

La imputación y la defensa de la persona jurídica

JACOBO BARJA DE QUIROGA
(COORDINADOR)

CRISTINA BARJA DE QUIROGA	VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES
JACOBO BARJA DE QUIROGA	ANA NEIRA PENA
ENRIQUE BACIGALUPO	AGUSTÍN-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN
SILVINA BACIGALUPO	LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS
SONIA CALAZA LÓPEZ	BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
MIGUEL ÁNGEL ENCINAR DEL POZO	JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES
MANUEL JAÉN VALLEJO	MARÍA DE LOS ÁNGELES VILLEGAS GARCÍA
CARMEN MARÍA ZAMARRA ÁLVAREZ	

III ARANZADI

© **Jacobo Barja de Quiroga (Coordinador)**, 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente
<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-2765-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1078-913-5

ISBN versión electrónica: 978-84-1078-914-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

Página

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA PENAL

JACOBO BARJA DE QUIROGA 21

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

JACOBO BARJA DE QUIROGA 53

I. Introducción 53

II. Problemas de fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y propuestas de solución 54

III. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas 57

1. *La capacidad de acción* 57

2. *La capacidad de culpabilidad* 58

3. *La capacidad de pena* 60

IV. Presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. su regulación en el art. 31 bis del Código penal 61

1. *Ámbito de aplicación* 61

2. *Principio de legalidad* 62

	<i>Página</i>
3. <i>Modelos de imputación</i>	63
3.1. Planteamiento	63
3.2. Programas de compliance	65
4. <i>Autoría</i>	66
5. <i>Presupuestos de imputación</i>	67
5.1. Personas físicas que participan en la persona jurídica cuyas acciones pueden ser consideradas acciones de la persona jurídica	67
5.2. Presupuestos para que las acciones realizadas por los sujetos individuales puedan ser imputadas a la persona jurídica	69
6. <i>Responsabilidad penal de la persona jurídica y responsabilidad penal de las personas físicas por medio de las cuales aquella actúa</i>	71
V. Personas jurídicas exentas de responsabilidad	72
VI. La responsabilidad penal de las entidades carentes de per- sonalidad jurídica	72
VII. Circunstancias atenuantes	74
VIII. Penas	75
IX. Reglas de individualización de la pena	76

CAPÍTULO 3

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES COLECTI- VOS: EL MODELO DE IMPUTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

SILVINA BACIGALUPO	79
I. Introducción	79
II. La persona jurídica como sujeto del Derecho penal	80
III. Presupuestos de la imputación de la responsabilidad pe- nal directa de las personas jurídicas y la responsabilidad penal de los entes colectivos	85

	<u>Página</u>
1. <i>Determinación del sujeto: personas jurídicas —entes colectivos—corporaciones (art. 31 bis, 31 quinquies y art. 129 CP)</i> .	87
2. <i>Responsabilidad penal directa de la persona jurídica (art. 31 ter)</i> .	90
3. <i>Responsabilidad penal directa por delitos cometidos en su nombre y beneficio</i>	91
IV. Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código penal (art. 33.7) y las consecuencias accesorias aplicables a los entes colectivos sin personalidad jurídica (art. 129)	101
V. Anexo. Tabla. Responsabilidad penal de los entes colectivos	108

CAPÍTULO 4

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES ¿ELUSIÓN POR ESTRUCTURA JERÁRQUICA, ENCARGOS O DELEGACIÓN DE FUNCIONES?

LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS	115
I. Planteamiento	115
II. Mapa de las responsabilidades de los administradores ...	116
1. <i>Concepto de administrador de hecho</i>	117
2. <i>Diversas responsabilidades civiles</i>	123
3. <i>Responsabilidades tributarias y de seguridad social</i>	135
4. <i>Responsabilidades penales</i>	136
III. La organización jerárquica	150
IV. Encargo ocasional y cierto	153
V. Delegación de funciones o competencias	154
1. <i>Concepto y modalidades</i>	154
2. <i>Facultades delegables e indelegables</i>	156
3. <i>Incidencia en la responsabilidad penal del delegante</i>	159
VI. La posible responsabilidad penal de la persona jurídica ..	160
VII. ¿Elusión de responsabilidades penales?	161

	<i>Página</i>
VIII. Conclusiones	162
IX. Bibliografía	165

CAPÍTULO 5

EL OBJETIVO DE LOS PLANES DE PREVENCIÓN DEL DELITO

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO	169
I. Introducción	169
II. Los objetivos del plan de prevención en el CP. Algunas breves consideraciones sobre el llamado <i>behavioral compliance</i>	170
III. La denuncia y comunicación de los incumplimientos y de las conductas ilegales. La incidencia, en este ámbito, de la nueva LPPIINLC	178
1. <i>Introducción</i>	178
2. <i>Los requerimientos de la nueva LPPIINLC</i>	181
2.1. Su ámbito material y personal de aplicación	181
2.2. Empresas e instituciones obligadas en el sector privado y en el público	184
2.3. El Sistema interno de información	185
2.4. El canal externo de información de la AAI	201
2.5. Medidas de protección del informante	206

CAPÍTULO 6

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS GRUPOS DE EMPRESAS

MARÍA DE LOS ÁNGELES VILLEGAS GARCÍA	
MIGUEL ÁNGEL ENCINAR DEL POZO	213
I. Aproximación al concepto de grupos de sociedades. Grupos de sociedades verticales	213

	<i>Página</i>
II. La responsabilidad de los grupos de sociedades en el ámbito civil. La teoría del levantamiento del velo	219
III. La responsabilidad de los grupos de sociedades en el ámbito sancionador del derecho de la competencia. La teoría de la unidad económica	221
IV. La responsabilidad penal en los grupos de sociedades	224
1. <i>Una mirada al derecho comparado</i>	<i>224</i>
1.1. La responsabilidad por los actos de las entidades filiales en el ámbito de la FCPA	224
1.2. La responsabilidad por los actos de las «personas asociadas» en el ámbito de la UK Bribery Act 2010	227
2. <i>Una mirada al Derecho español. Algunas propuestas</i>	<i>228</i>
2.1. Planteamiento	228
2.2. Posibilidades	234
3. <i>El deber de control sobre las sociedades filiales</i>	<i>236</i>
3.1. Fundamento	236
3.2. Mecanismos posibles	238

CAPÍTULO 7

ALCANCE Y LÍMITES DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL ÓRGANO DE CONTROL Y SUPERVISIÓN DE RIESGOS PENALES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

SILVINA BACIGALUPO	241
I. Introducción	241
II. Posición de garante de la persona jurídica, del órgano de administración y del órgano de control y supervisión	243
III. La función y los deberes del compliance officer	248
IV. El órgano de control y supervisión de riesgos penales como órgano de la empresa	251
V. Concreción, alcance y límites de los deberes del órgano de control y supervisión	253

	<i>Página</i>
VI. Conclusión	258
VII. Bibliografía de referencia básica	259

CAPÍTULO 8

LAS INVESTIGACIONES INTERNAS. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

MARÍA DE LOS ÁNGELES VILLEGAS GARCÍA

MIGUEL ÁNGEL ENCINAR DEL POZO	261
-------------------------------------	-----

I. Concepto y evolución	261
1. <i>La «policía empresarial»</i>	262
2. <i>Transferencia de responsabilidades</i>	264
3. <i>Investigadores adjuntos</i>	265
II. Líneas generales de las investigaciones internas	267
1. <i>La decisión inicial de investigar (o no)</i>	267
2. <i>La preservación de las «fuentes de prueba»</i>	267
3. <i>La dirección de la investigación interna</i>	268
4. <i>Alcance de la investigación interna</i>	269
5. <i>Desarrollo de la investigación interna</i>	271
III. Regulación en España	273
1. <i>La habilitación legal</i>	273
2. <i>Aspectos regulados en la Ley 2/2023, de 20 de febrero</i>	275
2.1. Plazo máximo	275
2.2. Derechos de la persona investigada	276
2.2.1. Derechos en el ámbito del canal interno (artículo 9)	276
2.2.2. Derechos en el canal externo (art. 19)	276
2.2.3. El artículo 39	277
2.2.4. Toma de postura	278
2.3. «Investigaciones paralelas»	279
2.4. Gestión del resultado de la investigación	281

	<u>Página</u>
3. <i>Normas ISO</i>	284
3.1. Concepto y principios	284
3.2. Procedimiento de investigación	284
3.3. Medidas de aseguramiento de evidencias	285
3.4. El equipo de investigación	285
3.5. El plan de investigación	286
3.6. Diligencias concretas	287
3.6.1. Recopilación de documentos	287
3.6.2. Entrevistas personales	287
3.7. Resultado de la investigación	288
 CAPÍTULO 9	
EL DOLO DE LA PERSONA JURÍDICA	
JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES	289
I. El pretendido problema, repleto de urgentes aristas	289
II. Propuesta de solución: la que consta en el propio Código Penal	299
1. <i>Primer paso: algunos cimientos o bases</i>	299
2. <i>Más cimientos: el dolo normativo en las personas físicas y, por ende, en las personas jurídicas</i>	302
3. <i>Tercer paso: corolarios y consolidación de la tesis</i>	314
 CAPÍTULO 10	
SOBRE LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (AL HILO DE LAS SSTs 514/2015, 154 Y 221/2016)	
LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS	325
I. Antecedentes	325
1. <i>Evolución legislativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	325

	<i>Página</i>
2. <i>Los problemas dogmáticos de la nueva figura</i>	326
3. <i>Opciones relativas a la culpabilidad</i>	328
II. Imprudencia grave	330
1. <i>Defecto de organización o de funcionamiento</i>	330
2. <i>Culpa in constituendo vel in operando</i>	333
3. <i>Breve referencia a las SSTS y a las Circulares de la FGE</i>	335
4. <i>Solución de lege ferenda</i>	339
III. Conclusiones	340
IV. Bibliografía básica	341

CAPÍTULO 11

CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

MANUEL JAÉN VALLEJO	343
I. Introducción	343
II. «Societas delinquere potest»	350
III. ¿Responsabilidad directa o responsabilidad vicarial?	353
IV. Modelo de responsabilidad de las personas jurídicas basado en un «déficit de organización»: culpabilidad de la persona jurídica	356
V. «Compliance program»	360
VI. Naturaleza jurídica de los «compliance program»	364
VII. Conclusiones	368
VIII. Bibliografía	370

CAPÍTULO 12

OMISIONES PUNIBLES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN EMPRESARIAL

ENRIQUE BACIGALUPO	373
--------------------------	-----

CAPÍTULO 13

EFFECTOS DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL (ART. 226 LSC) EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

ENRIQUE BACIGALUPO 387

CAPÍTULO 14

EL ART. 291 CP: ¿LA PENALIZACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES? (FIDE, 10 DE FEBRERO DE 2020)

ENRIQUE BACIGALUPO 397

CAPÍTULO 15

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

CARMEN MARÍA ZAMARRA ÁLVAREZ 407

I. Aspectos sustantivos 407

1. *Sobre el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica* 407

1.1. *¿Hacia una nueva línea jurisprudencial?* 436

2. *Sobre los presupuestos de la responsabilidad penal de la persona jurídica exigidos por el art. 31 bis del Código Penal* 441

3. *Sociedades creadas exclusivamente para delinquir* 484

4. *Sobre los delitos por los que puede ser condenada la persona jurídica* 494

5. *Sobre las penas y otras consecuencias accesorias que pueden imponerse a la persona jurídica* 508

6. *Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal* 526

II. Aspectos procesales 532

1. *Sobre los derechos y garantías de la persona jurídica en el proceso penal* 532

	<i>Página</i>
2. <i>Sobre la imputación formal de la persona jurídica</i>	535
3. <i>Derecho de defensa y posibles conflictos de intereses</i>	545
4. <i>Derecho a la prueba. Investigaciones internas</i>	557
5. <i>Derecho a la última palabra</i>	581
6. <i>Sobre los derechos que asisten a la persona jurídica en materia de recursos</i>	589

CAPÍTULO 16

PROBLEMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL CUANDO UNA EMPRESA TIENE SEDE EN VARIOS PAÍSES: CASO «DIESELGATE»

CRISTINA BARJA DE QUIROGA	595
I. Explicación de la cuestión	595
II. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción	598
III. Regulación del principio <i>non bis in idem</i> en el ámbito nacional e internacional	600
IV. Alcance y límites del principio <i>non bis in idem</i>	603
V. Análisis de la Sentencia núm. 710/2021, de 20 de septiembre dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo	606

CAPÍTULO 17

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: NI PRIVILEGIO SUSTANTIVO NI MENOSPRECIO PROCESAL

SONIA CALAZA LÓPEZ	613
I. Introducción	614
II. Hacia una teoría general del delito corporativo	619

	<i>Página</i>
III. Hacia un estatuto procesal de la persona jurídica investigada	623
1. <i>Jurisdicción y competencia</i>	625
2. <i>Tratamiento procesal de una esquizofrenia sustantiva: citación e imputación intuitu personae de la persona física y de la persona jurídica con especial designación del «representante» para el juicio</i>	625
2.1. El domicilio social de la persona jurídica como lugar de notificación	627
2.2. La puntual designación, por la persona jurídica, de la persona física que deba representarla en juicio	627
2.3. La prosecución del procedimiento con Abogado y Procurador ante la ausencia de designación de representante por parte de la empresa	631
3. <i>La declaración de los investigados: persona física y persona jurídica a través del «representante especialmente designado»</i> ..	632
4. <i>Conformidad de la persona jurídica</i>	633
5. <i>Prueba de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	634
IV. Bibliografía	637

CAPÍTULO 18

ENJUICIAMIENTO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. PROBLEMAS PROBATORIOS. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (COMPLIANCE PROGRAMS)

AGUSTÍN-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN	645
I. Reflexiones previas	646
1. <i>A propósito de la improvisación en las reformas legales</i>	646
2. <i>Estatuto procesal de la persona jurídica</i>	652
2.1. Derecho de la persona jurídica a ostentar la condición de investigado	654
2.2. La presunción de inocencia	655

	<i>Página</i>
2.3. Derecho a la última palabra	656
2.4. Derecho defensa	658
2.5. Derecho a no autoinculparse	662
3. Programa de cumplimiento (<i>Compliance programs</i>)	664
II. La doctrina del Tribunal Supremo (Sala Segunda) en relación con la carga de la prueba en el proceso penal contra personas jurídicas. Especial consideración de la prueba y los Programas de cumplimiento (<i>Compliance programs</i>) ..	673
III. La Teoría de la «X», planteada por Eloy Velasco Nuñez y Beatriz Saura Alberdi	683

CAPÍTULO 19

CONFORMIDAD Y PERSONA JURÍDICA

VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES	691
I. Ideas previas	692
II. La incorporación de criterios de oportunidad como eje de la transformación del modelo de justicia penal	695
III. La conformidad como institución fundada en criterios de oportunidad	704
1. Concepto y fundamento. Su naturaleza	704
2. La conformidad de la persona jurídica encausada. Particular fundamento y finalidad	707
IV. La conformidad penal de personas físicas y jurídicas. de la sujeción a requisitos comunes a la detección de una singularidad propia	710
1. Caracteres de la conformidad	710
2. Tipología	712
3. Presupuestos y marco de aplicación	715
3.1. Sobre los límites penológicos que acotan la conformidad y su inaplicabilidad a la prestada por la persona jurídica	716

	<i>Página</i>
3.2. Requisitos a los que ajustar la conformidad <i>ex art.</i> 787.8 LECrim	719
3.2.1. Sobre el sujeto que la presta y condiciones en las que ha de tener lugar la conformidad de la persona jurídica encausada	720
3.2.2. La posible conformidad unilateral o indepen- diente de la persona jurídica encausada	728
V. Aspectos negociales de la conformidad penal de la persona jurídica	735
1. <i>El marco penal abstracto y su recorrido, como espacio acotado para la negociación</i>	<i>737</i>
2. <i>El limitado, pero real, margen de negociación en relación con las circunstancias atenuantes de la responsabilidad</i>	<i>739</i>
VI. El control de la conformidad y vinculación del juzgador a los términos de la prestada por la persona jurídica	746
VII. Conclusiones	747
VIII. Bibliografía	750

CAPÍTULO 20

EJECUCIÓN PENAL FRENTE A LA PERSONA JURÍDICA CONDENADA

ANA NEIRA PENA	757
I. Introducción	757
II. La ejecución de las penas impuestas a la persona jurídica condenada	759
1. <i>Ausencia de regulación específica</i>	<i>759</i>
2. <i>La pena de multa</i>	<i>761</i>
3. <i>La pena de disolución</i>	<i>763</i>
4. <i>Las penas de suspensión de actividades y de prohibición de reali- zar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya come- tido, favorecido o encubierto el delito</i>	<i>768</i>

	<i>Página</i>
5. <i>La pena de clausura de locales y establecimientos</i>	771
6. <i>Las penas de inhabilitación</i>	774
7. <i>La pena de intervención judicial</i>	778
III. Los incidentes en ejecución como consecuencia del carácter dinámico de los presupuestos de aplicación de las sanciones interdictivas	782
IV. La transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica condenada	786
V. La disolución aparente de la persona jurídica condenada .	795
VI. La ejecución de penas fuera del territorio español. Los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias y de resoluciones de decomiso	798
VII. Conclusiones	803
VIII. Bibliografía	805

Capítulo 8

Las investigaciones internas. Estado actual de la cuestión

MARÍA DE LOS ÁNGELES VILLEGAS GARCÍA

MIGUEL ÁNGEL ENCINAR DEL POZO

*Magistrados. Coordinadores del Gabinete Técnico
Sala de lo Penal. Tribunal Supremo*

SUMARIO: I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN. 1. *La «policía empresarial»*. 2. *Transferencia de responsabilidades*. 3. *Investigadores adjuntos*. II. LÍNEAS GENERALES DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS. 1. *La decisión inicial de investigar (o no)*. 2. *La preservación de las «fuentes de prueba»*. 3. *La dirección de la investigación interna*. 4. *Alcance de la investigación interna*. 5. *Desarrollo de la investigación interna*. III. REGULACIÓN EN ESPAÑA. 1. *La habilitación legal*. 2. *Aspectos regulados en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. 2.1. Plazo máximo. 2.2. Derechos de la persona investigada. 2.2.1. Derechos en el ámbito del canal interno (artículo 9). 2.2.2. Derechos en el canal externo (art. 19). 2.2.3. El artículo 39. 2.2.4. Toma de postura. 2.3. «Investigaciones paralelas». 2.4. Gestión del resultado de la investigación. 3. *Normas ISO*. 3.1. Concepto y principios. 3.2. Procedimiento de investigación. 3.3. Medidas de aseguramiento de evidencias. 3.4. El equipo de investigación. 3.5. El plan de investigación. 3.6. Diligencias concretas. 3.6.1. Recopilación de documentos. 3.6.2. Entrevistas personales. 3.7. Resultado de la investigación.

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

La necesidad de realizar investigaciones internas surge cuando se detectan conductas irregulares en el seno de una persona jurídica. Una vez que conste su existencia, las empresas deben contar con un proceso eficiente, fehaciente y adecuadamente dotado económicamente para la investigación de la irregular

ridad y la documentación de la respuesta de la empresa, incluidas las medidas disciplinarias o correctivas tomadas.

En consecuencia, es preciso que el programa de cumplimiento normativo diseñe un «proceso de investigación», que incluya las políticas, procedimientos y prácticas dirigidas a determinar la existencia de una irregularidad y, en su caso, cuál es su relevancia y alcance y quiénes son los implicados en los hechos. Estos datos permitirán tomar decisiones en el futuro, tanto sobre el modo de comportarse de la entidad ante las autoridades, como sobre las revisiones necesarias de su programa de cumplimiento.

Para entender el significado que las investigaciones internas ya tienen a nivel mundial es necesario partir de la idea de que su concepción y configuración actual obedecen a una serie de modificaciones sustanciales.

1. LA «POLICÍA EMPRESARIAL»

El origen de las mismas se halla en la facultad del empresario de controlar la actividad de sus subordinados, desde el prisma del poder de vigilancia de la actividad o prestación laboral. Se dirige a determinar las actividades del empleado o directivo que es desleal, con la finalidad de imponerle sanciones de carácter privado, especialmente el despido, o resolver la relación contractual que les une. La cuestión esencial de debate es la tensión entre el poder de vigilancia del empresario y los derechos del trabajador.

En esta visión iusprivatista (contractual/laboralista), el empresario vendría a actuar en una función de «policía privada o empresarial» y «ostenta el señorío» de la investigación: decide su inicio y finalización, adopta la decisión de fondo y estima si procede o no colaborar con las autoridades¹. Las primeras concepciones de la función de cumplimiento fueron motivadas por este modelo policial, mediante la recomendación a las entidades para que tuvieran programas éticos a fin de prevenir y detectar las malas conductas².

Sin embargo, esta visión se debe considerar superada, a la vista del papel relevante que tiene una serie de «ideas aprendidas» por el Estado³. La primera,

-
1. Cfr., MONTIEL, J. P., «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 40, agosto de 2013.
 2. ROOT MARTÍNEZ, V., «Complex compliance investigations», *1927 Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper* (2020), pág. 9.
 3. ARLEN, J. y BUELL, S. W., «The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement», *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n.º 19-43, octubre 2019, págs. 7-8.

es que las autoridades estatales carecen de medios y mecanismos suficientes para vigilar de manera exhaustiva todas las actividades de todas las empresas, especialmente en el caso de las grandes corporaciones transnacionales o de entidades que realizan actividades en sectores específicos de gran complejidad. En estos casos, es factible que no sólo carezcan de medios, sino incluso de la información o los conocimientos necesarios para efectuar ese control. Esta idea ya fue puesta de manifiesto por STIGLER y los economistas de la Escuela de Chicago⁴, quienes elaboraron el concepto de «captura del regulador por el regulado», a través de mecanismos como la «asimetría en la información» y la llamada *revolving door*. La asimetría en la información significa que las grandes empresas (transportes, energía, banca, mercado de valores) generan una información técnica acorde con sus intereses y el regulador no cuenta con medios suficientes para contrastarla, de modo que acaba regulando en función de tal información. La *revolving door* (puerta giratoria) supone que hay un trasvase entre los sujetos integrantes de los órganos de regulación y los órganos de gobierno de los operadores económicos⁵.

Partiendo de esta idea, el Estado toma conciencia de una segunda: las empresas pueden detectar e investigar las conductas irregulares con un coste económico y de recursos menor que las autoridades públicas⁶. Un desafío para las autoridades es conocer qué personas incardinadas en una estructura corporativa son las que cometen delitos. Para afrontar este desafío se desecha (por ser inasumible en una realidad económica y organizativa como la actual) que las autoridades investiguen a cada uno de los posibles implicados y se opta

4. Cfr., STIGLER, G. J., «The theory of economic regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science* (actualmente esta revista se denomina *The RAND Journal of Economics*), vol. 2-1, 1971, págs. 3-21; POSNER, R. A., «Taxation by Regulation», 2 *Bell Journal of Economics and Management Science*, 22 (1971) y «Theories of Economic Regulation», 5 *Bell Journal of Economics and Management Science*, 335 (1974); PELTZMAN, S., «Toward a More General Theory of Regulation», 19 *Journal of Law and Economics*, 211 (1976); y BECKER, G. S., «A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence», 98 *The Quarterly Journal of Economics*, 371 (1983).

5. Con más detalle, véase BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, n.º 174, septiembre-diciembre, 2007, págs. 215 a 276, esp. págs. 237 y 238, nota 71. También BALLBÉ, M., MARTÍNEZ, R. y CABEDO, Y., «La crisis financiera causada por la “deregulation” del Derecho Administrativo americano. El conflicto competencial entre Whashington y los Estados para el (des)control de las hipotecas depredadoras: las sentencias de la Corte Suprema *Watters v. Wachovia Bank* de 2007 y *Cuomo v. Clearinghouse* de 2009», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial*, Madrid, 2012, vol. 2, págs. 3709 a 3736, esp. págs. 3728 a 3730.

6. ROOT MARTÍNEZ, V., «Complex compliance...», cit., pág. 10.

por alentar a las empresas para que «frenen a sus subordinados mediante la autovigilancia». Son las entidades las que deben evitar que se involucren en una conducta irregular y, en su caso, detectar cuándo y cómo ha sucedido.

2. TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDADES

En este marco, y como indica ALLDRIDGE⁷, se produce el fenómeno de la «transferencia de responsabilidades»: un desplazamiento de las cargas que son propias del poder público a los entes empresariales, en la medida en que éstos están en contacto permanente con aquellas personas (sus empleados y directivos) cuyos actos pueden generar su responsabilidad. Ello producirá el efecto positivo siguiente: las empresas introducirán programas de cumplimiento y de gobierno corporativo para controlarlas, con el consiguiente impacto significativo sobre la tasa de infracciones cometidas.

En consecuencia, las empresas implementarán programas de cumplimiento para disuadir y detectar conductas indebidas, realizarán investigaciones internas para obtener pruebas de las mismas, informarán a las autoridades sobre las irregularidades detectadas y pondrán a su disposición los elementos de acreditación recopilados; de manera que las empresas comerciales pasarán de ser un «foco de delitos» a ser un mecanismo de prevención de los mismos⁸.

Las ideas subyacentes son que las entidades están en la mejor posición para vigilar el comportamiento de sus miembros⁹ y que la exigencia de una responsabilidad corporativa por los actos de los subordinados tiene un efecto disuasorio sobre ellos: se enfrentan a mayores dificultades para cometer las irregularidades y a mayores posibilidades de ser sancionados, si las corporaciones tienen un fuerte incentivo para detectar su mala conducta, denunciarla, investigarla y proporcionar pruebas a las autoridades¹⁰.

En consonancia con todo lo dicho, surge una tercera idea: la política de fomento de la «vigilancia corporativa interna», con todo lo que supone (el esfuerzo de prevención del delito, la investigación del mismo, la revelación del delito detectado, la cooperación en la recopilación de pruebas y el suministro de ellas a las autoridades), junto con las reformas necesarias para prevenir futuras irregularidades, debe tener la contrapartida de obtener una recompensa. El contenido de la misma variará según cual sea el sistema legal: no ejercicio

7. ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: “The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA”», *Ohio State Law Journal*, vol. 73, n.º 5, 2012, págs. 1181 a 1216, esp. págs. 1209 y 1210.

8. ARLEN, J. y BUELL, S. W., «The Law of Corporate Investigations...», cit., pág. 7.

9. ROOT MARTÍNEZ, V., «Complex compliance...», cit., pág. 5.

10. ARLEN, J. y BUELL, S. W., «The Law of Corporate Investigations...», cit., pág. 3.

de acciones legales, reducción de la sanción que corresponda o atenuación, e incluso exoneración, de la responsabilidad penal.

Esta es la concepción que sustenta la introducción de una responsabilidad penal de la persona jurídica, de la que se puede ver exonerada mediante la acreditación de que cuenta con procedimientos de autorregulación adecuados para la prevención del delito. Mediante la exigencia de dicha responsabilidad, el ordenamiento impone a las empresas un deber de prevenir, detectar y sancionar la comisión de delitos por parte de sus subordinados. Se produce, por tanto, un cambio de perspectiva: lo que sucede en el seno de las empresas ya no solo le interesa al empresario, sino que le interesa a la sociedad en conjunto. No se trata de que el empresario escrute lo que hace su subordinado en el desarrollo de su prestación contractual/laboral, sino que es la sociedad la que escruta al empresario y especialmente si cumple o no con su deber de prevenir, detectar y sancionar la comisión de delitos.

Partiendo de la inicial percepción iusprivatista de las investigaciones, cabe decir que el Estado «aprovecha» la experiencia investigadora del empresario y le alienta para que la utilice como herramienta efectiva para reducir el «crimen corporativo»¹¹, con los añadidos efectos beneficiosos que tiene para la misma empresa y para la sociedad en su conjunto. Ello supone que el empresario debe tener reconocidos otros poderes y facultades de investigación distintos y de más intensidad.

3. INVESTIGADORES ADJUNTOS

Esta idea enlaza con un paso más en esta evolución, que es el que se ha consolidado, especialmente, en EE. UU, y cuyos efectos más allá de sus fronteras son aún inciertos: las empresas se ven abocadas a asumir un papel de «investigador paralelo» al que corresponde a las autoridades, para depurar internamente las responsabilidades que procedan y se convertirían en lo que algunos autores han llamado «investigadores adjuntos» de las autoridades¹² o en *surrogate enforcement agencies*¹³, con el consiguiente desplazamiento de costes desde las agencias públicas al sector privado.

11. ARLEN, J. y BUELL, S. W., «The Law of Corporate Investigations...», cit., pág. 2.

12. GRUNER, R., *Corporate Criminal Liability and Prevention* (versión electrónica), § 8.8. Esto supone, según este autor que, en EE. UU., el Derecho Penal anima a las empresas a servir como un *public trustee*, con responsabilidades en la promoción activa del cumplimiento de la ley y la Administración de Justicia, en aquel sector en el que ejerzan su actividad.

13. GRIMM, D. J., «The Foreign Corrupt Practices Act in Merger and Acquisition Transactions: Successor Liability and Its Consequences», 7 *N.Y.U. Journal of Law and Business* 247 (2010), pág. 277.

En efecto, la política del Departamento de Justicia estadounidense (DOJ) se ha ido desplazando claramente en esta dirección¹⁴, y ha culminado, hasta la fecha, en las modificaciones introducidas en marzo del año 2023 en el *Justice Manual*¹⁵, que consolida el fuerte impulso que en la misma línea supuso el *Monaco Memo* de 28 de octubre de 2021¹⁶. De esta forma, el Departamento de Justicia y las empresas, a través de sus investigaciones internas (cualquier que sea la forma en la que estas se hayan desarrollado) comparten un mismo objetivo: el descubrimiento y castigo de las personas físicas que cometieron los hechos¹⁷.

En este sentido, partiendo del principio de que las empresas pueden detectar el delito e investigarlo mejor que las autoridades, se está produciendo *de facto* un reparto de los poderes de investigación entre gobiernos y corporaciones. Los efectos de este fenómeno son¹⁸: por un lado, una financiación privada de las investigaciones públicas; y, por otro lado, una influencia corporativa excesiva sobre las investigaciones del gobierno y los procedimientos resultantes, particularmente si las autoridades carecen de la voluntad o los recursos para llevar a cabo investigaciones públicas independientes y robustas¹⁹.

En este marco, la cuestión esencial de debate ya no es la tensión entre el poder de vigilancia del empresario y los derechos del subordinado, sino si éste tiene frente al empresario los mismos derechos que tendría frente al Estado, en el caso de que éste fuera quien dirigiera la investigación. Entre ellos, fundamentalmente, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones o el derecho de defensa²⁰.

14. Al respecto, véase VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, 2020.

15. Este manual, anteriormente conocido como *Attorneys' Manual*, recoge las políticas y procedimientos que guían internamente la actuación del DOJ. Se elabora bajo la supervisión del Fiscal General y es objeto de constantes actualizaciones.

16. Su texto íntegro puede consultarse en <https://www.justice.gov/dag/page/file/1445106/download>.

17. Véanse las consideraciones al respecto contenidas en el apartado 9-28.000 — *Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations*— del citado manual. Y, más concretamente, en el apartado 9-28.720 — *Cooperation: Disclosing the Relevant Facts*—.

18. ARLEN, J. y BUELL, S. W., «The Law of Corporate Investigations...», cit., págs. 54-55.

19. En este caso, estaríamos ante un nuevo factor que incide en la «captura del regulador por el regulado», en la medida en que la investigación privada orienta inexorablemente la decisión de los poderes públicos.

20. En EE. UU, se está produciendo *de facto* un reparto de los poderes de investigación entre las autoridades estadounidenses y las corporaciones, que las convierte en *surrogate enforcement agencies*. Se está produciendo una «privatización de la investigación penal» o, desde otra perspectiva, un «externalización o subcontratación» de la investigación pública.

II. LÍNEAS GENERALES DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS

Cabe destacar la dificultad de establecer un tratamiento exhaustivo y pormenorizado de las investigaciones internas, porque se deben adaptar a las características de cada empresa, su sector de actividad, operaciones negociales concretas, país en el que suceden los hechos y a las condiciones y circunstancias de los propios sujetos implicados y los hechos ocurridos. En cualquier caso, es posible esbozar las siguientes líneas generales.

1. LA DECISIÓN INICIAL DE INVESTIGAR (O NO)

Cuando una empresa recibe la noticia sobre una irregularidad, se encuentra ante una disyuntiva: iniciar o no una investigación interna. El primer paso en este momento consiste en evaluar la credibilidad de la misma, en el sentido de si tiene visos de verosimilitud.

Uno de los elementos a ponderar es cuál es el origen del conocimiento de la irregularidad: posiblemente será más verosímil *ab initio* un indicio de actuación ilícita conocida mediante una actuación de auditoría interna que una irregularidad denunciada a través del canal interno. Respecto a las denuncias recibidas por el canal interno es relevante, para este inicial juicio sobre la verosimilitud, ponderar si la denuncia es anónima o no; y para el caso de que no sea anónima es importante conocer quién la presenta: un empleado, un proveedor, un consumidor o, incluso, un competidor.

El programa de cumplimiento debe prever qué persona u órgano es responsable de realizar esta evaluación inicial y, además, debe prever que se mantenga un registro para que sea factible detectar denuncias anteriores (objeto de investigación o no) relacionadas con las mismas personas o departamentos.

En todo caso, en este momento inicial, si la empresa considera que es probable que la denuncia pueda dar lugar a una investigación de las autoridades, entonces la investigación interna está justificada.

2. LA PRESERVACIÓN DE LAS «FUENTES DE PRUEBA»

Una vez determinada la credibilidad de la noticia sobre la irregularidad, en esta fase inicial y como una «medida cautelar», es preciso preservar las «fuen-

Esta cuestión es sumamente polémica a raíz de diversas resoluciones de tribunales estadounidenses que han debido valorar el papel que la Fiscalía había tenido en relación con investigaciones internas realizadas por empresas. Con más detalle, VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., *Lucha contra la corrupción...*, cit., págs. 255 y ss.

tes de prueba» documentales, incluyendo los dispositivos electrónicos y los aparatos de telefonía móvil entregados por la entidad a sus subordinados²¹. Es fundamental que se suspendan los procedimientos internos de destrucción de documentos escritos y los procesos de sobreescritura y limpieza automatizada de archivos informáticos, incluso los que sean rutinarios o estén programados en el desarrollo con normalidad de la actividad. La entidad debe actuar así, aun cuando no conozca todavía el alcance de la investigación interna ni sus detalles concretos: hay que evitar que una buena práctica se pueda ver como un intento de eliminar el rastro de una posible ilicitud²².

3. LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA

También en esta especie de fase preliminar es preciso determinar quién va a dirigir la investigación. De nuevo, la entidad se encuentra en una disyuntiva, al tener que optar entre contar para ello con sus recursos internos o decidir que lo haga personal externo.

La intervención de abogados (internos o externos) en la dirección conlleva la discusión sobre el alcance que tienen los privilegios derivados de la relación entre abogado y cliente.

En el ámbito europeo, esta materia es sumamente problemática desde la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de septiembre de 2010 (asunto C-550/07 P, caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd*). En la misma, se reitera la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982 (asunto 155/79, caso *AM & S/Comisión*)²³.

En síntesis, esa doctrina es la siguiente: la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes deben ser objeto de protección,

21. FARHAT, V., COSTANZO, V. y WANG, S., «Corporate Internal Investigations. A User Guide for Companies. Part One of a Three-Part Series», *The Corporate Counselor Law Journal Newsletters*, 1 de agosto de 2012, págs. 2-3.

22. Sobre esta materia, GELB, D.K. y GELB, R.M., «A Guide to Electronic Discovery and Evidence», en FANNON, N. y DUNITZ, J. M., (ed.), *The Comprehensive Guide to Economic Damages*, vol. 1, 5.ª ed., 2018, págs. 59-72.

23. Sobre esta cuestión, véase SUDEROW, J., «Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, marzo 2011, págs. 316-325; DIFEDERICO, G., «Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 14 September 2010», *Common Market Law Review*, vol. 48, n.º 2, 2011, págs. 581-602; y DOLMANS, M., VANDERMEERSCH, D. y MODRALLMPLOYEE, J., «The European Court of Justice Denies Professional Legal Privilege to Employed Lawyers», *Relations Law Journal*, vol. 36, n.º 4, primavera 2011, págs. 74-80.

si bien el beneficio de esta protección está supeditado a dos requisitos acumulativos: i) debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los «derechos de la defensa del cliente»; y ii) debe tratarse de «abogados independientes», es decir, «no vinculados a su cliente mediante una relación laboral» (apartado 41). A continuación (apartado 42), añade que la calidad de abogado independiente *«procede de la concepción de la función del abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita. La contrapartida de esta protección es la disciplina profesional, impuesta y controlada en interés general»*.

Por ello, concluye (apartado 44) que la protección con arreglo al principio de la confidencialidad *«no se extiende a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o de un grupo de empresas con abogados internos»*.

En el ámbito de las investigaciones internas, esta conclusión supone que si la investigación la dirige o realiza un abogado o grupo de abogados de la empresa difícilmente podrán oponer el derecho a la confidencialidad en la relación abogado-cliente si el poder público (autoridad judicial, Ministerio Fiscal...) solicita que le sea entregado el resultado de tal investigación.

4. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA

A la vista de la verosimilitud de la denuncia y de su contenido, una vez decidido quién dirigirá la investigación, es necesario fijar el alcance previsible que la misma puede tener²⁴.

No es posible establecer un contenido uniforme aplicable con carácter general a todas las entidades. De manera gráfica se ha dicho que *«cada investigación es un traje a medida»*²⁵. Puede quedar limitada a un número reducido de entrevistas personales y la revisión de algunos documentos o puede suponer un gran esfuerzo que involucre a gran número de personas en un país o varios países, junto con una cantidad ingente de documentación almacenada digitalmente. Un principio aplicable en este punto sería intentar anticipar cómo valoraría la investigación un tercero ajeno a la entidad (en términos de adecuación y exhaustividad), en el caso de que aquella llegara a conocerse.

24. Véase, FARHAT, V., COSTANZO, V. y WANG, S., «Corporate Internal Investigations. A User Guide for Companies. Part Two of a Three-Part Series», *The Corporate Counselor Law Journal Newsletters*, 1 de septiembre de 2012.

25. FARHAT, V., COSTANZO, V. y WANG, S., «Corporate Internal Investigations. A User Guide for Companies. Part Two...», cit., pág. 1.

En todo caso, al intentar fijar su alcance, la entidad debe valorar una serie de intereses en juego, como son los siguientes:

1) La premura con la que se necesita la información a obtener con la investigación.

El alcance de la investigación puede depender, por ejemplo, de si se quiere completar antes de que las autoridades tomen conocimiento de la irregularidad, con el fin de anticiparse y estar en mejores condiciones, al presentarles la información por propia iniciativa.

2) El plazo previsible de desarrollo de la investigación

Una cosa es la premura con la que se necesita acopiar la información y otra cuál es el plazo que se prevé para tal actividad. La premura puede ser inmediata (porque, por ejemplo, ya se conoce la puesta en marcha de un procedimiento de las autoridades) y, sin embargo, no va a ser factible obtener el material hasta que transcurra un tiempo determinado y que es necesario para su acopio.

Al determinar el plazo, la entidad debe ponderar cuánto tiempo va a necesitar para completar una investigación que le permita: i) determinar la existencia y alcance objetivo y subjetivo de la irregularidad; ii) determinar qué medidas de corrección son necesarias; y iii) discernir si la cantidad y calidad de la información obtenida sería, en su caso, satisfactoria para las autoridades.

3) La interferencia en la actividad normal de la entidad.

Los negocios y actividades usuales se deben seguir desarrollando con normalidad y es preciso ponderar en qué medida la investigación puede incidir de manera negativa en ellos. No es descartable que la misma suponga una interrupción de operaciones, pero en este caso, la entidad deberá adoptar medidas para minimizar la interrupción sin comprometer la investigación.

4) Las personas previsiblemente involucradas

En este caso, se debe anticipar por la entidad qué departamentos o puestos de trabajo son los que pueden estar asociados a las actividades, eventos o transacciones relacionadas con la irregularidad denunciada; así como quiénes son las personas que pueden tener un potencial conocimiento de la misma. Por ejemplo, estas personas no serán las mismas ni ocuparán los mismos puestos para el caso de que se denuncie un posible fraude al erario público, que para el caso de que se denuncie un acto de soborno a un funcionario extranjero.

También se debe valorar qué terceros (clientes, proveedores, etc.) pueden estar asociados o tener conocimiento potencial de las irregularidades.

5) El volumen de documentación a revisar

En este punto, se debe tener en cuenta que la cuestión ya no se apega sólo al papel escrito y que la cantidad de medios técnicos y dispositivos empleados, incluyendo los sistemas de almacenamiento «en nube», pueden suponer un volumen de documentación difícil de manejar y cribar por el propio personal interno, lo que puede conllevar la necesidad de contratar técnicos expertos externos.

A menudo, los documentos requieren una explicación complementaria de personas que puedan identificarlos y aportar datos sobre los mismos, su elaboración y contenido. De modo que el volumen de documentación está directamente relacionado con el volumen de entrevistas personales a practicar²⁶.

6) El ámbito geográfico de la investigación

Este es un punto clave, ya que es posible que las actividades irregulares, las personas involucradas y la documentación se encuentren parcial o totalmente en uno o varios países extranjeros. De manera que es preciso conocer las legislaciones internas sobre diversas materias, con la previsible contratación de asesores, letrados y técnicos al efecto.

7) El coste económico de la investigación

Todos los factores anteriores inciden y determinan el coste económico de la investigación.

5. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA

Las diversas fases y actividades del procedimiento de investigación deben constar en el programa de *compliance* o en el Código ético o de conducta de la entidad. El establecimiento de un código procedimental contribuye significativamente a garantizar la transparencia de las prácticas, del mismo modo que permite delinear con claridad los roles que asumirá cada parte en la investigación²⁷.

Las actividades a desplegar durante la ejecución de la misma abarcan una multiplicidad de disciplinas, en la que se ve involucrada una pluralidad y variedad de técnicos y expertos: abogados, contables, técnicos informáticos, ingenieros, etc.

26. ARLEN, J. y BUELL, S. W., «The Law of Corporate Investigations...», cit., pág. 16.

27. MONTIEL, J. P., «Sentido y alcance de las investigaciones...», cit.

Capítulo 11

Culpabilidad de la persona jurídica

MANUEL JAÉN VALLEJO

*Magistrado, profesor titular de Derecho penal
ex Letrado del Tribunal Supremo
ex Asesor del Ministerio de Justicia*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. «SOCIETAS DELINQUERE POTEST». III. ¿RESPONSABILIDAD DIRECTA O RESPONSABILIDAD VICARIAL? IV. MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS BASADO EN UN «DÉFICIT DE ORGANIZACIÓN»: CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA. V. «COMPLIANCE PROGRAM». VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS «COMPLIANCE PROGRAM». VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido una de las cuestiones más debatidas en los últimos años en la doctrina. Recuerdo largos debates sobre la cuestión en el marco de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, con asistencia de José Miguel Zugaldía y Luis Rodríguez Ramos, ambos defensores y expertos en la materia, así como en el grupo de trabajo del Ministerio de Justicia sobre la reforma del Código penal, que culminó con la reforma operada en este código por la Ley Orgánica 1/2015¹ y, por supuesto, en el seminario de derecho penal

1. V. Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A. L., *Derecho penal de las personas jurídicas*, ed. Dykinson, Madrid, 2016, obra en la que, partiendo de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, se ofrece una aproximación al nuevo derecho penal de las personas jurídicas, tratando cuestiones de la parte general y especial del derecho penal, e incluso algunos de los aspectos referidos al procedimiento penal, así como las prescripciones de la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia inicial de la Sala de lo Penal del Tribunal

y filosofía jurídica del Instituto Universitario Ortega-Marañón, seminario dirigido por Enrique Bacigalupo, con participación de colegas de numerosos países, aspecto que enriquece notablemente los debates sobre las cuestiones planteadas.

Por lo general, es un tema que va asociado en buena medida al fenómeno del creciente desarrollo del derecho penal económico², un derecho penal de los negocios y de la empresa, y muy cercano también a la preocupación cada vez más extendida por la corrupción, tanto en el sector privado como en el público, a cuya prevención puede contribuir esta extensión de la idea de sujeto en el derecho penal.

Aquí se enfrentan dos tradiciones jurídicas muy arraigadas: la del principio *societas delinquere potest*, de los sistemas jurídicos con origen en el Common Law³; y la del principio *societas delinquere non potest*, del sistema continental. El escepticismo de quienes habíamos trabajado en la tradición de este último sistema lo expresaba magníficamente Antonio del Moral cuando contaba la anécdota de Galileo Galilei, que al estar siendo enjuiciado por un grupo de cardenales por su tesis de que «la Tierra gira alrededor del Sol» fue invitado a retractarse, y así lo hizo, diciendo que la Tierra no se movía, pero tras una pausa, por lo bajo, apostilló, «eppure... si muove». De igual manera, decía Antonio del Moral, hoy se podría decir «societas delinquere potest», y apostillar seguidamente, «eppure... non potest»⁴.

Sin duda, una de las razones por las que se fue imponiendo en nuestro país este nuevo derecho penal de las personas jurídicas no era otra sino la dificultad para poder identificar las personas físicas responsables de una infracción,

Supremo sobre la materia. V. también, de los mismos autores, *Derecho Penal Aplicado. Parte General*, Madrid, 2020, pp. 295 y ss.

2. Cfr. Bacigalupo, S., en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, en donde afirma que «el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionada, fundamentalmente, al ámbito de los delitos económicos, es decir, a todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico» (p. 26), y Aller, G., en *Criminalidad del Poder Económico*, Montevideo, 2011, quien pone atinadamente de manifiesto cómo la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, «es un tema que presenta múltiples aristas, tantas que no sólo implica al Derecho penal, sino a la Criminología, Política criminal y Victimología» (p. 400).
3. V. Villegas García, M.^a Ángeles, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: la experiencia de los Estados Unidos*, ed. Aranzadi, 2016.
4. Del Moral García, A., «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas», en la obra colectiva *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, dirigida por J. M. Zugaldía y E. B. Marín de Espinosa Ceballos, 2013, pp. 238 y ss.

dada la estructura cada vez más compleja de ciertas empresas, principales operadores económicos en el mercado, unido ello a la necesidad de prevenir la corrupción, aspecto este último que es el que más ha influido en el desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 21 de octubre de 2003 ya afirmaba esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin duda por la importancia de las empresas en las actividades económicas y, en fin, porque muchos delitos económicos tienen que ver con las empresas, los empresarios y sus actividades.

En España, hasta los trabajos de Zugaldía (1980) y de Silvina Bacigalupo (1998), no se había tratado la cuestión. Sólo Quintiliano Saldaña había escrito un artículo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a propósito del Código penal de la dictadura de Primo de Rivera, que contemplaba esta responsabilidad penal.

Las inquietudes surgidas en la doctrina sobre este nuevo derecho penal se hicieron realidad en el derecho positivo español a partir de la reforma operada en el Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, y aunque en esta se justificaba la decisión de la necesidad derivada de las directivas comunitarias, lo cierto es que en ninguna de esas directivas se contenía tal exigencia, aunque sí la de perseguir eficazmente a las personas jurídicas cuando incurran en responsabilidad. A partir de entonces, el Código penal, independientemente de que los administradores y representantes legales respondan por su propia conducta, prevé que la sociedad responda por los delitos que en su seno hayan podido cometer aquellos, actuando en su nombre o por cuenta de la misma, y por los cometidos por los subordinados, sobre los cuales aquellos hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. La sociedad, incluso, puede ser responsable, aunque no se haya podido identificar a la persona que realmente ha actuado en su nombre, haya fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la justicia, pero sí se pueda acreditar la existencia de un delito por alguna persona con capacidad decisoria en la sociedad.

La Ley 37/2011 intentó cubrir las lagunas de índole procesal, introduciendo las necesarias modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, referidas a competencia, derecho de defensa, intervención en el juicio, etc., aunque la práctica siguió poniendo de manifiesto otras lagunas, que la jurisprudencia ha ido cubriendo, y ello sobre la base de lo que la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal 154/2016, y la Sentencia 514/2015, dejaron claro, en el sentido de que

cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal y procesal penal.

Posteriormente, a través de la Ley Orgánica 7/2012 se hizo extensiva la responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos, por lo que también estos habrán de someterse a programas de cumplimiento legal y supervisión.

Por último, la Ley Orgánica 1/2015 vino a cubrir otras lagunas de orden sustantivo, introduciendo una mejora técnica en la regulación del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas⁵, enumerando con detalle las condiciones de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y los requisitos de los modelos de organización y gestión para que los mismos resulten adecuados para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (apartados 2, 4 y 5 del art. 31 bis). Es decir, el incumplimiento de esos modelos puede basar la responsabilidad penal, pero su cumplimiento puede permitir excluir tal responsabilidad. Esta reforma introdujo también otras mejoras, como la consistente en limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el caso de los delitos cometidos por los dependientes (subordinados) de sus representantes legales o personas con capacidad decisoria (art. 31 bis 1 b), a aquellos casos en los que la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad haya sido grave.

Es importante destacar que la existencia de un programa de prevención con medidas de control y prevención, adoptado y ejecutado con eficacia, excluirá la responsabilidad penal de la persona jurídica, no sólo cuando sea adecuado para prevenir el riesgo de delitos de la naturaleza del que fue cometido, sino también cuando sea adecuado para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31 bis 2, 1.^a, *in fine*).

No cabe duda que una de las mayores polémicas en el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas está referida al modelo de responsabilidad: ¿se trata de un sistema vicarial, esto es, de imputación directa por un hecho ajeno, realizado por la persona física, o se trata de un modelo de autorresponsabilidad, esto es, basado en un defecto de organización de la propia persona jurídica?

5. Cfr., sobre el alcance de esta reforma de 2015 referida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A. L., *La reforma penal de 2015*, Madrid, 2015, pp. 45 y ss.

Una cuestión que fue especialmente debatida en la doctrina, en la jurisprudencia y en la propia Fiscalía General del Estado. Se ha llegado a decir que el art. 31 bis no concreta que las personas jurídicas deban cometer delito alguno, y que, en realidad, bajo ciertas condiciones que se plasman en los presupuestos de conexión fijados en la norma, la responsabilidad de la persona física se traslada a la persona jurídica. En este sentido, la Circular 1/2016 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, como ya antes lo había dicho la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, afirmaba que «en los dos párrafos del apartado 1 del art. 31 bis del Código penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial», argumentándose que «el art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito», sino que lo que establece el precepto es que «las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por personas físicas».

Pero, en realidad, esto último sólo sería posible en el marco de la figura prevista en el art. 31 CP, que contiene la figura de la «actuación en nombre de otro»⁶, incorporada a nuestro código por la Ley Orgánica 8/1983, en un principio en la regulación del antiguo art. 15 bis, resolviendo sólo el problema del que actúa en nombre de una persona jurídica, no el supuesto del que actúa como representante legal de una persona física, realizando una conducta cuya tipicidad requiere que el autor posea alguna condición que no concurre en él pero sí en su representado, laguna que finalmente fue cubierta con ocasión de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que incluyó, ya en el art. 31, el actuar «en nombre o representación legal o voluntaria de otro». No es posible, en cambio, que una persona física o jurídica responda por lo que haya hecho otro; sólo cuando se actúa en nombre de otro (art. 31).

La Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016 lo expresaba cristalina-mente, cuando afirmaba que la pena impuesta a una persona jurídica sólo puede basarse en un hecho delictivo propio, sin que, en nuestro sistema, sin duda por exigencias derivadas del principio de culpabilidad puedan acogerse fórmulas de responsabilidad por el actuar de otro, aunque se trate de un ente ficticio. Según esta importante sentencia, «la responsabilidad de la persona jurídica, ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física,

6. Cfr. Barja de Quiroga, J., *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Lima, 2004, pp. 329 y ss.

pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva», concluyendo que de lo que se trata «es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad».

Curiosamente, en la Sentencia 516/2016⁷ se había afirmado que «el legislador ha optado por un sistema vicarial», pero el propio Tribunal se percató del error de tal manifestación, viéndose obligado a rectificar tal afirmación en un auto de aclaración, explicando en el mismo que se trató de un error material, haciendo hincapié en que la opción legislativa ha sido «por un sistema de autorresponsabilidad», como se deriva de la propia fundamentación de la sentencia, cuando se afirma en ella que ambas, persona física y jurídica, «responden por su propia responsabilidad, en términos que definen, respectivamente, los arts. 28 y 31 bis del Código penal».

La línea jurisprudencial ha continuado en esta dirección. Así, la Sentencia 742/2018⁸, reconoció que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización autopoiética que se administra y organiza a sí misma, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad, y en la Sentencia 108/2019⁹, se reitera que las personas jurídicas estrictamente instrumentales o «sociedades pantalla», que carecen de cualquier actividad lícita y son utilizadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos, se encuentran totalmente al margen del art. 31 bis del Código penal.

Por su parte, la Sentencia 123/2019¹⁰, nos aclara que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un

7. De 13 de junio. Recurso de casación 1765/2015. Desestima el recurso. Ponente: Magistrado D. Andrés Martínez Arrieta. ROJ: STS 2616/2016. ECLI: ES: TS: 2016: 2616.

8. De 7 de febrero de 2019. Desestima el recurso. Ponente: Magistrado D. Luciano Varela Castro. ROJ: STS 279/2019. ECLI: ES: TS: 2019: 279.

9. De 5 de marzo. Estima el recurso. Ponente: Magistrada Dña. Carmen Lamela Díaz. ROJ: STS 736/2019. ECLI: TS: 2019: 736.

10. De 8 de marzo. Estima el recurso. Ponente: Magistrado D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. ROJ STS 757/2019. ECLI: ES: TS: 2019: 757.

comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Por lo tanto, «a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos».

La Sentencia 234/2019¹¹, nos recuerda que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica, y que, como sucede en el caso de las personas físicas, las personas jurídicas son también titulares del derecho a la presunción de inocencia. Consecuencia de esto último es que el juicio de autoría de la persona jurídica exija a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis, pero el desafío probatorio de la acusación no puede detenerse ahí, pues habrá de acreditar también que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica.

También la Sentencia 165/2020¹² reitera que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica se residencia en la falta de control y de vigilancia.

Y, por último, la Sentencia 321/2023¹³ deja claro que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas complementa la responsabilidad penal de las personas físicas, no la sustituye, de manera que la responsabilidad penal que corresponde a las personas físicas por su participación en hechos delictivos no se ve desplazada por el nuevo sujeto responsable penal, sino solo complementada, añadiendo que no se trata de decidir si las consecuencias penales han de ser asumidas por la persona natural o por la jurídica, sino si,

-
11. De 8 de mayo. Estima el recurso. Ponente: Magistrado D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. ROJ: STS 1470/2019. ECLI: ES: TS: 2019: 1470.
 12. De 19 de mayo. Estima el recurso. Ponente: Magistrado D. Julián A. Sánchez Melgar. ROJ: STS 1077/2020. ECLI: ES: TS: 2020: 1077.
 13. De 9 de mayo. Estima el recurso. Ponente: Magistrado D. Antonio del Moral García. ROJ: STS 2235/2023. ECLI: ES: TS: 2023: 2235.

además de la persona física, debe sancionarse penalmente a la entidad, por cuya cuenta actuó aquella, procediendo la doble sanción cuando se den las condiciones establecidas en el art. 31 bis.

II. «SOCIETAS DELINQUERE POTEST»

El cambio de paradigma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasando del viejo principio *societas delinquere non potest* al más actual y extendido hoy que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *societas delinquere potest*, ha sido posible gracias a la elaboración en la doctrina de una teoría del delito propia de la persona jurídica y la superación de la vieja idea de Savigny, según la cual la norma es una orden dirigida a una persona física, siendo una ficción la infracción por parte de una persona jurídica.

Probablemente, la oposición en la doctrina a esa posibilidad teórica de una responsabilidad penal de la persona jurídica tenga mucho que ver con las teorías de la pena, en las que se debe fundamentar esa responsabilidad penal¹⁴. Parece claro, en este sentido, que en el marco de las teorías de la pena basadas en la racionalidad instrumental¹⁵, sólo las personas físicas pueden ser destinatarias de una pena. Pero eliminada la voluntad como objeto al que se dirige la pena (impedir la formación de una voluntad contraria al Derecho, impedir la reincidencia, reinserir socialmente al delincuente, etc.), como puede percibirse en el panorama actual de las teorías de la pena, más bien basadas en una racionalidad comunicativa, en donde la pena se entiende como ratificación de la vigencia de la norma infringida, sin más pretensiones, independientemente de que en el caso concreto de la pena privativa de libertad, esta se pueda orientar a la reeducación y reinserción social, en el caso de nuestro país por imperativo constitucional (art. 25.2 de la Constitución), no parece que exista inconveniente alguno en incluir también como destinatarios a las personas jurídicas.

Con razón afirma Bacigalupo que los dogmas de la dogmática no son sino decisiones y elecciones primeras de cadenas argumentales, no suscep-

14. V. al respecto, ampliamente, Bacigalupo, E., «Las teorías de la pena y el sujeto del derecho penal», en la obra compilatoria de este autor *Teoría y práctica del derecho penal*, tomo II, Madrid, 2009, pp. 961 y ss., recordando lo que decía Binding, en *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, 1915, en el sentido de que «jamás una persona jurídica o incapaz de actuar» podrá ser destinatario de la norma (p. 965).

15. V. al respecto, Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, y Perrino Pérez, A. L., *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 2017, pp. 22 y ss.

tibles de una fundamentación última¹⁶, luego no es posible entender que existe un único concepto válido de acción, como comportamiento humano, y un único concepto válido de culpabilidad. Por ello, lleva razón Zugaldía cuando afirma que «no es metodológicamente correcto preguntarse por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad exclusivamente válido para las personas físicas; lo que procede es preguntarse si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas»¹⁷, refiriéndose al funcionalismo jurídico de Jakobs, quien defiende un mismo concepto de acción y de culpabilidad válido tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas, y al punto de vista según el cual es necesario respetar la dogmática de la persona física y elaborar nuevos conceptos de acción y culpabilidad sólo válidos para las personas jurídicas.

Desde este último punto de vista, mayoritario en la doctrina, dice Zugaldía, «aplicando los principios inspiradores y las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata se ha afirmado la capacidad de acción de las personas jurídicas»¹⁸, pues estas pueden realizar acciones tales como contratos, acuerdos, que se realizan a través de sus órganos y representantes, pero que son también acciones de la persona jurídica, y en cuanto a la capacidad de culpabilidad, aplicando las reglas generales de los delitos impropios de omisión y de la *actio libera in causa*, se aprecia la misma, no tratándose de una culpabilidad bio-psicológica, sino una culpabilidad por defecto de organización¹⁹. Si una persona física, en el marco de esa organización, realiza un hecho previsto como delito, con consecuencias positivas para la persona jurídica (interés para la organización), cuyas reglas o medidas de precaución y control que le son exigibles para garantizar un adecuado desarrollo, no delictivo, de la actividad de la empresa, en ningún modo lo evitan (defecto de organización), dicha persona jurídica será culpable y podrá ser sancionada penalmente, con independencia de la

16. Cfr. Bacigalupo, en *Delito y punibilidad*, 1983, pp. 30 y ss. Hay una segunda edición de esta magnífica obra, publicada en Buenos Aires, 1999.

17. Zugaldía Espinar, J. M., «Vigencia del principio *societas delinquere potest* en el moderno Derecho penal», *Revista Canaria de Ciencias Penales*, número monográfico 1/1999, pp. 283 y 284.

18. *Op. cit.*, p. 284.

19. *Op. cit.*, p. 285. Cfr. también Bacigalupo, E., «La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo», *Revista del Foro Canario*, 1994, p. 229, Schünemann, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 565 y ss., y Tiedemann, en Jescheck-FS, pp. 1411 y ss.

eventual responsabilidad de la persona física concreta que haya realizado la acción.

Sobre la base de lo anterior, diversos autores basan la culpabilidad de la persona jurídica en la falta de autorregulación suficiente²⁰, desarrollando el concepto de autorresponsabilidad empresarial y culpabilidad constructivista, como principio de una culpa propia de las personas jurídicas, defendiendo que el defecto de organización de la empresa constituye el fundamento y legitimación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como dice Bacigalupo, la culpabilidad de organización debe ser un presupuesto general de la responsabilidad de las personas jurídicas, y por ello estas han de organizar, para la prevención de su eventual responsabilidad, un sistema de control interno de juridicidad de la actuación de los órganos y de las personas a ellos subordinados²¹.

También Rodríguez Ramos recuerda que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no será sólo que una persona física con ella vinculada haya cometido un delito, según el catálogo de delitos en régimen de *numerus clausus* previsto en nuestro código, «sino también y sobre todo su vinculación objetiva y subjetiva con el hecho delictivo y no sólo con el autor del mismo», siendo el referente «la constatación de un defecto de organización o de funcionamiento de la entidad jurídica, que permitió sin preverlo y evitarlo que su administrador, representante o dependiente cometiera ese delito»²².

En fin, a pesar del escepticismo inicial sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, muy generalizado entre los autores, sobre los que pesaba mucho aún el principio *societas delinquere non potest*, lo cierto es que poco a poco se fue consolidando esta nueva hipótesis en la dogmática²³,

20. Cfr., en este sentido, Gómez-Jara Díez, C., en *Fundamentos Modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

21. Bacigalupo, E., «Compliance» y derecho penal. *Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Buenos Aires, 2012, pp. 127 y 128.

22. Rodríguez Ramos, L., «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica», *Diario La Ley* n.º 7694, 14-9-2011, p. 9.

23. V. al respecto, entre otros: Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998; Gómez-Jara Díez, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación intencional y nueva legislación española*, Buenos Aires/Montevideo, 2010; Zugaldía Espinar, J. M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», *Cuadernos de Política Criminal* núm. 11/1980, pp. 70 y ss. y «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», *Sistemas Penales Iberoamericanos, Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*

hasta el punto de que, finalmente, esa hipótesis que se planteaba como *de lege ferenda* acabó en el código penal con ocasión de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁴. En palabras de Antonio del Moral «la más revolucionaria de las modificaciones del sistema penal introducidas en la reforma de 2010»²⁵.

III. ¿RESPONSABILIDAD DIRECTA O RESPONSABILIDAD VICARIAL?

1. La regulación inicial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la Ley Orgánica 5/2010 planteó una primera duda acerca de cuál sería el modelo de imputación implantado por la misma: si el de una responsabilidad directa (autorresponsabilidad) o el de una responsabilidad vicarial (o de transferencia o por representación).

La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado sostuvo abiertamente que el art. 31 bis no permitía imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo del comportamiento delictivo de la persona física se establecía un «vínculo normativo» en virtud del cual se podía establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se inclinaba, pues, por el sistema vicarial o de transferencia, según el 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», concluyendo que «el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional».

(Director: Manuel Jaén Vallejo), auspiciado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Lima 2003, pp. 641 y ss.; Rodríguez Ramos, L., «¡Societas delinquere potest!. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», *La Ley*, núm. 4136, 3 de octubre de 1996, y en *Anuario Derecho Penal* 96, dedicado monográficamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (director José Hurtado Pozo), Perú, 1997, pp. 127 y ss.; y Jaén Vallejo, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 1/1998.

24. V. análisis crítico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de Pérez del Valle, C., en *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2016, pp. 81-83.
25. «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», obra colectiva *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas* (J. M. Zugaldía y E. Marín de Espinosa, coordinadores), Navarra, 2013, cit., p. 229.

Según dicha Circular, «el objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica no lo constituye la idoneidad objetiva o hipotética del programa de cumplimiento adoptado por la corporación, en su caso, sino que deberá centrarse en acreditar, a través de los medios de prueba con que se cuente en cada caso, que las personas físicas a la que se refieren los dos párrafos del apartado 1 del art. 31 bis CP —representantes, gestores de hecho o de derecho y subordinados en la jerarquía empresarial—, cometieron el delito en las concretas circunstancias a las que la Ley se refiere», de manera que los programas de autorregulación corporativa pueden servir para valorar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el «control debido» de la actividad empresarial, «pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el art. 31 bis CP y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal».

En la misma línea, la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, cuando concluye que «la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica».

En relación con esta segunda Circular, Antonio del Moral afirmaba que con la reforma de 2015 no se ha logrado abandonar el modelo de heterorresponsabilidad, «aunque proporcione argumentos a los partidarios de elaborar un concepto autónomo de culpabilidad de la persona jurídica al dotar de fuerza excluyente de la responsabilidad penal a la implantación de un sistema adecuado de organización empresarial regido por la cultura de cumplimiento de la legalidad»²⁶.

2. Desde luego, del tenor literal del apartado primero del art. 31 bis parece desprenderse que nuestro código ha optado por la responsabilidad vicarial o de transferencia, pues los delitos cometidos por sus representantes legales, personas con capacidad decisoria y facultades de organización y control, así

26. Del Moral García, A., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 0/2015.

como por los empleados, no suficientemente supervisados, vigilados y controlados por aquellos, se les imputa a la persona jurídica bajo determinadas condiciones.

Pero, claro, el artículo da mucha importancia a los programas de prevención del delito, los *compliance*, hasta el punto de que los apartados 2 y 4 del art. 31 bis eximen de toda responsabilidad penal a la persona jurídica si antes de la comisión del delito los han adoptado y ejecutado eficazmente. Por tanto, sólo el defecto de organización por no haber adoptado un buen programa de *compliance*, es el que permite basar su responsabilidad penal, no el simple hecho de que su representante o persona con poder de dirección de la misma o un empleado respecto del que se han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, haya cometido un delito. Otra conclusión chocaría palmariamente con el principio de culpabilidad, pues supondría estar responsabilizando a la persona jurídica por conductas ajenas.

Que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la de las personas físicas que en su seno cometen el delito, por más que ello sea un engarce necesario para activar aquella, viene además corroborado por lo dispuesto en el art. 31 ter, cuando afirma que tal responsabilidad penal será exigible, «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (apartado primero), añadiendo que «la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (apartado segundo).

Por tanto, la responsabilidad de la persona jurídica es propia e independiente de la responsabilidad de la persona física, pues aquella va a responder, aunque esta no haya sido individualizada, no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella, esté exenta de responsabilidad penal por falta de culpabilidad, haya fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la justicia. Se tiene que haber cometido un delito por parte de la persona física, a través del sistema de doble autoría previsto en el apartado primero, pero no es necesario que se produzca una condena, y ni siquiera que se conozca quién ha sido esa persona física que ha cometido el delito. Puede ocurrir, pues, que sólo haya una responsabilidad penal de la persona jurídica, o que concurren ambas, la de la persona jurídica y la de la persona física, o simplemente la de esta última, por quedar aquella exenta de responsabilidad penal conforme a lo previsto al

efecto en los apartados 2 y 4 del art. 31 bis, en ambos casos en relación con el apartado cinco, que enumera los requisitos que los modelos de organización y gestión han de cumplir para que se pueda cumplir el objetivo de tal exención de responsabilidad penal.

3. En conclusión: la responsabilidad penal de las personas jurídicas no depende de la responsabilidad de la persona física, sino de la existencia de alguno de los hechos de conexión atribuible a una persona física, previstos en el apartado primero del art. 31 bis; la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se excluye ni modifica aun cuando se excluya o modifique la de la persona física; en caso de sancionarse tanto a una como a otra, y hacerse a pena de multa, «los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías» (art. 31 ter, 1, *in fine*), a fin de evitar su desproporcionalidad.

Como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo pueden operar las previstas en el art. 31 quater, es decir, «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».

IV. MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS BASADO EN UN «DÉFICIT DE ORGANIZACIÓN»: CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a mi juicio, sólo puede encontrarse en una culpabilidad por defecto de organización²⁷.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ciertamente, está vinculada a la existencia de un hecho cometido por los representantes

27. Cfr., en este sentido, Jaén Vallejo, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 1, julio 1998, pp. 68 y ss.

legales o administradores de hecho o de derecho, o por quienes estando sometidos a la autoridad de estos y sin haberse ejercido el debido control, hubieran cometido el hecho en nombre de la persona jurídica, en su provecho o por su cuenta o, aunque no se identifique la persona concreta, el hecho haya tenido que ser cometido por quienes ostenten los anteriores cargos o funciones, pero ello no significa que la responsabilidad de la persona física se traslada a la persona jurídica, y sea ello el fundamento de la responsabilidad de esta.

La responsabilidad penal de la persona jurídica no depende de la responsabilidad penal de la persona física, sino de la existencia de un hecho de conexión atribuible a una persona física, razón por la que la responsabilidad es exigible «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (art. 31 ter). En palabras de S. Bacigalupo, «el modelo de imputación debe basarse sobre la existencia de un hecho de conexión y sobre la idea de la culpabilidad por defecto de organización»²⁸. Por el contrario, en el caso de los entes colectivos del art. 129, no es suficiente con la existencia de un hecho de conexión, sino que, para que pueda imponerse alguna de las consecuencias accesorias allí previstas, es necesario que exista un autor responsable del hecho, condenado a una determinada pena, pues las consecuencias accesorias lo son de la pena.

No se trata, como advierte Zugaldía, «de “transferir” lo que ha hecho una persona (la persona física) a otra que no lo ha hecho (la persona jurídica)», «ni de afirmar que el hecho cometido por una persona (la persona física) equivale jurídica o axiológicamente a su realización por otra persona (la persona jurídica)», sino que se trata de determinar bajo qué condiciones normativas se puede atribuir directamente el hecho a la persona jurídica como propio, como su autora²⁹. Se trata, pues, de una culpabilidad por defecto de organización³⁰. El citado autor se muestra favorable a la tesis de que la regulación del Código penal obedece a un modelo de «auto-responsabilidad o responsabilidad directa de las personas jurídicas», rechazando que el modelo de responsabilidad sea el de hetero-responsabilidad o «sistema vicarial», como se deduce, añade el autor, en primer lugar, del hecho de que la atribución de responsabilidad criminal

28. «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en la obra colectiva (dirigida por J. M. Zugaldía y E. Blanco Marín de Espinosa) *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, p. 83.

29. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia 2012, p. 69.

30. Sigue así el punto de vista de Tiedemann, expresado entre otras obras en «Responsabilidad de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, pp. 21 y ss.

a la persona jurídica se realiza con total y absoluta independencia de que se identifique o no («levantamiento del velo») a la persona física que ha actuado en su seno, o de que no se pueda proceder contra ella por haber fallecido o haberse sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter 1)³¹, en segundo lugar, «de que no solo la actuación delictiva del superior determina la responsabilidad de la persona jurídica, sino también la de los subordinados»³² (art. 31 bis 1) y, en tercer lugar, «se deduce del hecho de que la culpabilidad de la persona jurídica sea independiente de la culpabilidad de la persona física que realiza el hecho de referencia o de conexión»³³ (art. 31 ter 2), y se deduce, por último, «de una interpretación constitucionalmente conforme del art. 31 bis... ya que no es posible imponer una pena a una persona jurídica sin fundamentarla en un reproche frente a la misma»³⁴.

Lo anterior se quiso dejar claro ya, precisamente, en la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, cuando en ella se afirma, luego de señalar la intención de querer llevar a cabo con la reforma una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, «la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal», y expresando incluso, en forma cristalina, para despejar así cualquier nebulosa que aún pudiera quedar, 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, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales».

En el mismo sentido, S. Bacigalupo deja claro que la existencia de un déficit o defecto de organización «no es sólo un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica»³⁵ y que, por tanto, «la existencia de un déficit o defecto de organización debe ser el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas»³⁶. Ahora bien, añade la autora, entre el riesgo

31. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, cit., pp. 70 y 71.

32. *Ibidem*.

33. *Ibidem*.

34. *Ibidem*.

35. «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», cit., pp. 83 y 84.

36. *Ibidem*, con cita de Tiedemann, de Zugaldía, y de su propia obra sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 398 y ss.

generado por la ausencia de control debido o por la omisión de control, constitutivo de un déficit de organización, y el resultado creado o no evitado, expresado por el delito cometido por la persona física, debe haber una relación de imputación objetiva, rigiendo aquí «los criterios generales de imputación»³⁷.

En cuanto a la culpabilidad de la persona jurídica, S. Bacigalupo concluye afirmando que ha de basarse en un defecto de organización, por lo que tal culpabilidad debe excluirse «cuando *ex ante* el programa de compliance y / o un adecuado código de buen gobierno corporativo permita demostrar que en el seno de la organización de la persona jurídica se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para la evitación de riesgos penales»³⁸.

Por último, otro destacado autor, igualmente pionero en esta materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Rodríguez Ramos, concluye afirmando, en uno de sus muchos trabajos sobre la cuestión examinada, la necesidad de «encontrar una imputación objetiva y subjetiva del delito a la persona jurídica, en la existencia de una posición de garante y de la consiguiente posibilidad de evitar el resultado delictivo, pero también en el deber de prever y evitar dicho resultado sin concurrencia de causa de exculpación en sentido amplio, incluido el error»³⁹, señalando que «el referente tendrá que ser la constatación de un defecto de organización o de funcionamiento de la entidad jurídica, que permitió sin preverlo y evitarlo que su administrador, representante o dependiente cometiera ese delito»⁴⁰.

Puede afirmarse, pues, que, aunque el modelo adoptado en el Código penal depende de la existencia de un hecho de conexión atribuible a una persona física, no de la responsabilidad penal de esta, como ocurre, en cambio, en el caso de los entes colectivos del art. 129, la responsabilidad penal de la persona jurídica es propia, aunque naturalmente vinculada a las acciones de la persona física, única forma a través de la cual puede expresarse aquella. En otras palabras: el modelo de imputación se basa en la existencia de un hecho de conexión, que es el que se describe en nuestro Código en el art. 31 bis 1, y sobre la idea de la culpabilidad por defecto de organización (art. 31 bis 2 y 4).

37. *Op. cit.*, p. 84.

38. *Op. cit.*, p. 88. En el mismo sentido, Zugaldía Espinar, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin responsabilidad y de sus directivos*, cit., pp. 97 y ss.

39. «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El “delito de sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “impura” en la Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado», *La Ley*, 14 de septiembre de 2011.

40. *Ibidem*.

La concreción de las obligaciones del deber de control de la persona jurídica queda asociada, a partir de la Ley Orgánica 1/2015, a la dimensión de aquella. Así, el apartado 3 del art. 31 bis señala que las funciones de supervisión en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, que son aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada⁴¹, no tiene por qué realizarlas un órgano autónomo de supervisión, un oficial de cumplimiento, sino que pueden ser asumidas por el órgano de administración.

V. «COMPLIANCE PROGRAM»

No cabe duda de la extraordinaria importancia de los programas de prevención de riesgos penales y de cumplimiento (*compliance program*), de la cultura de respeto al derecho, exteriorizada a través de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de los directivos y subordinados jerárquicos de la persona jurídica, tendentes a evitar la comisión por estos de los delitos previstos en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a evitar, en fin, la criminalidad en la persona jurídica.

La idoneidad de los programas de cumplimiento será un aspecto de especial relevancia. Hoy, como es bien sabido, hay ya empresas, algunas de ellas de un enorme prestigio, dedicadas a dar certificaciones externas, que pueden tener un alto valor, aunque la última palabra la tendrán los jueces y tribunales y, naturalmente, el Tribunal Supremo, sin perder de vista el cumplimiento de los criterios a los que se refiere la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, por cuanto que ello reducirá las posibilidades de acusación. Aquí, dicha Circular aclara, en relación con la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado que 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, que el código se está refiriendo al denominado oficial de cumplimiento o *compliance officer*, que no necesariamente tiene que tratarse de una sola persona, atendiendo

41. Según la Ley de Sociedades de Capital pueden formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades en las que durante dos años consecutivos concurran, al menos, dos de las siguientes circunstancias: el total del activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros; la cifra de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros; el número medio de trabajadores empleados no sea superior a 250 trabajadores (art. 258 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio).

naturalmente al tamaño de la empresa, señalando que el precepto no establece el contenido de sus funciones, por lo que «deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del art. 31 bis, pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado 2. Para ello deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda», no existiendo, naturalmente, problema alguno por el hecho de que una compañía pueda acudir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica, siendo incluso deseable que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible. Y, por supuesto, conforme a lo previsto en la condición 4.^a del art. 31 bis 2, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal.

Por tanto, no se trata de conseguir un sello que pretendidamente acredite un programa estándar de prevención de delitos, «para cubrir el expediente». Los encargados de *compliance* habrán de ser personas debidamente cualificadas, para poder así implementar adecuadamente los programas de *compliance*.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 introdujo una regulación detallada de las características de los modelos de cumplimiento, a través del apartado 5 del art. 31 bis, potenciando así el principio de culpabilidad como base de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a diferencia de lo que, hasta entonces, ocurría, asentando tal responsabilidad en el defecto de organización. Razón por la cual los programas de cumplimiento son verdaderos elementos que eximen la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así, según el apartado 2 del art. 31 bis, en el caso de delitos cometidos por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, siempre que se hayan cometido en nombre o por cuenta de persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

- 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;
- 2.^a 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;
- 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- 4.^a 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.

En la hipótesis de que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, el último párrafo de este apartado segundo prevé que tal circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Como puede verse, la regulación actual ha superado ya la vieja referencia contenida en la redacción inicial a los administradores de hecho y de derecho, que planteaba algunas dudas, en relación, por ejemplo, a los mandos intermedios, haciéndose ahora hincapié en lo verdaderamente relevante, esto es, la capacidad decisoria en el ámbito de la administración o la dirección, de la persona física, o bien en sus facultades de organización y control, dentro de la persona jurídica.

Y en el caso de los delitos cometidos por empleados, es decir, aquellos que, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas con capacidad decisoria o con facultades de organización o control en la persona jurídica, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllas los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad, de acuerdo con el apartado cuarto del art. 31 bis, 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.

Los modelos de organización y gestión, referidos tanto a la hipótesis de delitos cometidos por personas con poder de dirección o representación (art. 31 bis, 1 a) y 2), como a la de delito cometidos por empleados (art. 31 bis, 1 b) y 4), según lo prevé el apartado cinco, deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

Por tanto, la Ley Orgánica 1/2015 despejó todas las dudas sobre la necesidad de un defecto de organización para poder hacer responsable penalmente a la persona jurídica, se trate de delitos cometidos por sus representantes legales o que ejerzan poderes decisorios o facultades de organización o control, o de delitos cometidos por los empleados de estos sujetos a su control y vigilancia, por cuanto que la existencia de un modelo de organización y gestión, adoptado y ejecutado antes de la comisión del delito, en los términos previstos en el apartado cinco, excluirá su responsabilidad penal.

A diferencia, pues, de la regulación anterior, los programas de cumplimiento, a partir de dicha reforma de 2015, dejaron de ser atenuantes, para convertirse en eximentes de la responsabilidad penal, siempre y cuando se den todas las condiciones requeridas y cumplan con los requisitos de eficacia que señala el código penal.

En palabras de S. Bacigalupo, incluso antes de la reforma de 2015, «la culpabilidad por defecto de organización se debe excluir cuando *ex ante* el programa de compliance y/o un adecuado código de buen gobierno corporativo permita demostrar que en el seno de la organización de la persona jurídica se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para la evitación de riesgos penales»⁴², es decir, una hipótesis en la que no hay infracción de deber alguno, ni defecto de organización de la persona jurídica, por lo que es evidente que en tal caso debe excluirse toda responsabilidad penal de la misma.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS «COMPLIANCE PROGRAM»

Una cuestión especialmente debatida es la relativa a la naturaleza jurídica, en el marco de la estructura del delito, que deba atribuirse a los programas de cumplimiento que hacen posible la exclusión de la responsabilidad penal, y que fue, precisamente, uno de los aspectos debatidos en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 154/2016⁴³, que confirmó la condena de la persona jurídica, Transpinelo, S.L., recaída en la instancia, si bien excluyendo la pena de disolución que se le había impuesto, «con la finalidad de preservar los puestos de trabajos de la misma», aunque manteniendo la multa.

Esta Sentencia, que dejó claro que el sistema adoptado por el legislador es el de autorresponsabilidad, no el vicarial, hizo referencia a la naturaleza jurídica de la eximente, esto es, a los modelos de organización y gestión, con los requisitos del apartado cinco del art. 31 bis, señalando que esos mecanismos de control suponen la inexistencia misma de la infracción, siendo su ausencia el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica. Cuestión esta que fue una de las más debatidas, hasta el punto de que los Magistrados disidentes formularon voto particular, en oposición al criterio de la mayoría, que había entendido que la ausencia de las medidas de prevención y control de su funcionamiento interno constituía el núcleo de la tipicidad, sosteniendo que ello debía verificarse más bien en sede de culpabilidad, algo que se consideraba relevante en cuanto a la carga de la

42. Bacigalupo, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, número 7541, de 5-1-2011, p. 4.

43. De 29 de febrero. Recurso de casación 10011/205P. Estima el recurso. Ponente: Magistrado D. José Manuel Maza Martín. ROJ: STS 613/2016. ECLI: ES: TS: 2016: 613. Votos particulares.

prueba, de manera que, según el criterio de la mayoría de la Sala, sería a la acusación a quien correspondería probar la suficiencia o insuficiencia del control, como elemento clave para afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, sería la acusación quien tendría la carga de la prueba sobre el defecto de organización, mientras que, según el criterio de la minoría, en la línea de la Circular de la Fiscalía General del Estado, dicha carga de la prueba correspondería a la defensa.

La sentencia puso de manifiesto que, aunque en la práctica será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, que revelen la existencia de una «cultura de cumplimiento», «lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal». La carga, pues, de la prueba sobre la inexistencia de tales controles, corresponde a la acusación.

A otra conclusión llegaron los firmantes del voto particular (siete magistrados), entendiendo, por un lado, que lo que configura la responsabilidad penal de la persona jurídica son los hechos de conexión del apartado 1 del art. 31 bis, que es lo que tiene que probar la acusación y, por otro lado, que la conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir delitos en el seno de su actividad social, es uno de los motivos que han llevado al legislador a prever la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero la acreditación de la ausencia de esa cultura de control no es un presupuesto específico de esa responsabilidad penal, aunque pueda actuar como eximente o atenuante, correspondiendo su prueba a la defensa.

Esta importante sentencia del Pleno de la Sala parte de una precisión, que creo que es fundamental, y que tiene que ver con el necesario respeto de los principios esenciales que informan el Derecho penal también cuando se trata de declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y después de esta proclamación de principios, recuerda dos premisas iniciales en esta materia: a) que la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica exige como presupuesto la previa comprobación de la comisión de un delito por parte de una persona física integrante de la organización; y b) que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Por ello, continúa diciendo la sentencia que «la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsa-

bilidad penal (...), 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, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal».

Se utiliza, pues, una expresión ciertamente novedosa en la jurisprudencia, como es la referida a la «cultura de respeto al Derecho», que se materializa según dice la Sentencia, en las medidas de vigilancia y control efectivo que debe adoptar la persona jurídica, y cuya orientación final es precisamente evitar la comisión de delitos por parte de las personas físicas que integran la organización.

La Sentencia señala que la eventual existencia de modelos de organización y gestión que cumplan las exigencias del actual art. 31 bis 5, podría dar lugar a la concurrencia de la eximente prevista en el propio precepto, manifestándose el Tribunal en contra de vincular la misma con la exclusión de la culpabilidad o con la exclusión de la antijuricidad, y optando por establecer una relación de la eximente con el tipo objetivo, pues «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».

De este modo la existencia/inexistencia de herramientas de control (idóneas y eficaces) para evitar la comisión de delitos se revela como un elemento a considerar en el nivel de la tipicidad objetiva (no en el de la culpabilidad), quedando exenta de responsabilidad (por falta de tipicidad se entiende) la persona jurídica que acredite la existencia de tales medidas. El núcleo típico de la responsabilidad de la persona jurídica estaría por tanto constituido por la ausencia de medidas y por la previa comprobación de la comisión de un delito por parte de una persona física integrante de la organización.

La Sentencia 154/2016 cita expresamente la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que sitúa la eximente en las proximidades de una «excusa absolutoria» vinculada a la punibilidad, lo que la Sala de lo Penal considera discutible «si tenemos en cuenta que una excusa absolutoria ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la

responsabilidad, cuya punición se excluye», mientras que «la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción».

Siguiendo con el razonamiento judicial, la finalidad de la eximente es «posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad», pero en modo alguno debe confundirse lo anterior «con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente».

Aunque esta sentencia reconoce que en la práctica será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la prueba de la real existencia de modelos de prevención adecuados —reveladores de una cultura de cumplimiento—, los Magistrados se niegan a admitir que esta actuación constituya una carga para la persona jurídica sometida al proceso penal.

Como se dijo, en el voto particular concurrente se relaciona la eximente con la culpabilidad —que quedaría excluida—, señalando los Magistrados discrepantes que la exención es coherente «con el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que nos hemos referido, excluyendo su culpabilidad, en el sentido figurado al que también hemos hecho referencia». En el voto particular se contienen algunas afirmaciones que podrían avalar la tesis del reconocimiento de una culpabilidad propia de las personas jurídicas. Y así, se dice que: «La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art. 31 bis 1 CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art. 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio», fundamentándose la misma en «los principios generales 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*».

En la Sentencia se considera que la finalidad de la eximente es posibilitar a la persona jurídica la pronta exoneración de su responsabilidad, lo que no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación corresponde a la acusación en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica para beneficiarse de la exención, pues

en este último caso será la persona jurídica quien corra con la carga de su acreditación como tal eximente. De forma coherente con lo anterior, la Sala considera que «el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos facticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión».

Por su parte, los Magistrados firmantes del voto particular no ponen en duda «que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno»; a pesar de lo cual no comparten con quienes suscriben la sentencia mayoritaria que la ausencia de una cultura de respeto al Derecho pueda calificarse como el núcleo de la tipicidad o como un elemento autónomo del tipo objetivo que corresponda probar a la acusación en cada caso concreto.

En fin, la sentencia rechaza expresamente el modelo de la responsabilidad por transferencia o vicarial, citando al efecto el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 y llamando específicamente la atención sobre las dificultades que en el enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades nos encontraríamos —si se optara por un sistema de responsabilidad por transferencia— «en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 ter 1 del Código penal)».

VII. CONCLUSIONES

Aunque el término «culpabilidad» es un término multívoco, pues con él se puede estar haciendo referencia tanto al antónimo de «inocencia», como a uno de los presupuestos del delito, siguiendo la concepción tripartita del delito como hecho típico, antijurídico y culpable, e incluso al principio de culpabilidad como uno de los principios superiores del derecho penal, cuando hablamos de «culpabilidad de la persona jurídica» no podemos sino referirnos a la «culpabilidad por defecto de organización», que es la que legitima su responsabilidad penal, siendo difícilmente trasladable a la persona jurídica las categorías

COLECCIÓN
GRANDES TRATADOS
ARANZADI

Examina la responsabilidad penal de las personas jurídicas, explorando sus fundamentos en el marco del modelo de imputación del Código Penal Profundiza en el papel de los administradores, los planes de prevención y las investigaciones internas. Incluye la jurisprudencia de referencia del Tribunal Supremo. Con un enfoque práctico y doctrinal, se destacan los efectos del dolo y la culpabilidad en la actividad empresarial.

No obstante, la cuestión de la exigencia de responsabilidad criminal a las personas jurídicas en el mundo jurídico no termina ahí, sino que es preciso examinar las cuestiones más relevantes del ámbito procesal penal, pues en él es donde van a tener que moverse. Estas cuestiones (el estatuto procesal, la prueba, etc.) son también examinadas en esta obra.

Así pues, la obra abarca los distintos aspectos que afectan a la persona jurídica cuando su responsabilidad puede ocurrir.

ISBN: 978-84-1078-013-5

