresponsabilidad. Esta opción se agudiza si se tiene en cuenta que, en la legislación itala, cuando los hechos criminales se imputan a los directivos de la entidad (art. 6.1 DLeg. 231, equivalente al art. 31.bis.1.a de nuestra Ley), se produce una presunción legal de responsabilidad corporativa que se excluye solo si se acreditan determinados extremos relativos a los modelos de organización y control. Es decir, se establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad. Para acceder a un análisis sistemático de los modelos italiano o estadounidense, véase, entre otros, Helena Prieto González y Alejandro Ayala González, “Derecho Comparado”, en *Memento Experto Compliance Penal*, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2017), 237 y ss. En todo caso, para conocer sobre el sistema estadounidense, véase Jennifer Arlen, “Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence”, en *Research Handbook on the Economics of*

y propone la FGE en sus Circulares 1/2011 y 1/2016³⁵, así como algunas voces³⁶.

Sin embargo, y sin entrar en grandes disquisiciones por no ser este el objeto de este trabajo³⁷, el modelo vicarial resulta difícilmente superable en términos constitucionales, que proscriben esa responsabilidad por hecho ajeno en la que innegablemente se ancla la heterorresponsabilidad. Estaríamos ante una suerte de responsabilidad objetiva en la que, aunque modulada a través de unos filtros relativos al cumplimiento normativo, se traslada la responsabilidad de los vicarios a la entidad. En el estado actual de las cosas, el consagrado principio de culpabilidad hace que esta línea interpretativa sea difícilmente viable³⁸. No en vano los artículos 31.bis.2 y 4 del CP hablan de la posibilidad de que la persona jurídica “*quede exenta*”. Adicionalmente, esta transferencia no parece encajar con el sistema de responsabilidad autónoma y acumulativa que instaura el artículo 31.ter del CP³⁹: si existiera una transferencia en sentido estricto, la responsabilidad penal de la persona jurídica no podría ser exigible cuando la concreta persona física responsable no hubiera sido individualizada y hallada responsable

Criminal Law, VV.AA. (Boston: Elgar Publishing, 2012), *passim* o Brandon L. Garrett, Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations (Cambridge: Harvard University Press, 2016), *passim*. Para un repaso histórico del sistema norteamericano, en castellano, acúdase a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), *passim*. Respecto al modelo italiano, véase, entre otros, Sergio Seminará “Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), *passim*.

35 Las circulares son los instrumentos que la propia FGE elabora a efectos de mantener la unidad de actuación del cuerpo de fiscales, resolver consultas y dirigir instrucciones dentro de la institución.

36 Véase Bernardo del Rosal Blasco, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, Diario La Ley, nº 8731 (2016), 12 o José Luis Díez Ripollés, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, InDret, nº 1/2012, (2012), 14 y ss.

37 Para ello, puede acudir a Luis Rodríguez Ramos, “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016)”, Diario la Ley, nº 8766, (2016), *passim*.

38 Algunas voces abogan por que el principio de culpabilidad no rige como tal cuando se exige responsabilidad penal a los entes colectivos. Véase al respecto Miguel Bajo Fernández, “La responsabilidad penal colectiva”, Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, T. VII, VV.AA. (Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2006), 66 y ss. Comparto la idea de que la responsabilidad criminal de los entes colectivos no implica admitir que estos deban someterse a un régimen idéntico al existente para las personas físicas. Las categorías de acción y culpabilidad de la teoría del delito son difícilmente predicables de las personas jurídicas: ciertamente, creo que poco se puede reprochar al ya clásico “*no body to kick, no soul to damn*” (ningún cuerpo que patear, ningún alma a la que reprochar), que refleja la dual incapacidad de las organizaciones en términos metafísicos. Al respecto, se recomienda la lectura, entre otros, de Meir Dan-Cohen, “Sanctioning corporations”, en Journal of Law and Policy, nº 19-1 (2010), *passim*; Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, *passim*; o Javier Cigüela Sola, La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa (Madrid: Marcial Pons, 2015), 43 y ss. y 293 y ss. Estos autores analizan la responsabilidad criminal de los entes organizacionales desde metodologías distintas a las tendencias más comunes propias del holismo y teorías luhmannianas de sistemas (como el individualismo metodológico). Ahora bien, tales propuestas son, si se permite la expresión, dogmática de *lege ferenda* mientras que lo que esta reflexión realiza es un trabajo exegético (dogmática de *lege lata*), por lo que, en este ejercicio normativo-positivista, no podemos obviar, me temo, el elemento culpable al día de la fecha.

39 Véase la nota 25.

previamente, pues esto es condición necesaria para poder proceder con la transferencia. De hecho, el propio legislador, mediante la reforma del CP desarrollada por la Ley Orgánica 1/2015, indicó que, con la misma, se ponía *“fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”*. Por ello, un déficit de técnica legislativa no debe ser óbice para que la hermenéutica a desarrollar sea compatible con los principios y postulados del ordenamiento, siempre –claro– que se respete la dicción del CP o, como decíamos en la premisa sistemática, entre dentro del sentido literal posible de la norma. La interpretación, entiendo pues, debe ser otra.

Así las cosas, se puede partir de la base de que todavía no han sido superadas las limitaciones antropomórficas del derecho penal, de tal manera que la imputación de una persona jurídica pasa por la actuación previa de una persona física determinada⁴⁰; existe una acción “personal” para poder hablar de una “propriadamente” corporativa⁴¹. Tal es así que resulta que la acción de un individuo constituye un presupuesto de la responsabilidad penal de los entes colectivos: sin la conducta de aquel no puede entenderse una actuación corporativa en términos penales.

Pues bien, si atendemos a las propuestas doctrinales que existen actualmente para explicar y articular la responsabilidad criminal de las personas morales, parece que una opción razonable y respetuosa con la dicción del CP y los principios fundamentales del ordenamiento es entender que el legislador español ha optado por un modelo del hecho de conexión (o hecho de referencia)⁴². La acción (ontológicamente) realizada por los individuos es jurídicamente imputable al ente organizacional cuando concurren los requisitos que estipula el artículo 31.bis (giro de empresa, beneficio directo o indirecto para esta última y, en el apartado b) del precepto, indebido control por parte de los sujetos del apartado a)). Es decir, la norma enumera las condiciones que deben darse para que la actuación de determinadas personas físicas pueda considerarse jurídicamente como propia del ente colectivo. La acción típica de la persona jurídica consiste en la realizada por una persona física cuando concurren los requisitos

40 Debe guardar cierta relación con el ente colectivo, como se afirma en Miguel Bajo Fernández, Bernardo Jose Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2.^a ed. (Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2016), 65 y ss.

41 Miguel Bajo Fernández, Bernardo Jose Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2.^a ed. (Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2016), 91.

42 Adviértase que se pueden encontrar diferentes alusiones al “hecho de conexión” o “hecho de referencia” cuando se tratan teorías o propuestas dogmáticas distintas. Y ello tanto en la doctrina como en la propia jurisprudencia (la cual, como veremos, mantiene una concepción de responsabilidad penal corporativa distinta). Para evitar problemas semánticos, en este contexto el hecho de conexión no se utiliza como un “presupuesto” de la responsabilidad, sino como el nombre dado al propio sistema por cuya interpretación se está optando. Nótese que el presente trabajo atiende a las categorías dogmáticamente desarrolladas para explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aceptándolas tal y como han sido enunciadas generalmente por la doctrina. No obstante, no se es ajeno a las voces que se dirigen a afirmar que el modelo del hecho de conexión responde, en realidad, a una suerte de heterorresponsabilidad.

de vinculación entre ambos que normativamente se exigen (presupuestos del art. 31.bis.1 del CP). En este esquema, el hecho ejecutado por la segunda puede considerarse propio de la primera en términos jurídico-penales⁴³. De este modo, el CP instituye un sistema de atribución de responsabilidad a las entidades colectivas por el hecho delictivo cometido por una persona física perteneciente al ámbito social: hecho de conexión como hecho propio⁴⁴.

Esto significa que las personas físicas no *transfieren su responsabilidad* al ente colectivo. El sistema de atribución del CP parte de la base de que las personas morales requieren de individuos para poder actuar y, atendiendo a esta realidad metafísica y ontológica, estipula qué condiciones normativas deben concurrir para entender un hecho como propio de la persona jurídica, para que esta sea concebida como autora del mismo⁴⁵. Así, el acto realizado por una persona física, concurriendo los debidos requisitos (presupuestos del art. 31.bis 1 CP), es jurídicamente imputable al ente colectivo. En definitiva, para suplir la incapacidad de acción que tienen las personas jurídicas, el CP estipula un sistema de atribución determinando las condiciones que deben concurrir para que ese ilícito pueda considerarse, jurídico-penalmente, como cometido por el propio ente colectivo⁴⁶.

Por su parte, en relación con la culpabilidad, los artículos 31.bis.2 y 4 del CP hablan expresamente de que la persona jurídica “*quedará exenta de responsabilidad*” si cuenta con un modelo de organización determinado. La existencia de un modelo idóneo de prevención sería la faz negativa de la responsabilidad penal corporativa⁴⁷, estipulado como una circunstancia que permite eximir de responsabilidad o, en caso de acreditación parcial, atenuarla. Por ello, si estamos ante un elemento que permite que la persona moral *quede exenta* de responsabilidad, si la técnica legislativa de estos preceptos sigue el modelo genérico tanto de las causas de exención (y justificación), como de las atenuantes por acreditación

43 José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 270 y ss. Podría hablarse de una suerte de autoría accesoria (Bernardo Jose Feijoo Sánchez, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, VV.AA. (Pamplona: Thomson-Civitas, 2011), 92), en la que se normativamente se hace responsable –o corresponsable– de un tipo penal alguien que ontológicamente no puede cometerlo (Bernardo Jose Feijoo Sánchez, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed. (Navarra: Civitas, 2016), 75 y ss.

44 Silvana Bacigalupo Saggese, “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, VV.AA. (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013), 80.

45 María Jesús Guardiola Lago, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 57.

46 Silvana Bacigalupo Saggese, “La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal”, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. (Madrid: Universidad Ramón Acero, 2016), 32.

47 Antonio del Moral García, “Las investigaciones internas. La colaboración con la administración de justicia. El secreto profesional”, en *Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento – Cuadernos de Derecho para ingenieros*, 53, VV.AA. (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 211.

parcial, estipulado en los artículos 20 y 21 del CP⁴⁸, es plausible entender que estamos ante una causa eximente⁴⁹ y que, por ende, esos modelos de gestión se insertan en el ámbito de la culpabilidad.

Así, la culpabilidad corporativa está constituida por el denominado defecto de organización. El reproche social se fundamenta en que la persona moral y sus órganos sociales no han tomado las suficientes medidas de cuidado que son necesarias para garantizar un negocio ordenado y ajeno a la ilicitud penal⁵⁰. La persona jurídica es culpable por haber omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo social no delictivo⁵¹, por haber permitido una ausencia de organización eficiente que de haber existido habría permitido evitar, o al menos dificultar, la comisión del delito base⁵². El ente colectivo muestra un grado de desorganización suficiente que no le ha permitido prever e impedir la comisión del ilícito de referencia, lo que fundamenta su reproche.

En definitiva, la premisa hermenéutica reside en que el legislador español ha optado por un modelo del hecho de conexión (o hecho de referencia) para definir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁵³.

2.5 ESTADO DE SITUACIÓN. EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO PREMIO TARDÍO Y LA PENA DE BANQUILLO COMO REPROCHE CORPORATIVO INELUDIBLE

La lectura sistemática de las premisas anteriores nos lleva a concluir que el panorama que deriva del planteamiento del legislador se presenta, a priori, como muy adverso para los entes colectivos encausados.

Si en virtud del principio de legalidad el Ministerio Fiscal tiene obligación sin margen de

48 El artículo 20 recoge el elenco de circunstancias que hacen que “estén exentos de responsabilidad criminal” los reos, mientras que el artículo 21.1 determina que es circunstancia atenuante “*las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*”.

49 Rodríguez Ramos, “Sobre la culpabilidad”, 11 y ss.

50 Silvina Bacigalupo Saggese, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Barcelona: Bosch, 1998), 171.

51 José Miguel Zugaldía Espinar, “Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, nº 119 (2016), 5.

52 José Miguel Zugaldía Espinar, “Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, nº 119 (2016), 5.

53 En el mismo sentido, Manuel Gómez Tomillo, “Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 25 (2011), *passim*; Silvina Bacigalupo Saggese, “*La responsabilidad penal de los entes colectivos*”; José Miguel Zugaldía Espinar, “*Societas delinquere potest*”, *passim*. Para profundizar en la propuesta dogmática del hecho de conexión, puede acudir a Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015), *passim*.

discrecionalidad de ejercitar la acción penal cuando aprecie la concurrencia de los elementos de un tipo penal (*i.e.*, existan indicios incriminatorios); si las causas obstativas de responsabilidad han de ser valoradas en fase de juicio oral y no en la fase previa de investigación (salvo en supuestos de carácter nítido, rotundo y diáfano); si, en el caso de las personas jurídicas, la tipicidad viene determinada por el hecho de referencia y la conducta de una o varias personas físicas, pero los modelos de organización se insertan en el ámbito de la culpabilidad, la conclusión parece sencilla: en los procedimientos que se dirijan contra una persona física y una persona jurídica por un delito que acarree responsabilidad penal corporativa, cualquier indicio delictivo suficiente contra la primera implicará el enjuiciamiento no solo del individuo, sino también, de manera automática, el del ente colectivo, sin importar el despliegue de cumplimiento normativo que haya podido realizar internamente (antes o después de la comisión delictiva).

Si configuramos el hecho de referencia como hecho propio de la persona jurídica, digamos que esta se encuentra atada a la actuación de sus integrantes, a su merced de modo superlativo. La corroboración de la existencia indiciaria de una conducta típica por parte de un integrante de una organización supone, según la teoría del hecho de conexión, que también hay indicios incriminatorios contra esta. Las personas morales estarán sometidas sí o sí al escrutinio de juicio oral por unos hechos sobre los que, en puridad, ontológicamente, no tuvo un verdadero dominio del hecho –sino, a lo sumo, un dominio de organización funcional-sistemática⁵⁴–. Su posición respecto al hecho de referencia es distinta a la que cualquier persona física pueda tener e, inevitablemente, siempre estará a priori “más alejada” o “distante” en términos de perpetración, ontológicamente hablando. Aun así, tendrá que afrontar un juicio oral.

El juicio de probabilidad que debe desarrollarse en la instrucción (sobre indicios), distinto al juicio de certeza del juicio oral (sobre pruebas), difícilmente puede determinar de manera nítida, rotunda y diáfana la causa obstativa de responsabilidad penal de los entes colectivos. La acreditación de los modelos de control y su valoración constituyen una empresa apriorísticamente no sencilla y, consecuentemente, no cumplirán con los requisitos jurisprudenciales determinados para ser acogidos en sede de investigación. De hecho, el carácter pericial por el que muchas veces se aboga como medio de prueba⁵⁵ supone que su valoración y sus efectos se desplieguen en fase de juicio oral⁵⁶.

54 Silvana Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 179 y ss., refiriéndose a la teoría desarrollada por Günter Heine.

55 Entre otros, Fernando Gascón Inchausti, Proceso penal y persona jurídica (Madrid: Marcial Pons, 2012), 147 o Adán Nieto Martín, “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en Manual de cumplimiento penal en la empresa, VV.AA. (Valencia, Tirant lo Blanch: 2015), 116.

56 No es poco usual –desgraciadamente– que en la práctica diaria la prueba pericial de parte se reserve para la fase plenaria en una argumentación sustentada en que los artículos 456 y ss. de la LECrim regulan solo los análisis periciales judiciales, que serían las que podrían practicarse como diligencias de investigación en fase de instrucción, quedando

Así, el ente organizacional podrá combatir en fase de instrucción la concurrencia del hecho de referencia, como cualquier otro investigado, pero no podrá enarbolar la bandera del cumplimiento normativo; al menos, con la esperanza de abandonar el procedimiento en tal fase. En este escenario, la persona jurídica podrá intentar hacer valer su sistema de prevención y control en la fase de investigación, pero a los únicos efectos de que el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, entienda que concurre una causa eximente y, por tanto, aunque exista un hecho típico (y antijurídico), no es culpable desde la perspectiva de la entidad y, por ende, solicite la absolución y no la condena corporativa. Pero esto no evitará su paso por el juicio oral: su modelo de organización deberá valorarse en todo caso por el órgano enjuiciador, en juicio; no por el instructor, en la investigación previa⁵⁷.

En definitiva, las personas morales se deben enfrentar ineludiblemente a la denominada “pena de banquillo”, con el correspondiente carácter estigmatizante que ello conlleva⁵⁸ o el ya clásico daño social de reputación que se le asocia comúnmente. El despliegue de cumplimiento normativo solo puede configurarse, pues, como un “premio tardío” en fase plenaria.

Con independencia de la idoneidad, eficacia y robustez de su sistema interno, la persona moral está abocada a demostrarlo en juicio. Y es ella la que tendrá que probarlo y no la acusación más allá de cualquier duda razonable. Es ella la que tiene que articular el acervo probatorio adecuado para desvirtuar esa culpabilidad que la teoría del hecho de conexión le atribuye. La carga de la prueba corresponde a la organización, que tiene que enervar las tesis acusatorias apoyadas en la concurrencia del hecho de conexión.

De la misma manera, el hecho de que el artículo 31. quater del CP prevea la confesión de la persona jurídica o autodenuncia como una atenuante de responsabilidad no parece ser del todo esperanzadora. Si una organización, en la ejecución de su modelo de control, detecta una actuación presuntamente delictiva y decide ponerlo en conocimiento de las autoridades para iniciar un procedimiento penal para dirimir las oportunas responsabilidades, tan solo podrá optar a que la pena corporativa asociada a ese hecho de referencia sea vea reducida. Es decir, aun cuando su sistema interno le permita detectar ilícitos en su seno (i.e., es eficaz desde un plano reactivo), aun cuando decida denunciarlos, el riesgo de condena existirá.

aquellos sometidos al régimen de prueba en sentido estricto (i.e., como elemento del juicio oral). Véase la STS, Sala 2ª, número 365/2018, de 18 de julio [RJ 2018/3591].

57 Respecto al momento procesal oportuno para probar la existencia de un adecuado modelo de organización, VV.AA. Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos (Navarra: Aranzadi, 2018), 40.

58 Véase la STS, Sala 2ª, número 654/2007, de 3 julio [RJ 2007/4927]. Señala la STS, Sala 2ª, número 1179/2001, de 20 julio. [RJ 2001/494] que, precisamente por ese carácter estigmatizante, existe la fase de instrucción: para decidir si procede o no abrir juicio contra una persona determinada.

Se puede pensar en la posibilidad de que, en verdad, la persona jurídica tiene la oportunidad de hacer valer su modelo de gestión para evitar su responsabilidad penal. Incluso, se puede articular que el descubrimiento de los hechos y posterior denuncia son una manifestación de la eficacia e idoneidad del sistema. Ahora bien, solo podrá hacerlo en fase de juicio oral. Es más, asumiendo que de otra manera no se hubiera descubierto el hecho de conexión, si no se consigue probar la eximente, se dará la paradoja de que la organización será condenada por su propia iniciativa (eso sí, con una pena inferior a si el Estado hubiera detectado el delito por sí solo)⁵⁹.

En definitiva, la atenuación de la pena se presenta como un débil incentivo para fomentar confesiones corporativas. Poco o nada le interesa a una persona jurídica formular autodenuncia en tanto que la “recompensa” asociada es más bien limitada (por no decir peligrosamente nula). La penitencia procesal se presenta inexcusable.

De esta manera, una lectura sistemática de las premisas establecidas lleva a la conclusión de que las personas jurídicas enfrentan un panorama jurídico-procesal penal complicado. La confesión corporativa poco o nada les reporta y, ante todo, están avocadas a una pena de banquillo siempre que los hechos objeto del procedimiento revistieran de un carácter indiciariamente delictivo dentro del abanico *numerus clausus*. Los entes colectivos no tienen la posibilidad de hacer valer exculporiamente sus modelos de organización y control en otro momento que no sea la fase plenaria.

¿O no necesariamente?

3. PLANTEAMIENTOS SISTEMÁTICOS ALTERNATIVOS: ¿EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO AL RESCATE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Este sometimiento de las personas jurídicas a la pena de banquillo en todo procedimiento podría ser entendido como una manifestación de ese problema penal consistente en que el derecho sustantivo y el derecho procesal están desconectados entre sí⁶⁰. El legislador ha instaurado, siguiendo la teoría del hecho de conexión, un sistema de responsabilidad corporativa cuyo encaje en el proceso penal nos guía a las (nefastas) consecuencias que hemos determinado en nuestro estado de situación.

Sin embargo, este estado de situación se basa en una serie de premisas, de las que, como adelantábamos,

59 Sobre los dilemas que esconde la formulación de autodenuncia, véase Julio Banacloche Palao, “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, VV.AA. (España: Fiscalía General del Estado, 2018), 19-27.

60 Este problema, entre otros, es advertido y analizado de manera general por Gonzalo Quintero Olivares en *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal* (Madrid: Iustel, 2012), 41.

una de ellas no es indubitada: la hermenéutica. En efecto, contamos con interpretaciones alternativas del TS y la FGE sobre el artículo 31.bis y concordantes del CP que implican que la coyuntura jurídico-procesal a la que se tienen que enfrentar las personas jurídicas en la práctica sea, al menos teóricamente, otra distinta y más benevolente.

3.1 LA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL DELITO CORPORATIVO COMO SOLUCIÓN A LA PENA DE BANQUILLO

El TS ha interpretado y entendido la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la óptica de los sistemas sociales autopoieticos⁶¹, en contraposición a la teoría del hecho de conexión que contempla la exégesis de la premisa hermenéutica⁶².

61 La autopoiesis es un concepto que se atribuye a los biólogos Humberto Maturana y Francisco Varela, quienes lo usaron para explicar el proceso circular de reproducción de los seres vivos por la química de auto-mantenimiento de sus células. Posteriormente fue acogido y utilizado por el sociólogo Niklas Luhmann para elaborar su teoría de la comunicación y explicar que los sistemas sociales son sistemas autorreferenciales autopoieticos, en la lógica de que están constituidos por elementos producidos por los propios sistemas que componen estos mismos elementos. Para profundizar sobre la propuesta teórica, véase Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (Barcelona-México-Santafé de Bogotá: Anthropos-Universidad Iberoamericana-CEJA Pontificia Universidad Javeriana, 1998), *passim*. Para ver su aplicación en el ámbito *ius* penalista, véase, entre otros, Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, *passim*, si bien a continuación se desarrolla sucintamente en el cuerpo del trabajo por responder al entendimiento del TS.

62 La posición interna del TS en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha mostrado dividida. Tal es así que la primera sentencia de calado sobre la institución (STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [R] 2016/600) contó con un voto particular muy cualificado que contrariaba la interpretación esbozada en la fundamentación de la resolución: “conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis CP, siendo así que los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP”...1”.

A ello habría que sumarle las resoluciones tendentes a afirmar una responsabilidad vicarial. Por un lado, la STS, Sala 2ª, número 506/2018, de 25 de octubre [R] 2018/4868], que sostuvo “[t]al y como afirma la resolución, la responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta. Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución”. Por otro lado, la STS, Sala 2ª, número 123/2019, de 8 de marzo [R] 2019/1064], que advirtió que “la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión (...) a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida,

Concretamente, el TS ha declarado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe concebirse en clave de autorresponsabilidad, defendiendo el principio de culpabilidad y distinguiendo entre el injusto imputable a la persona física (el delito antecedente) y el atribuible a la persona jurídica (el delito corporativo). En esta línea, ha afirmado que la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a los efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en su seno ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de sus integrantes. Tal cultura habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos del listado *numerus clausus*⁶³. La responsabilidad de la persona jurídica requiere como presupuesto la comisión de alguno de los delitos que se señalan en la parte especial del CP como imputables a las mismas por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31.bis. Por su parte, el fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización⁶⁴.

Así, esa ausencia de cultura de respeto al Derecho debe materializarse en una omisión de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, como complementario de la comisión del ilícito por la persona física⁶⁵. En esta línea, ha aseverado que, debe probarse, además del delito cometido por la persona física y el fundamento de la responsabilidad individual, que este ha sido realidad por la concurrencia de un “delito corporativo”, por un defecto estructural en los mecanismos corporativos de prevención. Esto es, la responsabilidad penal del ente colectivo descansa en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva⁶⁶.

tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica”.

Para análisis de la primera jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad criminal corporativa, véase Carlos Gómez-Jara Díez, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2ª ed. (Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2019), *passim*. De manera más concisa, Alejandro Ayala González, “¡Houston, tenemos un problema! La indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, nº 9417 (2019), *passim*.

63 Todo el párrafo es una paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600].

64 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 757/2019, de 8 de marzo [RJ123/2019].

65 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600].

66 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016/824].

Es decir, el TS constituye como elemento de la tipicidad el defecto de organización consistente en la ineficacia de los modelos de organización y gestión del riesgo, conceptuando así lo que denomina el delito corporativo, el cual vendría a estar conformado por los “*elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa*”⁶⁷. Eso sí, este delito corporativo tan solo es apreciable sobre la previa constatación de la comisión del delito base por parte de un individuo de la organización, que se incardina como presupuesto inicial⁶⁸.

De esta manera, es apreciable que el TS ha determinado la responsabilidad penal corporativa atendiendo la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos. Esta propuesta doctrinal, partiendo de la base de que los entes colectivos son sistemas que se autoorganizan, se autoconducen y autodeterminan, concibe un sistema de responsabilidad “puro” del ente colectivo intentando obviar cualquier factor humano, en donde tanto la acción como la culpabilidad le son “propias”. Propone que, como la persona jurídica es la única competente para decidir sobre su propia organización, su comportamiento debe ajustarse a los estándares normativamente exigidos, de tal suerte que un defecto de autoorganización que haya permitido la comisión de un delito constituye el injusto penal, mientras que la falta de fidelidad hacia el Derecho se torna como base de su culpabilidad, por no haberse mostrado un comportamiento propio de un ciudadano medio⁶⁹.

La acción típica del ente colectivo recae en el defecto de organización social, mientras que la culpabilidad responde a una concepción constructivista, funcionalmente equivalente a la propia de la persona física, consistente en la ausencia de cultura corporativa de fidelidad al Derecho⁷⁰. Es decir, el eje sobre el que gira la tipicidad de la conducta de la persona jurídica es el defecto de organización, la falta del debido control sobre sus integrantes y procesos internos, lo que configura su propio injusto, separado del correspondiente a la persona física. En esta línea, la falta de modelos de organización eficaces constituiría, pues, un hecho negativo impeditivo para la apreciación de una tipicidad imputable al ente colectivo⁷¹, o, si se opta por una teoría jurídica del delito bipartita, un elemento negativo del tipo⁷². Por su parte, la culpabilidad se corresponde con una incorrecta disposición jurídica, un inadecuado

67 STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [RJ 2016/824].

68 Paráfrasis de la STS, Sala 2ª, número 742/2018, de 7 de febrero [RJ 2019/326].

69 Miguel Bajo Fernández, “La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro”, en Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García, VV.AA. (Madrid: Colex, 2006), 80.

70 Para profundizar, véanse entre otros Carlos Gómez-Jara Díez, La culpabilidad penal de la empresa, *passim* o Bajo, Feijoo, Gómez-Jara, Tratado, 121 y ss.

71 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas”, en Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo, VV.AA. (Madrid: Universidad Ramón Acero, 2016), 635 y ss.

72 Alejandro Ayala González, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 6.

tono ético, para cumplir con la legalidad vigente, esto es, un déficit de motivación para actuar de acuerdo con el fin de la norma⁷³.

Este razonamiento, no cabe duda, es frontalmente diferente al que habíamos estipulado como premisa hermenéutica y presenta en consecuencia un escenario totalmente divergente al estado de situación planteado. De hecho, implica que ese estado de situación en la práctica diaria de nuestros tribunales deba ser teóricamente inexistente, en tanto que, siendo el TS el máximo intérprete de la legalidad ordinaria, su posicionamiento es el que debe vertebrar la *praxis* exegética de los órganos judiciales⁷⁴.

Es curioso que el alto tribunal haya dicho, expresamente, que no importa la calificación jurídica que se le quiera dar a los programas de organización y control: *“ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal”*⁷⁵. Es curioso en tanto que la condición sustantiva que se le otorgue determinará su estatuto procesal. Al fin y al cabo, el derecho procesal es el instrumento necesario para la aplicación del Derecho penal⁷⁶.

Dicho lo cual, si, según el TS, el defecto de organización constituye el denominado delito corporativo, si los modelos de organización y control se ubican en el ámbito de la tipicidad, lo cierto es que la consecuencia procesal es clara: corresponde a la acusación probar su deficiencia y tiene que aportar en fase de instrucción indicios sobre su concurrencia para poder procederse a la apertura de juicio oral. La concurrencia indiciaria de un injusto individual es tan solo el presupuesto del propio injusto corporativo, que merece un tratamiento indiciario-probatorio diferenciado. Solo cuando ambos extremos queden acreditados en términos de suficiencia para tramitar una fase plenaria, la organización tendrá que hacer frente a un juicio oral. Ya no existiría ese automatismo individuo-organización, sino que el procesamiento corporativo exigirá un esfuerzo adicional en materia de indicios.

En este “juego” de indicios, la persona jurídica puede optar por una estrategia de defensa consistente en acreditar durante la investigación la existencia de un modelo de organización robusto, en la idea de desvirtuar cualquier sospecha que se intente procurar de contrario: si consigue acreditar que el

73 José Miguel Zugaldía Espinar, “Jurisprudencia aplicada”, 4.

74 Como muestra de ello puede señalarse, por ejemplo, el reciente AJCI6, de 23 de marzo de 2021 que acordó el sobreseimiento dictado respecto a una empresa con expresa referencia a la jurisprudencia señalada y el posterior AAN, Sala de lo Penal, Secc. 4ª, número 405/2021, de 8 de julio [JUR 2021\255915], que lo confirmó tras ser aquel impugnado.

75 STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [R] 2016/824].

76 Moreno Catena y Cortés Domínguez, Derecho Procesal Penal, 10.

modelo era idóneo y eficaz, poco indicio sobre el delito corporativo podrá articularse. Es decir, la acusación tiene la carga de la prueba de acreditar que concurren indicios de un delito corporativo, pero el ente colectivo puede optar por aportar indicios de descargo para socavar cualquier intento acusatorio. En palabras del TS, la “acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente”.⁷⁷

Tal es así que el propio alto tribunal ha afirmado que “de lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”⁷⁸. El Juez instructor, en fase de investigación, puede (y debe según esta concepción) valorar, en los esquemas indiciarios que le son propios, los modelos de organización para determinar si concurre un defecto de organización (un delito corporativo) para decretar o descartar el archivo de la causa respecto al ente colectivo (al margen, claro está, de valorar los indicios del hecho de referencia).

En este contexto, las personas jurídicas afrontan un dilema estratégico cuya resolución dependerá en última medida de la seguridad que se tenga sobre la idoneidad del modelo de cumplimiento. Por un lado, pueden optar por aportar su sistema de cumplimiento en fase de investigación a fin de poder abandonar el procedimiento durante la instrucción. Por otro lado, pueden optar por no aportarlo y mantener una actitud pasiva y reactiva a la vista de lo que pueda articular la acusación en relación con el delito corporativo. El dilema reside en que la primera actuación, que parecería la más proactiva en términos defensivos y de celeridad, implica que la acusación tendrá la oportunidad de rebatir las alegaciones de descargo, de examinar el modelo de organización para intentar desvirtuarlas. Es decir, es una oportunidad para que la acusación pueda ensamblar sus tesis acusatorias y pueda argumentar sobre el delito corporativo. Se le facilita, en fin, esa carga de la prueba que le correspondería según la premisa procesal⁷⁹. La segunda opción, por su parte, es más peligrosa en lo que a la evitación de la fase de juicio oral se refiere, pero evita esa posibilidad de armarse mejor a la acusación, que tendrá que probar el defecto de organización para la condena del ente⁸⁰.

77 STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [R] 2016/600]. Nótese que el TS habla en este caso de eximente, cuando inserta el defecto de organización en la tipicidad, haciendo gala –se puede entender– de esa indiferencia terminológica que le otorga al extremo.

78 STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [R] 2016/824].

79 El debate sobre a quién corresponde la carga de la prueba está abierto. Además de otras referencias ya señaladas, véase José Miguel Zugaldía Espinar, “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, Cuaderno de Política Criminal, nº 121 (2017), 19 y ss. y Carlos Gómez-Jara Díez, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario la Ley, nº 1514 (2016), *passim*.

80 La posición del TS sobre la carga de la prueba ha dado lugar a un amplio desarrollo doctrinal, que rebasa con creces las referencias a las que este artículo alude (véase la nota anterior). Sin embargo, sobre este particular, en mi opinión, diría

En todo caso, parece claro que este dilema siempre será menos severo y grave que el escenario que nos encontrábamos en el estado de situación que habíamos establecido inicialmente. El planteamiento dependerá de la propia estrategia de la persona jurídica y de si verdaderamente cuenta con un modelo de organización eficaz e idóneo, no de la propia configuración normativo-jurisprudencial de la responsabilidad penal corporativa. La hermenéutica del TS abre la puerta a evitar la pena de banquillo, permite que las organizaciones puedan abandonar el procedimiento en fase de instrucción sin depender enteramente de la previa actuación delictiva de terceros. Pueden hacer valer sus actuaciones de prevención y control, alegar y fundamentar la inexistencia de un defecto de organización durante la investigación y, en fin, defenderse y combatir la existencia de un injusto penal “propio”. En definitiva, la jurisprudencia hace que el cumplimiento normativo se recompensa sin necesidad de llegar al juicio.

3.2 LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL “ESPECIAL VALOR” DE LA AUTODENUNCIA CORPORATIVA: SOLICITUD DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

Como hemos visto al inicio de la premisa hermenéutica, la interpretación que realiza la FGE de los artículos 31.bis y concordantes del CP se desarrolla en clave de sistema vicarial. Ciertamente, este operador jurídico tuvo la ardua tarea de ser el primero en interpretar la norma, antes de cualquier desarrollo jurisprudencial y apenas doctrinal desde una perspectiva normativo-positivista. No solo desde el ámbito del derecho sustantivo, sino también procesal⁸¹. Primero lo hizo en la Circular 1/2011 y posteriormente, tras la reforma del CP del año 2015, en la Circular 1/2016.

que la prueba del defecto de organización, en caso de decaer en el lado de la acusación, se muestra como una empresa sumamente complicada en caso de que la entidad no decida aportar su modelo. Si esta no lo hace, a priori, la acusación tan solo podría acudir a dos medios para obtenerlos para su posterior análisis. El primero consistiría en requerir al ente organizacional para que lo aportara al procedimiento. Sin embargo, esta petición, entiendo, encuentra dificultades para ser requerida bajo apercibimiento de sanción, conforme a la jurisprudencia de que el derecho a la no autoincriminación impide la obtención de elementos probatorios de forma coactiva si la existencia de esos elementos depende de la voluntad del que los elabora (SSTEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993; *Sunders c. Reunio Unido*, de 17 de diciembre de 1996; *J.B. c. Suiza*, de 3 de mayo de 2001). Ello en tanto que, por un lado, la implementación de un modelo de organización y control no es una obligación normativa, un deber del órgano de gobierno, sino una facultad, en tanto que su adopción no implica, por sí misma, un reproche (al efecto, aunque identificándolo como una incumbencia y no una facultad, véase Jesús-María Silva Sánchez, “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática”, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. (Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016), 681) y, por otro lado, en España no existe una agencia u organismo público que supervise, colecciona o guarde los modelos implementados. Es decir, que la persona jurídica podría negarse a aportarlo y dejar sin material a la acusación. La otra opción sería la práctica de una entrada y registro en la sede de la organización para obtenerlo por la fuerza, pero, sinceramente, creo que los estándares de proporcionalidad que exige esta medida no se respetarían. La pesquisa con ese fin, a mi entender, está avocada irremediabilmente a ser declarada nula.

⁸¹ La adaptación procesal, por cierto, continúa siendo un clamor desde todos los sectores al día de la fecha en tanto que la reforma del CP trajo consigo, casi un año después, tan solo la incorporación de ocho artículos para regular el estatuto procesal de la persona jurídica en la LECrim, sin que haya habido ningún desarrollo normativo al efecto posterior.

No entraremos a valorar las virtudes o defectos del modelo de heterorresponsabilidad propuesto hermenéuticamente por la FGE –aunque ya lo hemos hecho sucintamente antes–. Y ello en tanto que las consecuencias vistas en nuestro estado de situación respecto a la pena de banquillo son esencialmente similares, si bien con un matiz dogmático no menor. Mientras que en el hecho de conexión hablábamos –permítase la licencia literaria– de una suerte de presunción procesal de la culpabilidad del ente colectivo (que, en puridad, es similar a los esquemas desplegados respecto a las personas físicas), en el modelo vicarial hablamos de una presunción a secas. Si los responsables vicarios personas físicas transfieren su responsabilidad, ello significa que esta se ha generado en aquellas y se traslada como automatismo al ente colectivo si concurren las condiciones del artículo 31.bis.1. El ente organizacional no tiene “responsabilidad propia”, a lo sumo puede acceder a modular o esquivar la que le corresponde vicarialmente una vez se da en origen. El cumplimiento normativo no es tanto un elemento que facultaría a *paralizar la transferencia de responsabilidad* (no es una causa obstativa de responsabilidad), sino como uno que permite *impedir el reproche corporativo*, por lo que, entiendo, es un elemento más ligado al ámbito de la punibilidad, en su caso⁸².

Dicho lo anterior, lo que nos interesa es la interpretación que la FGE ha desplegado respecto a la confesión corporativa. La premisa hermenéutica consideraba la autodenuncia como una atenuante, como un incentivo poco atractivo para las personas jurídicas. Por el contrario, las Circulares 1/2011 y 1/2016 –en puridad, la segunda⁸³– le otorgan un especial valor que va más allá de una mera reducción penológica.

La Circular 1/2016 fue un paso más allá de la atenuación cuando decidió establecer una serie de pautas exegéticas o criterios orientativos que la fiscalía debía seguir para valorar la eficacia de los sistemas preventivos. Con expresa mención a la Unión Europea y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), apreció como objetivo loable y de valoración positiva que se promoviera que las personas jurídicas se estructurasen dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tendieran a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento. En este contexto, la FGE, aunque admitió que la detección de delitos no está expresamente incluida en los requisitos de los modelos de organización y gestión, entendió que forma parte de su contenido esencial junto con la prevención. Ello en la lógica de que cualquier programa,

82 Siempre, claro, que sigamos aplicando la teoría del delito tradicional a las personas jurídicas (véase nota 38).

83 La primera de las circulares no indagó mucho sobre la atenuante. Tan solo acotó el concepto de que la persona jurídica “conociera” la existencia del procedimiento, así como que la confesión puede producirse tanto ante jueces y fiscales como ante autoridades policiales y/o administrativas. También realizó un par de apuntes interpretativos para acotar los efectos de la atenuante, como que unas diligencias de investigación no pueden considerarse un procedimiento para apreciar el elemento temporal (“antes de que el procedimiento judicial se dirija contra ella”).

por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos⁸⁴.

En este marco, la Circular 1/2016 estipula que los fiscales “concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo”. Dicho en otros términos, la circular estipula la confesión corporativa como una potencial eximente y no como una mera atenuante.

Posiblemente impregnada de la idea de sumar de manera efectiva a las corporaciones en la lucha contra la criminalidad⁸⁵ y de que se organicen internamente al efecto⁸⁶, podemos aventurar que la FGE pudo valorar la insuficiencia de la atenuación penológica y, en una suerte de interpretación global y metafísica de los modelos, ligó la autodenuncia a la eficacia de los mismos y a la cultura del respeto al derecho que, en su opinión, deben fomentar. Seguramente impregnada de la idea de sumar de manera efectiva a las corporaciones en la lucha contra la criminalidad y de que se organicen internamente al efecto, podemos aventurar que la FGE pudo valorar la insuficiencia de la atenuación penológica y, en una suerte de interpretación global y metafísica de los modelos, ligó la autodenuncia a la eficacia de los mismos y a la cultura del respeto al derecho que, en su opinión, deben fomentar⁸⁷.

Así las cosas, el panorama de la confesión corporativa es distinto: a los ojos de la FGE, la formulación de autodenuncia permitirá a las personas jurídicas no concursar a una atenuante, sino a una eximente

84 No puede pasar desapercibido el cambio de criterio surgido en la FGE: esta afirmación de la Circular 1/2016 se contrapone a la Circular 1/2011, para la que la comisión del ilícito penal por la persona física era un importante indicio de la ineficacia del modelo de organización y control.

85 Algunas voces hablan de una actividad pseudo-policiales por parte de las organizaciones en el pleno desarrollo de sus modelos de organización a través de investigaciones internas, tales como Rafael Alcacer Guirao, “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, Diario La Ley, nº 8053 (2013), 2.

86 No creo que el fin último y fundamento de todo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga que ser la autororganización y aunar fuerzas para la efectividad del *ius puniendi* estatal (pues, como señalábamos en la nota 1, su relación con el cumplimiento normativo es contingente). Ahora bien, una vez se opta por conexas inherentemente una y la otra, creo que la ratio sí pasa por la promoción de este tipo de actuaciones. A favor de esta relación véase, entre otros, Enrique Bacigalupo Zapater, “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, Diario La Ley, nº 7442 (2010), 1 y ss.; Luis Rodríguez Ramos, “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, Diario La Ley, nº 7561 (2011), 1 y ss.; Ricardo Robles Planas, “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, Diario La Ley, nº 7705 (2011), 6. Se ha llegado a afirmar, incluso, que el sentido último de todo sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos es conseguir, o al menos incentivar, que estos se autorregulen. Véase Adán Nieto Martín, La responsabilidad, 81-84. Mostrando una postura crítica con el principio general, Javier Gustavo Fernández Teruelo, “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010”, Revista de Derecho Penal, nº 31 (2010), 49.

87 A favor de que deben promover una cultura organizacional que estimule el comportamiento ético y respeto por la legalidad, véase José Ignacio Gallego Soler, “Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, VV.AA. (Edisofer: Madrid, 2014), 203.

por su buen hacer como ciudadano corporativo. La detección de ilícitos en su seno sería una muestra de que su modelo es eficaz (al menos en su vertiente reactiva). Además, habría puesto de relieve unos hechos delictivos, lo que pondría de manifiesto su cultura de fidelidad al Derecho, de tal manera que su actuación debe verse debidamente recompensada mediante la evitación del reproche penal. En resumidas cuentas, ese parece ser el planteamiento de la FGE.

De esta manera, la FGE otorga un especial valor a la autodenuncia que permite a las personas morales ir más allá de la atenuación penológica y beneficiarse directamente de figuras de exención.

3.3 EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Ciertamente, los planteamientos del TS y la FGE permiten vislumbrar un estado de situación diferente al que habíamos establecido. La propuesta jurisprudencial abre una “puerta de escape” del procedimiento para que las organizaciones que cuentan con un modelo de organización eficaz y robusto puedan utilizarlo en fase de instrucción a efectos de lograr el archivo, sin necesidad de llegar a juicio. Las organizaciones que hayan implementado sistemas internos de control, que procuren desplegar esa cultura de fidelidad al Derecho, no tienen por qué verse sometidas a una pena de banquillo. Antes al contrario, deben ver “recompensadas” sus actuaciones, ver que la Administración de Justicia les respalda. Como ciudadano corporativo, su actuación corporativa debe ser judicialmente valorada en su recta medida. Este podría ser, de forma simplificada, la fundamentación que reside en la postura del TS.

Por su parte, la iniciativa de la FGE otorga un mayor incentivo al descubrimiento y denuncia de hechos delictivos en el seno corporativo, en una lógica de que las personas morales, al hacerlo, muestran un compromiso con el cumplimiento normativo. Como buenos ciudadanos corporativos, los entes colectivos que deciden poner en conocimiento de las autoridades hechos que revisten carácter criminal no tienen por qué verse sometidos al yugo de la Justicia. Al revés, su colaboración debe recompensarse a través de una exención de responsabilidad. A nadie se le escapa el fundamento pragmático y económico (en forma de ahorro de costes de información y de recursos para su obtención⁸⁸) que reside en esta propuesta: conseguir que sean las propias organizaciones las que inspeccionen y denuncien sus tripas rebaja, a priori, la presión sobre la tarea vigilante del Estado.

88 Como acertadamente, en mi opinión, apunta Adán Nieto Martín, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario la Ley*, nº 8120 (2013), 2: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas atiende, entre otras razones, a reducir los costes en la adquisición de información”. Ahora bien, para ello, los incentivos deben ser los adecuados.

En un primer acercamiento, estas posturas, además de ofrecer soluciones más lógicas en términos económicos⁸⁹, parecen estar alineadas con ese fundamento que parece irradiar la incorporación en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: unirlas e implicarlas en la lucha contra la criminalidad, fomentar su alineación con el cumplimiento del ordenamiento⁹⁰. Y ello, a través de incentivos al efecto. Desprenderían una lógica sistemática en su conjunto, dando soluciones a lo que se ha definido como una técnica legislativa al menos mejorable. Sin embargo, ¿es esta primera apreciación tal?

Atendamos primero al entendimiento del TS. Algunas voces han entendido que la postura del alto tribunal constituye una doctrina no derivada del texto de la ley sino de una concepción dogmática previa⁹¹ o, incluso, una suerte de “*legislación jurisprudencial*”⁹². Si no fuera por esa ausencia de toma de posición dogmática que el TS ha adoptado frente a los modelos de organización, podríamos aventurar que su hermenéutica podría responder, precisamente, a evitar los inconvenientes que hemos visto de atender a la interpretación que hemos establecido en la premisa hermenéutica.

Cierto es que el parecer del TS puede tener lógica sistémica; no encuentro tacha a ese fundamento que puede residir en su entender. Entre otras cosas porque, en definitiva, es lo que subyace en la plasmación *ius* penalista de la teoría de los sistemas autopoiéticos⁹³. Ahora bien, pudiera argumentarse que la exégesis jurisprudencial es difícilmente compatible con el principio de legalidad en todo caso⁹⁴.

Como se ha visto en la premisa normativa, ninguna referencia existe en el CP a un delito corporativo

89 La noción económica se usa con una doble acepción. Por un lado, en estrictos términos de costes: la propuesta del TS permite que la Administración de Justicia ahorre recursos evitando tramitar una fase plenaria contra una persona jurídica cuya absolución se conoce de antemano, mientras que la de la FGE –como se adelantaba en el párrafo anterior– alienta actuaciones corporativas que pueden permitir una optimización de los recursos públicos destinados a la detección y descubrimiento del crimen, desplazando parcialmente los costes a los nuevos sujetos penales. Por otro lado, la segunda acepción se refiere a un criterio de economía procesal que, si bien se encuentra estrechamente ligado al primer punto señalado, también facilita la consecución de procesos sin dilaciones indebidas: no solo se evita la concurrencia de una parte procesal adicional (con lo que ello conlleva en términos de potenciales intervenciones, alegaciones, recursos y prueba), sino que también el objeto del proceso se simplifica al dejar de tener que atender a las particulares de la entidad colectiva.

90 Véase la nota 86.

91 González Cussac, “La eficacia eximente”, 649.

92 Una legislación jurisprudencial que es, según el autor, apreciable de tanto en tanto en los tribunales de justicia. Véase Eduardo Torres-Dulce Lifante, “El compliance en el proceso penal. La prueba del sistema de cumplimiento. El compliance officer en el proceso penal. La función del representante de la persona jurídica en el proceso”, en *Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento – Cuadernos de Derecho para ingenieros*, 53, VV.AA. (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 233.

93 Para un análisis crítico de la propuesta dogmática, véanse entre otros José Miguel Zugaldía Espinar, “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas”, *passim* y Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 125 y ss.

94 La postura que sigue sobre la jurisprudencia del TS ha sido previamente desarrollada en Alejandro Ayala González, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 6 y ss.

o a una cultura de fidelidad al derecho. Son conceptos de cuño jurisprudencial, no normativos, que no responden a un sentido literal posible de la norma. No parece que el artículo 31.bis y concordantes tipifiquen tal ilícito colectivo. La técnica legislativa no apunta en esta dirección: el precepto se ubica sistemáticamente en el Título II del Libro I CP (“De las personas criminalmente responsables de los delitos”), lejos de la Parte Especial (Libro II, “Delitos y sus penas”) en donde se tipifican los ilícitos criminales. De igual forma, la redacción de los preceptos carece de la estructura y contenido usual de un tipo penal pues no cuenta con un supuesto de hecho con una conducta proscrita y tampoco considera una pena asociada.

Según entiendo, la aplicación penalista de la teoría de los sistemas autopoiéticos requeriría de la implementación de un Derecho penal de tipo único o Derecho penal de único delito, a través de una suerte de Parte Especial *especial* para las personas jurídicas. Si la tipicidad corporativa la constituye la falta del debido control sobre sus integrantes y procesos internos, ello significa que las personas jurídicas solo pueden cometer un único ilícito: el defecto de organización. Este, en su caso, sería predicable de la relación de delitos señalada por el legislador (*numerus clausus* en nuestro caso) y su comisión se constituiría como un presupuesto típico. Este defecto de organización delictivo tendría que prever una pena asociada, que podría determinarse según el delito base para dar cumplimiento al principio de proporcionalidad. La lógica subyacente es la que impera en el planteamiento jurisprudencial que hemos analizado. Sin embargo, la técnica legislativa no ha sido tal. Ciertamente, se aprecia cierta desconexión entre el texto legal y la “interpretación” que se ha hecho del mismo por el TS.

En el caso de la FGE, la lectura es más dificultosa. En primer lugar, el CP establece nítidamente que la confesión corporativa constituye una atenuante, no una eximente. Ciertamente es que la autodenuncia puede entenderse como una manifestación de un sistema de cumplimiento eficaz y robusto, pero este, conforme a la norma, tan solo desprenderá sus efectos de exención en caso de que se cumplieran los requisitos y condiciones que hemos visto en la premisa normativa. La detección interna de ilícitos no tiene por qué ser una condición necesaria ni suficiente de los modelos de gestión. Máxime, si la propia norma no lo ha establecido así. Por supuesto podrá valorarse como un elemento adicional, contingente positivo, pero por sí solo no tiene por qué ser significativo de nada según el CP, en contra de la lectura maximalista que se desprende de la Circular 1/2016.

Además, hay un elemento que en la práctica diaria seguirá haciendo que la confesión societaria siga sin ser un incentivo verdaderamente práctico, por más que por la FGE se le otorgue ese especial valor. El hecho de que el Ministerio Fiscal no ostente el monopolio de la acción penal implica que, aun consiguiendo que se interese la absolució corporativa por su parte, las acusaciones particulares o populares pueden seguir formulando acusación contra la corporación (y la práctica en nuestros

tribunales nos permite afirmar sin miedo a equivocarnos que, lógicamente, así lo hacen en todos los casos). Ello, al margen de la consideración de aquellos supuestos en los que pueda estar involucrada una cuantía potencialmente alta de responsabilidad civil: dado el carácter cuasi-objetivo que impera en los casos de responsabilidad subsidiaria (artículo 120 del CP) en función de teorías de riesgo, interés o beneficio⁹⁵, la consecuencia pecuniaria-resarcitoria puede ser más temida que la propia penal, de tal manera que evitar esta última no es garantía de la autodenuncia.

Incluso, creo, puede argumentarse que ni tan siquiera se cumple esa premisa de coherencia sistemática que sí podía predicarse de la jurisprudencia del TS. Concretamente, entiendo que la vocación de cumplimiento normativo o la cultura corporativa de respeto al Derecho no son el asidero, el fundamento, de la atenuante corporativa de confesión. La valoración de la decisión de poner en conocimiento de las autoridades hechos de potencial relevancia penal no tendría por qué residir en la existencia o no de la “ética” societaria de cumplimiento. Una cosa y la otra no se encuentran vinculadas a mi entender por los siguientes motivos.

La atenuante de confesión tiene una trayectoria histórica anterior a la normativización de la responsabilidad corporativa penal (artículo 21 del CP). Por la identidad que existe entre la dicción de ambos preceptos, es común en la doctrina que el contenido y alcance de la atenuante de la persona jurídica se identifique, *mutatis mutandis*, con la circunstancia genérica prevista para las personas físicas. Considerando entonces la jurisprudencia del TS sobre la clásica atenuante, podría decirse que el fundamento de la atenuación no reside en un factor subjetivo de contricción o remordimiento (lo que sería difícilmente predicable de un ente organizacional), sino en el dato objetivo de que se ejecutan actos materiales y efectivos para facilitar la investigación del delito y el reproche de sus autores, ahorrando el esfuerzo de indagación que exige el esclarecimiento de los hechos y acortando los tiempos para el desenlace del proceso⁹⁶. La atenuante residiría, en última ratio, en un fundamento de punibilidad, basado en razones de política criminal orientadas hacia el interés del estado de facilitar la persecución y condena⁹⁷.

95 Véanse, entre otras, SSTS, Sala 2ª, número 260/2017, de 6 abril [RJ 2017/1491]; número 298/2019, de 7 junio [RJ 2019/354]; o número 355/2019, de 10 julio [RJ 2019/3505].

96 Entre otras, véanse las SSTS, Sala 2ª, número 145/2007, de 28 de febrero [RJ 2007/2607]; número 550/2007, de 18 de junio [RJ 2007/4915]; número 889/2007, de 24 de octubre [RJ 2007/7305]; número 359/2008, de 19 de junio [RJ 2008/5811]; o número 87/2012, de 17 de febrero [RJ 2012/3539].

97 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 190. En contra de esta postura, pueden encontrarse algunas voces que afirman que el aspecto primordial de la atenuante reside en “la disposición del infractor a asumir su responsabilidad y no tanto la utilidad que de la autoinculpación pueda obtener la administración de Justicia”. Véase al efecto Enara Garro Carrera, “La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento”, en Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, VV.AA. (Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009).

El CP objetivó la atenuante de confesión al suprimir la necesidad de obrar “*por impulsos de arrepentimiento espontáneo*” (antiguo artículo 9.9 del Código Penal de 1973), objetivación que se ha respetado en la dicción de la norma y mantenido desde entonces, incluso en el caso de las personas jurídicas. Si las líneas que atienden a los motivos o al cálculo racional de interés por parte de quien confiesa no están exentas de dificultades en el caso de las personas físicas⁹⁸, parece que cuando se trata de personas jurídicas su encaje podría ser incluso más complejo. Es decir, la valoración de la atenuante corporativa debería realizarse sin referencia a los motivos subyacentes⁹⁹, que en todo caso no tienen por qué estar ligados a una cultura de fidelidad al Derecho. El cálculo racional de intereses es, en buena medida, el sustento de muchas decisiones empresariales y no tiene ello que deslucir cualquier actuación de confesión corporativa atendiendo a los parámetros jurisprudenciales establecidos.

En definitiva, puede entenderse que la postura del TS parece sistemáticamente coherente con el fundamento y objetivo que parece sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Sin embargo, encuentra problemas de adecuación al texto legal y, en consecuencia, con el principio de legalidad. Su exégesis, al alejarse tanto de la dicción de la norma, no parece responder a un ejercicio interpretativo, sino a la plasmación de un entendimiento sistemático diferente. Puede decirse que escapa del sentido literal posible de la norma. Por su parte, esa hermenéutica y conceptualización de la autodenuncia corporativa de la Circular 1/2016 de la FGE encontraría dificultades con la fundamentación de la que el legislador impregnó la atenuante de confesión cuando la objetivó hace casi medio siglo, pero, ante todo, no parece responder a la legalidad vigente: frente al carácter de exención que se le otorga por la fiscalía, el CP es claro al instituirlo como una atenuante.

Una contrariedad no menor. Al fin y al cabo, la CE garantiza el principio de legalidad (artículo 9.3), que el poder judicial actúa sometido únicamente al imperio de la ley (artículo 117) y que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (artículo 124).

4. ¿MANIFESTACIONES DE *LEGE DATA* DE UN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Como estipulábamos en la premisa sistemática, el principio de legalidad constituye un pilar del ordenamiento español de índole constitucional. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que se hayan implementado en alguna instancia planteamientos legislativos de oportunidad¹⁰⁰.

98 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 190.

99 *Ibid.*

100 Sobre si el principio de oportunidad es o no contrario al principio de legalidad y su inconveniencia en relación a otros principios fundamentales, véanse entre otros Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “El principio de oportunidad

Es el caso, por ejemplo, del derecho penal de menores, que incorpora un principio de oportunidad reglada¹⁰¹, es decir, una oportunidad que se encuentra limitada por la ley, que establece los supuestos en los que aplica y fija las condiciones que deben concurrir para su legítimo uso¹⁰². También es posible encontrar manifestaciones del principio de oportunidad en el derecho y proceso penal¹⁰³, como, por ejemplo, la posibilidad de archivar una causa cuando el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor o no exista interés público relevante en la persecución del hecho (artículo 963 de la LECrim), el presupuesto procesal consistente en la necesaria licencia del órgano enjuiciador que estuviere conociendo o hubiere conocido del juicio para poder perseguir los delitos de calumnia o injuria vertidas en el mismo (artículo 215.2 del CP) o, incluso, la figura del perdón del ofendido¹⁰⁴.

Ahora bien, como se ve, son supuestos determinados relacionados con los denominados delitos de bagatela y el principio de insignificancia, construida en términos de oportunidad reglada, alejada de esta “oportunidad libre”¹⁰⁵ predicada en contextos de *common law*. Su uso no es generalizado y su previsión no está globalmente extendida en el ordenamiento español y, como decimos, se proyecta sobre elementos residuales del derecho penal. No se predica, pues, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al menos de manera expresa y apriorística.

El artículo 66.bis.1^a.b del CP determina que para la imposición de una pena interdictiva (distinta a la multa)¹⁰⁶, los jueves y tribunales tendrán en cuenta, entre otros extremos, “*sus consecuencias económicas*

reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español”, en La reforma del proceso penal, VV.AA. (Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989), 293; Javier Delgado Barrio, “El principio de oportunidad en el Procesal Penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en La reforma del proceso penal, VV.AA. (Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989), 312; Enrique Ruíz Vadillo, “El principio de oportunidad reglada”, en La reforma del proceso penal, VV.AA. (Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989), 391.

101 Pablo A. Lanzarote Martínez, “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, Revista del Ministerio Fiscal, nº 3 (1996), 174.

102 Paz Francés Lecumberri, “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa”, InDret, nº 4/2012 (2012), 7.

103 Para un análisis completo sobre tales manifestaciones –aunque no se coincida necesariamente con todas las propuestas–, véase Javier Vecina Cifuentes y Tomás Vicente Ballester, “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, Derecho & Sociedad, nº 50 (2018), *passim*.

104 Esta figura puede definirse como “un acto de postulación unilateral, en cuya virtud el ofendido, en determinados procesos incoados por la comisión de un delito semipúblico y en la totalidad de los que tengan como causa un delito privado, decide formalizarlo y, mediante él, provocar la extinción de la responsabilidad penal de su autor ocasionando, bien la extinción del proceso penal ya incoado, bien la inejecución de la pena”. Véase José Vicente Gimeno Sendra, Manual de Derecho Procesal Penal (Madrid: Marcial Pons, 2015), 325.

105 Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “El principio de oportunidad reglada”, 290.

106 Las penas corporativas son (artículo 33.7 del CP): a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades

y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”. Por su parte, el artículo 787.8 de la LECrim estipula que “cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad (...) podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos”. Pues bien, ¿podemos leer estas previsiones en clave de oportunidad?

El artículo 66.bis establece las reglas de determinación de las penas interdictivas de las personas jurídicas y, entre ellas, se encuentra la que hemos enunciado: las consecuencias económicas y sociales, especialmente para los trabajadores. Algunas voces han abogado porque esta previsión, por su amplitud, no deba considerarse como un “cheque en blanco” extendido a favor de las entidades que por su entidad puedan considerarse “demasiado grandes para caer” (supuestos para los que sería indicada la intervención judicial)¹⁰⁷. Ahora bien, es precisamente esta amplitud la que invita a lecturas desde la óptica de la oportunidad.

Cierto es que el TS ha considerado la regla como una manifestación del principio de proporcionalidad de las penas¹⁰⁸. Sin embargo, la falta de determinación de los criterios que se deben ponderar y tener en consideración en el momento de aplicarla –llamativa esta “desconexión” en una regla, precisamente, que pretende aportar pautas de determinación– permite que se le pueda concebir desde la perspectiva de la oportunidad también. Ello en tanto que la dicción del precepto no responde a los esquemas de oportunidad reglada, sino que encaja más en una oportunidad libre: la *discrecionalidad* que se le otorga a los jueces y tribunales es innegablemente amplia (por no decir, redundantemente, libre).

Ciertamente, la línea de diferenciación entre ponderación y oportunidad, en este caso, es tenue y se pueden encontrar numerosos matices, pero no parece que la lectura esbozada sea del todo descabellada.

Atendamos ahora a la conformidad corporativa. Como es conocido, la conformidad es una institución basada en el principio de adhesión, que pone fin al proceso de manera anticipada y que supone la aceptación por el acusado de los hechos, de la calificación jurídicas y de las responsabilidades penales y civiles exigidas. Fundamentado en un principio de economía procesal, constituye un acto

en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, de manera definitiva o temporal (que no podrá exceder de quince años); f) 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, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. Para un análisis de las penas corporativas, véase Sabela Oubiña Barbolla, “Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas”, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, VV.AA. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 339 y ss.

107 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 195.

108 STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [RJ 2016/600].

de disposición del derecho de defensa en el que su titular renuncia al derecho a la presunción de inocencia y exonera a la acusación de la carga de probar su culpabilidad en un juicio basado en los principios de prueba y contradicción¹⁰⁹.

Para desplegar todos sus efectos, tradicionalmente se ha exigido que la manifestación de conformidad deba, además de producirse en el momento procesal oportuno, ser absoluta, expresa, personalísima, voluntaria, formal y de doble garantía¹¹⁰. En el caso de las personas jurídicas, parece claro que todos estos elementos no pueden predicarse en toda su extensión, pues, por ejemplo, difícilmente pueden realizar actos personalísimos. El ente organizacional no confiesa hechos que le son “propios”. La aceptación se refiere a una manifestación de voluntad que encierra una declaración de conocimiento personal y que, por tanto, solo puede realizarse por una persona física. Por el contrario, la conformidad de la persona jurídica es solo un acto procesal que refleja su avenencia de aceptar su responsabilidad penal con respecto a unos hechos concretos¹¹¹. Por ello, cualquier obstáculo que se esgrima para plantear esta institución con respecto a las personas jurídicas por la naturaleza inminentemente humana de una asunción de culpa debe ceder por la decisión legislativa de que éstas sean un nuevo sujeto pasivo del proceso penal¹¹².

Dicho lo cual, sobre lo que debemos centrar nuestra atención a los efectos perseguidos es sobre el carácter independiente, disociado, separado o unilateral de la conformidad corporativa. En contra de lo que ocurre en supuestos en los que existen varios individuos acusados, que exige una conformidad

109 José María Asencio Mellado, *Derecho procesal penal*, 7ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 232 y 233. La conformidad puede darse en supuestos en los que la pena de prisión no es superior a los seis años de duración o cualquier otra pena (artículo 787.1 de la LECrim). En este sentido, pueden seguirse dos interpretaciones en el caso de la conformidad de la persona jurídica. En la primera, el ente colectivo podría prestar conformidad cuando, en la causa, la acción dirigida contra la persona física presuntamente responsable del delito base pidiese una pena que cumpliera con tal límite o, en caso de que el proceso se dirigiera en exclusiva contra la persona jurídica, la hipotética pena no superase en abstracto tal límite. En este sentido se haría depender la conformidad corporativa de la pena interesada para el miembro de la organización. La otra opción pasaría por entender que la persona jurídica no se enfrenta a límite alguno pues las penas que se le pueden imponer son de naturaleza distinta a la pena de prisión. Asumiendo que la persona moral asiente con respecto a las consecuencias asociadas a su “propia” responsabilidad, parece lógica pensar que los límites de su conformidad no dependan de una sanción ajena y que, por tanto, todas las penas corporativas pueden ser objeto de conformidad. En esta línea, Antonio del Moral García, “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, VV.AA. (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013), 301 y ss. Ahora bien, algunas voces defienden que la conformidad no es posible en supuestos de disolución en tanto que, por su extrema gravedad, parecería ir en contra del *telos* legal. Véase Fernando Gascón Inchausti, *Proceso penal*, 95.

Estas características vienen siendo exigidas por la jurisprudencia desde antaño. Véase la STS, Sala 2ª, de 1 de marzo de 1988 [R] 1988/1511.

110 Estas características vienen siendo exigidas por la jurisprudencia desde antaño. Véase la STS, Sala 2ª, de 1 de marzo de 1988 [R] 1988/1511.

111 Del Moral García, “Aspectos procesales”, 301 y ss.

112 Jesús Zarzalejos Nieto, “La conformidad de la persona jurídica imputada”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA. (Madrid: La Ley, 2011), 271 y ss.

unánime para poder dictar sentencia (artículo 697 de la LECrim) a fin de evitar resoluciones contradictorias con un sustrato fáctico original similar, los entes colectivos pueden conformarse “*con independencia de la posición que adopten los demás acusados*”. Tal y como leo el precepto, el objetivo de esta previsión puede ser que las personas morales puedan liberarse del proceso penal y del daño asociado a la pena de banquillo: sería una suerte de “cláusula de salida” del legislador para evitar las repercusiones que hemos visto en nuestro estado de situación. Así, la persona jurídica se limita a aceptar su responsabilidad por la existencia de un presunto injusto penal en su seno, aceptando que su eventual autor individual es apto para permitir que se le impute jurídicamente (conurrencia de los presupuestos del artículo 31.bis CP). Reconoce que ha se ha producido algún fallo en su modelo de organización y se conforma con la pena que se le ha instado por ello, pues, aun cuando el error no haya supuesto la comisión de un injusto, existirían, al menos, una serie de indicios que hubieran evidenciado un fallo de control. El ente colectivo reconoce que esos indicios son suficientes como para reconocer su defecto de organización. Así evita la “pena de banquillo” y los problemas estigmatizantes asociados y tan solo reconoce la concurrencia de indicios suficientes sobre un hecho que revela fallos internos de control. Todo ello, con independencia de que el autor de ese presunto injusto penal no reconozca su concurrencia y decida celebrar el juicio.

Si esto fuera así, puede entenderse que el legislador ha introducido un principio de oportunidad procesal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹¹³. En tanto que el surgimiento de la responsabilidad penal corporativa en clave de cumplimiento normativo se produjo en ordenamientos en los que el principio se encuentra arraigado en el sistema procesal, de primeras puede argumentarse que el legislador ha podido optar por introducirlo en un intento de coherencia sistemática. Ahora bien, ello le habría llevado a una mayor ambición regulatoria de la que produjo, que tuvo un alcance muy limitado, así que habría que buscar otra razón. Otra posibilidad es que simplemente advirtiera las dificultades que pueden darse en organizaciones de determinado tamaño para tomar decisiones de tal calado, de tal manera que se quiso establecer un marco independiente para dar mayor libertad a los entes organizacionales. De cualquier modo, lo que parece claro es que el legislador ha querido que las personas jurídicas puedan no afrontar un juicio y decidir conformarse con una acusación con total independencia de lo que los individuos puedan decidir sobre su situación procesal. La oportunidad residiría en esa diferenciación entre sujetos pasivos, en la posibilidad, para las organizaciones, de evitar la pena de banquillo sin necesidad de unanimidad con el resto de acusados, como se exige en el caso de las personas físicas.

113 Existen voces que defienden que la conformidad en sí misma es una manifestación del principio de oportunidad al ser un acto de disposición efectuado por la defensa. Véase al efecto José Vicente Gimeno Sendra, Manual, 67. Existe, incluso, jurisprudencia en ese sentido: las SSTS, Sala 2ª, número 752/2014, de 11 de noviembre [R] 2014/5695] y número 422/2017, de 13 de junio [R] 2017/2846].

En todo caso, persiste el riesgo de que un mismo hecho exista en una sentencia, pero no en otra¹¹⁴ (que, en pro de la oportunidad, podría intentarse encajar sistemáticamente como una consecuencia valorada y cuyo riesgo se admite por el ente colectivo) e, incluso, encuentra problemas en la aplicación ordinaria de otros preceptos en materia de responsabilidad penal corporativa¹¹⁵. Sea como fuere, personalmente, creo que es plausible leer la conformidad unilateral como una manifestación del, o una suerte de, principio de oportunidad¹¹⁶.

5. CONCLUSIONES

A través de una lectura del artículo 31.bis y concordantes del CP (premisa normativa), la teoría del hecho de conexión parece ser el modelo dogmático que mejor se acopla a la dicción literal de la norma para entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España (premisa hermenéutica). Así, lo que en este trabajo se procura es un ejercicio de interpretación, de encajar la nomenclatura del CP dentro del abanico teórico que existe para explicar la responsabilidad criminal de corporativa (no en cambio una defensa o crítica de un modelo u otro en términos dogmáticos y absolutos), para valorar las consecuencias que ello conlleva en la *praxis* de los tribunales españoles.

Estas dos premisas, en conjunto con la premisa sistemática (vigencia del principio de legalidad) y la premisa procesal (el momento procesal oportuno para valorar las causas obstativas de responsabilidad es por antonomasia el juicio oral), generan el efecto de que las personas morales tengan que enfrentar, sí o sí, el juicio oral para poder abandonar el procedimiento (salvo en supuestos en los que no existan indicios del hecho de referencia). Ello en tanto que cualquier despliegue de cumplimiento normativo no podrá ser estimado a efectos de archivo durante la investigación. Si, como propone la teoría del hecho de conexión, los modelos de organización y control se insertan en el ámbito de la culpabilidad, si el defecto de organización es un elemento culpabilístico, solo en fase plenaria se podrán realizar

114 Véase Fernando Gascón Inchausti, *Proceso penal*, 174 y 175 y Antonio del Moral García, “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas”, en *El juicio oral en el proceso penal*, 2ª ed., VV.AA. (Madrid: Comares, 2010), 753. Por su parte, se ha defendido que en supuestos en los que la defensa de la persona física no se base en la atipicidad o antijuridicidad del acto, no existe inconveniente alguno: Jesús Zorzalejos Nieto, “La conformidad”, 281 y ss.

115 La conformidad unilateral puede ser una solución que case mal con la previsión del artículo 31.ter.1 *in fine* CP en determinados supuestos. Conforme al mismo, cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a la persona física y a la persona jurídica 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 aquéllos”. Pues bien, ¿cómo se determina el *quantum* modulado de la multa en la sentencia conformada sin conocer en qué sentido se pronunciará la sentencia dictada contra la persona física? Ciertamente, la previsión del artículo 31.ter.1 *in fine* CP es de difícil –sino imposible– articulación cuando se anticipa la condena de uno de los acusados.

116 Sin entender que la conformidad unilateral supone la introducción del principio de oportunidad, pero abogando por su implantación como una institución ligada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, José Manuel Maza Martín, “La conformidad penal de la persona jurídica”, en *Memento experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, VV.AA. (Madrid: Francis Lefebvre, 2015), 339 y 340.

valoraciones procesales sobre ellos. Los entes organizaciones estarán, pues, sometidos siempre a la pena de banquillo o, lo que es lo mismo, no podrán sortear la acción penal en fase de instrucción mediante un sobreseimiento de la causa.

Frente a este escenario poco alentador para las personas jurídicas, el TS ha desarrollado una interpretación diferente, basada en la teoría de los sistemas autpoiéticos. Este modelo, que ubica el defecto de organización en el ámbito de la tipicidad, permite que la acreditación de un modelo de prevención eficaz implique la inexistencia de indicios incriminatorios contra el ente organizacional (sería un hecho negativo impeditivo o elemento negativo del tipo). Una acreditación, esta, que puede hacerse incluso en fase de instrucción, lo que evitaría esa pena de banquillo. Por más que esta interpretación jurisprudencial no parezca que se adecúe a la literalidad de la norma y encuentre dificultades en su acomodo al principio de legalidad, por su posición, es cierto que condiciona la práctica diaria de nuestros tribunales y, a priori, la exégesis del TS es la que debe atenderse con todas sus consecuencias (las cuales, a la vista está, resultan positivas para las personas jurídicas que cuenten con un modelo de organización eficaz e idóneo).

Por su parte, la FGE propone una propuesta interpretativa superlativa sobre las confesiones o autodenuncias corporativas. Por más que el CP estipule la confesión del ente organizacional como una mera atenuante, el Ministerio Público interpreta que este tipo de actuaciones demuestran, por un lado, que los modelos de organización son idóneos al menos en su faceta reactiva de detección y, por otro lado, una cultura corporativa de fidelidad al Derecho. Sin embargo, ninguno de los dos extremos tiene por qué ser así. En primer término, el CP no exige, para valorar la idoneidad de los modelos, que estos detecten actuaciones delictivas. Por lógica que pueda parecer la lectura de la fiscalía, la norma concibe la confesión como elemento contingente a la robustez del sistema interno. Por su parte, la objetivación y entendimiento tradicional de la confesión, que se alejan de cualquier elemento subjetivo subyacente, hace que la propuesta decaiga en términos de coherencia teleológica.

Así, aunque las propuestas del TS y la FGE pueden buscar solucionar el estado de situación que dibujan las premisas establecidas, lo cierto es que encuentran dificultades en cuanto su encaje con respecto al principio de legalidad. Un principio, este, que, a pesar de su vigencia y un reconocimiento constitucional, puede no ser tal en alguna regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ejemplos de ello pueden ser la amplitud de uno de los criterios a valorar en la determinación de las penas (*“las consecuencias económicas y sociales”* de la sanción corporativa), totalmente vacío de directrices concretas, o la conformidad corporativa unilateral o separada, que permite a los entes organizacionales lo que veda a las personas físicas: conformarse con independencia del resto de acusados. Ambos pueden leerse en clave de principio de oportunidad (libre, incluso).

Con todo, en una tosca analogía, podría decirse que el principio de legalidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas son dos protagonistas de la escena judicial española no desprovistos de apuntadores de todo tipo. Solo el tiempo nos mostrará si la obra termina con aplausos y buena crítica.

BIBLIOGRAFÍA

Alcacer Guirao, Rafael. “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, *Diario La Ley*, nº 8053 (2013).

Álvarez García, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Arlen, Jennifer. “Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence”, en *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, VV.AA. Boston: Elgar Publishing, 2012.

Artaza Varela, Osvaldo. “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

Asencio Mellado, José María. *Derecho procesal penal*, 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Ayala González, Alejandro. “El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos* VIII, nº. 8 (2018).

-----“Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. La extralimitación contra legem del Tribunal Supremo, la hermenéutica incompleta de la Fiscalía General del Estado y la vaguedad del art. 31.bis CP”, *InDret*, nº 1/2019 (2019).

-----“¡Houston, tenemos un problema! La indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Diario La Ley*, nº 9417 (2019).

Bacigalupo Saggese, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.
“Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *Diario La Ley*, nº 7541 (2011).

-----“El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. En *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, VV.AA. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013.

Bacigalupo Zapater, Enrique. “Descriminalización y prevención”, Cuadernos del Poder Judicial, II (1986).

-----.“Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, Diario La Ley, nº 7442 (2010).

Bajo Fernández, Miguel. “La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro”. En Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García. VV.AA. Madrid: Colex, 2006.

-----.“La responsabilidad penal colectiva”, Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, T. VII, VV.AA. Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2006.

Bajo Fernández, Miguel, Bernardo Jose Feijoo Sánchez, Gómez-Jara Díez, Carlos. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2.^a ed. Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2016.

Banacloche Palao, Julio. “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, VV.AA. España: Fiscalía General del Estado, 2018.

Bustamante Zorrilla, Beatriz. “Prevención de los riesgos penales de la persona jurídica”. En Defensa Corporativa y Compliance, VV.AA. Pamplona: Thomson Reuters, 2019.

Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español”. En La reforma del proceso penal, VV.AA. Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989.

Cigüela Sola, Javier. La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Cuerda Riezu, Antonio. “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, InDret, nº 2/2014 (2014).

Dan-Cohen, Meir. “Sanctioning corporations”, Journal of Law and Policy, nº 19-1 (2010).

Delgado Barrio, Javier. “El principio de oportunidad en el Procesal Penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”. En *La reforma del proceso penal*, VV.AA. Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989.

Díez Ripollés, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, nº 1/2012, (2012).

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Memento Experto (Reforma Penal 2010)*, VV.AA. Madrid: Francis Lefebvre, 2010.

“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, VV.AA. Madrid: Dykinson, 2018.

Feijoo Sánchez, Bernardo Jose. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, VV.AA. Pamplona: Thomson-Civitas, 2011.

El delito corporativo en el Código Penal español, 2ª ed. Navarra: Civitas, 2016.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo. “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010”, *Revista de Derecho Penal*, nº 31 (2010).

Francés Lecumberri, Paz. “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa”, *InDret*, nº 4/2012 (2012).

Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Gallego Soler, José Ignacio. “Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

Garrett, Brandon L. *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

Garro Carrera, Enara. “La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento”. En Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, VV.AA. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009.

Gascón Inchausti, Fernando. Proceso penal y persona jurídica, Madrid: Marcial Pons, 2012.

Gimeno Sendra, José Vicente. Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Goena Vives, Beatriz. Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica. Marcial Pons: Madrid, 2017.

Goldschmidt, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016.

Gómez-Jara Díez, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2005.
“El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario la Ley, nº 1514 (2016).

----- El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura. 2ª ed. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2019.

Gómez Tomillo, Manuel. “Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 25 (2011).

----- Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.

González Cussac, José L. “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, Estudios penales y criminológicos, nº 39 (2019).

Guardiola Lago, María Jesús. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Lanzarote Martínez, Pablo A. “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, Revista

del Ministerio Fiscal, nº 3 (1996).

León Alapont, José. “Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 vis 2 a 5 CP y 31 quater CP”, Revista General de Derecho Penal, nº 6 (2019).

Luhmann, Niklas. Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general. Barcelona-México-Santafé de Bogotá: Anthropos-Universidad Iberoamericana-CEJA Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

Manzini, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal, Tomo I. Buenos Aires: Ejea, 1951.

Marinucci, Giorgio. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático”. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig, Tomo I. VV.AA. España: Edisofer, 2008.

Alfonso Melón Muñoz et. al. Memento Práctico Procesal Penal. Madrid: Francis Lefebvre, 2019.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.

Del Moral García, Antonio. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas”. En El juicio oral en el proceso penal, 2ª ed., VV.AA. Madrid: Comares, 2010.

-----“Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas”. En Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, VV.AA. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2013.

-----“Las investigaciones internas. La colaboración con la administración de justicia. El secreto profesional”. En Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento – Cuadernos de Derecho para ingenieros, 53, VV.AA. Madrid: Wolters Kluwer, 2021.

Moreno Catena, Víctor, Cortés Domínguez, Valentín. Derecho Procesal Penal, 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Nieto Martín, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid:

Iustel, 2008.

----- “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”. En *Compliance y teoría del Derecho*, VV.AA. Madrid: Marcial Pons, 2013.

----- “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario la Ley*, nº 8120 (2013).

----- “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo”. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, VV.AA. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio. *Sobre el concepto de Derecho Penal*. Madrid: Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1981.

Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”. En *La teoría del delito en la práctica penal económica*, VV.AA. Madrid: La Ley, 2013.

----- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The Armerican Way”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

----- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el plano internacional. Las US Sentencing Guidelines y su aplicación práctica”. En *Defensa Corporativa y Compliance*, VV.AA. Pamplona: Thomson Reuters, 2019.

Oubiña Barbolla, Sabela. “Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas”. En *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, VV.AA. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Prieto González, Helena, Ayala González, Alejandro. “Derecho Comparado”. En *Memento Experto Compliance Penal*, VV.AA. Madrid: Francis Lefebvre, 2017.

Podgor, Ellen S. “Disruptive Innovation in Criminal Defense: Demanding Corporate Criminal Trials”, *Mercer Law Review*, nº 69 (2018).

Quintero Olivares, Gonzalo. *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal*.

Madrid: Iustel, 2012.

Robles Planas, Ricardo. “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, *Diario La Ley*, nº 7705 (2011).

Rodríguez Ramos, Luis. “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, *Diario La Ley*, nº 7561 (2011).

“Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016)”, *Diario la Ley*, nº 8766, (2016).

Del Rosal Blasco, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, nº 8731 (2016).

Ruíz Vadillo, Enrique. “El principio de oportunidad reglada”. En *La reforma del proceso penal*, VV.AA, 387-406. Zamora: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. “Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. Madrid: Universidad Ramón Aceres, 2016.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sección 1. Cuestiones materiales”. En *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa*, VV.AA. Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

Seminara, Sergio. “Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana”. En *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, VV.AA. Edisofer: Madrid, 2014.

Silva Sánchez, Jesús-María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016.

Tiedemann, Klaus. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. En *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg*, VV.AA. Friburgo: Universidad de Friburgo, 1996.

- Torres-Dulce Lifante, Eduardo. “El compliance en el proceso penal. La prueba del sistema de cumplimiento. El compliance officer en el proceso penal. La función del representante de la persona jurídica en el proceso”. En *Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento – Cuadernos de Derecho para ingenieros*, 53, VV.AA. Madrid: Wolters Kluwer, 2021.
- VV.AA. *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*. Navarra: Aranzadi, 2018.
- Vecina Cifuentes, Javier, Vicente Ballester, Tomás. “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, *Derecho & Sociedad*, nº 50 (2018).
- Zarzalejos Nieto, Jesús. “La conformidad de la persona jurídica imputada”. En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, VV.AA. Madrid: La Ley, 2011.
- Zugaldía Espinar, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- “Societas delinquere potest (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley Penal*, nº 76 (2010).
- “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo)”. En *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, VV.AA. Madrid: Universidad Ramón Acero, 2016.
- “Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, nº 119 (2016).
- “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, *Cuaderno de Política Criminal*, nº 121 (2017).

RESOLUCIONES JUDICIALES

STEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993.

STEDH Sanders c. Reunio Unido, de 17 de diciembre de 1996.

STEDH J.B. c. Suiza, de 3 de mayo de 2001.

STC, Sala 1ª, número 303/1993, de 25 de octubre [RTC 1993/303].

STS, Sala 2ª, de 1 de marzo de 1988 [RJ 1988/1511].

STS, Sala 2ª, número 836/1994, de 18 de abril [RJ 1994/3338].

STS, Sala 2ª, número 147/1995, de 4 de febrero [RJ 1994/665].

STS, Sala 2ª, número 166/1995, de 9 de febrero, [RJ 1995/803].

STS, Sala 2ª, número 349/1996, de 19 de abril, [RJ 1996/2887].

STS, Sala 2ª, número 1216/2000, de 7 de julio [J 2000/7459].

STS, Sala 2ª, número 1179/2001, de 20 julio. [RJ 2001/494].

STS, Sala 2ª, número 1524/2004, de 29 de diciembre [JUR 2005/830].

STS, Sala 2ª, número 145/2007, de 28 de febrero [RJ 2007/2607].

STS, Sala 2ª, número 531/2007, de 18 de junio [RJ 2007/3461].

STS, Sala 2ª, número 550/2007, de 18 de junio [RJ 2007/4915].

STS, Sala 2ª, número 654/2007, de 3 julio [RJ 2007/4927].

STS, Sala 2ª, número 889/2007, de 24 de octubre [RJ 2007/7305].

- STS, Sala 2ª, número 359/2008, de 19 de junio [R] 2008/5811].
- STS, Sala 2ª, número 336/2009, de 2 de abril [R] 2009/4151].
- STS, Sala 2ª, número 903/2011, de 15 de junio [R] 2011/5862].
- STS, Sala 2ª, número 87/2012, de 17 de febrero [R] 2012/3539].
- STS, Sala 2ª, número 752/2014, de 11 de noviembre [R] 2014/5695].
- STS, Sala 2ª, número 154/2016, de 29 de febrero [R] 2016/600].
- STS, Sala 2ª, número 221/2016, de 16 de marzo [R] 2016/824].
- STS, Sala 2ª, número 260/2017, de 6 abril [R] 2017/1491].
- STS, Sala 2ª, número 422/2017, de 13 de junio [R] 2017/2846].
- STS, Sala 2ª, número 742/2018, de 7 de febrero [R] 2019/326].
- STS, Sala 2ª, número 365/2018, de 18 de julio [R] 2018/3591].
- STS, Sala 2ª, número 506/2018, de 25 de octubre [R] 2018/4868].
- STS, Sala 2ª, número 548/2018, de 13 de noviembre [R] 2668/2017].
- STS, Sala 2ª, número 123/2019, de 8 de marzo [R] 2019/1064].
- STS, Sala 2ª, número 298/2019, de 7 junio [R] 2019/354].
- STS, Sala 2ª, número 757/2019, de 8 de marzo [R]123/2019].
- STS, Sala 2ª, número 355/2019, de 10 julio [R] 2019/3505].
- STS, Sala 2ª, número 167/2021, de 24 de febrero [R] 811/2021].

AAN, Sala de lo Penal, Secc. 4^a, número 405/2021, de 8 de julio [JUR 2021\255915].

AJCI6, de 23 de marzo de 2021.