

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS**  
**Máster de Acceso a la Abogacía**

**EL RÉGIMEN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA, ASPECTOS  
SUSTANTIVOS Y PROCESALES.**

**Laura Alvillar Nieto**

**DIRECTORA**

**Soledad Barber Burusco**

**Pamplona**

**6/06/2022**

**RESUMEN EJECTUVO:** La responsabilidad penal de las personas jurídicas marcó un punto de inflexión en la trayectoria de nuestro Derecho penal, esta responsabilidad ha significado acabar con la exclusividad de la persona física como único sujeto activo del delito en el Derecho penal, con todo lo que ello conlleva. De esta forma, desde la introducción de la responsabilidad corporativa se ha asistido a un sinnúmero de teorías que han avivado un rico debate a nivel dogmático, así como una serie de pronunciamientos jurisprudenciales que se han configurado como el inicio de una larga trayectoria, que cambia las tornas del Derecho penal y, consecuentemente, del proceso penal.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad penal de la persona jurídica, *Compliance*, ente corporativo, LO 5/2010, LO 1/2015, Derecho penal.

**ABSTRACT:** The criminal liability of legal persons marked a turning point in the trajectory of our criminal law, this responsibility has been integrated with the exclusivity of the natural person as the only passive subject of criminal law, with all that this entails. In this way, since the introduction of corporate responsibility, there have been countless theories at the doctrinal level that have fueled a rich debate at the dogmatic level, as well as a series of jurisprudential pronouncements that have been configured as the beginning of a long trajectory, which changes the tables of the Law and, consequently, of the criminal process.

**KEY WORDS:** Criminal liability of the legal person, *Compliance*, corporate body, LO 5/2010, LO 1/2015, criminal law.

## **ABREVIATURAS, ACRONIMOS Y SIGLAS**

<b>AN</b>	<b>Audiencia Nacional.</b>
<b>AP</b>	<b>Audiencia Provincial.</b>
<b>Art</b>	<b>Artículo.</b>
<b>CC</b>	<b>Código Civil.</b>
<b>CCom</b>	<b>Código de Comercio.</b>
<b>CE</b>	<b>Constitución Española.</b>
<b>CP</b>	<b>Código Penal.</b>
<b>EM</b>	<b>Exposición de Motivos.</b>
<b>FGE</b>	<b>Fiscalía General del Estado.</b>
<b>LEC</b>	<b>Ley Enjuiciamiento Civil.</b>
<b>LECrim</b>	<b>Ley Enjuiciamiento Criminal.</b>
<b>LO</b>	<b>Ley Orgánica.</b>
<b>Nº</b>	<b>Número.</b>
<b>TEDH</b>	<b>Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</b>
<b>TJUE</b>	<b>Tribunal de Justicia de la Unión Europea.</b>
<b>TS</b>	<b>Tribunal Supremo.</b>
<b>SAN</b>	<b>Sentencia Audiencia Nacional.</b>
<b>SAP</b>	<b>Sentencia Audiencia Provincial.</b>
<b>STS</b>	<b>Sentencia Tribunal Supremo.</b>

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.</b> .....	6-7.
<b>II.</b>	<b>LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.</b> .....	7-8.
	1. LO 5/2010, de 22 junio.....	8-12.
	2. LO 1/2015, de 30 de junio.....	12-15.
<b>III.</b>	<b>LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS.</b> .....	15-17.
	1. <b>El concepto de Persona Jurídica.</b> .....	17-18.
	2. <b>Personas Jurídicas que no pueden ser imputadas conforme al régimen de responsabilidad penal dispuesto en el CP.</b>	
	2.1.Las entidades de Derecho Público.....	18-19.
	2.2.Las pequeñas empresas.....	19-20.
	2.3.Las sociedades pantalla.....	20-24.
	3. <b>Elementos propios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.</b>	
	3.1.La doble vía de imputación prevista en el artículo 31 bis 1.....	24-34.
	3.2.Elementos comunes a las dos vías de imputación.....	34-39.
	4. <b>El tipo de injusto de la persona jurídica</b> .....	39-43.
	5. <b>La culpabilidad de la persona jurídica.</b> .....	43-51.
	6. <b>Las circunstancias modificativas de la responsabilidad de las entidades corporativas.</b>	
	6.1.Los programas de cumplimiento.....	51-62.
	6.2.Las causas eximentes de la responsabilidad penal.....	62-74.
	6.3.Las atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	74-80.
<b>IV.</b>	<b>TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PERSONA JURIDICA.</b>	
	1. <b>Garantías de la entidad imputada durante el proceso penal.</b> .....	80-85.

1.2.El derecho de defensa y la representación letrada de la persona jurídica.....	85-93.
<b>2. Sistema penológico de la persona jurídica.</b>	
2.1.. El conjunto de penas previsto para la persona jurídica.....	93-97.
2.2.Las Medidas Cautelares que se le pueden imponer a la persona jurídica.....	97-99.
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>100-104.</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>104-105.</b>
<b>VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....</b>	<b>105-106.</b>

## **I. INTROUCCI3N**

En el presente trabajo se aborda el estudio de la responsabilidad penal de los entes corporativos, analizando, en primer lugar, la normativa vigente, tras un breve análisis de la norma primigenia que se publicó en 2010, que fue la primera regulaci3n que en nuestro ordenamiento jurídicu contempl3 a las personas jurídicu como sujetos activos en el ámbitu del Derecho penal. En 2015 el legislador decide llevar a cabo una reforma, que a pesar de no suponer una transformaci3n a grandes niveles de lo que ya se impuso respecto al r3gimen de la responsabilidad corporativa, introduce una serie de novedades que van a tener gran calado en la trayectoria de este r3gimen penal.

En segundo lugar, se tratará de manera detenida cuales son las características principales de la responsabilidad penal de las personas jurídicu, junto con el análisis de los pronunciamientos de la jurisprudencia y la confrontaci3n de las tesis promovidas por los diferentes autores que confirman la doctrina en nuestro país. Abarcando una serie de debates, como es el relativo a la naturaleza de la responsabilidad penal de la empresa o la existencia o no de un delito propio de carácter corporativo.

Y, por último, se van a tratar una serie de cuestiones de carácter procesal, como son las garantías procesales que el legislador ha otorgado a la persona jurídicu en el proceso penal, y de qué modo se aplican conforme a la interpretaci3n de los sectores doctrinales y los diferentes tribunales. Por otra parte, se prestará especial atenci3n a la representaci3n letrada de la persona jurídicu, incidiendo en la extensi3n del derecho/deber del secreto profesional, así como la problemática que alberga esta representaci3n en determinados casos, dependiendo de si hablamos de abogados internos o abogados externos. Como parte final se hace una breve correlaci3n del sistema penol3gicu que el legislador ha previsto para las personas jurídicu, en relaci3n con las penas y medidas cautelares que se les pueden imponer y bajo que límites.

Finalmente considero oportuno expresar el motivo que impuls3 el presente trabajo, que no es otro que el de ahondar y profundizar en una materia que reviste de una significativa importancia a nivel práctico, y que de alguna manera supone la transformaci3n de muchas de las concepciones que se entendían asentadas en la tradici3n penal. Esta materia supone una evidencia de que una disciplina como el Derecho penal siempre debe ir en consonancia con la realidad social del momento a fin de resultar efectiva. Así mismo, junto con el anterior motivo es importante señalar, el interés tan

significativo que supone estudiar el proceso de creación y reconstrucción de muchos de los conceptos y elementos que conforman no solo la teoría del Delito, si no gran parte del Derecho penal, y que han sido contruidos exclusivamente sobre los elementos inherentes a la condición humana debido al carácter antropocéntrico del Derecho penal.

## **II. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.**

A partir de la publicación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, que da lugar a nuestro actual CP, es cuando se produce la primera aproximación relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la creación del artículo 129 que recogía (y recoge<sup>1</sup>) un conjunto de consecuencias accesorias para las personas jurídicas, lo que suponía el desplazamiento de la persona física como protagonista del Derecho penal. Así mismo, hay autores que consideraban que este catálogo de consecuencias accesorias configuraba una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sin que se les responsabilizase directamente a estas por el delito cometido<sup>2</sup>.

En el año 2003, a través de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, es cuando por primera vez, el legislador hizo uso de la fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta reforma consistía en hacer responsable a la persona jurídica del pago de la multa que se había impuesto previamente como pena al administrador de ésta, de manera directa y solidaria. Esta responsabilidad de la persona jurídica se encontraba recogida en

---

<sup>1</sup> La redacción actual del art. 129.1. del CP es la siguiente: En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.”

<sup>2</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág.18.

el artículo 31.2 CP<sup>3</sup>. A su vez, se reguló la posibilidad de disolver la persona jurídica si esta se estaba utilizando para fines delictivos en materia de tráfico de drogas<sup>4</sup>.

Sin embargo, con anterioridad a las referidas reformas, el Derecho administrativo ya se había encargado de regular la responsabilidad de los entes corporativos. Por lo tanto, considerar que el primer momento en el que entra en juego la responsabilidad de las personas jurídicas, es a través del Derecho Penal, constituye una creencia equivocada. El derecho administrativo desde hace ya tiempo contempla una serie de efectos preventivos-punitivos<sup>5</sup> para las personas jurídicas, estas medidas de carácter sancionador actúan como castigos, orientados a materializar el reproche ético - jurídico por parte del Estado al ente colectivo, configurándose, así como verdaderas penas para las personas jurídicas<sup>6</sup>.

### **1. LO 5/2010, de 22 de junio.**

En el año 2010, el legislador opta por abordar el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de manera expresa, a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, y deja atrás el viejo aforismo *societas delinquere non potest*.

Se introduce el artículo 31 bis, que es el que se encarga de recoger y desarrollar el régimen de la responsabilidad penal de los entes corporativos. Este artículo contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando determinadas personas físicas (administradores de derecho, de hecho, representantes legales o los subordinados a estos) lleven a cabo un delito que se encuentre dentro del régimen *numerus clausus* establecido por el legislador, y cumpla con los requisitos de haber actuado en provecho del ente y en el ejercicio de su actividad, o haber incumplido con el debido control por parte de los superiores, de tal manera que se pueda configurar debidamente el hecho de conexión entre

---

<sup>3</sup> “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

<sup>4</sup> Así lo expone la propia EM (II) de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

<sup>5</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 30

<sup>6</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 31.



la conducta delictiva de la persona física y la posibilidad de responsabilizar penalmente al ente.

Una de las fuertes críticas que recibió el legislador por esta reforma es la inexistencia de un adecuado tratamiento procesal para la persona jurídica, de tal forma que en el año 2011 se aprueba la Ley de Medidas de Agilización Procesal, que pasa a modificar algunos artículos<sup>7</sup> de la LECrim, con el fin de adecuar el proceso penal que hasta el momento, estaba enfocado exclusivamente a la persona física, pero sin embargo, este intento resultó notablemente insuficiente<sup>8</sup>

Por otra parte, es importante señalar que la discusión doctrinal en sede de responsabilidad de las personas jurídicas, lejos de ser algo novedoso, es una cuestión que ha generado ríos de tinta entre los penalistas, pero sí que es cierto, que a partir de la LO 5/2010, este debate se ha visto notablemente intensificado y se focalizó en si realmente los entes corporativos pueden ser verdaderos sujetos penales, o si en cambio, su responsabilidad se debe limitar a la vía civil como ha defendido GRACIA MARTIN<sup>9</sup>.

Pues bien, la asunción legislativa, proclamada en la LO 5/2010 que amplía la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser intervenidas por el Derecho penal, ha dividido notablemente la doctrina y definido de manera significativa las diferentes corrientes doctrinales:

Por lo que, por una parte, se encuentra el sector doctrinal que en el momento en el que nuestro CP pasó a contemplar los entes corporativos como verdaderos sujetos activos del derecho penal, consideraron inadecuada y errónea dicha aceptación, entendiendo que las personas jurídicas carecen de sustrato material<sup>10</sup> que haga factible la responsabilidad penal, considerando que dicha incapacidad reside en la naturaleza del

---

<sup>7</sup> Los artículos que se modificaron de la LECrim fueron: Competencia de los tribunales ( art.14 bis ),derecho de defensa ( art.120), intervención en el juicio oral (art.786 bis), la conformidad ( art.787.8), la rebeldía ( art.839.4), la citación ( art.119.1.a) (art.839.1), la comparecencia ( art.119.1b), la información judicial de las personas jurídicas imputadas ( art.119.c), medidas cautelares (art.120.3), práctica de las diligencias ( art.120.1), la declaración de la persona jurídica (art.120.3, a, b). GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 34.

<sup>8</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 34.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.93.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.90.

propio ente. Esta corriente concibe al ente corporativo como una mera ficción y consideran que la asunción como sujeto del Derecho Penal genera una confrontación directa con los elementos más tradicionales de la teoría del delito, como son la acción, la culpabilidad y antijuridicidad<sup>11</sup>.

Esta postura doctrinal entiende que partiendo de la base de que el juicio de la culpabilidad de un sujeto reside en la voluntad de antijuridicidad de este, no es posible trasladar esta concepción a los entes corporativos, que son meras ficciones, sin incurrir en un grave error que amenaza la dogmática jurídico-penal<sup>12</sup> habida hasta el momento, como defiende manifiestamente GRACIA MARTÍN. Pero no solamente el juicio de culpabilidad supone un óbice para la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que, bajo este prisma doctrinal también se entiende que el ente corporativo no puede llevar a cabo ninguna acción que resulte penalmente relevante (incapacidad de acción)<sup>13</sup>, y mucho menos acciones que puedan ser categorizadas de imprudentes o dolosas<sup>14</sup>. Esta corriente doctrinal se constituyó como la mayoritaria tras la relevante proclamación de la LO 5/2010<sup>15</sup>, sin embargo, de manera posterior tendrá cierta disminución y se producirá una progresiva inclinación hacia la concepción de la persona jurídica como posible sujeto del Derecho penal

El otro sector doctrinal está conformado por los autores que defienden la idoneidad de la persona jurídica como sujeto pasivo del Derecho penal, dando lugar a una multitud de tesis entre las que destaca la teoría constructivista<sup>16</sup>, de la que no podemos hablar sin primero mencionar a GOMEZ-JARA como uno de sus máximos exponentes. Los componentes de esta corriente, que coinciden en aceptar a las personas jurídica como sujetos adecuados para ser intervenidos por el Derecho penal, asumen que debido a las peculiaridades que presenta la naturaleza de estos sujetos no se puede dar un tratamiento

---

<sup>11</sup> LUZÓN PEÑA, *DP. PG*, 3ª ed., 2016, pág.144

<sup>12</sup> GRACIA MARTÍN., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica” 2016 pág.7.

<sup>13</sup> GRACIA MARTÍN., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica” 2016, pág.7.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ BERNAL. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, págs. 128.

<sup>15</sup> LUZÓN PEÑA, *DP. PG*, 3ª ed., 2016, pág.144

<sup>16</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.105.

idéntico entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de las personas físicas<sup>17</sup>, por lo que, la modificación y alteración de muchos de los elementos del tradicional Derecho penal se torna necesaria.

A pesar de la dualidad doctrinal existente y la evidente disparidad y heterogeneidad de pensamiento, es inevitable confirmar que esta reforma supuso, en palabras de FEJOO SANCHEZ, un cambio estructural “histórico jurídico- penal”<sup>18</sup> que acabo con el principio *societas delinquere non potest*, configurando a los entes corporativos como verdaderos sujetos del Derecho penal. Esta reforma también materializa la evolución de nuestro Derecho penal, con el fin de conseguir una adecuada coherencia con el derecho internacional y adaptación con el mundo actual<sup>19</sup>.

Los motivos que impulsaron al legislador a llevar a cabo esta ambiciosa reforma no son nada claros, sin embargo, sí que se pueden extraer varias causas que nos pueden dar ciertas pistas, por una parte, es importante señalar que en este momento se habían producido con cierta frecuencia los instrumentos internacionales<sup>20</sup>, que se encargaban de recomendar a los estados miembros que llevasen a cabo una reforma interna con el fin de que regulasen normas idóneas y eficaces ante las conductas contrarias a Derecho que se producían en el seno corporativo. Estos instrumentos no presentaban una obligación de cumplimiento para los Estados, ni se exigía que las normas previstas para actuar ante tales hechos fueran de carácter penal<sup>21</sup>. De hecho, si así fuese, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico no hubiese sido necesario llevar a cabo ninguna modificación, puesto que, como se ha comentado *supra* líneas, ya se contemplaba un arquetipo de responsabilidad para las personas jurídicas en sede de derecho administrativo-sancionador.

---

<sup>17</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág.17.

<sup>18</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág.16.

<sup>19</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág.17.

<sup>20</sup> La propia EM de esta ley hace referencia a los numerosos instrumentos internacionales que demandan una respuesta penal clara, el legislador de una manera poco rigurosa pretende plasmar como uno de los motivos una supuesta presión internacional de que los estados miembros incorporasen normas penales orientadas a penalizar a los entes corporativos, cuando realmente dichos instrumentos carecen de obligatoriedad, y no hacen referencia a la exigencia de una norma penal.

<sup>21</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág. 30.

Sin embargo, a pesar de la carente obligatoriedad de estos instrumentos europeos, su presencia, ayuda notablemente a entender el clima en el que se sustanció la reforma de 2010. Y, de cierto modo, no resulta del todo desacertado concebir que el cambio de rumbo del legislador español se debe al escenario internacional<sup>22</sup>.

Pues bien, la mencionada reforma se introdujo en un momento en el que se estaban evidenciando los efectos de un cambio de mentalidad respecto a los entes corporativos. Se pasa a entender que los entes corporativos tienen una notoria relevancia como sujetos individuales e independientes respecto a los autores materiales del hecho delictivo, la relevancia de éstos reside la obligatoriedad de mostrarse como verdaderos garantes del cumplimiento normativo<sup>23</sup>. Y, este pensamiento se va a ver con mayor intensidad en la reforma que se produce cinco años después y que da lugar a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, y que actualmente es la regulación vigente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico.

## **2. La LO 1/2015, de 30 de junio.**

La LO 1/2015 modificó de manera sustancial la reforma de 2010, a pesar de las modificaciones tan trascendentales (que serán comentadas a lo largo del presente trabajo) el legislador simplemente presentó la reforma como una mera mejora técnica, explicando en la exposición de motivos de la referida ley que “la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Es importante señalar que antes de esta reforma, la LO 5/2010 fue modificada una vez, a través de la LO de 2012 de 27 de diciembre que modificó el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal en la Seguridad Social, procediendo a la clasificar a los Partidos Políticos y Sindicatos como personas jurídicas imputables.

Pues bien, introduciéndonos en la reforma de 2015, uno de los motivos más claros que condujeron al legislador a llevar a cabo tal reforma es el escenario de incertidumbre que se había instaurado con la LO 5/2010, derivado de la indeterminación con la que el legislador abordó esta materia tan compleja, que imposibilitaba la constitución de un criterio unificador, a lo que se le sumaba la inexistencia de pronunciamientos del Tribunal

---

<sup>22</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág.29.

<sup>23</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág. 21.

Supremo ( algo que resulta relativamente lógico, considerando la materia, es entendible que en cinco años no se pudiesen llevar muchos asuntos de responsabilidad penal de las personas jurídicas ante los tribunales, teniendo en cuenta que en las fases de investigación e instrucción previas se requiere un tiempo considerable, debido a la notoria complejidad de estos casos).

Por otra lado, es evidente que esta reforma no ha dejado indiferente a los penalistas, intensificando aún más las diferencias entre la doctrina y dando lugar a una cantidad considerable de críticas al respecto, como la hecha por QUINTERO, que sin rodeos, manifiesta que, con la nueva regulación el legislador pretende “hacer casi imposible la imputación de las personas jurídicas”<sup>24</sup>, las críticas de esta índole, que acusan al legislador de crear un régimen que impide la posibilidad de responsabilizar penalmente al ente, tienen su origen en la importancia, que sin duda, toman los programas de prevención y control, el *Compliance*, que se consagra como una figura imprescindible en materia de responsabilidad penal y que, de cierto modo, hace que cambien las reglas del juego, ya que, el legislador en esta reforma, otorga de manera clara a estos programas la facultad de exonerar o de atenuar la responsabilidad penal a la empresa, este aspecto se configura como uno de los más trascendentales de la reforma <sup>25</sup>.

En contraposición hay autores, como FEIJOO SÁNCHEZ que entienden que la voluntad del legislador a la hora de otorgar tal protagonismo a los modelos *Compliance*, nada tiene que ver con obstaculizar la posible responsabilidad penal del ente, y pasan a considerar que, más bien, se pretende materializar una “estrategia del Estado” en base a la “denominada autorregulación regulada”<sup>26</sup>, promoviendo así que las empresas lleven a cabo la instauración de una debida cultura de cumplimiento<sup>27</sup> que será demostrada a través de un efectivo e idóneo modelo de *Compliance*, haciendo posible que se mitigue la delincuencia corporativa en base a unas medidas adoptadas *ad intra*, y evitar “excesivos costes para el erario público”<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 25.

<sup>25</sup> LUZÓN CÁNOVAS, en Homenaje a D. José Manuel Maza Martín, 2018, pág. 215.

<sup>26</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág.25.

<sup>27</sup> Cultura corporativa de respeto a la ley, cultura de cumplimiento normativa, cultura ética empresarial, cultura de cumplimiento, son términos utilizados por la doctrina de la FGE, en su Circular 1/2016.

<sup>28</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág.26.

Otro de los aspectos que cabe destacar de la reforma de 2015, es la evidente intención por parte del legislador de diluir todas las interpretaciones que impliquen concebir que el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado en el año 2010 es de naturaleza vicarial u objetiva, es decir, que la persona jurídica responde de manera directa por el hecho de la persona física, en base a una transferencia de la responsabilidad, así pues, la propia EM de esta ley señala que “Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”. Sin embargo, esta cuestión lejos de estar resuelta se ha configurado como la gran protagonista de los debates doctrinales y por la importancia que presenta en sede de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, será analizada posteriormente en el presente trabajo.

La legislación vigente instaurada con la reforma de la LO 1/2015, al igual que la anterior, mantiene un catálogo de delitos tasado que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, sin embargo, en esta reforma se modifica este catálogo, ampliando el número de delitos. Así mismo, en el año 2019 el CP sufre una nueva modificación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y se procede a ampliar nuevamente los delitos que pueden ser cometidos por estas, debido a la trasposición de Directivas de la Unión Europea en el ámbito de la delincuencia financiera y de terrorismo<sup>29</sup>, siendo los delitos que son susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas conforme a la legislación vigente: el tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art 156.3 bis), trata de seres humanos (art 177.7 bis), relativos a la prostitución, pornografía infantil y corrupción de menores ( art a189 ), descubrimiento y revelación de secretos (art a197 quinquis), estafa (art 251 bis), frustración de la ejecución- insolvencia punible-(art 258 ter), daños informáticos (art 264 ter),relativos a la propiedad intelectual e industrial , al mercado y a los consumidores y corrupción entre particulares ( art 288), de receptación y blanqueo de capitales ( art 302.2), financiación ilegal de los partidos políticos ( art 304.5 bis), contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social ( art 310 bis), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros ( art 318.5 bis), sobre la ordenación del territorio y el urbanismo ( art 319.4), contra los recursos naturales y medio ambiente (art 328), establecimientos de depósito o vertederos tóxicos ( art 328), relativos a la

---

<sup>29</sup> Directiva 2014/57 / UE del parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2014, relativa a la lucha contra el terrorismo y la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la unión.

energía nuclear y radiaciones ionizantes ( art 643.3), de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art 348.3), contra la salud pública ( art 369 bis ), tráfico de drogas ( art 369), falsificación de moneda ( art 386.5), falsificación tarjeta de crédito y débito y cheques de viaje ( art 399.1 bis), cohecho ( art 423 bis), tráfico de influencias (art 430), malversación reforma 2019 ( art 435), corrupción transacciones comerciales internacionales ( art 445), de odio y enaltecimiento ( art 510), relativos a organizaciones y grupos criminales ( 570 quater), terrorismo ( art 576 ).

Finalmente, es importante destacar que como se ha comentado respecto a la reforma del año 2010, el legislador fue duramente criticado por no acompañar junto a una reforma de tal calado una debida adecuación de carácter procesal, y a pesar de que se publicó la Ley de Medidas de Agilización Procesal (2011), esta fue realmente insuficiente, y actualmente la legislación procesal en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica está configurada como una normativa de mínimos<sup>30</sup>. Esta situación ha propiciado que varios autores<sup>31</sup> hayan pretendido solucionar esta gran incógnita proporcionada por el silencio del legislador, llegando a la conclusión que las garantías procesales previstas para las personas físicas deben ser observadas de igual modo para las personas jurídicas, evitando una posible indefensión durante el proceso penal, y, lógicamente, atendiendo a las particularidades que presenta el ente corporativo como sujeto en el proceso penal. Esta cuestión que va más allá del ámbito nacional fue objeto de análisis por parte del TJUE que, en esta misma línea, se llegó a pronunciar y señaló que “el artículo 47 del TUE relativo a la tutela judicial efectiva es igualmente aplicable a las personas jurídicas”<sup>32</sup>.

### **III. LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS.**

En el presente epígrafe se va a proceder a explicar los aspectos principales de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de la legislación

---

<sup>30</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 314.

<sup>31</sup> Autores como, ECHARRI CASI, con el coinciden en este planteamiento BAJO FERNÁNDEZ y GÓMEZ-JARA, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.314.

<sup>32</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 315.

vigente, la LO 1/2015. En primer lugar, es oportuno destacar cuales son los aspectos principales de esta ley:

1. El régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra desarrollado entre los artículos 31 bis, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies.

2. La responsabilidad penal del artículo 31 bis, es restringida y limitada, lo que implica que no se aplica de manera general para todas las empresas y personas jurídicas, el artículo 31 quinquies se encarga de regular esta limitación, con mención expresa de las personas jurídicas que están excluidas de este régimen.

3. La persona jurídica será responsable por los delitos cometidos por determinadas personas físicas, que son: sus representantes legales, o todos aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control, previstas en el artículo 31.1 bis a), y los trabajadores sometidos a la autoridad de estos, como dispone el artículo 31.1. bis b).

4. La persona jurídica únicamente será responsable si las personas físicas del apartado anterior cometen alguno de los delitos que se recogen en la Parte Especial de nuestro CP y está dentro del régimen *numerus clausus* de delitos susceptibles de ser cometidos por los entes corporativos.

5. En el caso de que sea un empleado o subordinado el que cometa el delito debe darse un requisito extra, que es el de que se hayan incumplido por parte de las personas físicas recogidas en el artículo 31 .1 bis a) un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

6. La persona jurídica puede ver atenuada su pena en el caso de que se cumplan con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 31 quater.

7. La persona jurídica, puede ver exonerada su responsabilidad penal, en el caso de que cumpla debidamente con las exigencias previstas en el artículo 31 bis 2, en el caso de que el delito sea cometido por alguno de los integrantes del órgano de representación u organización previstas en el artículo 31 bis 1 a), y en el artículo 31 bis 4, en el caso de que la comisión del delito haya sido autoría de alguno de los empleados, que dispone el artículo 31 bis 1 b).



8. Las penas que se le pueden imponer a los entes se regulan en el artículo 33 en relación con el 66, entre las que destaca la pena de multa, como pena básica siendo el resto penas interdictivas.

### **1. El concepto de Persona Jurídica.**

El legislador no se ha preocupado en determinar cuál es el concepto de persona jurídica, lo que hace necesario remitirnos a las normas extrapenales que han configurado el término de persona jurídica, como es el artículo 35 del CC que recoge que “Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley” añadiendo que ostentan debidamente la personalidad jurídica “desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas” , así mismo el artículo 116 del CCom, regula la constitución de las compañías mercantiles indicando que “Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.”. Una de las muestras de la relevancia y trascendencia que presenta para una entidad ostentar personalidad jurídica, es la capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales que otorga el artículo 6.1. 3º de la LEC, así como, lo hace el artículo 31 bis del CP, en materia penal.

Por lo tanto, el hecho de que la entidad tenga personalidad jurídica determina si es objeto de responsabilidad penal o no, ya que el artículo 31 bis únicamente se refiere como sujetos imputables a las personas jurídicas<sup>33</sup> por lo tanto, aquellas que carecen de personalidad jurídica conforme a los artículos anteriormente citados no pueden estar sometidas al régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, y así mismo fue expresado en la SAN nº 2/2015 de 23 de enero<sup>34</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que para que resulte de aplicación el artículo 31 bis del CP se necesita algo más que el hecho de ostentar personalidad jurídica y es que la entidad en cuestión desarrolle una “mínima actividad legal, materializando y haciendo efectiva dicha personalidad” y así lo ha afirmado el TS en la STS N°534/2020, de 22 de octubre. Por lo tanto, la personalidad jurídica es presupuesto

---

<sup>33</sup> El artículo 31 bis 1 señala expresamente que “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables”.

<sup>34</sup>Que expresa que “Las sociedades que carecen de personalidad jurídica conforme las normas anteriormente expuestas, no podrán ser objeto de aplicación del régimen impuesto en el art 31bis CP. Haciendo referencia a las sociedades irregulares”.

indispensable para que la entidad sea objeto del artículo 31 bis, sin embargo, no es el único elemento que se requiere para ser susceptible de responsabilidad penal, como veremos a lo largo del presente apartado.

Como se ha expresado previamente, los entes que carecen de personalidad jurídica no pueden ser sometidos al régimen dispuesto en el artículo 31 bis, para estos supuestos es oportuno acudir al artículo 129, que recoge una serie de medidas de carácter accesorio que pueden ser impuestas a “entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis”<sup>35</sup> medidas como la clausura temporal de locales y establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Se puede afirmar que de este modo se ha configurado una doble vía sancionadora entre el artículo 31 bis y el 129. Esta dualidad supone una dificultad notoria para el legislador a la hora de determinar y delimitar qué entidades debemos entender sometidas al régimen dispuesto por el artículo 31 bis y cuales al régimen del artículo 129, más aún, teniendo en cuenta que la línea entre aquellas empresas que ostentan personalidad jurídica y las que no, se encuentra difuminada por la actividad real de las empresas en el tráfico económico, lo que ha llevado a algunos autores como LUZÓN CANOVAS a considerar que “ la persona jurídica como criterio de distinción entre entes colectivos se encuentra hoy superado por la realidad de la vida de los negocios y por criterios de imputación como la existencia de unidad económica o de un patrimonio autónomo del ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica”<sup>36</sup> .

## **2. Personas Jurídicas que no pueden ser imputadas conforme al régimen de responsabilidad penal dispuesto en el CP.**

### *2.1 Entidades de Derecho Público*

Para poder analizar correctamente que personas jurídicas se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del artículo 31 bis, debemos remitirnos inexcusablemente a lo dispuesto en el artículo 31 quinquies. Este artículo excluye de responsabilidad penal a las siguientes entidades: El Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales y a las organizaciones internacionales de derecho público. Sin embargo,

---

<sup>35</sup> Recoge expresamente el artículo 129 CP.

<sup>36</sup> LUZÓN CANOVAS en Homenaje a D. José Manuel Maza Martín, 2018, pág.216.

la exclusión prevista en este precepto legal no obsta a que mediante otras vías del derecho se les pueda responsabilizar por sus actos, ya que, como señala BAJO FÉRNANDEZ, la exclusión de estas Entidades de Derecho Público es de carácter personal y no va en función de las actividades que desarrollan, por lo que, pueden estar excluidas del régimen de responsabilidad penal y ser objeto de responsabilidad de otra naturaleza<sup>37</sup>.

Se puede observar que todos los entes mencionados en este artículo coinciden en su naturaleza e interés de carácter público, y, por ello, puede que, la cuestión relativa a la exclusión de las entidades de Derecho Público resulte lógica, teniendo en cuenta dos consideraciones, la primera de ellas recordar que, la facultad del *ius puniendi* le corresponde en exclusiva al Estado, por ende, estaríamos sancionando a quien sanciona, y en segundo lugar, resaltar la evidencia de que serían los ciudadanos los principales afectados por la imposición de sanciones como la multa a este tipo de organismos, que ejecutan y desarrollan materias de interés público, debido a que al fin y al cabo, son los ciudadanos los que se benefician de estas actividades y servicios ofrecidos por las organizaciones públicas y a su vez son los que los sufragan<sup>38</sup>.

Este artículo, en su segundo apartado también hace mención expresa a las sociedades mercantiles públicas, aquellas que lleven a cabo políticas públicas o que presten servicios de interés económico general. El artículo 31.2 quinquies configura un régimen de carácter “especial” para éstas, imponiendo la obligatoriedad de que únicamente se les podrá imponer la pena de multa o de intervención judicial, con la salvedad de que bajo la apreciación del juez se haya determinado que esta sociedad ha sido constituida con intenciones delictivas.

## 2.2. *Las pequeñas empresas.*

Una vez analizadas las entidades que la legislación penal excluye expresamente en base a lo dispuesto en el artículo 31 quinquies, es oportuno destacar aquellas que a pesar de no estar recogidas en este artículo no están sujetas a responsabilidad penal, como son todas aquellas pequeñas empresas que presenten una identidad absoluta o sustancial entre la entidad y la persona que la organiza. Esto es así, porque realmente supondría un contrasentido si entendemos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como

---

<sup>37</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.60.

<sup>38</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 98.

indica FERNANDEZ TERUELO “se constituye sobre la idea de una dualidad personal subjetiva o dos realidades claramente diferenciadas”<sup>39</sup>. Es decir, responsabilizar al ente y a la persona física que presenta una identidad sustancial supondría un efecto sancionador doble para un mismo sujeto. En este sentido, la FGE en la Circular 1/2016 clarifica qué debemos entender por identidad absoluta y sustancial, determinando “que existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva”.

Así mismo, es oportuno señalar que esta doble imposición sancionadora pondría en grave riesgo el principio *non bis in idem*, esta posible vulneración hace necesario remitirnos a la doctrina jurisprudencial para valorar cuando se va a considerar transgredido este principio, a este respecto la STS n°39/2022 de 20 de enero, señala que únicamente podemos hablar de una vulneración del principio *non bis in idem* cuando la persona física que ha sido condenada por autoría de un delito, figura como socia única de la persona jurídica, sin que sea suficiente para valorar la identidad entre autor material y persona jurídica que este sea administrador único. En el mismo sentido, la STS n°279/2019 de 7 de febrero, que desestima la pretensión del actor que alegaba la vulneración del *non bis in idem* alega que “el principio *non bis in idem* no se ve afectado. El recurrente era administrador único de la sociedad, pero no socio, por tanto, en nada le afecta la pena que se imponga a ésta. En este sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Por lo tanto, en primer lugar, para proceder a la exclusión es indispensable una identidad absoluta y sustancial entre la persona jurídica y a la persona física, y el hecho de que la persona física sea el socio único de la entidad supone una evidencia palmaria de dicha identidad, que, a su vez, puede conllevar la vulneración del principio *non bis in idem*, ya que sobre un mismo sujeto recaerían dos tipos de sanciones.

### 2.3 Las Sociedades pantalla.

Y, por último, es oportuno cerrar el epígrafe de las sociedades excluidas del régimen de responsabilidad penal hablando sobre las sociedades pantalla o fachada. La FGE en un primer momento, se encargó de clasificar a las personas jurídicas en tres clases

---

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág. 60.

de entidades, así mismo, la doctrina del TS en la primera sentencia mediante la cual tuvo oportunidad de pronunciarse respecto al régimen de responsabilidad penal, la STS nº154/2016 de 29 de febrero mostró su conformidad con la categorización hecha por la FGE. Y siguiendo esta línea se han ido dando los sucesivos pronunciamientos de la jurisprudencia, asentando tal clasificación, como lo hace en STS nº534/2020, de 22 de octubre. Pues bien, establecieron que a efectos de delimitar qué entidades se encuentran bajo el régimen penal hay tres categorías:

- Aquellas que la actividad que desarrollan se encuentra dentro de los límites de la legalidad y el derecho, resultando por ello, susceptibles de responsabilidad penal.

- Aquellas que, en el desarrollo de la actividad, cometen actos delictivos utilizando la ejecución de la acción social, lo que implica que también puedan ser sujetos de Derecho penal, con independencia de que la persona jurídica desarrolle una actividad legal, mayor que su actividad ilegal o a la inversa.

- Y aquellas que son utilizadas como meros instrumentos para llevar a cabo la comisión del delito, es decir, las llamadas sociedades pantalla, que no pueden ser imputadas conforme al artículo 31 bis.

La cuestión relativa a la exclusión de las sociedades pantalla, se puede decir que es cuestión pacífica entre nuestros tribunales. Pues bien, ya en una de las primeras sentencias referentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la SAN nº359/2014, de 19 de mayo, se declaró la incapacidad de las sociedades pantalla para ser imputadas, esta sentencia fue reveladora en este aspecto ya que, por una parte indicó qué es determinante para declarar una sociedad simulada o sociedad pantalla, que la instrumentalización del ente con fines delictivos sea total dando lugar a una ausencia de actividad legal o en el caso de que haya, ésta sea mínima “o meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos”, y por otra parte, fue clara al indicar que cuando se cumplen estos supuestos “estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales y que por ello no resultan imputables”.

Este criterio es el que comparte el TS como manifiesta en la célebre sentencia nº154/2016, de 29 de febrero, en la que muestra su conformidad con lo expresado por la doctrina de la FGE en su circular 1/2016. La FGE de manera clarificadora en la referida circular indica que en el caso de que se dé una “ausencia de actividad organización e infraestructura propia” podremos decretar la existencia de una sociedad pantalla, y, por

ende, su inimputabilidad, remitiéndose a la ya mencionada sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de mayo, concluyendo que “que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente”<sup>40</sup>.

Por lo tanto, aquellas sociedades que se utilicen sólo como instrumentos para cometer el delito y que por tanto sean meras sociedades pantalla, no pueden ser imputadas. Cuestión que resulta lógica, ya que la entidad es responsable penalmente en base a una serie de premisas y criterios dispuestos en el CP que requieren que la entidad presente una determinada complejidad interna que le proporcione cierta capacidad organizativa (STS nº534/2020 de 22 de octubre), en definitiva, un sustrato material real y efectivo que haga viable la configuración de una culpabilidad de empresa.

Una vez que se determina la inimputabilidad de las sociedades pantalla, es importante señalar qué mecanismos prevé el Derecho penal para actuar frente a estas. La STS nº154/ 2016 de 29 de febrero, señala que nada obsta a que una vez acreditado el carácter exclusivamente instrumental del ente, se proceda a aplicar lo dispuesto en el artículo 66 bis en relación con la pena de disolución, “ya que cumplida y agotada la "misión " delictiva para la que fue realmente constituida su existencia en la práctica perdió ya sentido”. Por lo tanto, este punto resulta notablemente controvertido, y la problemática se materializa a la hora de determinar mediante qué precepto legal se decreta la disolución porque, como se ha dicho, hablamos de personas jurídicas inimputables, y, por lo tanto, no resulta de aplicación el régimen penal, a su vez tampoco podría resultar de aplicación del artículo 129, ya que no se prevé la disolución como posible consecuencia accesoria. Otro de los planteamientos, que resulta más idóneo bajo mi parecer y coincidiendo con lo expuesto por FERNANDEZ TERUELO es el de recurrir al instrumento del decomiso, aplicando el artículo 127.1<sup>41</sup>, para lo que es necesario concebir que la persona jurídica inimputable es instrumento o medio para cometer el delito<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Circular 1/2016 FGE, pág.15.

<sup>41</sup> “Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.40.

Sin embargo, más allá del mecanismo utilizado para proceder a disolver la persona jurídica que ha sido utilizada para cometer el delito, tanto la FGE como la jurisprudencia coinciden en la necesidad de llegar al autor material del hecho delictivo, desentramando la organización ficticia que constituye la sociedad pantalla. Y, respecto a esta cuestión, la FGE expresó en un primer momento en la Circular 1/2011, y reafirmó más tarde en la Circular 1/2016, que nada impide que se recurra a la doctrina del levantamiento del velo, penetrando en el falso tejido organizativo creado con fines exclusivamente delictivos con la intención de llegar a la persona física que ha ejecutado materialmente el delito.

En este sentido la jurisprudencia se ha pronunciado, manifestando que “la doctrina del "levantamiento del velo", es una construcción jurisprudencial que permite al juzgador penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con uno fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual (Sentencias del T. Supremo de 17 de octubre y 22 de noviembre de 2000, 5 y 7 de abril y 8 de mayo de 2001)”<sup>43</sup>. Y en base a esta misma línea jurisprudencial, se ha ido consolidando la utilidad e idoneidad del recurso del levantamiento del velo para actuar ante este tipo de empresas instrumentalizadas, ya que, permite penetrar en el *substratum personal* de las entidades<sup>44</sup> con el fin de evitar la ausencia de punibilidad ante el abuso de figuras corporativas ficticias con fines exclusivamente delictivos. La asunción de tal idoneidad del mecanismo del levantamiento del velo ha originado la viabilidad y posibilidad de desmarcarse de la línea interpuesta por el derecho positivo con el fin de poder llegar a determinar la identidad de la persona que se ha valido del entramado societario para llevar a cabo su actuación delictiva<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> STS nº 4177/2016, de 29 de septiembre.

<sup>44</sup> Término acuñado por la STS nº 1019/1990, de 9 de noviembre.

<sup>45</sup> En ese sentido se pronuncia la STS nº 4683/2017 de 14 de diciembre remarcando la equidad y buena fe de los tribunales a la hora de aplicar dicha figura con fines exclusivos de cumplir con la norma, también se destaca la excepcionalidad de este recurso, siendo evidente que en cuestiones como la instrumentalización y abuso del ente corporativo resulta necesaria su aplicación.

Por lo tanto, la incapacidad de imputación conforme al régimen penal previsto no implica que el Derecho penal deba limitarse únicamente a decretar la disolución de la sociedad instrumentalizada, sin llegar a la verdadera voluntad que dio origen a su constitución y por ende, a la persona que posee el *animus delinquendi* y así se proyecta por la jurisprudencia en la STS n°534/2020 de 22 de octubre, que señala que, como se ha expresado a lo largo del presente apartado “denominadas sociedades pantalla que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas” e indica la necesidad de recurrir en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas y a razón del uso delictivo de una sociedad ficticia al “mecanismo del levantamiento del velo dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización”, lo que implica que la doctrina ya comentada, y que principalmente se ha suscitado en el ámbito societario, ha sido compartida y aplicada en los mismos términos por los tribunales en materia de responsabilidad penal de los entes corporativos.

### **3. Elementos propios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

#### *3.1. La doble vía de imputación prevista en el artículo 31 bis 1.*

El artículo 31 bis 1 contempla una doble vía de imputación que implica la determinación de qué personas físicas pueden vincular penalmente a la persona jurídica, en este sentido el TS en su STS n°516/2016 ha definido el artículo 31 bis como “una determinación de la autoría definitoria del tipo de autor en las personas jurídicas” una definición más que adecuada, teniendo en cuenta que la función de este precepto legal es la de contemplar las personas físicas pueden activar la responsabilidad del ente, a su vez, este apartado se subdivide en dos apartados el 31 bis 1 a) y 31 bis 1 b), y contempla a los siguientes sujetos:

1. Personas físicas que son representantes legales que actúan individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, y que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Estas son las personas que contiene el apartado a) del artículo 31 bis 1, y como se puede observar todas mantienen un elemento en común, que es el poder de mando y



capacidad de dirigir y organizar el ente<sup>46</sup>. El legislador cambió de rumbo con la reforma de 2015, ya que, en la anterior legislación se hablaba expresamente de representantes, administradores de hecho y administradores de derecho<sup>47</sup>, sin embargo, tras esta reforma se ha evidenciado la voluntad de ampliar la esfera de personas circunscritas en los órganos de decisión y gestión del ente, y esta modificación ha originado una serie de consecuencias, como veremos en el presente apartado.

Pues bien, la FGE se pronunció al respecto evidenciando su inclinación ante la nueva redacción operada por la reforma del año 2015, y haciendo una interpretación extensiva de ésta, alegando que se puede “incluir también en este apartado a quienes, sin ser propiamente administradores ni representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones”.

Esta postura de carácter extensivo por la que manifiestamente aboga la FGE, ha generado ciertas críticas por una parte de la doctrina, que la considera contraproducente. Esta corriente doctrinal que aboga por un criterio más limitativo considera que el legislador ha sido claro mostrando su intención, al diferenciar en dos grupos las personas que pueden activar responsabilidad penal a la persona jurídica (artículo 31 bis 1 a) y b)), y el hecho de aplicar un criterio tan amplio no respetaría dicha intención. En esta línea se pronuncia DOPICO, que señala que la interpretación de la FGE “Conduce a conclusiones irrazonables. El número de personas autorizadas a realizar cualesquiera funciones de organización o control en una empresa es extensísimo. La primera vía debe estar reservada para las personas que tienen poder de mando sobre la empresa, pues justo eso es lo que permite atribuir el delito de este sujeto, cuando actúa en ejercicio de sus funciones, a la persona jurídica (y es el término que emplean todas las Directivas y

---

<sup>46</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, en De La Mata Barranco/Dopico Gómez Aller/ Lascuráin Sánchez/ Nieto Martín, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 141.

<sup>47</sup> Así lo expresa la LO 5/2010, indicando que “se añade el artículo 31 bis, que tendrá la siguiente redacción: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”.

Decisiones Marco sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas que España ha debido trasponer)”<sup>48</sup>.

Sin embargo, algo que se debe resaltar de la ampliación llevada a cabo por el legislador, en consonancia con lo expuesto por algunos autores, es que la ampliación originada “tiene plena lógica preventiva y de justicia”<sup>49</sup> haciendo referencia a que la motivación del legislador fue la de evitar la ausencia de punibilidad, derivada de una determinación extremadamente limitada de personas físicas capaces de transmitir la responsabilidad penal al ente, como podía ser la anterior regulación que únicamente hacía referencia a los representantes, administradores de derecho y de hecho, incapacitando a un extenso número de personas que sin formar parte de los órganos de administración (de derecho o de hecho) o de representación desarrollan tareas ligadas a la gestión, organización y control de la empresa y, que por ende, actuaban también en nombre de ésta. En este sentido es importante, plasmar las palabras de LASCURAÍN que indica que “Esta regla de imputación resulta justa, porque se pena a un sujeto que realiza la conducta típica y porque, aunque no se trate de una de las personas inicialmente previstas por el legislador como posibles autores del delito – no se trata de una de las personas respecto de las cuales consideraba el legislador que la conducta era suficientemente lesiva para ser penada, o para ser penada de esa manera-, sí se trata de otro con una intensa relación con el primero: es quien lo administra o lo representa o quien actúa en su nombre.”<sup>50</sup>.

Por otra parte, entrando a analizar el contenido del apartado a) del artículo 31 bis 1, las personas físicas a las que se les reconoce capacidad de atribución pueden ser divididas en tres grupos, en primer lugar, se encuentran los representantes legales, a los que el precepto legal hace referencia como personas u órganos que tiene otorgadas las facultades de representación. Pues bien, en este sentido podemos hablar de una representación orgánica o voluntaria. En el caso de la representación orgánica, indudablemente debemos remitirnos al órgano de administración, que a tenor de lo

---

<sup>48</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURAÍN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 141.

<sup>49</sup> LASCURAÍN, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURAÍN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, págs. 96.

<sup>50</sup> LASCURAÍN, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURAÍN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, págs. 96-97.

dispuesto en 233<sup>51</sup> LSC es el que tiene poder para representar y en su caso, vincular a la sociedad ante terceros. Y, por otra parte, la representación voluntaria es aquella ejercida por voluntad propia de personas con un cierto poder de decisión dentro de la empresa. Esta representación de carácter voluntario se realiza a través de un apoderamiento singular, siendo necesario que estas personas, que de manera voluntaria acceden a la representación de la sociedad ostenten una condición de dirección y gestión relevante en el entramado empresarial. Sí que es cierto, que este modelo de representación en principio solo requiere la voluntad de la persona física para acceder a tal cargo, sin embargo, no cualquier persona puede ser representante de la sociedad, ya que este cargo está limitado “a quien ejerce la representación de la sociedad extendida a la generalidad de los actos comprendidos en su objeto social. Sólo así se cumplirá con la exigencia de poder de mando o capacidad directiva.”<sup>52</sup>.

En segundo lugar, respecto aquellos a los que la norma se refiere como integrantes de un órgano que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, debemos remitirnos nuevamente al administrador de derecho, que de manera individual o colegiada (órgano de administración) ejerce y desarrolla las funciones inherentes a la gestión y administración de la sociedad a través de un proceso de

---

<sup>51</sup> Artículo 233. Atribución del poder de representación. 1. En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

- a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.
- b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.
- c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.
- d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto. Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

<sup>52</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 141.

nombramiento contemplado por la ley y un título jurídicamente válido<sup>53</sup>. Así mismo, el administrador de derecho es el sujeto que dentro de la empresa tiene atribuida por ley<sup>54</sup> la posibilidad no solo de representar al ente, sino de decidir en nombre de éste, en definitiva, de desarrollar y ejecutar todas las actividades inherentes a la gestión de la empresa<sup>55</sup>.

En tercer y último lugar, debemos referirnos a aquellos que ostentan facultades de organización. Pues bien, dentro de esta fórmula tan indeterminada que emplea el legislador, debemos entender junto con un número extenso de personas que lleven a cabo el desarrollo de tareas organizativas, a los administradores de hecho<sup>56</sup>.

La jurisprudencia en materia mercantil ha ido asentando la noción de que resulta necesario equiparar las funciones del administrador de hecho a las del de derecho, poniendo de manifiesto que el elemento que marca la diferencia entre ambos modelos de administración se limita al hecho de que el administrador de derecho adquiere el cargo en base al nombramiento reglamentario y el administrador de hecho lo hace de manera tácita, sin cumplir con los requerimientos legalmente previstos. Lo realmente relevante en este punto es la conclusión expresada por el TS, consistente en que el administrador de hecho desarrolla *de facto*, las tareas inherentes al órgano de administración de manera auténtica, concluyendo que el administrador de hecho participa activamente en la gestión y dirección del ente de forma permanente sin estar subordinado a superiores, llevando a cabo una función real de dirección<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> El nombramiento del órgano de administración se debe hacer conforme a lo dispuesto en el artículo 214 que indica que

“1. La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios sin más excepciones que las establecidas en la ley.

2. En defecto de disposición estatutaria, la junta general podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación.

3. El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación”

<sup>54</sup> El capítulo II y III de la LSC se encarga de recoger los deberes, funciones y régimen de los administradores de la sociedad.

<sup>55</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 141.

<sup>56</sup> Teoría que fue abordada en un primer momento por la FGE en su Circular 1/2016, y que personalmente suscribo.

<sup>57</sup> STS N°59/2007 de 26 de enero, STS 816/2006 de 26 junio, STS n° 765/2013 de 22 de octubre.

Pues bien, la inclusión y ubicación del administrador de hecho dentro de este precepto de atribución, sin duda puede resultar una cuestión controvertida, así pues, la FGE se pronunció al respecto en su Circular 1/2016, manifestando que, a pesar de que sí que es cierto, que “no aparecen claramente incluidos en la nueva redacción los administradores de hecho” no se debe considerar que están excluidos ya que, la actividad que en la realidad ejecutan conlleva su necesaria inclusión, pero únicamente como aquellos que ostenta facultades de organización y no como todos aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Sin embargo, hay autores, como MIRENTXU CORCOY<sup>58</sup> que, en contraposición a esta postura, consideran que el artículo 31 bis 1 a) equipara al administrador de hecho con el de derecho, lo que implica que deba situarse al administrador de hecho dentro de todas aquellas personas físicas a las que se refiere el artículo 31 bis 1 a).

Sin embargo, más allá de la discusión relativa a si el administrador de hecho se limita a ostentar facultades de organización, o contribuye en la gestión de la actividad social tomando decisiones en nombre de esta, se ha asumido de manera pacífica que los administradores de hecho son personas que están dentro de esfera de sujetos activos que pueden transmitir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Así mismo, es importante destacar que respecto a estas últimas personas que ostentan facultades de organización y control, que conforman el tercer y último grupo, debemos mencionar al *compliance officer*, que a raíz de esta reforma se ha consagrado como el órgano de cumplimiento y que, a su vez, guarda una estrecha relación con las funciones de los administradores de la empresa y demás esferas que conforman el mando de dirección, gestión y representación de la empresa<sup>59</sup>. Esta figura dentro del esquema orgánico interno tiene otorgada funciones dirigidas a la elaboración de planes de prevención y control, lo que nos lleva a plantearnos si el *compliance officer* podría activar la responsabilidad penal del ente en base a una falta de control, que se podría traducir en una comisión por omisión o, si en cambio, únicamente se produce “una omisión de evitar delitos” que según revela MIRENTXU CORCOY “sería penalmente irrelevante”<sup>60</sup>. Pero más allá de esta posible discusión relativa a la actuación del *compliance officer* a efectos de

---

<sup>58</sup> CORCOY BIDASOLO, en Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 32, 2018, pág. 64.

<sup>59</sup> CORCOY BIDASOLO, en Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 32, 2018, pág. 91.

<sup>60</sup> CORCOY BIDASOLO, en Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 32, 2018 pág. 93.

responsabilidad penal, es cierto que debido a condición que ostenta el *compliance officer* se le ha determinado como sujeto capacitado para transmitir responsabilidad del ente, y en esta línea la doctrina de la FGE de manera clara y correcta, bajo mi parecer, hace especial hincapié en que el lenguaje utilizado por el legislador ayuda a sustentar la inclusión del *compliance officer* como persona capacitada para trasladar responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>61</sup>.

2. Aquellas personas físicas que llevan a cabo la comisión de un delito en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, y se encuentran sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior y 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.

Este es el contenido dispuesto en el artículo 31 bis 1 b), de manera previa es oportuno señalar que la piedra angular de esta segunda vía de imputación reside en el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por las personas que tienen otorgadas tales funciones que son las recogidas en el apartado a), es decir, los máximos responsables de la entidad. Esta nueva redacción evidencia la intención del legislador de acabar con la indeterminación originada por la anterior reforma de 2010 en la que se hablaba de un “debido control”<sup>62</sup>. Este “debido control” se constituyó como una de las cuestiones más controvertidas de esta primera reforma y a su vez, fue uno de los motivos<sup>63</sup> por el cual el legislador se vio en la obligación de llevar a cabo una tarea de redacción que presentase una mayor exactitud y ayudase debidamente a determinar cuándo se va a poder transmitir responsabilidad penal al ente por el delito cometido por un empleado.

---

<sup>61</sup> Circular 1/2016, pág. 9.

<sup>62</sup> Artículo 31 bis 1 LO 5/2010, rezaba lo siguiente:

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho 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 no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

<sup>63</sup> Y así mismo, lo plasma en la EM de la LO 1/2015.

En este sentido es importante destacar que lo realmente relevante a la hora de aplicar esta vía de imputación, es que el delito se haya podido cometer por la inobservancia o conducta negligente de los deberes de control, supervisión y vigilancia por parte principales gestores de la entidad<sup>64</sup>, como se ha adelantado al principio de este apartado. Por lo tanto, podemos determinar que se trata de un supuesto que activa la responsabilidad penal del ente corporativo por la omisión de los deberes de control y que ésta, a su vez, ha propiciado la ejecución de un acto delictivo en el seno empresarial<sup>65</sup>. Así mismo la STS nº154/2016, de 29 de febrero que es la que se encargó de marcar la línea jurisprudencial que se ha ido siguiendo entre nuestros tribunales señala que “la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1, parr. 1.º, CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis.1.a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015], ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella 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 las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”. Y en esta misma línea con una genuina claridad la STS nº221/2016 de 16 de marzo, señala al respecto que “la responsabilidad de los entes colectivos, no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan "...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso"”.

Pues bien, a pesar de la evidente inclinación por parte del legislador de clarificar la regulación de la responsabilidad penal, la redacción actual no se ocupa de cuestiones que presentan cierta transcendencia y que pueden suponer una obstaculización a la hora de aplicar correctamente las dos vías de imputación descritas por el 31 bis , como puede

---

<sup>64</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 86.

<sup>65</sup>FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.165.

ser la determinación de que el superior que incumple y que va a ser el sujeto transmisor de responsabilidad, como hemos indicado *supra* líneas, pueda transmitir la responsabilidad del ente por una mera conducta de imprudencia o, si en cambio, se va a requerir la actuación dolosa de este.

En primer lugar y de manera previa se parte de la asunción de que, en la autoría del hecho cometido por el subordinado concurre dolo, cuestión que resulta lógica si tenemos en cuenta que la mayoría de los delitos que se prevén en el régimen *numerus clausus* requieren una actuación dolosa para su comisión<sup>66</sup>, sin embargo, el núcleo de esta controversia se focaliza en determinar si es preceptiva la concurrencia de una conducta dolosa, o simplemente es exigible la conducta imprudente por parte del responsable que incumple los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Así las cosas, se parte de la base de que resulta de aplicación este modelo de imputación del artículo 31 bis 1 b) cuando se produce (i) el incumplimiento de los deberes que se han mencionado anteriormente por los máximos exponentes de la entidad, y (ii) Y como mínimo<sup>67</sup> este incumplimiento ha sido grave, como lo expresa el mismo artículo<sup>68</sup>, y los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se indica que “los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos.”<sup>69</sup>.

Respecto a esta cuestión, notoriamente controvertida y enfocada a determinar la existencia de imprudencia o dolo en las actuaciones de las superiores jerárquicos y su transcendental papel en esta segunda vía de imputación, hay dos posturas diferenciadas a nivel doctrinal, por una parte aquella que considera que es viable la concurrencia de la actuación dolosa del superior jerárquico con la del subordinado, afirmando que esto daría

---

<sup>66</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág.144. A pesar de que existen algunas modalidades delictivas que pueden generar el hecho típico a través de una conducta imprudente como son:

<sup>67</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág.144. Salvo aquellos supuestos en los que se prevé la conducta dolosa, como los delitos contra el medioambiente dispuestos en el artículo 343 en relación con el artículo 344, así como lo dispuesto en el artículo 302 en relación con el artículo 301.3.

<sup>68</sup> Art 31 bi2 b) “...por los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

<sup>69</sup> STS 221/2016, de 16 de marzo.



lugar a una coautoría, que implicaría reconocer por una parte, la responsabilidad individual de las personas físicas ( superior jerárquico que ha incumplido y subordinado que ha delinquido) que han actuado dolosamente y por otra, la responsabilidad penal del ente corporativo en base a la aplicación del artículo 31 bis 1 b)<sup>70</sup>.

En este mismo sentido, aunque sin llegar a afirmar que es viable confirmar la existencia de un modelo de coautoría entre el superior jerárquico y el subordinado en base a esta vía de imputación, DOPICO admite la posibilidad de reconocer la concurrencia de dolo en la actuación de incumplimiento y hace una distinción entre la actuación por incumplimiento imprudente o por una tolerancia dolosa. La tesis arrojada por este autor, puede tener cierta relación con la teoría expresada por la FGE en la Circular 1 /2016, que en su momento ya llegó a admitir que cuando es el responsable el que omite el control, este puede responder por una conducta “bien dolosa, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que traslada la conducta a la letra a). Se origina así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: por un lado, el de la letra b), por el delito cometido por el subordinado, y, por otro, el de la letra a), por el delito implícito en el incumplimiento grave de sus deberes por las personas incluidas en este apartado”, señalando que “en estos casos el autor en sentido estricto será el subordinado (letra b), en tanto que la persona incluida en la letra a) tendría la consideración de mero partícipe del delito”<sup>71</sup>.

Y, por otra parte, están aquellos autores como FEIJOO SANCHEZ, que afirman que la actuación del superior jerárquico debe estar limitada a una mera imprudencia, que se puede traducir en una existencia de organización defectuosa por un descuido o negligencia en el desarrollo de sus tareas y deberes inherentes a sus funciones como máximos responsables. Así mismo, el mencionado autor expresa de manera clara, que el hecho de admitir una actuación dolosa por parte de los máximos responsables de entidad a la hora de aplicar esta segunda vía de imputación, no tendría ningún tipo de sentido e implicaría que esta segunda modalidad resultase totalmente superflua y vacía de contenido<sup>72</sup>. Así mismo, de forma correcta, bajo mi criterio, FEIJOO SANCHEZ indica que “Es evidente que es suficiente con la infracción del deber de supervisión, vigilancia o

---

<sup>70</sup> CADENA SERRANO, en Homenaje a D. José Manuel Maza Martín, 2018, pág. 65.

<sup>71</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág.140 y ss.

<sup>72</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.88.

control sin que sea necesario que alguna de las personas de la letra a) sea entendida como culpable”, ya que, de manera lógica, como se ha expresado previamente, esto supondría dejar sin fundamento esta segunda modalidad prevista en el artículo 31 bis b)<sup>73</sup>, debido a que el reconocimiento de culpabilidad de los máximos responsables del ente, nos llevaría directamente a aplicar el apartado a) del artículo 31 bis, y esto, por lo tanto, supondría la inoperancia de esta segunda vía de imputación del artículo 31 bis b).

Así mismo, resulta importante señalar la relevancia que presenta el hecho de que el sujeto que lleva a cabo la acción típica se encuentre sometido a la autoridad y control de los órganos superiores de la empresa, es decir el autor material del delito debe estar posicionado en una situación jerárquica inferior, lo que implica el sometimiento de su actividad al control de estos<sup>74</sup>.

En este sentido, resulta evidente la inviabilidad de hacer una correlación que contemple a todas las personas físicas que se encuentren bajo la autoridad de las personas contempladas en el apartado a) del artículo 31 bis 1, por lo que, para solventar dicha cuestión, se consiguió instaurar un criterio de carácter más bien extensivo y que fue nuevamente arrojado en un primer momento por la FGE. Así pues, de la FGE en su Circular 1/2016, explica de manera meridianamente clara que las personas subordinadas no tienen que ser únicamente trabajadores o estar sometidos a la autoridad de los superiores jerárquicos de manera directa, ya que esto supondría un criterio notoriamente restrictivo<sup>75</sup>. Este criterio resulta más idóneo a efectos prácticos y funcionales, ya que implica interpretar este precepto legal de manera amplia, de tal forma que entendamos circunscritos bajo esta premisa dispuesta en el artículo 31 bis 1 b) a todas las “personas

---

<sup>73</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.88.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.119.

<sup>75</sup> Por lo que, señala en la Circular 1/2016 que “en cuanto a los delitos que provocan la responsabilidad de la persona jurídica, deben haber sido cometidos por los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a) del apartado 1, siendo suficiente que operen en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de estas. No es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

que se encuentre integradas de hecho o de derecho en cualquier ámbito de la organización o actividad societaria”<sup>76</sup>.

Por lo tanto, se puede afirmar que el hecho determinante para que pueda resultar de aplicación esta vía de imputación, es que la persona física, autora material del delito, desarrolle su actividad bajo el ámbito de actuación, de organización y de dirección de las esferas que ocupan los puestos jerárquicos superiores en el organigrama interno de la empresa. Este criterio implica que el meritado precepto legal se extienda a todo tipo de personas incluso aquellas con las que la empresa no tenga un contrato laboral<sup>77</sup>, en definitiva, no es preceptivo que la persona que cometa el delito se encuentre vinculada a través de una relación laboral *strictu sensu* con el ente, ni que se encuentren vinculadas por una relación directa, asumiendo que también pueden activar su responsabilidad otro tipo de personas físicas, como los trabajadores autónomos o subcontratados<sup>78</sup>.

### *3.2. Elementos comunes a las dos vías de imputación.*

Para que la responsabilidad penal pueda exceder de la individual y derivar en una responsabilidad para el ente corporativo, es necesario que se cumpla inexcusablemente, en ambas vías de imputación con dos requisitos, que son:

- 1) Que se haya actuado en beneficio directo o indirecto de la empresa.

La exigencia de que se haya actuado en beneficio directo o indirecto del ente, es una de las novedades introducidas por la LO 1/2015, ya que, en la anterior regulación se exigía que se actuase “en provecho” del ente<sup>79</sup>, de esta forma se puede apreciar la intención del legislador de dar cobertura a una responsabilidad penal de las personas

---

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.120.

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.121.

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.121.

<sup>79</sup> Así el artículo 31 bis en la anterior regulación, señalaba que “las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior (..).”

jurídicas más amplia, sin que sea necesario limitarse a un beneficio puramente económico para exigir responsabilidad al ente, que es lo que podría inducir el anterior término utilizado “en provecho”. El cambio terminológico que ha dado lugar a este requisito de beneficio directo o indirecto ha sido valorado por algunos autores<sup>80</sup> de manera positiva que, manifestando su inclinación con lo ya dispuesto en el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Reforma del Código penal, que alertaba respecto a la limitación que presenta la utilización de este término (“en provecho”) manifestando que “tiene una diversidad de acepciones que incluyen tanto la finalidad de una determinada acción (actuar para conseguir un beneficio) como su resultado económico positivo para el actor, por lo que el citado término podría ser interpretado "de acuerdo con esta segunda acepción de "beneficio económico conseguido lo que provocaría que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se circunscribiese a que estas últimas percibiesen un rendimiento económico positivo a resultas de los comportamientos de las personas físicas con ellas vinculadas, exigencia que no parece corresponderse con los objetivos que han de alcanzarse al introducir tal responsabilidad" (dictamen 1.404/2009)”<sup>81</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia con el fin de evitar una posible confusión, pretendió dejar zanjada la discusión relativa a la exigencia del beneficio directo o indirecto en la primera sentencia, la STS nº154/2016, de 29 de febrero, en la que lleva a cabo una meridiana definición y señala que “convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete”.

Sin embargo, a pesar de tal declaración por parte de la jurisprudencia, no se ha superado la discusión, avivada por las distintas cuestiones que conciernen al beneficio directo e indirecto. Por una parte, una de las discusiones más relevantes es la referente a la naturaleza objetiva o subjetiva de este requisito. Pues bien, respecto de esta cuestión, encontramos aquellos que abogan por un carácter objetivo, en consonancia con lo

---

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.122.

<sup>81</sup> CE-D nº 358/2013 de 27 de junio.

expresado por la FGE en la Circular 1/2016 que manifiesta que “con la reforma se conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad”.

La FGE defiende un carácter objetivo y tendencial de este requisito, lo que implica que se va a asumir la existencia de tal beneficio cuando de manera objetiva y *ex ante*, la actuación llevada a cabo por el sujeto fuese idónea y adecuada para haber repercutido en un beneficio de la naturaleza que sea a la entidad, sin necesidad de que verdaderamente se haya llegado a producir dicho beneficio. El punto característico de esta postura doctrinal es que “las intenciones o las motivaciones de las personas físicas resultan irrelevantes desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”<sup>82</sup> en esta misma línea explica FEIJOO SANCHEZ de manera clara que teniendo en cuenta la relevancia que presenta la existencia de este requisito en materia de responsabilidad penal para el ente “no debería bastar con la intención del individuo de beneficiar a la persona jurídica, sino que la persona física debería pretender alcanzar un resultado que se pueda entender objetivamente que revierte un beneficio a la entidad, al menos a coroto plazo”<sup>83</sup>.

Y, por otra parte, están aquellos autores como DOPICO, que defienden el carácter subjetivo de este requisito, indicando que “se trata de un elemento subjetivo específico que debe concurrir en la conducta típica de la persona física, quien debe haber cometido el delito a sabiendas de que es un modo idóneo de lograr un provecho para la entidad. Por ello, no es necesario que dicho beneficio se haya llegado a producir”<sup>84</sup>. Así las cosas, dos son los escollos principales a los que se enfrentan los autores que defienden este carácter subjetivo, por una parte, la gran dificultad a efectos probatorios que presenta demostrar tal intención y motivación de beneficiar, y, en segundo lugar, la incompatibilidad con algunos de los delitos imprudentes circunscritos en el régimen *numerus clausus* que pueden dar lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así mismo, la FGE señaló que, si la intención del legislador hubiese sido ubicar el requisito del beneficio en

---

<sup>82</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 84

<sup>83</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 82.

<sup>84</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, en: DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág.129

el ámbito subjetivo, hubiese usado una terminología más concreta como “con la intención de beneficiar” o para “beneficiar”<sup>85</sup>.

Pues bien, más allá del posicionamiento referente a la naturaleza del beneficio directo e indirecto, se puede confirmar que se han llegado a resolver dos puntos relevantes de este requisito, el primero de ellos, es la asunción de que se puede apreciar el beneficio requerido, aunque se haya dado una ausencia efectiva de producción en el resultado<sup>86</sup>. En segundo lugar, también se ha resuelto que el beneficio no tiene por qué ser exclusivamente económico, de tal manera que se pretende extender la responsabilidad de los entes corporativos, pudiendo concebirse también como un beneficio, por ejemplo, la evitación de perjuicios, ventajas que impliquen un posicionamiento más favorable en la competencia, el ahorro de costes, o “incluso beneficios no mensurables económicamente o de carácter material (beneficios para la imagen corporativa de la empresa consiguiendo un premio mediante soborno, evitar una sanción mediante el soborno de un funcionario etc.)”<sup>87</sup>.

Respecto a esta última cuestión, se puede decir que no resulta muy controvertida, y frente a la que la Sala del TS fue suficientemente clara, en su STS nº154/2016, de 29 de febrero, manifestando que “hablaremos de beneficio directo cuando la persona física cometa el delito como un modo de obtener un beneficio empresarial; y de beneficio indirecto cuando la persona física cometa el delito para ahorrar a su empresa unos costes preventivos (por ejemplo, cuando el directivo autorice el vertido contaminante para no incurrir en los costes de procesar los residuos tóxicos)” así mismo, se ha asentado como criterio jurisprudencial, que la introducción de un beneficio indirecto daba lugar a concebir como beneficio cualquier tipo de ventaja, como las expectativas de mejora de posición, beneficios estratégicos intangibles o reputacionales.

---

<sup>85</sup> Así lo explica el autor FERNANDEZ TERUELO, que de manera expresa comparte la opinión con la doctrina de la FGE haciendo especial hincapié en el sentido objetivo del beneficio directo e indirecto que se exige para que se active la responsabilidad penal de las personas jurídica. Fernández Teruelo, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.124.

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.124.

<sup>87</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, págs. 82-83.

2) Que se haya actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica o en el ejercicio de sus actividades sociales.

La existencia de este requisito, junto con el del beneficio directo e indirecto, se fundamenta en la necesidad de evitar que la persona jurídica responda por todas las conductas que las personas físicas que la integran lleven a cabo, evitando así que la entidad se vea implicada en un proceso penal del que puede derivar una responsabilidad, por la actuación de un integrante en su esfera individual que nada tiene que ver con la realidad de la empresa, evitando así una desmesurada e injusta regulación de la responsabilidad penal de los entes. Por lo tanto, este requisito viene a asentar la vinculación entre la persona que comete el delito y la actividad social, de tal manera que sea viable hablar de un supuesto de criminalidad de la empresa y no de un supuesto de criminalidad en la empresa<sup>88</sup>.

Actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica, implica que se va a poder pasar a valorar la responsabilidad penal del ente cuando el delito que haya cometido la persona física lo haya hecho en el desarrollo de sus tareas, es decir, actuando en el marco de sus funciones<sup>89</sup>, lo que implica que la conducta se haya realizado desviándose del legítimo ejercicio de sus funciones<sup>90</sup>.

Por lo tanto, se puede concluir que este requisito junto con el explicado previamente del beneficio indirecto o directo, son indispensables para que se pueda atribuir responsabilidad penal al ente, y así es como lo ha señalado el TS, en varios de sus pronunciamientos de manera clara, y especialmente en la STS nº516/2016, de 13 de junio<sup>91</sup>.

#### **4. El tipo de injusto de la persona jurídica.**

---

<sup>88</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, págs.88.

<sup>89</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 142.

<sup>90</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 142.

<sup>91</sup> Que indica que “Son presupuestos que han de concurrir para la declaración de la persona jurídica como autora del delito, este es, un delito cometido por persona física —representantes legales o empleados— en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica”.

El injusto es un elemento que constituye el delito y que tiene una utilidad trascendental, por ser el que va a plasmar el principio de legalidad penal, concretamente la garantía criminal<sup>92</sup>, y es por ello que no debe ser tratado de manera baladí al trasladarlo al régimen penal de los entes corporativos. Esta cuestión, junto al resto de elementos, como la acción y la culpabilidad supone uno de los puntos más controvertidos, del amplio y mayúsculo debate surgido en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto es así, debido al “difícil” encaje que tienen estos elementos en una responsabilidad penal en la que el sujeto es un ente corporativo, si tenemos en cuenta que estos elementos tienen su origen en un Derecho penal de tintes esencialmente antropológicos, y que son elementos que han sido clasificados como “categorías psicológicas vinculadas al ser humano”<sup>93</sup>. Aplicando lo anteriormente expuesto a la materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el debate está servido y sin duda ha dado lugar a una profusión de tesis enriquecedoras a nivel dogmático, pero lo que nos interesa en este punto es la discusión relativa a la existencia o no de un delito corporativo, es decir, el determinar si es loable asumir que la persona jurídica puede llevar a cabo la ejecución de un hecho propio que constituya un delito corporativo del que pueda derivar una responsabilidad penal.

Por una parte, a la luz de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, se puede afirmar que nuestro alto tribunal se decanta por la postura que defiende la existencia de un injusto propio de la persona jurídica, en este sentido es oportuno referirnos a la STS nº221/2016, de 26 de marzo, que manifiesta que la Sala no puede hacerse eco de las tesis que aceptan un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin contemplar la existencia de un hecho delictivo propio del ente, ya que “no hay responsabilidad sin delito precedente”. La referida sentencia tiene una especial importancia respecto a esta materia del injusto de la persona jurídica, ya que, en primer lugar, mediante esta resolución el TS por primera vez hace uso del término “delito corporativo”, y en segundo lugar, esta sentencia de manera clara y concreta indica que la existencia de un delito corporativo reside en dos elementos cruciales, por una parte, señala que evidentemente es necesario la comisión previa de un delito cometido por la persona física, y por otra, resalta la insuficiencia de este delito previo para poder declarar que verdaderamente estamos ante una responsabilidad imputable a la persona jurídica, para la

---

<sup>92</sup> Así lo define LUZÓN PEÑA, *DP. PG*, 3ª ed., 2016, pág. 151.

<sup>93</sup> LUZÓN PEÑA, *DP. PG*, 3ª ed., 2016, pág. 151.



cual es necesario algo más y es “la proclamación de un hecho propio con arreglo a los criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad colectiva”. Esta postura jurisprudencial ha sido confirmada por las sucesivas resoluciones que se han ido dando por la Sala, como la STS nº123/2019, de 8 de marzo, que matiza que resulta necesaria la concurrencia de un delito previo cometido por las personas físicas contempladas en el artículo 31 bis 1, junto con los hechos propios de la entidad, para entender que estamos verdaderamente ante un delito corporativo. Por lo tanto, se puede afirmar que el delito corporativo es una realidad avalada por nuestros tribunales, el fundamento de esta postura puede residir en lo expresado por el propio TS que afirma que “No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría un a peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal”<sup>94</sup>.

Así mismo, como he comenzado diciendo, en el ámbito doctrinal se han dado una profusión de tesis de varios autores que devienen de un profundo estudio con la esperanza de encontrar una solución adecuada para este tema tan controvertido como es el delito corporativo. Del análisis estas múltiples teorías se puede apreciar una doctrina notoriamente dividida, ya que, por una parte, encontramos el sector doctrinal que defiende la existencia de un delito corporativo propio del ente, así como la necesidad de desmarcarse de la trayectoria penal impuesta para la persona física y crear una propia de la persona jurídica, y, por otra parte, aquellos que consideran que el delito de la persona jurídica no deviene de un hecho propio si no de la concurrencia de los requisitos que conforman el hecho de transferencia descrito en el artículo 31 bis1<sup>95</sup>.

Uno de los autores que considero importante destacar por su gran labor a nivel científico es GOMEZ-JARA, este autor indica que el hecho determinante para poder hablar de un delito corporativo reside en un déficit organizativo y que, a su vez, este déficit esté relacionado con el delito cometido por la persona física<sup>96</sup>. Pues bien, con la teoría de GOMEZ-JARA se ha abierto la posibilidad de formular una teoría del injusto propia de los

---

<sup>94</sup> STS 221/2016, de 16 de febrero.

<sup>95</sup> Que como ya se ha visto, son: que la persona física, autora material del delito sea alguna de las previstas en el artículo 31 bis a) o b), que en el caso de estos segundos se haya dado una omisión de deberes y que se actúe en beneficio de la empresa y en su provecho

<sup>96</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 122.

entes corporativos, en base a una “ autoorganización defectuosa”<sup>97</sup>, esto es así, porque el referido autor ha aplicado su teoría de equivalencias funcionales<sup>98</sup> y ha equiparado la complejidad que presentan algunas corporaciones a nivel interno a la psique humana, lo que le lleva a manifestar que en base a esta complejidad determinados entes corporativos generan una capacidad de autoorganización y autodeterminación similar a la capacidad de acción de la persona física. Siguiendo esta línea, el autor afirma que las personas jurídicas tienen “libertad de autoorganización” y el empleo de esta facultad discrecional de organización, de manera correcta o defectuosa, es lo que va a generar la existencia o inexistencia de un injusto propio de la persona jurídica<sup>99</sup>. La relevancia de este defecto organizativo reside en el hecho de que la persona jurídica, debido a este déficit, ha superado el riesgo permitido en el ámbito funcional y organizativo y esto es lo que ha generado que se haya podido perpetrar un delito en su seno interno

Así mismo, el autor respecto a este llamado déficit organizativo en relación con la superación del umbral del riesgo permitido, indica que debemos entender estos elementos circunscritos en la vertiente objetiva del delito corporativo, estando la subjetiva reservada a la culpabilidad, ya que, indica que “ el principal motivo para ubicar "el riesgo" en el ámbito del injusto y no de la culpabilidad está basado en el hecho de que dichas medidas de vigilancia y control de riesgos penales son objeto de una determinación objetiva vinculada al delito en concreto cometido. De la misma manera que las medidas de control del garante persona física sobre el foco de riesgo pertenecen al ámbito del injusto propio de dicho garante, las medidas de control del garante persona jurídica sobre su ámbito de organización deben pertenecer a dicha categoría de la persona jurídica del delito”<sup>100</sup>.

En esta misma línea doctrinal que defiende la existencia de un delito corporativo que constituye un injusto propio, DE LA CUESTA tilda de necesaria la búsqueda orientada a fundamentar la existencia de un injusto propio de las personas jurídicas indicando que “para un Derecho penal que quisiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el

---

<sup>97</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 125

<sup>98</sup> Explicada a lo largo de su colaboración en la obra de BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015.

<sup>99</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, págs. 125 y ss.

<sup>100</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 130.

núcleo del injusto específico fundamentado (junto a la culpabilidad) de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su hecho propio y no por el inevitable hecho de referencia hecho de referencia, p.e. de su directivo o empleado; pues, aun cuando constituya un “presupuesto” de su responsabilidad, este no puede ser considerado su fundamento”<sup>101</sup>.

Sin embargo, y al margen de estas teorías, que han arrojado la posibilidad de poder fundamentar debidamente un hecho propio de la persona jurídica, persisten aquellos autores para los que la creación de un injusto propio de la persona jurídica resulta inconcebible a la luz de nuestra tradición penal, haciendo especial hincapié en el hecho de que un defecto de organización nunca va a poder equiparse a un comportamiento delictivo de una persona física, que está compuesto por elementos puramente humanos. Este sector doctrinal se basa en la idea de que la responsabilidad penal nace exclusivamente de la constitución de los requisitos previstos en el artículo 31 bis, cuya concurrencia materializa el nexo de conexión y hecho de transferencia, siendo totalmente contrario a nuestras normas penales el hecho de concebir la autoría delictiva a un ente que carece de elementos inherentes a la naturaleza humana como la inteligencia, voluntad e intencionalidad<sup>102</sup>. En este sentido se pronuncia GRACIA MARTÍN que se ha constituido como uno de los máximos exponentes de la corriente doctrinal que niega la viabilidad de admitir a una persona jurídica como sujeto activo del Derecho penal, que de manera crítica y respecto a estas teorías mencionadas *supra* líneas, manifiesta que el legislador “ha tomado una dirección equivocada y visiblemente extraviada hacia una meta imposible de alcanzar, y en cuyo extraviado recorrido, como no puede ni podría ser de otra manera, va formulando y dejando como hitos a constructos conceptuales que, si bien materialmente carecen absolutamente de todo y del mínimo contenido real de naturaleza jurídica penal”<sup>103</sup>.

Por lo tanto, en relación con lo previamente expuesto, los autores que defienden la existencia de un delito corporativo lo hacen argumentando que, en primer lugar, debe detectarse un defecto de organización, que a su vez, trasciende y se convierte en un defecto estructural, que implica exceder el riesgo permitido y que es esto lo que va

---

<sup>101</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ en ADPE núm. 3, 2015, pág. 46.

<sup>102</sup> CADENA SERRANO, F en Homenaje a D. José Manuel Maza Martín, 2018, pág. 55.

<sup>103</sup> GRACIA MARTÍN., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica” 2016 pág. 10.

originar un ambiente propicio para la comisión delictiva, por el hecho de haber superado el riesgo permitido por parte de la entidad, postura que personalmente suscribo, y respecto a la cual es importante resaltar la fórmula ternaria esbozada por FEIJOO SANCHEZ, en la que hace alusión a que el delito corporativo se constituye en base a los siguientes elementos : (i) la acción típica y antijurídica de la persona física que lleva a cabo el delito, en beneficio y en y por cuenta de la persona jurídica, a su vez, para que sea relevante a efectos de responsabilidad penal del ente, esta persona física debe mantener una relación funcional con la persona jurídica; (ii) el incumplimiento en la obligación de deberes de control, vigilancia y supervisión por parte de los órganos de mando y dirección de la empresa, cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el resultado delictivo; y, por último, (iii) la existencia de un defecto organizativo relacionado con los modelos y parámetros de cumplimiento internos de la empresa<sup>104</sup>. Para terminar, es oportuno trasladar las palabras del TS debido a la pulcritud y determinación con la que la Sala determina el núcleo típico en la STS nº154/2016, determinando que son “herramientas de control idóneas y eficaces”, y añadiendo (como postulan los autores anteriormente mencionados) que esta ausencia de control es “complementaria a la comisión del ilícito por la persona física”.

### **5. La culpabilidad de la persona jurídica.**

La reprochabilidad del ente corporativo por el resultado lesivo, en definitiva, la culpabilidad, es una cuestión que lejos de estar resuelta sigue suscitando y avivando un debate a nivel dogmático que nos arroja diferentes teorías y corrientes de pensamiento respecto a la responsabilidad corporativa.

Pues bien, analizando la vertiente subjetiva de los entes corporativos se puede clasificar la culpabilidad de las personas jurídicas bajo dos fórmulas que son: el modelo de heterorresponsabilidad y el modelo de autorresponsabilidad. Respecto a este primer modelo de heterorresponsabilidad, o también llamado vicarial o responsabilidad por hecho ajeno, se puede determinar que tiene su fundamento en el hecho de conexión, esto quiere decir, que va a ser suficiente, conforme a este método, para responsabilizar al ente corporativo la constatación de los elementos descritos en el artículo 31 bis. Por lo tanto, a la vista de lo previamente expuesto se puede afirmar que este modelo conlleva la asunción de un modelo de transferencia, permitiendo exigir responsabilidad a un sujeto,

---

<sup>104</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2016, pág. 123 y ss.

por una actuación ajena a éste, lo que supondría una confrontación directa con varios de los principios más elementales de nuestro Derecho penal, como es el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas y esta es una de las razones por las que presenta una gran dificultad poder introducir un modelo de tal naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico sin transgredir los parámetros constitucionales. En este sentido el TS, de manera previa, en una de las primeras sentencias, la STS nº514/2015, de 2 de septiembre<sup>105</sup> y, posteriormente, en la STS nº668/2017 se pronuncia marcando un límite de carácter imperativo y que no puede ser traspasado a la hora de interpretar el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, indicando que “la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad de que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal”.

Respecto a esta fórmula de heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia, resulta indispensable mencionar la doctrina de la FGE que ya en 2011 se postuló como defensora de tal teoría<sup>106</sup> y del mismo modo se reafirmó en el año 2016 que, de manera manifiestamente abierta señala que el modelo que realmente se ha impuesto tras la reforma operada en el año 2015, es vicarial ( o de heterorresponsabilidad), a pesar de la intención manifestada expresamente en la EM de LO 1/2015, hecha por el legislador, consistente en poner fin a las interpretaciones que pudieran conducir a concebir el modelo de responsabilidad como un modelo de heterorresponsabilidad<sup>107</sup> o responsabilidad vicaria. La FGE dispone que “la LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1º. Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen”. A su vez el TS se pronunció en la STS

---

<sup>105</sup>Que, sin profundizar en la cuestión de culpabilidad de los entes corporativos, establece el límite de respetar los principios informadores e inspiradores del Derecho penal.

<sup>106</sup> Así lo señala en su Circular 1 / 2011, que indica que “Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos”.

<sup>107</sup> Así lo expresa en la EM de la LO 1/2015.

nº154/2016, para dejar claro que postular que el modelo que se ha instaurado es un modelo de tipo vicarial, supondría que “en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal”<sup>108</sup>, algo que resulta inadmisibile. De este modo, la Sala se pronuncia y marca así un criterio que va a ser interpretado de igual modo por los pronunciamientos posteriores, determinando la improcedencia de los elementos de un modelo vicarial, conforme a nuestros principios constitucionales relacionados con la culpabilidad y personalidad de las penas. A pesar de que esta fórmula ha sido objeto de desaprobación por parte del legislador y el TS, hay autores que valorando sus posibles ventajas, entienden que esta postura se puede defender con el fin “de salvar los obstáculos dogmáticos derivados de la existencia de una teoría del delito, sustentada por completo sobre cualidades humanas”<sup>109</sup>.

Por otra parte, se encuentra el modelo de autorresponsabilidad, que, a diferencia del anterior, radica en un hecho propio de la persona jurídica, por lo que como hemos visto en el apartado del injusto penal para poder hablar de un hecho propio de la entidad se torna necesario recurrir a ficciones o creaciones que tienen su origen en el pensamiento constructivista y funcionalista, como las realizadas por GOMEZ-JARA, que analizaremos a continuación.

En este sentido, se ha intentado dotar de fundamentación el modelo de autorresponsabilidad mediante diferentes teorías, entre las que debemos destacar la de la culpabilidad en base al defecto de organización de la persona jurídica, por tratarse de la tesis que mayor trascendencia y calado ha tenido tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia<sup>110</sup>. Someramente, se puede indicar que el defecto de organización del ente corporativo se determina cuando una persona física de las ya explicadas y a las que hace referencia el artículo 31 bis, comete un delito, por cuenta y en beneficio de la empresa y este es fruto de una inobservancia o incumplimiento de los deberes de control que la entidad debería haber contemplado para evitar precisamente tal resultado lesivo.

Sin embargo, a pesar de haber sido la corriente de pensamiento que impera entre este sector de la jurisprudencia, la que aboga por un modelo de autorresponsabilidad, la

---

<sup>108</sup> Circular 1/2016.

<sup>109</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.75.

<sup>110</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 147.

asunción de este defecto de organización como base de culpabilidad de los entes corporativos presenta una serie de obstáculos para que resulte correcta su aplicación, el primero de ellos y más relevante, es que no constituye un sustrato real propio de la persona jurídica. Ya que, lo que realmente subyace a esta teoría es un hecho de conexión, es decir, la configuración y concurrencia de los requisitos del artículo 31 bis, una cuestión que vincula el hecho de la persona física con la responsabilidad de la persona jurídica y que condiciona la existencia del reproche del desvalor de esta última a la existencia de la conducta antijurídica de la primera.

Otro de los óbices que dificultan la admisión de este pensamiento como responsabilidad propia de los entes corporativos, es el hecho de que no se contempla la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser eximida de responsabilidad, lo que implica un contrasentido en sí mismo, que crea un escollo de dimensiones considerables respecto a esta teoría, que impiden poder determinarla como una verdadera culpabilidad, en este sentido suscribo íntegramente las palabras de GOMEZ-JARA que respecto a esta cuestión señala que “Un concepto de culpabilidad coherente debe admitir causas de exculpación; si no lo hace en realidad se trata de supuestos de responsabilidad objetiva. En efecto, si el principal logro alcanzado por este planteamiento consiste en haber procedido a la diferenciación de una culpabilidad específicamente empresarial, no puede, a reglón seguido, intentar evitar las consecuencias que se derivan de dicha diferenciación”. Y de manera contundente y clara concluye que “O se imputa una culpabilidad empresarial autorresponsabilidad- o se imputa la de otra persona – heterorresponsabilidad-, pero lo que no se puede hacer es mezclar fundamentos de un modelo con consecuencias de otro”<sup>111</sup>.

Así las cosas, existen otras teorías que pretenden fundamentar este modelo de responsabilidad corporativa, como la postulada por GOMEZ-JARA, que ha contribuido con aportaciones realmente trascendentales a esta materia que nos ocupa. Pues bien, el autor ha llevado a cabo la creación de una teoría de culpabilidad por la cultura *Compliance*<sup>112</sup> en base a una serie de equivalencias funcionales, que hacen viable la posibilidad de construir una verdadera responsabilidad penal e individual de las personas jurídicas, estas llamadas equivalencias funcionales son:

---

<sup>111</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 163.

<sup>112</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.166 y ss.

- La condición de ciudadano que ha adquirido la empresa.
- La posición como garante de legalidad y que debe someterse al cumplimiento de la ley y el Derecho al igual que las personas físicas<sup>113</sup>.
- El reconocimiento y asunción de que las entidades corporativas en función de la complejidad que presenten tienen una capacidad de autoorganización que se traduce en libertad de actuación. Y es esta libertad la que determina su facultad para intervenir en el tráfico jurídico y que al igual que las personas “se les reconoce el derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales”<sup>114</sup>.

En base a estos equivalentes funcionales expuestos y junto con una serie de mecanismos que tienen su origen en estudio exhaustivo y un dedicado esmero a crear una verdadera culpabilidad de las personas jurídicas, GOMEZ-JARA ha definido una responsabilidad penal propia de las personas jurídicas en base al incumplimiento a la legalidad, que reside en un inexistente modelo *Compliance*. Lo relevante respecto a este pensamiento es el hecho de que la persona jurídica como ciudadano tiene la obligación de someterse a la ley, y el incumplimiento de ésta es merecedor de reproche, al igual que ocurriría con el de la persona física, en fin, esta teoría como GOMEZ-JARA indica con sus propias palabras “se centra en la disposición jurídica del sujeto sobre el que se impone la pena. Dicha disposición jurídica se sintetiza en la cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad”<sup>115</sup>. Así mismo, el autor incide en la relevancia que toman los modelos corporativos tras la reforma d 2015 y el efecto que tienen para su corriente de pensamiento. En este sentido, destaca que, el hecho de que la sociedad presente un modelo preventivo de cumplimiento no resulta una eximente *per se*, ni si quiera puede constituirse que por la existencia de un modelo de *Compliance* se deba aceptar la acreditación de una cultura de cumplimiento como inspiración del desarrollo de la actividad social, pero, la inexistencia de un modelo de *Compliance* sí que supone la ausencia de una intención de respetar la ley y una evidente infidelidad al Derecho, por lo

---

<sup>113</sup>En relación a lo explicado en la misma obra en la página 89 y las obligaciones del buen ciudadano corporativo.

<sup>114</sup> Extracto de una sentencia que se promulgó en la corte de Estados Unidos, en relación con el rolo del ente corporativo como ciudadano dentro de la sociedad (435 us 795 (1978), expuesta por el autor. BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.168.

<sup>115</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.164 y ss.



tanto indica que es necesario “que la organización institucionalice una cultura de *Compliance* esto es: de cumplimiento de la legalidad- puesto que ello es lo que acredita su fidelidad al Derecho. Por lo tanto, la carencia de un modelo de cumplimiento, muestra una falta de fidelidad al Derecho o falta de disposición jurídica que amerita el reproche culpabilístico característico del Derecho penal”<sup>116</sup>.

Sin embargo, esta elaborada teoría no ha quedado exenta de críticas, y en este sentido es indispensable hacer referencia a GRACIA MARTIN, que como ya se ha señalado se ha constituido como uno de los férreos detractores de la responsabilidad de la persona jurídica, no solo a nivel penal sino de la responsabilidad sancionadora de los entes corporativos en general (administrativa o penal). Pues bien, como se ha expuesto, esta teoría tiene su base en un sustrato constructivista y funcionalista, que no depende de un vínculo normativo ni de la existencia de un hecho de conexión para su posible existencia, respecto a lo que GRACIA MARTIN, sin dejar de reconocer el mérito y esfuerzo del autor que dio luz a esta tesis, señala que “no son más que metáforas en el metanivel del lenguaje que no tienen ninguna o que tienen muy poca correspondencia material con el nivel empírico de los objetos del mundo real que interesan al Derecho, entrando con este mundo real a menudo en una clara contradicción frontal que es fuente de una muy alta peligrosidad política”<sup>117</sup> y de forma tajante señala que “Sólo el ser humano empírico de carne y de hueso, el *homo phenomenon* kantiano, puede ser pensado como sujeto de todo orden jurídico sancionador, y especialmente del punitivo sancionador”<sup>118</sup>. En este sentido, resulta indispensable exponer las palabras con las que respondió ZUGALDIA a esta afirmación de incapacidad de las personas jurídicas, ya que señala que este pensamiento reside en “erróneo presupuesto metodológico”, que es la incapacidad de acción y culpabilidad proclamadas desde un prisma puramente humano, entendiendo que “al margen de estos conceptos de acción y de culpabilidad exclusivos de la persona física, existen también unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de la persona jurídica sobre los que es posible exigirle responsabilidad criminal sin violar ningún principio constitucional, lo que corrobora que el tema de la responsabilidad criminal de las personas

---

<sup>116</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 177.

<sup>117</sup>GRACIA MARTIN., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica” 2016 pág. 24.

<sup>118</sup>GRACIA MARTIN., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica” 2016 pág. 25.

jurídicas “no es un problema ontológico, sino un simple problema de definición”<sup>119</sup>. Así las cosas, se hace patente la importancia y necesidad de profundizar en la búsqueda de una culpabilidad por hecho propio de la persona jurídica, ya que nuestro CP a día de hoy no dispone de ninguna disposición que permita ignorar para la persona jurídica lo dispuesto en los artículos 5 y 10, “sin que baste para ello su concurrencia en la persona física, corresponde al intérprete proceder a una lectura del contenido del artículo 31 bis en la línea de lo requerido por aquellos preceptos, los cuales rechazan la responsabilidad penal puramente objetiva y proclaman la irresponsabilidad penal en ausencia de dolo o imprudencia”<sup>120</sup>.

Por otra parte, hay autores que más allá de posicionarse respecto a una corriente de pensamiento u otra, abogan por la creación de un derecho accesorio “al estilo del Derecho penal de menores o el de inimputables adultos peligrosos, en los que la sanción no depende de la culpabilidad entendida como reproche por la libre elección de voluntad de obrar contrariamente al Derecho”<sup>121</sup>. Bajo este prisma de pensamiento se considera que debe haber un Derecho penal principal o “nuclear” respecto al que orbiten una serie de derechos penales de carácter accesorio. Este Derecho penal principal debe ser el orientado hacia las personas físicas adultas (imputables), por ser en el que “rigen con toda brillantez y solemnidad los principios de culpabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas”<sup>122</sup>. Esta teoría también ha sido suscrita por autores como NIETO MARTIN, que la concibe como una tesis razonable y que a su vez, puede evitar “un debate estéril y puramente semántico”; pero sí que es cierto, que a pesar de mostrar su simpatía respecto a esta “tercera vía” este autor considera que realmente no resulta tan necesario mantener la continuidad de un Derecho penal exclusivamente orientado para personas físicas imputables (conforme a los conceptos tradicionales) entendiendo que el único límite a la hora de construir una responsabilidad colectiva son los parámetros del Derecho penal y constitucional<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup>ZUGALDIA ESPINAR, J.M, en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español* págs.4-5.

<sup>120</sup>DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ en ADPE núm. 3, 2015, pág. 46.

<sup>121</sup>Así lo indica BAJO FERNANDEZ, uno de los representantes de esta teoría de la “tercera vía”. BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.33.

<sup>122</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.33.

<sup>123</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 34

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos doctrinales enfocados a defender un modelo de heterorresponsabilidad o de autorresponsabilidad, es cierto que la redacción actual del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no ayuda a la hora de determinar un modelo u otro. Ya que si se observa cómo el legislador introduce esta responsabilidad, podemos ver que le está atribuyendo al ente corporativo la responsabilidad por la actuación de la persona física, dado que la primera parte del artículo 31 bis literalmente expresa: “las personas jurídicas serán penalmente responsables: de los delitos cometidos (..)” es por esta “desacertada” elección a la hora de formular esta responsabilidad por lo que algunos autores han considerado que el modelo instaurado es un modelo mixto o de corresponsabilidad en el confluyen elementos propios de un modelo de heterorresponsabilidad con rasgos de un modelo de autorresponsabilidad. Como se ha señalado, la literalidad del artículo 31 bis, puede inducirnos a considerar que se trata de una heterorresponsabilidad, sin embargo, no pueden ser obviadas las novedades que se introdujeron con la reforma de 2015, que dotan de autonomía la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>124</sup>, como son: la de la independencia entre la responsabilidad penal de las personas físicas frente a la del ente corporativo prevista en el artículo 31 ter, la circunstancias que pueden atenuar de manera individual la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contempladas en el artículo 31 quater y los supuestos bajo los que puede considerarse exenta su responsabilidad la entidad, descritas en el artículo 31 bis 1. 5 en relación con el 2 y 4.

En este sentido, respecto de esta última teoría, FEIJOO SANCHEZ que se ha pronunciado en diversas ocasiones mostrando siempre su inclinación hacia ésta, indica que “la mejor manera de definir el modelo vigente es como un modelo de corresponsabilidad por el hecho con una fundamentación propia, autónoma y diferenciada de la responsabilidad para personas físicas por un lado y personas jurídicas por otro que, en todo caso, responden del mismo hecho (descubrimiento de un secreto, manipulación de mercado, infracción contable, etc.)”<sup>125</sup>.

Pues bien, después de lo expuesto en este apartado se puede afirmar que el legislador ha elaborado una responsabilidad penal *sui generis*, que implica que con independencia del modelo que la sustente debe respetar unos principios impuestos por el

---

<sup>124</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ, en ADPE núm. 3, 2015, págs. 45-46.

<sup>125</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, en Homenaje a D. José Manuel Maza Martín, 2018, pág.158.

Derecho penal y constitucional. A pesar de que la redacción actual adolece de una excesiva indeterminación que obstaculiza la determinación de un tipo concreto de responsabilidad, se puede determinar que se trata de un modelo de responsabilidad acumulativa y directa. Y esto es así, por que como se ha explicado, la entidad corporativa puede ser sometida a responsabilidad, con independencia del proceso que se esté sustanciando para la persona física, así mismo la persona jurídica responde directamente por la comisión de un hecho.

## **6. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad de las entidades corporativas.**

### *6.1. Los programas de cumplimiento.*

La actual regulación prevé circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las circunstancias atenuantes, se preveían ya en la anterior regulación, y actualmente se encuentran recogidas en el artículo 31 quater , sin embargo, las causas eximentes son una importante novedad introducida por la LO 1/2015, y se recogen en los artículos 31 bis 2, 4 en relación con lo dispuesto en el artículo 31 bis 5. Aparte de tener una significativa relevancia en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas la introducción de causas eximentes, esta novedad también ha supuesto dotar de una gran importancia y utilidad a los modelos de cumplimiento y prevención legal, es decir el *Compliance*.

El legislador ha constituido estos programas de cumplimiento como un mecanismo de exención o atenuación de la responsabilidad de las empresas, lo que materializa la intención de poner en marcha la llamada “autorregulación regulada” con el fin de que las empresas internamente logren evitar la comisión del delito, en base a una cultura de cumplimiento, que defienda férreamente los valores de fidelidad al Derecho y la ley. En este sentido, es importante destacar los tintes que están adoptando estos modelos de *Compliance* ya que, anteriormente, puede que los programas estuviesen exclusivamente motivados por la obtención de un beneficio para la empresa que podía radicar en una obtención directa (galardones, premios, etc.) o, simplemente, en una ausencia de efectos perjudiciales para la empresa (como la posibilidad de eximirse de una pena), sin embargo, actualmente algunos autores han expresado este cambio de corriente, esgrimiendo que el fundamento que debe residir en la cultura *Compliance* es el del estricto cumplimiento y respecto a la ley. Este fundamento debe constituir la fuente de inspiración

de las actuaciones empresariales, y debe ser trasladado a la práctica, mediante la educación de trabajadores y altos mandos, y un debido programa de *Compliance*. Así mismo, estos autores señalan que “esta tendencia vendría avalada por recientes estudios empíricos que habrían demostrado una correlación positiva entre los diferentes objetivos atribuidos al *Compliance* y las percepciones positivas sobre el compromiso de los directivos con la ética, la justicia en el tratamiento de la empresa, el premio del comportamiento ético y el castigo del no ético”<sup>126</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ya se encargó de definir el *Compliance* e indicó que se trata de “un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que les permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración de la responsabilidad penal de los delitos”<sup>127</sup>. Es importante destacar varios elementos clave postulados en esta definición, como son la eficacia y la idoneidad, que son los que van a determinar la virtualidad eximente del programa.

Así las cosas, la tarea de valoración de idoneidad del programa divide a la doctrina entre aquellos que consideran que debe valorarse respecto al hecho global, o en base al hecho concreto (delito cometido), en este sentido NIETO MARTIN<sup>128</sup> considera que esta elección esta intrínsecamente ligada a la concepción del modelo de responsabilidad que se tenga, expresando que sí se aboga por un modelo de autorresponsabilidad se va a concebir que la idoneidad deviene de una interpretación de un hecho global, en cambio si se opta por un modelo de heterorresponsabilidad se va a pasar a valorar esta referida idoneidad en base al hecho concreto. Sin embargo, dicha asociación “binomial” no es una cuestión asentada ya que existen casos en los que, autores que apoyan un determinado modelo pueden abogar por una interpretación diferente a la establecida por este autor, en este sentido son reveladoras las palabras de GONZALEZ CUSSAC, que se inclina por una responsabilidad corporativa en base a un hecho propio e indica que mostrando su fidelidad por la literalidad de la norma esgrime que, “en efecto, el texto legal vigente

---

<sup>126</sup> CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.124.

<sup>127</sup> STS 2947/2018, de 18 de julio.

<sup>128</sup>GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 18

inequívocamente dice “delitos de la misma naturaleza”<sup>129</sup>, por lo que considera necesario valorar la idoneidad del programa de cumplimiento en relación con el delito en concreto.

Pues bien, el hecho de determinar la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento es imprescindible para que sea tenido en cuenta como causa eximente, y en el caso de que llegue a alcanzar tal eficacia e idoneidad de manera parcial, se tomará en cuenta como circunstancia atenuante de la responsabilidad corporativa. Sin lugar a dudas, determinar que un modelo de prevención es eficaz e idóneo presenta una complejidad considerable de la que el legislador es consciente y, por ello, dispuso en el artículo 31 bis 5, una serie de requisitos que deben ser observados a la hora de establecer los modelos de cumplimiento, que serán explicados con mayor detenimiento más adelante. Por otra parte, es importante resaltar que el objetivo que debe perseguir la empresa con la implantación de un programa de *Compliance*, es el de evitar o disminuir en la medida de lo posible el riesgo que se pudiese derivar del desarrollo de la actividad, reduciéndolo de tal manera, que únicamente exista el riesgo marginal. Este riesgo marginal es entendido como un riesgo que no puede evitarse, puesto que la evitación al cien por cien del riesgo derivado de la realización del trabajo resulta imposible<sup>130</sup>. Por lo tanto, como se ha señalado, debido a la complejidad que presenta la valoración de idoneidad y eficacia de estos programas de cumplimiento, el legislador con la reforma de 2015 llevó a cabo una correlación de condiciones que actúan como requisitos inexcusables que deben contemplar los programas de cumplimiento para poder considerarse como eficientes e idóneos, lo que implica que, ante la ausencia de algunos de los siguientes requisitos difícilmente se va a poder sustentar la eficiencia del modelo.

Pues bien, el artículo 31 bis 5., se encarga de recoger una serie de requisitos que deben contemplar los programas de cumplimiento para poder alcanzar un grado de idoneidad y eficacia suficiente para poder desplegar los efectos como causas eximentes, o, en su caso, como causas atenuantes. Estos requisitos son:

---

<sup>129</sup> GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 619

<sup>130</sup> Dicha cuestión ya fue asentada con anterioridad por la jurisprudencia, ya que entiende que resulta inviable exigirle a la empresa que consiga reducir a cero el riesgo derivado de la empresa, y dando lugar al término “riesgo marginal”, que hacer referencia al riesgo permitido y que resulta imposible evitar. STS 1105/2007, de 29 de octubre.

- 1- La identificación de actividades en las que pueda resultar más probable la comisión de delitos.

Conforme a este primer criterio, se obliga a la empresa a hacer un análisis para poder llevar a cabo la detección de aquellas actividades en las que por su naturaleza resulte más probable la comisión delictiva. Para poder ejecutar de manera adecuada esta primera parte es necesario llevar a cabo una labor analítica, que nos indique que actividades son más propensas a la actividad delictiva, y posteriormente trazar un “mapa de riesgos” que va a tener dos objetivos principales, por un lado, reflejar el grado de probabilidad que existe de cometer el delito y, por otra parte, el impacto bien a nivel económico o reputacional que va a tener dicha comisión en el caso de que se llegue a producir<sup>131</sup>.

Respecto a este primer requisito, FERNÁNDEZ TERUELO, ofrece una interesante teoría, respecto a la que señala que este análisis debe conformarse en tres fases; La primera fase debe ser la identificación en la que se va a llevar a cabo la detección del riesgo, en segundo lugar la fase del análisis, en la que se va a valorar el impacto y la probabilidad del riesgo, (similar al “mapa de riesgos” defendido por GÓMEZ MARTÍN) y por último la valoración, que es la fase con la que culmina este primer estadio y en el que la entidad debe realizar “un pronóstico razonable” para ver cuáles son los riesgos que se pueden derivar de las actividades sociales y cuáles deben ser los procedimientos y mecanismos mediante los cuales la empresa consiga reducir al mínimo ese riesgo<sup>132</sup>.

- 2- Establecer protocolos y procedimientos para poder llegar a tomar decisiones adecuadas en aras del cumplimiento del programa de prevención.

La empresa no solo debe atender a aquellas actividades que ya ha detectado como propensas y con mayor probabilidad de riesgo delictivo, sino que también se debe atender al resto de actividades que, aunque no conlleven un riesgo significativo también pueden suponer un escenario idóneo para la comisión delictiva.

En el catálogo de figuras delictivas que pueden ser cometidas por las personas jurídicas, existen delitos de distinta naturaleza, y puede que el centrarse en el análisis de

---

<sup>131</sup> CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.180.

<sup>132</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.208.

unas actividades con características determinadas, como por ejemplo las de naturaleza financiera, suponga desatender las obligaciones de prevención y vigilancia en otras actividades. Pues bien, mediante este requisito se pretende evitar que esto ocurra, exigiendo instaurar criterios que tengan como finalidad principal promover el espíritu ético del programa en general<sup>133</sup>.

### 3- Disponer de un sistema de recursos financieros.

Los llamados recursos financieros previstos en este apartado presentan una doble vertiente, por una parte, está la eficacia jurídica y por otra, la eficacia económica.

Respecto a la eficacia jurídica, esta tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos del artículo 31 bis 2, en definitiva, con su expresión como criterio que implica la idoneidad de un programa de cumplimiento que puede actuar como eximente de la responsabilidad penal. Y, en relación con la eficacia económica, esta consiste en dotar de recursos tanto económicos como humanos al órgano que se encargue de la ejecución y desarrollo del modelo.

Así mismo esta eficacia económica también se debe traducir en un registro y análisis interno en los medios económicos, que conlleve un control exhaustivo de la ejecución y desarrollo de la actividad financiera de la empresa con todo lo que ello implica<sup>134</sup>. Este control es especialmente importante por el hecho de que el poder controlar estos aspectos financieros ayuda a detectar y así actuar frente a conductas contrarias a derecho y que se han realizado a favor de la persona jurídica<sup>135</sup>.

### 4- Establecer la obligación de comunicar cualquier tipo de infracción o peligro.

Este apartado hace referencia a las llamadas vías *whistleblowing* sin duda una materia controvertida, por la complejidad que presenta para poder desarrollarla con

---

<sup>133</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág. 208.

<sup>134</sup> CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.182.

<sup>135</sup> Como hemos visto anteriormente, el actuar en favor de la persona jurídica supone uno de los elementos del delito corporativo, previsto en el artículo 31 bis 1, que exige que la actuación delictiva se haya llevado a cabo en beneficio directo indirecto de la empresa. El hecho de controlar detenidamente las actividades en el ámbito financiero y económico de la empresa, ayuda a degenerar con mayor facilidad estas conductas. BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.206.



eficacia, debido a cuestiones como el hecho de que, si los denunciantes deben ser identificados o, en cambio, se pueden realizar denuncias anónimas. En este sentido la Agencia de Protección de Datos señaló que “deberá exigirse que el sistema únicamente acepta la inclusión de denuncias que aparezca identificado el denunciante”<sup>136</sup>. Sin duda, esto supone una cuestión difícil de abordar y que realmente no ha llegado a ser resuelta y, en parte, es debido a la inexistencia de un pronunciamiento legislativo ( más allá del proyecto de ley que se comentará a continuación) que indique como se debe proceder en estos casos. Sin embargo, la Directiva 95/46 CE, sí que avaló la procedencia de las denuncias que se hagan anónimamente por entender el contexto en el que se éstas se realizan, entendiendo que, para muchos miembros de la empresa, el hecho de que pueda ser expuesta su identificación, puede suponer un obstáculo a la hora de comunicar dichas infracciones.

Los canales de denuncia pueden ser externos e internos, en la actualidad ya hay empresas que prevén una red de canales *ad intra*, pero esto supone a su vez, un obstáculo en algunos casos, ya que puede ser que, “por temor al riesgo reputacional que podría representar el conocimiento por parte del mercado” los órganos de la empresa decidan abstenerse de comunicarlo, de tal forma, que a veces estas empresas, que normalmente suelen ser las cotizadas, prefieren mantener este hecho sin denunciarlo y así “depurar de puertas hacia dentro las responsabilidades que pudieran derivarse” para evitar la repercusión que eso tendría en el mercado<sup>137</sup>.

Resulta importante resaltar que a nivel europeo existe la conciencia de la utilidad que presentan las vías de denuncias internas, como herramientas útiles para el esclarecimiento y detección de los delitos cometidos en el entramado empresarial, en este sentido, a fecha de 23 de octubre de 2019 se publica la Directiva (UE) 2019/1937. Esta Directiva se encarga de establecer unos mínimos para la correcta implantación de los llamados canales de denuncia, en este sentido inciden en la idea de que las personas que por la relación que sea, tiene un contacto más directo con la entidad pueden tener una mayor facilidad para conocer de la comisión de delitos, lo que ocurre en muchos casos que a pesar de que conocen dichas infracciones, deciden abstenerse de comunicarlas por

---

<sup>136</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.209.

<sup>137</sup> CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.182.

miedo a las represalias que la empresa pueda tomar contra ellos<sup>138</sup>. De esta forma, la Directiva mencionada pretende ser una herramienta de protección que incentive la participación y colaboración con la justicia, imponiendo la imposibilidad de que las empresas puedan llevar a cabo acciones que perjudiquen al denunciante<sup>139</sup>. Sin embargo, como se ha referido, dicha Directiva contempla unos criterios de carácter mínimo, lo que implica que deba ser cada Estado miembro quien la desarrolle, mediante mecanismos normativos internos.

Pues bien, España como Estado miembro ha publicado el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, con la que por una parte comparten el fundamento que subyace a la directiva europea, que no es otro que la “protección efectiva de aquellas personas que informan de infracciones del Derecho de la Unión Europea”<sup>140</sup>. Pues bien, en consonancia con la corriente adoptada por la Directiva, se evidencia la intención legislativa consistente en resaltar el principal fundamento de ésta que es la protección de los informantes. Este Proyecto se encarga de regular los canales a nivel interno y externo en el sector público y privado, así como los elementos que deben conformar estos canales y los criterios que se deben tener en cuenta para su adopción. A su vez, también regula una serie de consideraciones, que como se ha mencionado, materializan la intención de configurar un escenario seguro para el denunciante, ya que, para las denuncias mediante vías internas y externas se permite que sean anónimas, como dispone el artículo 17<sup>141</sup>. Por otra parte, a lo largo de los títulos VI

---

<sup>138</sup> Apartado (1) Directiva (UE) 2019/1937” los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes”

<sup>139</sup> Apartado (9) en relación con el 18 y el 20 Directiva (UE) 2019/1937

<sup>140</sup>Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas en relación con la Directiva (UE) 2019/1937. Pág.8.

<sup>141</sup> Que señala lo siguiente:

“1. La comunicación puede llevarse a cabo de forma anónima. En otro caso, se reservará la identidad del informante en los términos del artículo 33, debiendo adoptarse las medidas en él previstas.

y VII se regulan la protección de datos y las medidas de protección, como la prohibición de represarías (artículo 36<sup>142</sup>). Una novedad que en la práctica puede resultar interesante,

---

2. La comunicación se podrá realizar por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto dirigido al canal externo de informaciones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, o verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz. A solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial. En los casos de comunicación verbal se advertirá al informante de que la comunicación será grabada y se le informará del tratamiento de sus datos de acuerdo con lo que establecen el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018. Al hacer la comunicación, el informante podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones, pudiendo asimismo renunciar expresamente a la recepción de cualquier comunicación de actuaciones llevadas a cabo por la Autoridad Independiente de Protección del Informante como consecuencia de la comunicación. En caso de comunicación verbal, la Autoridad Independiente de Protección del Informante deberá documentarla de alguna de las maneras siguientes:

a) mediante una grabación de la conversación en un formato seguro, duradero y accesible, o b) a través de una transcripción completa y exacta de la conversación realizada por el personal responsable de tratarla. Sin perjuicio de los derechos que le corresponden de acuerdo a la normativa sobre protección de datos, se ofrecerá al informante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción del mensaje.

3. Realizada la comunicación, se procederá a su registro en el Sistema de Gestión de Comunicaciones, siéndole asignado un código de identificación. El Sistema de Gestión de Comunicaciones estará contenido en una base de datos segura y de acceso restringido exclusivamente al personal de la Autoridad Independiente de Protección del Informante convenientemente autorizado, en la que se registrarán todas las comunicaciones recibidas, cumplimentando los siguientes datos:

- a) Fecha de recepción.
- b) Código de identificación.
- c) Actuaciones desarrolladas.
- d) Medidas adoptadas.
- e) Fecha de cierre.

4. Recibida la comunicación, en un plazo no superior a cinco días hábiles desde dicha recepción, se procederá a acusar recibo de la misma, a menos que la comunicación sea anónima o el informante expresamente haya renunciado a recibir comunicaciones relativas a la investigación”.

<sup>142</sup> De tal forma, que el artículo 36 hace una correlación de las actuaciones que están expresamente prohibidas, por considerarse represarías motivadas con un ánimo reaccionario contra aquel que denuncia.

El referido artículo reza:

“1. Se prohíben expresamente los actos constitutivos de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia. contra las personas que presenten una comunicación conforme a lo previsto en la presente ley.

2. Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja

es la introducción de un nuevo órgano que es la “Autoridad Independiente de Protección del Informante”<sup>143</sup>, regulado a lo largo del título VIII, esta autoridad es de carácter público y “con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con plena autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno, de las entidades integrantes

---

particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, sólo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública, y siempre que tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública. Se exceptúa el supuesto en que dicha acción u omisión pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. A los efectos de lo previsto en esta ley, y a título enunciativo, se consideran represalias las siguientes: a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo, salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o 50 reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación.

b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo.

c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional.

d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios.

e) Anulación de una licencia o permiso.

4. La persona que viera lesionados sus derechos por causa de su comunicación o revelación una vez transcurrido el plazo de un año a que se refiere este artículo, podrá solicitar la protección de la autoridad competente que, excepcionalmente y de forma justificada, podrá extender el periodo de protección, previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados.

5. Los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones, así como los que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de aquellas al amparo de esta ley, serán nulos de pleno derecho y darán lugar, en su caso, a medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, pudiendo incluir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al perjudicado”.

<sup>143</sup> En la propia exposición de motivos de la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativa en relación con la Directiva (UE) 2019/1937 se define como “pilar del sistema institucional en materia de protección del informante.”.

del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de su función” así lo define el artículo 42. En cuanto a sus funciones, se encuentran todas aquellas relacionadas con la gestión del canal externo de denuncias, adopción de medidas encaminadas a la protección del denunciante, la tramitación de expedientes sancionadores etc.<sup>144</sup>. Resulta alentador observar que de manera institucional se ha optado por incentivar la cooperación con la justicia a través de la protección de los denunciantes, sin embargo, actualmente dicha regulación se encuentra en un estado prematuro, por lo que es difícil esgrimir de dicha redacción que vaya a resultar adecuada o eficaz para el fin en el que reside su fundamento, que es la protección de los denunciantes. Habrá que esperar a ver su aplicación en la práctica, que es lo que nos va a indicar el nivel de adaptación que han alcanzado los perímetros legales y las configuraciones normativas impuestas por esta Ley conforme a la realidad empresarial (tanto en el ámbito público como privado).

5- Aplicar un sistema disciplinario para poder sancionar cualquier tipo de incumplimiento de medidas.

La obligatoriedad de este requisito consiste en establecer mecanismos internos que prevean medidas para reaccionar ante aquellos que dentro de la empresa llevan a cabo conductas contrarias, así como el incumplimiento de las medidas de prevención, aunque estas no lleguen a ser constitutivas de delito. Este requisito representa una de las expresiones de la “facultad disciplinaria del empresario”<sup>145</sup>, mediante la que tiene la capacidad de poder disponer de mecanismos orientados a reacciones ante conductas no admisibles dentro del entramado empresarial. Pues bien, para la realización de un sistema disciplinario adecuado, será necesario la observancia y la adaptación a la normativa

---

<sup>144</sup> Artículo 43 Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativa en relación con la Directiva (UE) 2019/1937:

Para el cumplimiento de sus fines, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, tendrá las siguientes funciones: 1º. Gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el título III. 2º. Adopción de las medidas de protección al informante previstas en la presente ley. 3º. Participar, mediante informe preceptivo, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias y a la ley reguladora de sus funciones en cuanto la Autoridad Independiente de Protección del Informante y su normativa de desarrollo. 4º. Tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el título IX. 7. Elaboración de recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y prácticas adecuados para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley.

<sup>145</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.211

laboral<sup>146</sup>, porque realmente, como afirma GÓMEZ-JARA “resulta razonable equiparar prevención de riesgos laborales con prevención de riesgos penales, de tal forma que las consecuencias por la infracción, por parte de los trabajadores, de las medidas de prevención de riesgos laborales se equiparen al incumplimiento de las medidas que establezca el modelo de prevención de riesgos penales”<sup>147</sup>.

#### 6- Revisión periódica de los programas de cumplimiento.

Mediante esta última condición se le exige a la empresa estar preparada y actualizada para poder afrontar los nuevos retos, de tal manera que el programa no resulte desfasado y, por lo tanto, ineficaz.

En este sentido es importante resaltar que el legislador no ha contemplado plazos a los que deban sujetarse estos programas, ya que no se prevé temporalidad alguna<sup>148</sup>. Pues bien, GÓMEZ MARTIN ha señalado respecto a estas revisiones que pueden ser “programadas”, lo que requiere cierta periodicidad, o “sobreenvidas”, que son aquellas que se realizan por haber cometido previamente alguna circunstancia que demuestre la necesidad de revisar, o en su caso, reforzar el programa. Según este autor, el legislador ha optado por un modelo de verificación sobrevenido, de tal manera que “alguna de las variables que podrían obligar a la revisión serían, entre otras, la detección de infracciones relevantes de disposiciones del modelo de deficiencias de mecanismos de control de riesgos del modelo, la existencia de modificaciones sustanciales en la estructura de control o la actividad societaria a la aparición de reformas legislativa o de cambios de criterio jurisprudencial”<sup>149</sup>.

#### 6.2. *Las causas eximentes de la responsabilidad penal.*

Como se ha expresado, la introducción de causas que pueden eximir de responsabilidad a la persona jurídica es una de las grandes novedades de la reforma de 2015, que materializa la importancia de los programas de cumplimiento como impulsores

---

<sup>146</sup> CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.181.

<sup>147</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 212.

<sup>148</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.211.

<sup>149</sup> CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.183-184.

a nivel interno de un compromiso ético y una cultura de respeto a la legalidad y al Derecho.

El hecho de decantarse por un modelo de responsabilidad u otro, condiciona la naturaleza que se tenga de estas circunstancias, como analizaremos a continuación, por ello esta decisión inicial (modelo de responsabilidad) tiene repercusiones en el tratamiento procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de gran calado. En este sentido señala GONZALEZ CUSSAC que “el punto de partida constituye el fundamento del modelo, que a su vez determina seguidamente la naturaleza jurídica de las condiciones y sucesivamente también fija los estándares probatorios”<sup>150</sup>.

Pues bien, la discusión relativa a cuál es la verdadera naturaleza de las circunstancias eximentes es realmente interesante, sobre todo por el debate que ha surgido entre la propia FGE y la Sala segunda del TS, por lo que resulta conveniente analizar ambas posturas.

Por una parte, el TS en la STS nº154/2016, de 29 de febrero, considera que, si el núcleo de la tipicidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica radica en un déficit de organización, el hecho de admitir que existe un programa de cumplimiento que avala la correcta y debida gestión organizativa, no implica que la empresa esté exenta de responsabilidad si no que no se ha producido el hecho típico que origina tal responsabilidad. De esta manera la Sala adelanta que la naturaleza de estas eximentes es discutible, ya que la “exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”. Por lo tanto, en función de lo expresado por la Sala, y en consonancia con la tesis mantenida a lo largo de toda la resolución consistente en defender un modelo de autorresponsabilidad basado en un defecto de organización, la mayoría de magistrados (ya que en el voto particular, esta cuestión es el punto de discrepancia) consideran que la naturaleza de estas circunstancias no debe ser tenida en cuenta como una causa eximente, ya que, la ausencia de un defecto de organización, que es lo que implica un correcto modelo de prevención, significa que no se ha constituido un elemento del tipo, en fin, para la Sala esto implica la inexistencia del delito corporativo sobre el que fundar el reproche culpabilístico. Por esta razón, muestran su disconformidad con

---

<sup>150</sup>GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, págs.643.

categorizar a estos programas de cumplimiento como causas eximentes, y alegan que son causas de exclusión de la culpabilidad. Así pues, y en base a lo alegado *supra* líneas, la Sala considera que es a la acusación a quien le corresponde la carga probatoria, limitada a probar que se ha originado un déficit organizativo, que constituye la figura delictiva de los entes corporativos.

En cambio, la FGE 1/2016 considera que estas circunstancias deben aproximarse a una excusa absolutoria, ya que parten del hecho de que la responsabilidad penal de la persona jurídica no reside en un defecto de organización si no en la concurrencia de los hechos de conexión descritos en el artículo 31 bis, entendiéndose que del delito cometido por la persona física deriva el delito de la entidad corporativa, sin observar un hecho propio de esta última. Por esta razón la FGE concluye “que esta construcción remite inequívocamente a la punibilidad y así causas de exclusión (...) los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad”. Respecto a la carga probatoria, la FGE añade que debe ser la persona jurídica quien pruebe la idoneidad y eficacia de los modelos de organización y gestión, y fundamenta tal decisión en que “la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite, para lograr su exculpación, aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido, de 1 de marzo de 2007; Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC nº 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS nº 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio).”

Pues bien, más allá del debate abierto entre la FGE y el TS, es importante señalar que esta cuestión resulta controvertida hasta entre los propios magistrados de la Sala, como refleja el voto particular firmado por siete de ellos en la STS nº154/2016, de 29 de febrero, en el que se desmarcan del criterio adoptado por la mayoría respecto a varias cuestiones. Una de estas cuestiones es que estos magistrados consideran que el núcleo de



la tipicidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica no reside en el defecto de organización sino que, más bien, tras la acreditación de los requisitos previstos en el precepto legal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se activa a través de las fórmulas de la “*culpa in eligendo*” y la “*culpa in vigilando*” o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa “*in constituendo*” y la culpa “*in instruendo*”. Los magistrados firmantes, sin discutir que la ausencia de medidas de control configuran el fundamento último de la responsabilidad penal de la personas jurídicas, entienden que debe ser la defensa, y no la acusación (como defienden la mayoría de magistrados de la Sala), quien pruebe la concurrencia de las circunstancias eximentes, alegando que “no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación”. De tal forma que, recurriendo a la doctrina ya consolidada, defienden que una vez acreditados los elementos que constituyen el tipo delictivo, corresponde a quien alega causas de carácter eximente probar su existencia y, “en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas)”. Por lo tanto, consideran que es la acusación la que debe probar que el delito ha sido cometido por una de las personas físicas descritas en los apartados a) y b) del artículo 31 bis, junto con el resto de requisitos exigidos, como el relativo a una omisión o insuficiencia en la diligencia de control y prevención por parte de la persona jurídica, pero, sin embargo, es la entidad la que debe objetar en primer lugar que se habían tomado las medidas necesarias para evitar el delito cometido conforme a los parámetros y disposiciones legales, y en segundo lugar probarlo en la vista.

Pues bien, la jurisprudencia consciente de la complejidad y de los riesgos que presenta esta materia ha determinado que “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”<sup>151</sup>, y debido a ello puede que resulte más adecuada

---

<sup>151</sup> STS n°221/2016, de 16 de marzo.

la postura esgrimida por los magistrados del voto particular, ya que determinan que la carga de la prueba que corresponde a la acusación, se debe mantener en los límites que ya habían sido definidos por la jurisprudencia<sup>152</sup>, que implican que la acusación debe justificar la existencia de una conducta delictiva que es merecedora de un reproche, y que dichos elementos deben ser sustanciados y probados en juicio, y por otra parte, la defensa, que es quien alega que concurre alguna causa que conforme a lo dispuesto legalmente pueda suponer su exención penal, debe probar la acreditación de que concurren tales causas. En este sentido es muy similar a lo expresado con la FGE, sin embargo, ambas corrientes nacen de un fundamento muy diferente, ya que, la Sala sigue defendiendo un modelo de autorresponsabilidad, aunque sin otorgar el núcleo de esta al defecto de organización y la FGE, como hemos visto defiende férreamente un modelo vicarial.

Así mismo, es oportuno resaltar, que una vez más el legislador ha dejado clara su intención de alejarse de las teorías que abogan por un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad, ya que las circunstancias modificativas de la responsabilidad corporativa son independientes y únicas de éstas, sin que quepa la posibilidad de ser trasladadas a la persona física. De esta manera el legislador incluye un precepto, el artículo 31 ter, que recoge que “hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”, esto denota la intención de constituir un modelo de responsabilidad propio para el sujeto corporativo, atribuyéndole características propias independientes, y en consonancia con la línea adoptada por el legislador se han ido sucediendo los pronunciamientos realizados por la jurisprudencia, que dejan muy claro que se tratan de cosas diferentes el hecho de que deba acreditarse la constatación de los requisitos del artículo 31 bis, (que implican la actuación de la persona física) con concebir la condena de las personas físicas como presupuesto previo para la condena de la persona jurídica<sup>153</sup>.

Pero en otro orden de cosas, y dejando a un lado el debate respecto a la naturaleza de las circunstancias eximentes procede profundizar y analizar su regulación. El régimen de las eximentes de la persona jurídica presenta una doble vertiente. Por una parte, se contempla aquellas circunstancias eximentes para los casos en los que el delito es

---

<sup>152</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 216,

<sup>153</sup> STS 279/2019, de 7 de febrero.

cometido por una persona integrante de los altos mandos de dirección de la empresa (artículo 31 bis 2), y por otra parte, también se prevé causas eximentes para aquellos supuestos en los que el delito es cometido por un empleado o subordinado (artículo 31 bis 4).

*1. Causas eximentes previstas cuando el delito es cometido por un responsable o miembro de los órganos de dirección de la empresa:*

En este caso, los requisitos para que la persona jurídica pueda ver desactivada su responsabilidad revisten de una exigencia superior a los de los delitos cometidos por un empleado, la elección del legislador tiene cierta lógica ya que, se le está exigiendo a aquellos que han cometido el delito, que hubiesen previsto de manera anterior medidas para que no ocurriese tal resultado, cuestión que por sí misma evidencia el contrasentido que supone. Y, debido a esto, el CP dispone en el artículo 31 bis 2, los siguientes requisitos:

*1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;*

La exigencia de la idoneidad del *Compliance* es necesaria para que este programa despliegue sus efectos de carácter eximente, por esta razón resulta muy importante conocer que se va a entender como idoneidad. En este sentido GONZALEZ CUSSAC<sup>154</sup> hace referencia a tres modalidades de idoneidad, que son la idoneidad temporal, formal y material, todas ellas, íntimamente conectadas entre sí y necesarias para valorar la virtualidad eximente del programa de cumplimiento. Por lo tanto, según el autor para valorar la exigida idoneidad es necesario que el modelo haya sido implantado con anterioridad a la comisión del delito (idoneidad material), así mismo este debe ser valorado en función del hecho concreto, es decir, del delito en cuestión que ha sido cometido (idoneidad funcional), y por último se debe valorar el grado de reducción del riesgo delictivo que se ha conseguido (idoneidad material), que puede ser absoluto o relativo *ex ante*. El referido autor, considera más adecuada la interpretación de una

---

<sup>154</sup> GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 606 y ss.

idoneidad relativa *ex ante*, debido a la imposibilidad de exigir una evitación absoluta del riesgo como hemos expresado antes.

Esta idoneidad debe ser valorada por el juez penal, que de manera objetiva y externa debe determinar si realmente el programa en cuestión cumple con el nivel de idoneidad exigido para dispensar de responsabilidad al ente corporativo. Para esta valoración el juez penal puede tener en cuenta factores como el historial de la empresa, que refleje la disminución del riesgo tras la implantación del programa encuestas de carácter objetivas basadas en datos contrastados empíricamente que expresen la eficacia de tal programa para el delito cometido<sup>155</sup>.

En este sentido, son especialmente útiles para la labor de determinación de la idoneidad las llamadas “fuentes de la estandarización”<sup>156</sup>, como la UNE- ISO 373001 Sistemas de gestión del *Compliance*. Requisitos con orientación para su uso, que sustituye a la ISO 19600 Sistemas de gestión de *Compliance*, que fue publicada en 2014. La función de estos mecanismos de estandarización son la de ayudar a implantar, desarrollar y mantener un correcto programa de *Compliance*, proporcionando “pautas sobre la diligente gestión del *Compliance* penal en el seno de la empresa”<sup>157</sup>, así mismo se encargan de disponer unos parámetros mínimos que deben ser contemplados si se quiere aplicar un modelo que realmente tenga la intención de prevenir la comisión de delitos en el seno empresarial.

El juez penal, que como se ha señalado es el encargado de valorar y determinar la idoneidad del programa de cumplimiento, no tiene la obligación de observar dichas fuentes, ya que son meramente orientativas e informadoras y, por ende, carecen de vinculación<sup>158</sup> para este. Pero, sin embargo, sí que se puede afirmar que aquellas empresas que ni siquiera cumplen con lo determinado en estas fuentes de estandarización que se

---

<sup>155</sup> GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 613 y ss.

<sup>156</sup> GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág.613. Es cierto que existen varios sectores en el mundo empresarial que tienen una regulación extensiva (protección de datos, blanqueo de capitales, corrupción, etc....)

<sup>157</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/ LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág.148

<sup>158</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.207

contemplan como mínimos, difícilmente van a poder defender un modelo eficaz e idóneo de cumplimiento<sup>159</sup>.

En definitiva, para que un modelo pueda ser considerado idóneo tiene que haber sido implantado de manera anterior a la comisión del delito, también es necesario que este haya sido desarrollado tras el análisis y detentación de las actividades que pueden presentar un mayor riesgo delictivo (el llamado *risk assessment*)<sup>160</sup>, y la reducción al máximo de este riesgo de tal manera que su eficacia se pueda traducir en su capacidad “para reducir significativamente el riesgo”<sup>161</sup>. En palabras de GOMEZ-JARA “un programa es eficaz si reduce el “riesgo de la comisión de hechos delictivos al riesgo residual, a niveles permitidos”<sup>162</sup>, de tal forma que, el delito cometido sea un riesgo “esporádico, ocasional o hasta excepcional. Que representa un bajo porcentaje de peligro merced a la eficacia reductora de las medidas adoptadas”<sup>163</sup>. Es importante para valorar esta idoneidad o eficacia, que el programa de cumplimiento refleje que en el ámbito interno de la empresa imperan los valores conforme a la ética y cultura de cumplimiento, y su capacidad para evitar la comisión de delitos en su seno<sup>164</sup>.

*2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;*

Cuando los que cometen el delito son miembros de los máximos órganos de dirección de la sociedad en cuestión, es un contrasentido exigirles a los mismos que prevean medidas para evitar delitos cometidos por ellos y así mismo lo señala la STS

---

<sup>159</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág.150

<sup>160</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 203.

<sup>161</sup>FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.192-193.

<sup>162</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 132.

<sup>163</sup>GONZALEZ CUSSAC, J.L en *Estudios penales y criminólogos*, vol. XXXIX, 2019, pág.615.

<sup>164</sup>Así dispone el autor FERNANDEZ TERUELO, en contraposición de lo alegado por la FGE que considera que el hecho de que se haya logrado cometer un delito en el seno empresarial supone la evidencia de ineficacia e idoneidad del programa, previsto precisamente para que no se cumpliera dicho resultado. Véase FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág. 192-193.

nº583/2017 de 19 de junio, indicando que carece de lógica alguna obligarles a estos a “implantar medidas para prevenir sus propios propósitos y planes”. Es por esta razón, por la que el legislador ha previsto como parte de estos exigentes requisitos que deben ser observados para poder desactivar la responsabilidad del ente, que la supervisión del funcionamiento y el cumplimiento de los programas de prevención estén dirigidos por un órgano que no dependa de la sociedad y, por lo tanto, que no se encuentre supeditado a las órdenes de aquellos que cometen el delito.

Pues bien, este órgano debe estar dotado de una independencia organizativa y funcional respecto a los órganos sociales, a nivel de dirección, organización y control<sup>165</sup>. Así mismo, resulta igual de importante que el encargado de dirigir este órgano, el llamado *Compliance Officer*, tenga ciertas garantías de protección y blindaje<sup>166</sup>.

En este sentido, las palabras de DOPICO expresan con claridad la razón sobre la que descansa tal exigencia, ya que señala que “obedece a una lógica muy clara: para ejercer el control sobre el resto de los empleados no sería necesario crear un órgano ad hoc, sino que los propios resortes del poder de organización de los administradores son suficientes para ello. Por el contrario, para vigilar a los máximos responsables se entiende que es necesaria una instancia nueva, independiente del poder de gestión de los propios vigilados. Así, pues, sólo es aplicable la exención si, en efecto, la supervisión o vigilancia sobre la actuación de los altos responsables de la empresa está asignada a una instancia capaz de ejercerlas; lo cual requiere que goce de poderes autónomos de iniciativa y control”<sup>167</sup>.

El precepto legal prevé una salvedad, que implica que esta exigencia no debe ser cumplida por todas las sociedades, ya que, el legislador es consciente del coste que puede suponer a nivel de recursos financieros y recursos humanos, encargar esta función a órgano especializado, y que hay muchas empresas que por su volumen de capital o músculo financiero no pueden permitirse. Por lo que en el artículo 31 bis 3 se establece que las personas jurídicas de pequeñas dimensiones no tienen la obligación de cumplir

---

<sup>165</sup>CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.193.

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pág.196.

<sup>167</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 150.

con el requisito previsto en el artículo 31 bis 2 .2, y hace una definición de qué se va a considerar por una empresa de pequeñas dimensiones para que resulte de aplicación dicha excepción, y son “aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”<sup>168</sup>. Por lo tanto, si la empresa se considera de pequeñas dimensiones conforme al criterio contable descrito en el artículo 31 bis 3, no es necesario que haya un órgano de vigilancia expreso, sino que se puede encargar de dicha labor el órgano de administración.

*3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y (..)*

Este requisito es una representación de la exigencia de un programa eficaz e idóneo, ya que, si dicho programa ha podido ser burlado o quebrantado de manera “indetectable” se demuestra su propia insuficiencia para evitar tales propósitos directivos y, por lo tanto, no era suficiente para cumplir con las exigencias legalmente previstas<sup>169</sup>. Para autores como QUINTERO OLIVARES, la elusión fraudulenta implica que, a pesar de que el modelo no adolece de ningún error ni omisión, los autores del delito han burlado “con astucia o con cualquier otra artimaña” dicho programa con el fin de ocultar sus actualizaciones delictivas<sup>170</sup>.

Pues bien, es necesario que el directivo que lleva a cabo la acción delictiva, lo haga con un evidente ánimo de soslayar el programa de prevención, no siendo suficiente que se haya limitado a una elusión, ya que esto no implicaría más que la evidencia de una ausencia de eficacia por parte del programa, sino que es necesario que sujeto en sí lleve a cabo conductas fraudulentas haciendo uso de mecanismos fraudulentos que presenten

---

<sup>168</sup> En función de lo dispuesto en el artículo 257 LSC, las empresas y sociedades que están facultadas para presentar un Balance y estado de cambios en el patrimonio de manera abreviadas son las que presentan:

“a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.”

<sup>169</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, PÁG.148

<sup>170</sup> Así lo señala GONZALEZ-CUSSAC en GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 631

una entidad suficiente<sup>171</sup>. Por lo tanto, la actuación de la persona física que lleva a cabo el delito debe denotar una verdadera energía fraudulenta<sup>172</sup>.

*4º no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*

Este último requisito está totalmente ligado con la diligencia exigida al órgano de vigilancia para que el programa elaborado e instituido en el seno empresarial no adolezca de ningún vicio ni error que origine la posibilidad de cometer hechos delictivos y conductas fraudulentas.

Así, DOPICO resalta la lógica que presenta la inclusión de esta obligación y, sobre todo, si se parte de un constructo autónomo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como es el caso. Ya que la configuración de esta responsabilidad bajo esta fórmula, necesita como punto de partida que se haya producido un déficit organizativo que haya propiciado la conducta delictiva y así en este sentido afirma que “Dado que el órgano de vigilancia es -o debe ser- una instancia con facultades similares a las de un administrador de hecho o de derecho en materia de prevención de delitos, su incumplimiento equivale a un fallo organizativo en el máximo nivel de la persona jurídica, y por ello determina la responsabilidad penal de ésta<sup>173</sup>.”

*2 Cuando el delito es cometido por uno de los empleados y/o subordinados a los miembros y órganos de alto mando y dirección de la empresa.*

El CP en su artículo 31 bis 4<sup>174</sup> recoge que la empresa podrá verse exenta de responsabilidad penal, en los supuestos en los que el autor material del delito es un empleado o subordinado, (en definitiva, aquellas personas recogidas en el artículo 31 bis

---

<sup>171</sup>GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, págs. 630

<sup>172</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, Pág. 151

<sup>173</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 152.

<sup>174</sup> El referido artículo expresa textualmente: “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica 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”.



1 b), cuando se hayan adoptado y ejecutado de manera eficaz los modelos de organización y gestión, lo que implica que este programa según como estaba configurado era suficiente para evitar la comisión del delito, pero, sin embargo y en relación con lo expresado respecto al riesgo marginal, hay resultados lesivos que no pueden ser evitados al cien por cien, y esto no debe suponer que el programa resulte ineficaz. Porque, a pesar de lo defendido por la doctrina de la FGE que indica que la comisión de un delito dentro de la empresa supone un indicio de ineficiencia, esto no es así, según ha expresado la jurisprudencia. Y, como hemos visto el juez penal debe llevar a cabo una exhaustiva labor de valoración conforme a unos criterios y parámetros para determinar tal idoneidad.

Pues bien, al inicio del presente apartado se ha comenzado señalando que las causas eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contemplan una doble vertiente, por una parte, las ya descritas referentes a los casos en los que el delito es cometido por un alto mando y el artículo 31 bis 2, en relación con el artículo 31 bis 5, y por otra parte, el artículo 31 bis 4 para los casos en los que el delito es cometido por un subordinado. Sin embargo, no resulta tan clara la distinción entre las circunstancias previstas en el artículo 31 bis 2 y las descritas en el artículo 31 bis 4, llevando a algunos autores como FERNANDEZ TERUELO a considerar que realmente las diferencias no son tan significativas entre ambas. Ya que, la eficacia y la idoneidad del requerido modelo de cumplimiento deben obedecer sí o sí a los requisitos previstos en el artículo 31 bis 5<sup>175</sup>. En este sentido GONZALEZ CUSSAC también se inclina por esta postura, y defiende (al igual que el resto de la doctrina mayoritaria) que, a pesar de que en el CP únicamente se contempla un único requisito, este implícitamente también “precisa la concurrencia de las demás condiciones exigidas en el artículo 31 bis 2, excepto la de la “elusión fraudulenta del artículo 31 bis 2, 3ª CP”<sup>176</sup>.

Por lo tanto, analizando el contenido literal del artículo en cuestión, podemos extraer que realmente se exige para poder proceder a la dispensa de responsabilidad en el caso de que se active dicha responsabilidad a través de la vía del artículo 31 bis 1 b), es la eficacia e idoneidad del programa y para ello, como se ha expuesto *supra* líneas, hay que atender a una serie de elementos previstos en el CP que pueden ser extendidos a este

---

<sup>175</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, *Modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, págs. 202-203.

<sup>176</sup>GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 635.

supuesto. Por lo que, para la valoración de la idoneidad es adecuado que se haya llevado a cabo una elaboración del programa de comportamiento a través de un análisis, control y detección de las actividades que presentan un riesgo, la implantación de protocolos a nivel general, la dotación de recursos para que sea posible la continuidad y la efectividad del programa. Así como un órgano, que se encargue del desarrollo, control y supervisión de este programa y que no se encuentre supeditado y sujeto a las direcciones de los órganos de administración de la empresa. Estos autores también coinciden en que realmente, en la práctica, la única condición que no debe contemplarse para valorar la eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es el ánimo fraudulento de eludir el programa de cumplimiento ya que esto ya se contempla, en el hecho de conexión por el que se procede a valorar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es decir, recordando lo que dispone el artículo 31 bis 1 b), el incumplimiento del programa supone un requisito para conformar el hecho propio de la persona jurídica, por lo tanto, resulta innecesario valorar por segunda vez en esta fase, ya que, “el incumplimiento es inherente al régimen legal de los delitos cometidos por subordinados.”<sup>177</sup>. De tal manera que, si ni siquiera se prevé un incumplimiento de este programa, carece de existencia la responsabilidad penal de la persona jurídica conforme a la vía de imputación del artículo 31 bis 1 b).

### *6.3 Las atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

El artículo 31 quater<sup>178</sup>, prevé una correlación tasada de circunstancias que pueden atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que indica que “Solo podrán

---

<sup>177</sup> GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 636.

<sup>178</sup> Artículo 31 quater, recoge expresamente que:

“1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- 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.”

considerarse circunstancias atenuantes (...).”, por lo que se trata de una lista cerrada. Por lo tanto, conforme a la redacción del artículo, se puede extraer que el legislador ha querido delimitar las atenuantes de la persona jurídica, excluyendo la posibilidad de aplicar las circunstancias de atenuación generales por analogía prevista en el artículo 21.7<sup>179</sup>. Esta cuestión no ha sido solucionada por el TS, que a pesar de su visible complejidad, no se ha pronunciado, y por lo tanto, no se puede afirmar categóricamente que esto sea así, el único pronunciamiento que arroja claridad respecto a este materia es el ratificado en la STS nº3194/2020 en relación con la STS nº746/2018, en la que indican respecto a la cuestión de extensión de las atenuantes generales previstas en el artículo 21CP, que en relación con “ La atenuante cualificada de reparación es predicable también de la persona jurídica”. No cabe duda que, sin embargo, consideran discutible admitir que la atenuante de dilaciones indebidas pueda ser aplicada de la misma forma que la anteriormente citada. A pesar de esto, procuran dejar claro, que lo “que no admite controversia es que esa circunstancia -puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP).”.

En este sentido, la doctrina ha sido crítica, resaltando la exigencia injustificada que el artículo 31 quater presenta debido a que la restricción de aplicar un régimen de circunstancias atenuantes mucho más limitativo para las personas jurídicas que para las personas físicas, puede dar lugar a una situación discriminatoria, que implica concebir unas circunstancias que pueden rebajar la pena de la persona física y la de la persona jurídica no. Respecto a esta cuestión ZUGALDIA considera que “sería discriminatorio tratar peor a las personas jurídicas que a las físicas e impedir, por ejemplo, que se les pudieran aplicar atenuantes como las de dilaciones indebidas o error de prohibición vencible; por último, el legislador ordinario no tiene capacidad para derogar el principio constitucional de culpabilidad para las personas jurídicas: también respecto de ellas la única pena lícita es la adecuada a la gravedad de su culpabilidad (y para su medición habrá que valorar todas las circunstancias que concurran)”<sup>180</sup>. Pues bien, a pesar de ser cierto que este tratamiento tan desigual origina una desigualdad que puede perjudicar a la persona jurídica en el proceso penal, hay autores con los que comparto su planteamiento,

---

<sup>179</sup> Que dispone que: Son circunstancias atenuantes. “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

<sup>180</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J.M, en *Aproximación teórica y práctica del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español* págs. 14.

que consideran que, admitiendo este defecto del que adolece el actual régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta inviable aplicar de manera general las atenuantes previstas en el artículo 21 sin un sustrato legal habilitante<sup>181</sup>.

Conforme al artículo 31 quater, las atenuantes que se pueden aplicar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas son de carácter *post delictivo* y promocional<sup>182</sup>. Por lo tanto, a diferencia de las eximentes ya expuestas, se requiere que las actuaciones que van a originar un beneficio penológico se lleven a cabo *post facto* y no *ante facto*. Lo que pretende el legislador con esta incorporación (que ya se preveía en la legislación de 2010) es que la empresa a pesar de verse inmersa en un proceso de responsabilidad, muestre una intención de colaborar con la justicia y de actuar conforme a la ley. Aparte de las circunstancias previstas en el artículo 31 quater, también está llamada “eximente incompleta” prevista por los artículos 31 bis 2 y 4, es la que se va a aplicar cuando el modelo de cumplimiento no reviste de una entidad suficiente a nivel de eficiencia e idoneidad, y que, por lo tanto, no puede desplegar sus efectos como causa eximente, pero si rebajar la pena aplicando una atenuación en esta<sup>183</sup>.

El fundamento último que late en estas circunstancias atenuantes, es de nuevo la llamada regulación autorregulada, mediante la que se pretende motivar a las empresas para que de manera interna lleven a cabo la evitación de delitos en el seno empresarial. El artículo 31 quater, aparte de ser tildado de “discriminatorio” o, incluso, señalar que se aproxima a la inconstitucionalidad<sup>184</sup>, por las diferencias que presenta frente a la regulación de la responsabilidad individual, puede que resulte excesivamente exigente. Ya que, requiere que la actuación que va a suponer la atenuación de la pena, solamente

---

<sup>181</sup> En este sentido GONZALEZ CUSSAC, señala que resulta discriminatorio tratar peor a las personas jurídicas que a las físicas e impedir, por ejemplo, que se les pudieran aplicar atenuantes como las de dilaciones indebidas o error de prohibición vencible; por último, el legislador ordinario no tiene capacidad para derogar el principio constitucional de culpabilidad para las personas jurídicas: también respecto de ellas el único penal lícito es la adecuada a la gravedad de su culpabilidad (y para su medición habrá que valorar todas las circunstancias que concurren) GONZALEZ CUSSAC, J.L en Estudios penales y criminólogos, vol. XXXIX, 2019, pág. 623.

<sup>182</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 157.

<sup>183</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 157.

<sup>184</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, págs. 232 y ss.

puede ser ejecutada por los representantes legales, lo que limita significativamente la ratio atenuadora.

Pues bien, profundizando en la regulación de las conductas que pueden desplegar un efecto de carácter atenuante para la responsabilidad corporativa, es oportuno hacer un breve análisis de estas:

- 1- Confesión previa al conocimiento del procedimiento judicial dirigido contra la entidad.

En relación con esta atenuante es importante tener en consideración dos aspectos principales, en primer lugar, el hecho de que, para que se pueda atenuar la pena es necesario que la confesión se lleve a cabo antes de que la persona jurídica conozca que se está iniciado un proceso frente a ella, y el otro, es el relativo a quién debe realizar esta confesión. Respecto a la primera cuestión, se va a entender que el proceso se ha dirigido contra un sujeto cuando se ha identificado a dicho sujeto como autor del delito, de tal manera que esta “atenuación tendrá virtualidad cuando la identidad del autor delictivo se desconozca y dicho autor lo haga saber a las autoridades alegadas de la investigación todavía ignorantes de la autoría del delito”<sup>185</sup>, en este sentido en la SAN n°1938/2020 de 6 de octubre, se considera que ya la iniciación de diligencias policiales integran el procedimiento judicial a los efectos de esta atenuante.

El otro aspecto, relacionado con quien debe proceder a realizar tal actuación, hay autores que consideran que deben ser los representantes legales, exclusivamente, quienes lleven a cabo la realización de dichas conductas, conforme dispone el propio artículo<sup>186</sup>, o en cambio, hay otros autores que interpretan bajo un criterio más extensivo la redacción del referido artículo, esbozando que el representante legal puede delegar su ejecución material a otra persona integrante de la corporación<sup>187</sup>.

Pues bien, para que la confesión del sujeto adquiriera virtualidad atenuatoria, la jurisprudencia ya se ha encargado de recoger cuáles deben ser los elementos que la conformen para tales efectos. Y estos son: la confesión debe ser realizada el sujeto

---

<sup>185</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 235 y ss.

<sup>186</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.236.

<sup>187</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 157.

culpable, debe ser veraz, ser manifestada a lo largo del proceso, y se deberá realizar ante la autoridad, agente de autoridad o funcionario en cuestión, y, por supuesto, debe cumplir con el requisito de temporalidad. Aparte de que se den los requisitos previamente citados, la jurisprudencia señala que, lo que realmente se valora en la conducta de confesión a efectos atenuatorios, no es el arrepentimiento mostrado por el autor a través de la confesión, de hecho este elemento de carácter subjetivo no es preceptivo, ya que, lo que se “valora en la configuración de la atenuante era, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos facilitando que se alcance la Justicia y, de otro, su regreso al ámbito del ordenamiento mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias, reiterando así lo dicho por el TS en resoluciones anteriores”.<sup>188</sup>

## 2- La colaboración y aportación de pruebas decisivas y nuevas.

Esta circunstancia presenta una relación directa con la de la confesión, tanto que, en determinados supuestos, la delimitación entre ambas se vuelve una tarea compleja. Pues bien, la colaboración a diferencia de la confesión, no requiere la autoinculpación, ni tampoco que se realice de manera previa al inicio del procedimiento contra la entidad. Lo realmente relevante en sede de la colaboración como causa atenuante, no radica en el requisito temporal, como en la confesión, que debe producirse antes. Si no en la entidad y utilidad de las pruebas aportadas, conforme a la participación de la persona en cuestión con las autoridades, en este sentido es importante resaltar, que lo importante es que se aporten pruebas objetivamente importantes y reveladoras. Por lo que, es el órgano jurisdiccional en cuestión quien debe valorar la idoneidad de estas para poder activar el efecto atenuatorio, ya que como señala la SAN nº179/2022 de 14 de marzo “la atenuante de colaboración exige que los programas vayan más allá de la vigilancia para eximir de responsabilidad. Además, la atenuación es una facultad potestativa del órgano jurisdiccional, y no imperativa, ya que, además, el concepto de "pruebas nuevas y decisivas" debe ser objeto de una correcta interpretación (datos aptos para el esclarecimiento de los hechos)”.

Respecto a esta atenuante, hay autores que consideran que debería ser tratada como eximente, ya que esto potenciaría aún más la participación con la justicia de los integrantes de la corporación, considerando que así se cumpliría solemnemente el

---

<sup>188</sup> Así lo dispone la SAN 1938/2020 de 6 de octubre.

fundamento que subyace a esta conducta atenuatoria, que radica en “consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la Justicia”<sup>189</sup>. Estas y muchas cuestiones que origina dudas y que pivotan alrededor del régimen de las atenuantes, deberían haber sido tratadas por la FGE, debido a la posición que ostenta durante el proceso, sin embargo, sus pronunciamientos no han resultado reveladores, dando lugar a un debate estéril y carente de profundidad que no ayuda a esclarecer alguna de las incognitas planteadas al respecto.

La atenuante de la colaboración y la confesión, son una “transcripción directa del texto”<sup>190</sup> del artículo 21.4<sup>191</sup> y 21.5<sup>192</sup>, respectivamente. Una transcripción que adolece de determinados errores que constituyen un escollo para el correcto tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debido a la ambigüedad e insuficiencia que presenta si se compara con el régimen general de atenuantes previsto para las personas individuales del artículo 21. En este sentido, las dudas respecto de si es solamente el representante legal la persona física facultada para poder rebajar la pena de la persona jurídica prevalecen, sin que resulte del todo claro asumir dicha exigencia de carácter limitativo sin haberla sometido previamente al debate y la discusión, a todo ello se le suma de nuevo, la pasividad por parte de la FGE.

### 3- Reparación y disminución del daño.

Respecto a esta atenuante, puede que el mayor problema que presente es el relativo a quién le corresponde llevar a cabo la actuación enfocada a resarcir y reparar el daño, una vez más, como ya se ha indicado. Más allá de esto, la filosofía que inspira esta atenuante coincide con la expresada en el artículo 21.5. Por lo que se torna necesario traer a coalición la doctrina jurisprudencial ya asentada al respecto, para poder entender cómo actúa dicha atenuante. Pues bien, por una parte, en cuanto al límite temporal la STS

---

<sup>189</sup> SAN n°1157/2019, de 27 de mayo, en relación con lo expresado en la STS n°7214/2003, de 1 de octubre, respecto a la atenuante general de la colaboración y participación con la justicia.

<sup>190</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, EN DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 157.

<sup>191</sup> Que señala que: Será una circunstancia atenuante el “haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.”

<sup>192</sup> Indica que es una circunstancia atenuante el “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”

nº1071/2006 destaca que esta atenuante no se encuentra restringida a un hecho previo al procedimiento, si no que puede ser llevada a cabo en cualquier momento e incluso en las sesiones del Juicio oral, así mismo señala que aquellas actuaciones encaminadas a la disminución de los efectos y perjuicios ya sea por la vía de la indemnización, de la reparación moral o incluso simbólica “puede integrar las previsiones de la atenuante”.

Lo relevante para que la conducta realizada por el sujeto investigado consiga desplegar los efectos atentatorios esperados, es que esta sea “suficiente, significativa y relevante”. Dicha actuación, debe responder a un verdadero impulso de resarcimiento y disminución del daño causado por la actuación delictiva, y así debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional de tal forma que si tal actuación no contribuye de forma eficiente y significativamente a la “efectiva reparación del daño ocasionado” no podrá tenerse en cuenta para una posible rebaja penológica<sup>193</sup>.

4- Instauración modelo de cumplimiento con el fin de evitar posibles conductas delictivas en la empresa.

Una vez más se evidencia el fundamento ultimo de estas circunstancias atenuantes que es el de promover la conducta de respeto al Derecho. De tal manera, que el legislador ha introducido un beneficio penológico para la persona jurídica en el caso de que, a pesar de que en el momento anterior a la comisión del delito no contase con un debido programa de cumplimiento, si una vez cometido el delito e iniciado el proceso la empresa toma la iniciativa de incorporar en el ámbito interno de la entidad medidas idóneas para constituir un programa de prevención, y así poder evitar que se vuelva a cometer el hecho delictivo, se estará materializando el espíritu de esta atenuante, que es por una parte, la promoción de la regulación autorregulada y la instauración de una cultura de respeto al Derecho y a la ley como fuente de inspiración de las actividades sociales.

#### **IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PERSONA JURIDICA**

##### **1. Garantías de la entidad imputada durante el proceso penal.**

Tras la LO 5/2010 y posteriormente la LO 1/2015, la persona jurídica adquiere una posición dentro del proceso penal, y esta inclusión conlleva la obligatoriedad de regular su tratamiento procesal con el fin de que se pueda sustanciar el proceso contra los

---

<sup>193</sup> Así lo destaca la STS 554/2016, de 21 de junio. Que resalta la corriente jurisprudencial que se ha ido definiendo en función de los pronunciamientos jurisprudenciales previos.



entes corporativos sin un quebrantamiento o vulneración de las garantías más básicas de contenido procesal.

En este sentido, el TC ha determinado que a la persona jurídica le deben ser de aplicación los derechos y garantías procesales que le son reconocidos a la persona física durante todo el proceso, haciendo alusión a que los derechos fundamentales de carácter procesal, como son los recogidos en el artículo 24 CE<sup>194</sup>, deben ser de aplicación del mismo modo a la persona jurídica y a la persona física. Pues bien, el TC expresa la necesidad de partir de la base de la “titularidad *ius fundamentale*”, así pues, esta corriente jurisprudencial junto con los derechos de carácter procesal regulados en la LECrim deben actuar como el principio rector aplicable a toda diligencia o actuación procesal de la persona jurídica<sup>195</sup>. Así mismo, la jurisprudencia del TS, determinó en una de las primeras sentencias relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas que “parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal”, y así mismo se ratifica en la STS nº123/2019, de 8 de marzo, haciendo alusión a este mismo párrafo esgrimido por el TS en el año 2014, señalando que tomando como “punto de partida” esta manifestación “los derechos esenciales reconocidos al acusado en el marco del proceso penal, sea material o procesal su contenido, deben ser igualmente reconocidos a las personas jurídica”.

Por lo tanto, poco a poco se ha ido perfilando la concepción de que el tratamiento procesal de las personas jurídicas debe ser idéntico al de las personas físicas, esta teoría deviene de la propia literalidad de los preceptos legales que evidencian que la postura del

---

<sup>194</sup> Que recoge el derecho fundamental que ostenta todo individuo que se enfrenta a un proceso judicial y es el Derecho a la tutela judicial efectiva, dicho artículo expresamente recoge que: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

<sup>195</sup> Así lo señala el autor SEBASTIAN VERA, en CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág. 259.

legislador es de carácter garantista<sup>196</sup>, por pretender equiparar la posición de la persona jurídica y la persona física en el proceso penal. En este sentido, podemos destacar el artículo 786 bis LECrim<sup>197</sup> en relación con el artículo 409 LECrim<sup>198</sup>, en los que se regulan, por una parte, el derecho de la persona jurídica como parte acusada de nombrar a un representante con el fin de que lleve a cabo las funciones de representación durante todo el proceso penal de la persona jurídica (artículo 786), lo que implica que esta persona pueda actuar en las diligencias que se vayan dando en el proceso, como la declaración (artículo 409). Así mismo, ambos artículos recogen la exigencia de que la persona jurídica como parte acusada en el proceso penal deba acudir debidamente representada por Abogado y Procurador.

Pues bien, respecto a la facultad que tiene la persona jurídica de nombrar un representante existe una considerable problemática, que es la relativa al conflicto de intereses. Esta problemática se da sobre todo en los casos en los que la persona física que se ha escogido como representante, y que, por ende, va a ser la persona que se va a encargar de confesar y declarar en nombre de la persona jurídica, está a su vez imputada simultáneamente en otro proceso independiente en el que se está depurando su

---

<sup>196</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.319.

<sup>197</sup> En este sentido el artículo 786 bis LECrim dispone que “1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta”.

<sup>198</sup> Así el artículo 409 LECrim reza: “Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.”.

responsabilidad, que guarda relación con la de la corporación. En este sentido, se ha alcanzado la conformidad de que esto puede originar un quebrantamiento de los derechos fundamentales de carácter procesal de la persona jurídica, y esto no debe ser admitido. Por lo que hay autores, como BAJO FERNANDEZ y GOMEZ- JARA, que consideran que “a pesar de que no aparezca expresamente en el ámbito de la declaración de la persona jurídica, se debe priorizar la salvaguarda de los derechos y garantías de esta evitando la posibilidad de un conflicto de interés entre personas físicas y jurídicas, imponiendo la obligatoriedad de que las personas físicas que se encuentren imputadas no puedan declarar en nombre de las personas jurídicas imputadas”<sup>199</sup>, y así mismo se ha ido pronunciado la jurisprudencia, que ha marcado como criterio valorar la repercusión en la persona jurídica, determinando que si el conflicto de intereses supone un perjuicio relevante en la defensa, se debe proceder a declarar la nulidad de las actuaciones hechas por el representante<sup>200</sup>.

La representación mediante una persona física es una facultad que la ley le otorga a la persona jurídica, pero en el caso de que la empresa, intencionadamente y voluntariamente decida no nombrar a ninguna persona como representante, esto no implica la suspensión de las diligencias de investigación o prueba anticipada, ya que se entiende que la ausencia de pronunciamiento por parte de la entidad respecto a esta elección, supone que es la representación letrada la que asume estas funciones de representación<sup>201</sup>. Respecto a la diligencia de declaración, se entiende que es el representante el que la va a llevar a cabo, y en el caso de que este no acuda se va a entender que la acusada se ha acogido a su derecho a no declarar<sup>202</sup>. Por lo tanto, su incomparecencia no supone la suspensión del procedimiento, en este sentido, resulta relevante la comparación que hace la AN en la SAN n°5/2021, de 3 de marzo, en la que equipara la figura de este representante a la de un “testigo no esencial” debido a que el

---

<sup>199</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.322.

<sup>200</sup>CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.261.

<sup>201</sup>CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.261.

<sup>202</sup> Debido a la repercusión práctica que tiene el no declarar, es necesario que dicha decisión deba ser tomada por los órganos de decisión de la empresa, que es el de administración, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág. 264.

procedimiento continua con independencia de que la empresa haya nombrado un representante o no y esto “refuerza el carácter contingente de dicha designación”.

Otro de los importantes derechos que amparan a la persona jurídica durante el proceso penal, es el de la no autoincriminación. Las cuestiones relativas a este derecho de contenido procesal han superado el ámbito nacional y se han constituido como una problemática a nivel europeo que ha llegado a originar discrepancia entre el TEDH y el TJUE. Ya que, el TEDH ha esgrimido que lo que hace quebrantar el derecho de las personas jurídicas a la no incriminación, no es el suministro de información a entidades que estén al margen del proceso penal, sino que dicha información se ha utilizada en el procedimiento penal para sustentar y configurar la acusación, y en cambio el TJUE hace una diferenciación, señalando que hay dos estadios a los que puede extenderse este derecho de no auto incriminación, en primer lugar, a las coacciones para obtener confesión de culpabilidad, y en segundo lugar, la afirmación de los hechos. En este sentido, este tribunal considera que el derecho a no incriminarse se extendería hasta el límite del primer estadio, consistente en determinar que un elemento esencial del proceso es impedir que nadie pueda ser forzado a declarar sobre sí mismo<sup>203</sup>. Pues bien, el TEDH ha delimitado y perfilado aún más su postura, haciendo alusión a que no cualquier tipo de información a las autoridades va a suponer un indicio de quebrantamiento de este derecho, sino que, lo que realmente supone una vulneración del derecho a la no incriminación, es el hecho de utilizar la información aportada por el acusado para construir la acusación que se va iniciar contra ella, de tal forma que este derecho a no auto incriminarse “presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada”<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 324 y ss.

<sup>204</sup> (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J. B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39) en BANOLOCHE PALAO, en Homenaje a D. José Manuel Maza Martín, 2018, pág. 23.

El derecho a no auto incriminarse, por lo tanto, engloba por una parte, el derecho a no declarar, y la ausencia de obligaciones imponibles al acusado dirigidas a colaborar o aportar información relevante para su acusación.

Respecto de la colaboración del acusado en el procedimiento, la jurisprudencia, en algunos supuestos, ha adoptado una postura inclinada a “relativizar” dicho planteamiento, entendiendo que hay actitudes colaboradoras del acusado que no tiene por qué suponer una vulneración de este derecho. Actuaciones que no implican una declaración en sí mismas, sino una colaboración no personal, colaboraciones que se traducen en pruebas, similar a la prueba de alcoholemia a la que se le obliga a someterse al detenido. En este sentido, el TS ha señalado que someter a la acusada a la realización de una prueba, como un cuerpo de escritura, para llevar a cabo el contraste de cuestiones y hechos que ya forman parte del procedimiento con el fin de valorar su autenticidad, “no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, ya que como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga o la persona objeto de “una especial modalidad de pericia” exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.3 CE. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictamen 8239/74 de 4.12, al declarar que la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento del que se discrepe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuera negativo, puede exculpar al imputado (SSTS. 259/2006 de 6.3, 1232/97 de 3.11 )»<sup>205</sup> En este sentido, se puede determinar que el derecho a la no

---

<sup>205</sup> En este sentido, lo explica el autor MARTINEZ ARRIETA señalando su discrepancia respecto algunos puntos de este planteamiento jurisprudencial, determinado que, los argumentos que residen en la mínima afectación de la intimidad o no resultan viables para sustentar una vulneración de un derecho fundamental, señalando “desde la mínima afectación al derecho de defensa por la mínima intervención, mínima injerencia, que su realización suponía. Estas Sentencias creo que han desenfocado el tema. No cabe argumentar sobre la base de considerar que se trata de intervenciones mínimas, inapreciables en su contenido de injerencia, pues no cabe calibrar como intrascendente una afectación de un derecho fundamental, por mínimo que sea” MARTINEZ ARRIETA, A. en Homenaje a D. José Manuel Maza Martín, 2018, pág. 270.

autoincriminación solo comprende la prohibición de exigir confesiones de culpabilidad, pero no la facultad de no declarar sobre hechos de los que se tiene conocimiento<sup>206</sup>.

### *1.2. El derecho de defensa y la representación letrada de la persona jurídica.*

La persona jurídica ha adquirido un estatus como parte en el procedimiento y, por ende, se ha concluido que el tratamiento procesal de las personas jurídicas debe ser idéntico, tanto a nivel procesal como sustantivo al de las personas físicas<sup>207</sup>. El derecho a una defensa digna es una de las prerrogativas esenciales e imprescindibles que tiene todo sujeto que se somete o se va a someter a un proceso judicial, ya que, supone una de las máximas expresiones de un Estado de Derecho. Por lo tanto, hay que ser extremadamente cauteloso a la hora de tratar los aspectos que integran este Derecho, en aras de garantizar los Derechos fundamentales de todo aquel que se encuentre inmerso en un proceso judicial.

Respecto a las personas jurídicas en el proceso penal, se aprobó la Ley de Medidas de Agilización Procesal, que modificó algunos aspectos de la LECrim con el fin de adaptar el proceso penal de enfoque exclusivamente humano a sujetos como los entes corporativos, sin embargo esta ley fue prevista como una regulación “provisional” y por lo tanto, adolece de cierta insuficiencia para actuar como un verdadero cuerpo normativo que regule y adapte íntegramente el proceso penal para las personas jurídicas. Tal insuficiencia se evidencia en un tema de tanta trascendencia procesal como es la relación Abogado-cliente de la persona jurídica, la cual el legislador a inobservado por completo<sup>208</sup>.

Pues bien, una vez asentado esto, conviene centrarnos en nuestra materia de estudio, el derecho de defensa y la representación técnica de los entes corporativos. La representación letrada de la persona jurídica alberga una serie de discusiones de importante calado a nivel práctico como veremos a continuación. Una de las cuestiones que subyacen a dicha problemática, surge a raíz de cuál debe ser la naturaleza de esta representación técnica de empresa, es decir, si debe ser un abogado externo o un abogado interno quien encabece tal labor de asistencia y representación técnica. Esto es así porque en el ámbito empresarial es muy común encontrarse con los llamados abogados *in house*

---

<sup>206</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 320.

<sup>207</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 317.

<sup>208</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 140.

ya que hay corporaciones que debido a su significativa capacidad organizativa y económica requieren de un servicio jurídico interno. A esto se le suma que durante este tiempo se ha ido dando un “auge de los deberes positivos” de estos abogados, como es en el ámbito fiscal en el que a través de la Directiva (UE)2018/822 se impuso la obligación de que las empresas contaran con asesorías fiscales, que en la práctica la mayoría de estos eran abogados<sup>209</sup>, de una manera similar ocurre en la época actual con la nueva regulación de 2015, y la importancia de la que se ha dotado a los programas *Compliance*, que a pesar de no estar previstos como una obligación sí que revisten de una significativa relevancia y trascendencia para la responsabilidad penal del ente, en el sentido de que actúan como causas eximentes.<sup>210</sup>.

Debido a esta creciente figura del abogado *in house*, y su multifuncionalidad en el organigrama interno, la asunción de este tipo de abogados como una adecuada representación para la persona jurídica<sup>211</sup> se encuentra en entredicho. Ya que, así como lo ha expresado el TJUE y el TEDH, la independencia y autonomía deben ser tomadas en cuenta con principios básicos de la labor de representación<sup>212</sup>. La independencia en la labor de la representación condiciona la extensión del principio de confidencialidad, en este sentido resulta relevante señalar la STJCE de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd contra Comisión Europea, en la que, en primer lugar se puso de manifiesto la importancia de respetar el derecho a la defensa como un derecho fundamental, dicha sentencia pone sobre la mesa la cuestión relativa a la extensión del privilegio de confidencialidad entre las comunicaciones del abogado cliente. En este sentido el TJCE deja claro que, para que se considere la independencia del abogado es necesario que se dé la ausencia de una relación laboral entre abogado-cliente, ya que la protección no debe extenderse a la información obtenida por la realización de otras funciones. Así se declara que los abogados internos no pueden ofrecer la labor garantista de justicia con total independencia y por ende, no se les debe entender como colaboradores de la justicia, así mismo señalan que “el abogado interno, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, no

---

<sup>209</sup> GONA VIVES, *RECPyC*, 2019, pág.12.

<sup>210</sup> Así mismo llevan a cabo actuaciones con las gestiones de recursos humanos, protección de datos, etc. GONA VIVES, *RECPyC*, 2019, pág. 14.

<sup>211</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 334-335.

puede ser asimilado a un abogado externo, debido a la situación de asalariado en la que se encuentra, situación que, por su propia naturaleza, no le permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional”<sup>213</sup>.

Pues bien, el hecho de que el abogado dependa directamente de la empresa que está representando supone la evidencia de la ausencia de estas notas básicas (autonomía e independencia) que deben conformar su labor profesional, así mismo debemos tener en cuenta que el abogado interno, como hemos manifestado *supra* líneas lleva a cabo una multitud de funciones que exceden de lo estrictamente jurídico. Estas dos cuestiones consecuentemente nos llevan a enfrentarnos a uno de los escollos que sustentan esta problemática que es el hecho de determinar la ratio del privilegio del secreto profesional, que se constituye como una piedra angular de la relación abogado-cliente<sup>214</sup>. En este sentido hay autores que consideran que a la figura del abogado interno no se le debe ampliar dicho privilegio por la dualidad y multifuncionalidad que puede tener dentro de la empresa, es decir, no resulta viable amparar bajo la protección del principio de confidencialidad y secreto profesional todas las relaciones del abogado con los integrantes de la empresa, debido a la convergencia de funciones que tienen adjudicadas este tipo de abogados, de tal manera que únicamente aquella información obtenida a través de la realización de las funciones en el ámbito de la asesoría jurídica se encontraría amparada por este privilegio, en cambio, el resto de información no debe ser protegida por este privilegio por corresponder a áreas orientadas a otro tipo de materias que se alejan de lo estrictamente jurídico<sup>215</sup>.

La institución constitucional básica del Derecho de defensa radica en el secreto profesional amparado por los artículos 18<sup>216</sup> y 24 CE, que protegen el derecho a la

---

<sup>213</sup>STJCE de 14 de septiembre de 2010. Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión Europea en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0550>.

<sup>214</sup> ANCOS FRANCO, H., DE CARRANZA MÉNDZ DE VIGO, S.T., GARRIDO, F., RODRÍGUEZ DÍAZ, B., DEL VALLE Y CORREDOR, L., VILA RAMOS, B. (Dir.) “Los principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado”, pág. 15.

<sup>215</sup> GONA VIVES, *RECPyC*, 2019, pág.14.

<sup>216</sup> El artículo 18 se encarga de recoger el Derecho a la intimidad, en todas sus esferas, así dispone:

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.



intimidad y a una tutela judicial efectiva, en relación a este secreto profesional los autores GOMEZ-JARA y BAJO FERNANDEZ, han señalado que “es el bastión de la independencia de los abogados y les exime tanto de la obligación de denunciar los hechos de que conozcan como consecuencia de las explicaciones de sus clientes (art 263 de la LECrim)<sup>217</sup> como de testificar sobre aquellos hechos que el imputado haya confiado a su Letrado en calidad de defensor (art 416.2 de la LECrim)<sup>218,219</sup>.”

Así mismo, el secreto profesional en la profesión de la abogacía se encuentra regulado por el Código Deontológico de los Abogados Europeos del Consejo de la Abogacía Europea, este Código recoge en su artículo 2.3 como un principio básico de la profesión del abogado, el secreto profesional, indicando que forma parte “de la esencia misma de la función del abogado” y que de esta manera las relaciones abogado-cliente puede fundarse sobre la confianza. Así mismo, se esclarece que este secreto profesional constituye un derecho y una obligación fundamental y primordial del abogado. En el ámbito nacional, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado mediante Real Decreto 658/2021, de 22 de junio (AGAE), actúa como norma básica que rige la profesión del abogado. A este respecto, esta norma a lo largo de su redacción hace alusión al secreto profesional, señalando que actuaciones pueden considerarse contrarias a éste<sup>220</sup>, y en su

---

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

<sup>217</sup> Señala que, “la obligación impuesta en el párrafo primero del art. anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio”.

<sup>218</sup> Que recoge que: “El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.”

<sup>219</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, págs. 330-331.

<sup>220</sup> Artículo 21.b) respecto que señala la obligación de la realización de trabajos o servicios que impliquen una vulneración del secreto profesional “Los abogados tienen las siguientes prohibiciones, cuya infracción

artículo 32.1<sup>221</sup> esboza una ambigua limitación de este secreto señalando que “los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.”.

Por otra parte, una de las normas básicas de la profesión de abogacía es el Código Deontológico de la Abogacía Española el CDAE, que fue aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía el 6 de marzo de 2019, el secreto profesional en esta norma se regula en el artículo 5, que se subdivide en once apartados, en los que se reafirma una vez más la obligatoriedad de salvaguardar el secreto profesional en todas las actuaciones profesionales del abogado (artículo 5.1)<sup>222</sup>, así como la reafirmación de la

---

se sancionará disciplinariamente: b) Compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional.”

El artículo 25.2. a) respecto a la publicidad de servicios, marcando su prohibición de llevar a cabo la publicidad que implique la relevación de información circunscrita en el secreto profesional, señala que “2. Se considerará contraria a las normas deontológicas de la Abogacía la publicidad que suponga: a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional”.

Artículo 28.2 respecto al trabajo colectivo, remarcando la prohibición de compartir locales o servicios que resulten contrarios al secreto profesional, determinando que “La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la Abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo”.

Así mismo en el mismo artículo, en su apartado 6. Recoge que “La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la Abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo”.

<sup>221</sup> El artículo 32.1 señala expresamente que “De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos” y en su segundo apartado recoge que en caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen velando por la salvaguarda del secreto profesional”.

<sup>222</sup> La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente, ínsita en el derecho de éste a su defensa e intimidad y a no declarar en su contra, impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto,

doble vertiente de este secreto profesional, que constituye un deber y un derecho del abogado, y también señala que éste se extiende a “todas las confidencias y propuestas del cliente, las de la parte adversa, las de los compañeros, así como todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido o recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional” en el resto de apartados, plantea los supuestos en los que prevalece el secreto profesional, como las comunicaciones mantenidas con los clientes ( artículo 5.4)<sup>223</sup>, las comunicaciones y negociaciones orales y escritas de todo tipo (artículo 5.5)<sup>224</sup>, todos los servicios profesionales encomendados en los que esté involucrado algún miembro del despacho en el caso de ser colectivo (artículo 5.6)<sup>225</sup>, la regla general de todo aquel que desarrolle la profesión de la abogacía debe acatar la obligación de cumplir con el secreto profesional (artículo 5.7)<sup>226</sup>, la vigencia posterior del secreto profesional, que permanecía, aunque se haya extinguido la relación abogado-cliente (artículo 5.8)<sup>227</sup>. En el apartado noveno<sup>228</sup> recoge una salvedad a esta imposición del secreto profesional, determinando que cuando la información se

---

y, a la vez, le confiere este derecho, respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, limitándose el uso de la información recibida del cliente a las necesidades de su defensa y asesoramiento o consejo jurídico, sin que pueda ser obligado a declarar sobre ellos como reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>223</sup> “Las conversaciones mantenidas con los clientes o con los contrarios, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, en que intervengan profesionales de la Abogacía no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y siempre quedarán amparadas por el secreto profesional”.

<sup>224</sup> “. El secreto profesional ampara las comunicaciones y negociaciones orales y escritas de todo tipo, con independencia del medio o soporte utilizado”

<sup>225</sup> “El deber de secreto profesional en relación con los asuntos profesionales encomendados, o en los que intervenga cualquiera de los miembros de un despacho colectivo, se extiende y vincula a todos y cada uno de ellos.”.

<sup>226</sup> “En todo caso, quien ejerce la Abogacía deberá hacer respetar el secreto profesional a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad.”

<sup>227</sup> “En todo caso, quien ejerce la Abogacía deberá hacer respetar el secreto profesional a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad.”

<sup>228</sup> “Solamente podrá hacerse uso de hechos o noticias sobre los cuales se deba guardar el secreto profesional cuando se utilice en el marco de una información previa, de un expediente disciplinario o para la propia defensa en un procedimiento de reclamación por responsabilidad penal, civil o deontológica. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la aportación de la correspondencia habida con otros profesionales de la Abogacía en el número 3 de este artículo.”.

utilice para la propia defensa, o para la reclamación por responsabilidad penal, civil, deontológica, etc... se excluye la obligatoriedad de acatar con el secreto profesional. Así mismo, se señala que el consentimiento del cliente no exime de la obligación relativa al secreto profesional (artículo 5.10)<sup>229</sup>, se recoge la imposibilidad de aceptar trabajos con profesionales que hayan mantenido alguna vinculación con la parte adversa (artículo 5.11)<sup>230</sup>. Es oportuno señalar que, a pesar de que estas normas no alcanzan el estatus de ley, son íntegramente vinculantes, lo que implica que el incumplimiento de alguna de sus disposiciones puede derivar en una sanción, así mismo la conductas que infrinjan el secreto profesional por parte del abogado, están tipificadas en el artículo 199.2 CP, en el que se expresa que aquel profesional que “con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

La jurisprudencia ha definido el secreto profesional como el que “protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden -entre otras- la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”<sup>231</sup>.

Pues bien, los límites del secreto profesional no son fáciles de imponer debido a la relevancia que tiene en la práctica de la profesión del abogado ya que, se trata de un “derecho esencial del ejercicio de la abogacía” por lo que, “su restricción o limitación solo podría estar amparada en razones muy excepcionales o de suma gravedad como por ejemplo: cuando se pueda causar “perjuicios irreparables o flagrantes injusticias”<sup>232</sup>, esta manifestación guarda relación con lo expresado previamente en el presente trabajo,

---

<sup>229</sup> “El consentimiento del cliente no excusa de la preservación del secreto profesional”.

<sup>230</sup> “No se aceptará el encargo cuando se haya mantenido con la parte adversa una entrevista para evacuar una consulta referida al mismo asunto y ésta afecte a su deber de secreto profesional.”

<sup>231</sup> Así lo expresa la STS nº796/2021 de 20 de octubre en relación con la STS nº2026/2001.

<sup>232</sup> SAP de Burgos nº561/2002, 6 de junio.

respecto al abogado *in house* y la problemática que envuelve su aceptación como representación letrada de la sociedad, ya que, sin duda por una parte la labor judicial se encuentra muy limitada<sup>233</sup>, si amparamos dentro del principio de confidencialidad que deriva del secreto profesional toda la información obtenida por el abogado interno que puede haber devenido de múltiples funciones, y no solo de la jurídica. Así mismo, hay muchas ocasiones en las que estos abogados no ejecutan las labores con independencia y, por lo tanto, distan de la posición de agente de la justicia que deben mantener. Porque no se trata solo de que dependan directamente de su cliente, cuestión que supone una evidencia de la ausencia de independencia exigida en la labor letrada, sino que muchas veces estos abogados generan unos vínculos con sus propios clientes<sup>234</sup> que los alejan de la dinámica que debe configurar la función del abogado y les puede abocar a una mala praxis.

Sin duda el hecho de extender o no el privilegio del secreto profesional a este tipo de abogados supone una cuestión más que compleja, por todos los intereses que intercisamente implica dicha aceptación. En el ámbito europeo, como se ha expresado la línea marcada es la que se inclina por un criterio restrictivo, manteniendo una ratio de naturaleza estrictamente jurídica. Cuando se habla de este privilegio de confidencialidad, el pensamiento imperante está configurado por la reticencia de aceptar a los abogados internos de las corporaciones como sus representantes letrados en el proceso penal en el que se está sustanciando su responsabilidad y el que va a finalizar, en el caso de que se estime la responsabilidad corporativa, en una pena para la entidad.

## **2 Sistema penológico de la persona jurídica.**

### *2.1. El conjunto de penas previsto para la persona jurídica.*

Las penas que le son de aplicación a la persona jurídica se encuentran reguladas en el artículo 33.7, todas ellas tienen la consideración de graves. Pues bien, la pena principal y básica es la pena de multa (artículo 33.7.a)<sup>235</sup>, que puede ser impuesta por el sistema de días-multa o sistema proporcional.

---

<sup>233</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 140.

<sup>234</sup> GONA VIVES, *RECPyC*, 2019, pág.15.

<sup>235</sup>“Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas, la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional”.

La pena impuesta por el sistema días multa tiene una duración máxima de 5 años y mínima de 10 días, así mismo las cantidades a imponer también se encuentran limitadas entre un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 euros. Y la pena impuesta por el sistema proporcional se establece en función de la entidad del daño causado o el benéfico obtenido a través de la conducta delictiva, teniendo una especial relevancia la capacidad económica de la entidad en cuestión<sup>236</sup>. En el caso de que la persona jurídica no proceda al abono de la cantidad que le ha sido impuesta en concepto de pena, en el plazo señalado, podrá ser intervenida judicialmente por el tribunal<sup>237</sup>.

El resto de las penas son interdictivas, y, por ende, corresponde al órgano jurisdiccional valorar su imposición en base su facultad discrecional. Dentro de estas penas potestativas está la pena de disolución (artículo 33.7.b)<sup>238</sup>, que es de carácter indefinido por lo que únicamente se aplica en supuestos de reincidencia conforme lo dispuesto en el artículo 22.8<sup>239</sup> o multirreincidencia. Así mismo, es importante destacar que siempre que la empresa haya sido instrumentalizada con fines delictivos<sup>240</sup>, se procederá a la disolución de ésta (artículo 66 bis 2. Apartado 3º)<sup>241</sup>. Respecto a esta pena de disolución, la SAP Valladolid nº37/2019 de 18 de febrero, indica que esta se impone debido a la necesidad de prevenir la posible comisión de nuevos delitos, siempre partiendo de la base de que no se produce un efecto perjudicial para los trabajadores de

---

<sup>236</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 276.

<sup>237</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 342.

<sup>238</sup> “b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.”.

<sup>239</sup> El artículo 22, se encarga de regular las causas agravantes de la responsabilidad penal de las personas físicas, ya que, para la responsabilidad penal, de momento no se prevén, en este sentido, señala que “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”.

<sup>240</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág.286.

<sup>241</sup> Que se encarga de recoger las normas para la imposición de las penas previstas en el artículo 33.7 e, b y f, y señala que: “ Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.”.

dicha empresa. En el caso objeto de la mencionada resolución, la empresa carecía de trabajadores, por lo tanto, esta pena resultaba idónea para el fin propuesto.

A la persona jurídica se le puede imponer la suspensión de sus actividades (artículo 31.7.c)<sup>242</sup> y la prohibición de realizar actividades que hayan sido escenario para la comisión delictiva. Estas penas se encuentran sujetas a unos límites dispuestos en el artículo 66 bis 2<sup>243</sup>, en el que se recoge que, cuando se proceda a imponer la pena prevista en la letra c), se debe de haber dado la concurrencia de reincidencia de la entidad (respecto a lo expresado del artículo 22.8) o que la persona jurídica haya sido utilizada como un instrumento para ejecutar la actuación delictiva. Este mencionado artículo (66 bis 2) también hace una diferenciación, marcando así unos criterios temporales, indicando que si esta pena se impone con carácter permanente, no puede “exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por la persona física”. También la empresa que es condenada puede verse sometida a la clausura de sus locales (artículo 33.7.d)<sup>244</sup>. Por otra parte, también se puede inhabilitar a la empresa para ser beneficiaria de ayudas o prestaciones que emanen del erario público, (artículo 33.7.f)<sup>245</sup>. Así mismo, para que esta pena pueda ser impuesta por un plazo superior a 5 años es necesario que se trate de un sujeto reincidente o que haya sido utilizado de manera instrumental para cometer el delito (artículo 66 bis 2. ap. 3º). Respecto a esta pena, GIMENO BEIVA señala que para que resulte eficaz será necesario que se encargue el órgano en cuestión de notificar a las Administraciones públicas la condena impuesta a la persona jurídica. Y, por último, se prevé la posibilidad de

---

<sup>242</sup> “c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años”.

<sup>243</sup> Este artículo hace alusión a los supuestos en los que se van a proceder la pena del artículo 33.7. c) y 33.7 g) señala que “Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.”

<sup>244</sup> “d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.”.

<sup>245</sup> “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”.

intervención judicial en la corporación (artículo 33.7.g)<sup>246</sup>, en este caso es obligatorio fijarse en las exigencias previstas en el artículo 66.bis 2, que son las mismas para esta pena que para la pena de suspensión de actividades ( 33.7 c), la existencia de esta pena radica en evitar un perjuicio a grandes niveles para los trabajadores de la empresa y, por lo tanto, resultan muy adecuadas las palabras de FEIJOO SANCHEZ para identificar cuál es su función, ya que añade que el papel de esta pena “es básicamente sustitutivo de otras sanciones interdictivas con mayores consecuencias negativas y sociales”<sup>247</sup>. Todas las penas detalladas materializan el carácter preventivo-especial, orientadas a reducir, en la medida de lo posible, la continuidad de la actuación delictiva<sup>248</sup>.

Para finalizar, conviene señalar la cláusula de modulación de penas prevista en el artículo 31. 1 ter, que resulta de aplicación cuando el órgano judicial lo estime conveniente, y en aquellos casos en los que resulta condenada tanto la persona física como la persona jurídica a una pena de multa y esta suma resulta “desproporcionada”. En este sentido, es especialmente interesante la reciente STS nº39/2022 de 20 de enero, ya que, realiza una recopilación de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que se han ido produciendo en relación con esta cláusula de modulación, el primero de ellos se produjo en la célebre STS nº154/2016, de 29 de febrero, en la que se señala que la modulación de las penas permite una reducción siempre y cuando no dé una cuantía por debajo del límite legal. Así mismo, en la STS nº583/2017, de 19 de julio, se lleva a cabo una descripción de los supuestos que pueden originar la modulación de las penas que es “cuando se imponen multas a personas jurídicas que están participadas en porcentajes, o de manera total por los responsables penales y por tanto merecedores de la pena de multa”.

A su vez, se señala la necesidad de diferenciar y excluir de esta cláusula de moderación, los supuestos en los que se está condenando a la persona jurídica y a la persona física que es su único socio, o es socio y administrador, o un socio con una posición relevante, ya que en estos supuestos, no resultaría de aplicación la cláusula de modulación sino la cláusula de exclusión de responsabilidad penal de las personas

---

<sup>246</sup> 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.

<sup>247</sup> BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 291.

<sup>248</sup>DOPICO GÓMEZ ALLER, en: DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, *Derecho Penal Económico*, 2018, pág. 154



jurídicas<sup>249</sup>, por la posible contrariedad y vulneración del principio *non bis in idem*. Respecto a esto, la jurisprudencia europea trasladada por nuestros Tribunales en la STS nº746/2018, de 13 de febrero señala que “el precepto no plantea un problema de *bis in idem* cuando se condena tanto a la persona jurídica como a su administrador no siendo este el único socio”. Esta última sentencia mencionada hace una relevante manifestación, que ayuda considerablemente a entender la cláusula de modulación, señalando que esta va a proceder en aquellos supuestos en los que “la persona física condenada, que es, a su vez, administradora, sea cotitular -de forma relevante- del ente también condenado penalmente”. De tal manera que, en la práctica, la fórmula de modulación no puede ser utilizada como herramienta para dispensar a la entidad de responsabilidad, ni como una cláusula que permite infringir los umbrales mínimos de la pena previstos para el delito concreto.

Por otra parte, la referida sentencia de 2022, señala de manera clarificadora cómo se debe aplicar la modulación de la pena en sede de responsabilidad corporativa, de tal forma que señala que la pena impuesta en concepto de multa, no puede superar el máximo previsto para el delito objeto de la pena, ni ser inferior al suelo de la pena, dichas elocuciones, conducen a la Sala a la conclusión de que “debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación”.

## 2 *Las Medidas Cautelares que se le pueden imponer a la persona jurídica.*

El artículo 33.7 in fine, recoge una serie de medidas cautelares que pueden ser impuestas a la persona jurídica durante la fase de instrucción iniciada contra ella. A este artículo le acompaña el artículo 544 quater<sup>250</sup> introducción por la Ley de Medidas de Agilización Procesal, que recoge expresamente que, en el caso de procederse a imponer las medidas cautelares a la persona jurídica, deberán ser las legalmente previstas.

---

<sup>249</sup> Ya explicado en el presente trabajo en el apartado II.2 del presente trabajo.

<sup>250</sup>Que señala que, “1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.”.

En este sentido, por una parte, hay autores que consideran que no resulta un listado tan cerrado, pudiendo darse la aplicación del régimen de carácter indeterminado previsto por el artículo 726.1 LEC<sup>251</sup>, actuando como régimen supletorio de la LECrim<sup>252</sup>, y, por otra, están aquellos como VERA SÁNCHEZ que consideran que “El régimen de medidas cautelares aplicables a la persona jurídica es de carácter restrictivo y, desde el punto de vista del principio de legalidad procesal no podrá imponerse a la persona jurídica otras medidas cautelares que no sean las expresamente se señalen en la ley”<sup>253</sup>.

Así mismo, la imposición de medidas cautelares debe venir motivada por la intención de evitar la continuación de la actuación delictiva, siendo ésta la “única razón jurídicamente relevante” que el Juez instructor tome en consideración para imponer alguna medida cautelar, ya que el resto de los motivos previstos legalmente como el de fuga, alteración, destrucción u ocultación de pruebas no resultan viables en un sujeto como la persona jurídica<sup>254</sup>.

A la hora de imponer las medidas cautelares se debe contemplar el cumplimiento de los dos requisitos previstos generales para ello que es, el *fomus bonus iruis* y *periculum in mora*. Respecto al requisito de *fumus boni iruis*, hay autores como FEIJOO SANCHEZ<sup>255</sup> que consideran más oportuno categorizarlo como *fumus deliti comisi*, ya que, a diferencia del proceso civil, en este caso de responsabilidad corporativa, las medidas cautelares son motivadas por el indicio racional de responsabilidad corporativa. Y, respecto al *periculum in mora* éste debe ser interpretado desde la valoración del riesgo de verse frustrado el resultado ejecutivo de la Sentencia, un peligro que puede ser extendido a la persona o al patrimonio del imputado<sup>256</sup>.

---

<sup>251</sup> Este artículo recoge las características de las medidas cautelares. Y señala que “1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.”.

<sup>252</sup>GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 354.

<sup>253</sup>CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, pág.266.

<sup>254</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 295.

<sup>255</sup>BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado*, 2015, pág. 295.

<sup>256</sup>GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág.353.

La decisión que conduzca al Juez instructor a imponer cualquier medida cautelar debe fundamentarse sobre los principios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad<sup>257</sup> (tanto en el proceso civil como en el proceso penal). De tal manera que la medida que se va a imponer sea la más adecuada para lograr el objetivo que impulsó su imposición, que es el de poner fin a la continuidad delictiva. Debe ser proporcional, lo que obliga al juez a mantenerse dentro de unos límites, y valorar esta decisión teniendo en cuenta el efecto negativo que se puede repercutir de esta, y valorar en este caso el grado de necesidad de dicha medida para lograr el fin acordado.

Pues bien, las medidas cautelares que prevé el artículo 33.7 son:

- la clausura temporal de locales y establecimientos, en este sentido es importante ser cauteloso a la hora de imponer tal medida, y determinar cuáles son los locales que van a ser clausurados, motivando dicha clausura en el hecho de que esos locales que van a ser cerrados han servido de escenario para la comisión delictiva.

- La suspensión de las actividades sociales, respecto a esta medida cautelar será importante llevar a cabo un estudio y determinar qué actividades se han utilizado como cauce para la comisión delictiva.

- Intervención judicial, en este caso la medida cautelar no está orientada a evitar tanto una continuación de actividades delictivas, ya que la función judicial no tiene el objeto de imponer programas de prevención y control para la evitación de los delitos, sino que, resulta más viable aplicar dicha medida cautelar con el fin de “salvaguardar los derechos de los trabajador y acreedores” con el fin, de poder evitar una “solución, un cierre, o una reducción de plantilla injustificada”<sup>258</sup>.

Finalmente, es oportuno resaltar que en sede de las medidas cautelares rige el principio acusatorio, lo que implica que no podrán ser acordadas de oficio por el Juez de instrucción, sino que una vez sean solicitadas por alguna de las actuaciones una vez se

---

<sup>257</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal*, 2016, pág. 353.

<sup>258</sup>De esta forma considera el autor que siempre y cuando dicho hecho se halle vinculado con el sustrato típico que fundamente la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica, se respetará el principio de proporcionalidad que debe ser observado a la hora de aplicar la medida cautelar en cuestión, ya que, en caso contrario, se estaría perjudicando gravemente tal principio. CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, p.267.

celebre la vista, el juez instructor mediante auto podrá acordarlas (artículo 544 Ley Medidas Agilización Procesal).

## V. CONCLUSIONES

1. La incorporación de las personas jurídicas como sujetos activos del delito en el ámbito del Derecho penal ha supuesto la culminación de un tedioso trabajo tanto a nivel nacional, como europeo de acabar con la delincuencia empresarial, ya que, hasta el momento las entidades corporativas se valían de una suerte de impunidad debido a la insuficiencia legislativa.

2. La responsabilidad penal de la persona jurídica es una cuestión que lejos de ser pacífica presenta una serie de controversias que conforman el objeto de intensos debates a nivel dogmático, una de ellas es la naturaleza de esta responsabilidad. Pues bien, en este sentido, se puede decir que el legislador lleva a cabo una labor de redacción que puede ser tildada de ambigua y poco clarificadora, ya que, por una parte, en la EM, deja constancia de que su intención es desmontar todas las teorías encaminadas a categorizar la responsabilidad penal de los entes corporativos de nuestro ordenamiento jurídico como una responsabilidad vicarial, por la inviabilidad que supone asumir un sistema de tales características sin quebrantar varios de los derechos y principios más básicos del Derecho penal. Sin embargo, la redacción con la que introduce el artículo 31 bis, induce a entender que estamos ante una responsabilidad de tal naturaleza, ya que, expresamente se recoge que la entidad responde por el delito cometido por las personas físicas. Esta confusión que arroja la literalidad de la norma ha pretendido ser subsanada por el legislador introduciendo características propias, autónomas e independientes de la responsabilidad corporativa, que se deslindan de la responsabilidad individual y rompen con el nexo entre ambas. De esta manera se configura un sistema que parte de un mismo origen, que es el delito cometido por alguna de las personas físicas conforme a lo establecido en el artículo 31 bis 1, un mismo origen que da lugar a una bifurcación que dibuja dos trayectorias diferentes, por una parte, la que va a consistir en sustanciar la responsabilidad individual de la persona física, y por otra en la que se va a depurar la responsabilidad penal corporativa conforme al régimen penal vigente.

3. Todos los elementos que conforman el delito están creados bajo un prisma estrictamente humano, lo que ha impuesto la necesidad de cambiar muchos conceptos tradicionales de nuestro Derecho penal, como lo son la capacidad de acción o

culpabilidad. La tendencia doctrinal se inclina por las equivalencias funcionales, trasladando dichos conceptos a la naturaleza tan característica de la persona jurídica. Este avance originado por los estudios científicos de los diferentes autores que han sido tratados en el presente trabajo, ha evidenciado que puede que resulte atrevido afirmar categóricamente que la culpabilidad o la acción son elementos que solamente se pueden asociar con el ser humano, ya que, esta concepción puede limitar notablemente la eficacia del Derecho penal, así como la necesaria evolución del mismo.

4. Una de las evidentes intenciones del legislador a la hora de introducir la responsabilidad penal de los entes corporativos es la implantación de una dinámica consistente en la autorregulación regulada, es decir, el legislador ha apostado por intervenir penalmente en los entes corporativos potenciando el cumplimiento interno. En este punto es donde entran en juego los famosos modelos de *Compliance* que, a pesar de no encontrarse regulados en ninguna ley, se han instaurado en nuestro ordenamiento jurídico desplegando una multitud de efectos prácticos. A su vez, el *Compliance* presenta una doble vertiente, por una parte, desde su faz positiva, actúa como un mecanismo que exime de la responsabilidad al ente corporativo, siempre y cuando se encuentra integrado por los elementos que contempla la ley y cumple con las exigencias previstas por ésta, sin embargo, como se ha mencionado, estos modelos tienen una doble cara, lo que también supone hacer frente a una faz negativa, que es el hecho de que si la empresa no cuenta en el momento en el que se ha cometido el delito con un programa de eficacia e idoneidad suficiente se verá inmersa en un proceso penal que podrá derivar en una condena de responsabilidad penal corporativa con su consecuente pena. Puede que el tratamiento legislativo de estos programas no resulte muy acertado, por varios motivos, y uno de ellos es que una norma como el CP no es la más idónea para llevar a cabo la regularización de las características que debe tener un plan de control y prevención interno. Así mismo es evidente, que en la práctica, y más allá de la esfera procesal, este protagonismo del que se ha dotado a los modelos *Compliance* ha supuesto un nicho de negocio de muchos abogados, que a raíz de estas reformas legislativas se han ido especializando en Gobierno corporativo y *Compliance*, el existo de estos profesionales ha devenido de la necesidad con la que se presentan estos modelos, que no es otra que la de darle cobertura integral a la empresa en el caso de que suceda alguna conducta delictiva a nivel interno, ya que el hecho de contar con un adecuado e idóneo modelo actúa como un blindaje de esta a efectos penales. Pues bien, en último lugar, es importante señalar

que el *Compliance* no pretende hacer imposible una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que la idea que subyace a dicha implantación de los programas de cumplimiento es una estrategia enfocada a la reducción costes públicos. De tal manera que sea el propio sujeto el que se encargue de puertas para adentro de controlar y evitar todas las conductas que pueden ser contrarias a la ley, esto es así, porque el legislador es consciente de la dificultad que supone interferir en un entramado empresarial y penetrar en el tejido compuesto, con la intención de poner fin a la continuidad delictiva sin invertir un gran capital económico y recursos humanos.

5. Las deficiencias legislativas en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas se manifiestan a lo largo de toda su regulación, pero más claramente en el aspecto procesal. Hace doce años que se constituyeron como sujetos activos del delito en el ámbito del Derecho penal, y siete desde que se aplica el régimen legislativo que ha servido de estudio en el presente trabajo y sin embargo, no hay ni el más mínimo indicio que revele una intención por parte del legislador de adaptar debidamente nuestro proceso penal a un sujeto que reviste de tal especialidad como las entidades corporativas, conformándose con mantener la continuidad de una norma como es la Ley de Agilización de Medidas Procesales. Esta norma carece de fuerza suficiente para alcanzar la operatividad, de la que parece querer dotarle el legislador, ya que, el principal fin de ésta, era ser una norma de carácter provisional, que de manera temporal ayudase a ejecutar debidamente la transición que supone la ruptura de exclusividad de la persona física como único sujeto, evitando que en este lapso se lleve a cabo la vulneración de derechos y garantías procesales de la persona jurídica. A pesar de que el legislador deja ver su tendencia garantista a la hora de asumir que la entidad corporativa comparte los derechos más esenciales de contenido procesal con la persona física, y que ambos sujetos deben ser tratados de igual manera, la realidad en la práctica puede complicarse sobradamente, por lo que resulta necesario una norma que actúe como un verdadero estatuto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que no se puede seguir validando la continuidad de una norma que no está elaborada ni preparada para ello.

6. La valoración del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene que ir acompañada, inexcusablemente, del estudio y análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales que son los que van a arrojar luz y se van a encargar de marcar los puntos que conformen la trayectoria a seguir, sin embargo, se puede observar cómo los Tribunales suelen esquivar pronunciarse sobre el fondo de esta

responsabilidad tan compleja. Esta realidad, nos conduce a concluir que las sentencias que se han ido sucediendo a lo largo de este tiempo carecen de un enfoque global de esta responsabilidad, excepto las merítadas STS n°154/2016, de 29 de febrero y la n°221/2016, de 16 de marzo, que sin duda suponen dos referentes para el tratamiento de esta responsabilidad, pero esto no implica que no resulten útiles el resto de pronunciamientos que de manera específica van desarrollando materias realmente importantes a efectos prácticos, como son la aceptación, definición y explicación de los programa de cumplimiento, las garantías y derechos procesales, la aplicación de las penas a la persona jurídica, etc. Pero sin embargo, conviene señalar que la jurisprudencia en esta materia no presenta actualmente la entidad necesaria, consagrando como referentes jurisprudenciales pocas sentencias, dejando muchas cuestiones sin sujeción, lo que nuevamente nos conduce a invocar la inseguridad jurídica a la que se enfrentan estos sujetos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA.

ANCOS FRANCO, H., DE CARRANZA MÉNDEZ DE VIGO, S.T., GARRIDO, F., RODRÍGUEZ DÍAZ, B., DEL VALLE Y CORREDOR, L., VILA RAMOS, B. (Dir.) “Los principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado” en Deontología profesional, DYKNSON,

BAJO FERNANDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, Pamplona, 2015

BANOLOCHE PALAO, J. “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*, Fiscalía General del Estado, 2018, págs. 13-41.

CORCOY BISADOLO, M. “Consecuencias accesorias (arts.129-129 bis) en CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Manual de derecho penal, económico y de empresa parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2020

DOPICO GÓMEZ ALLER, J. “La responsabilidad penal de las personas ” en DE LA MATA BARRANCO, N.J./DOPICO GÓMEZ ALLER, J./LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A./NIETO MARTÍN, A. *Derecho Penal económico y de la empresa*. Dykinson, Madrid, 2018, págs. 129-268.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R. “Una visión general del estatuto procesal de las personas jurídicas responsables penales” en *La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, 2018, págs. 117-149.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española” en *La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, 2018, págs. 149-181.



FEIJOO SÁNCHEZ, B. *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, Pamplona, 2016.

FÉRNANDEZ TERUELO, J.G. *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

GONA VIVES, B. “El secreto profesional de abogado *in-house* en la encrucijada: tendencias y retos en la era *compliance*” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, págs.1-26.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, Pamplona, 2019.

MARTINEZ ARRIETA, A en *La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, 2018, págs. 255-269

MIR PUIG, S./GÓMEZ MARTIN, V. “Consecuencias jurídicas para las personas jurídicas (art. 33.7) en CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.), *Manual de derecho penal, económico y de empresa parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2020.

LUZÓN PEÑA, D.M, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2016.

VERA SANCHEZ. J.S, en CORCOY BIDASOLO, EN CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Manual de derecho penal, económico*, 2ª ed., 2020, págs. 240-268.

## **VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

### **TRIBUNAL SUPREMO**

- STS nº 1019/1990, de 9 de noviembre.

- STS nº2026/2001, de 28 de noviembre.
- STS nº7214/2003, de 1 de octubre
- STS nº816/2006 de 26 junio
- STS nº 1071/2006, de 8 de noviembre
- STS Nº59/2007 de 26 de enero
- STS nº1105/2007, de 29 de octubre.
- STS nº1068/2012, de 13 de noviembre.
- STS nº 765/2013 de 22 de octubre.
- STS nº 514/2015, de 2 de septiembre.
- STS nº154/2016, de 29 de febrero
- STS nº 221/2016, de 16 de marzo.
- STS nº516/2016, de 13 de junio.
- STS nº 4177/2016, de 29 de septiembre.
- STS nº583/2017, de 19 de julio.
- STS nº 668/2017, de 11 de octubre.
- STS nº 4683/2017, de 14 de diciembre.
- STS nº 746/2018, de 13 de febrero.
- STS nº 279/2019, de 7 de febrero.
- STS nº123/2019, de 8 de marzo.
- STS nº 3194/2020, 30 de septiembre.
- STS Nº 534/2020, de 22 de octubre.
- STS nº796/2021, de 20 de octubre.
- STS nº2026/2001, de 28 de noviembre.
- STS nº39/2022, de 20 de enero.

### **AUDENCIA NACIONAL**

- SAN nº 2/2015, de 23 de enero.
- SAN nº 359/2014, de 19 de mayo.
- SAN nº1157/2019, de 27 de mayo.
- SAN nº 1938/2020, de 6 de octubre.
- SAN nº5/2021, de 3 de marzo.

### **AUDENCIAS PROVINCIALES**

- SAP de Burgos nº561/2002, de 6 de junio.
- SAP Valladolid nº37/2019, de 18 de febrero