



Universitat Pompeu Fabra
Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas

Trabajo de Final de Máster

**LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA COMPLIANCE PENAL SEGÚN EL TRIBUNAL
SUPREMO**

Alumna: Camila Cordeiro Nogueira

Tutor: Juan Antonio Andino López

Barcelona – España

Período 2022-2024

Agradecimientos

A mis padres, por ser mi fuente inagotable de apoyo e incentivo,

A mi familia, por el amor incondicional,

A mi tutor, por guiarme magistralmente en la elaboración de este trabajo,

A mis amigos, por el incentivo y soporte,

A la vida, por permitirme esta increíble experiencia

Resumen

El enfoque de este trabajo está centrado en analizar cómo se aplica la carga de la prueba en los procesos penales en los cuales figuren como sujeto pasivo una persona jurídica, basándose principalmente en las decisiones judiciales del Tribunal Supremo. Se examina de qué manera la globalización ha generado la urgencia de ajustar los sistemas legales para abordar las complicaciones resultantes de las relaciones comerciales actuales y la conducta perjudicial por parte de corporaciones que pueden amenazar derechos fundamentales como la competencia justa y los derechos humanos.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se examina en su contexto histórico para entender el proceso de su incorporación en el sistema legal español, cuya base es eminentemente del *civil law*. El enfoque del estudio se basa en comprender la inserción del modelo de prevención de delitos (*compliance* penal) en este sistema legal y la comprobación de su efectividad como medio para eximir o atenuar a las empresas de responsabilidad penal.

Se hace necesario examinar la forma en que el Tribunal Supremo ha interpretado y utilizado los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo* en los casos penales que involucran a entidades legales. En este estudio se evalúa la evidencia sobre la efectividad de los programas de cumplimiento y se analizan las implicaciones legales resultantes en el sistema judicial.

Asimismo, se aborda las dificultades y desafíos relacionados con la aplicación y verificación de la eficacia de los modelos de cumplimiento penal, presentando un examen exhaustivo de la jurisprudencia pertinente y su influencia en la responsabilidad penal corporativa en España.

Palabras clave:

Persona jurídica, responsabilidad penal, elemento del tipo penal, defecto organizacional, *Compliance* Penal, riesgo permitido, eficacia, eximente, carga de la prueba; Tribunal Supremo.

Índice

1. Introducción.....	6
2. Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica:.....	7
<i>Contextualización histórica y sus argumentos de justificación</i>	<i>7</i>
<i>Personalidad Jurídica.....</i>	<i>11</i>
<i>Modelo de atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	<i>13</i>
<i>Elementos constitutivos del tipo penal según el Tribunal Supremo.....</i>	<i>15</i>
3. La Compliance Penal como eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica	20
4. Consecuencias Procesales	22
<i>Los principios de la presunción de la inocencia y de in dubio pro reo en el marco del proceso penal.....</i>	<i>22</i>
<i>La carga de la prueba de la (in)existencia o (in)eficacia de la Compliance Penal según el Tribunal Supremo..</i>	<i>25</i>
5. Conclusión.....	35
6. Bibliografía	37
7. Anexo: jurisprudencias.....	39

1. Introducción

Resulta claro que la globalización ha generado un cambio de paradigmas. Aunque este fenómeno ha impulsado el desarrollo económico a niveles sin precedentes, también ha otorgado poderes considerables a las corporaciones privadas, los cuales les permiten generar cambios significativos en la economía, sociedad y medio ambiente.

Es innegable que el principal reto de los más distintos sistemas jurídicos en los tiempos actuales es actualizarse en el mismo eje de evolución exponencial de las relaciones mercantiles que cada día asumen un campo de actuación aún más amplio y, por lo tanto, generan impactos cada día más difusos. La actividad económica de estas corporaciones ha vulnerado varios bienes jurídicos importantes, como la libre competencia y los derechos humanos (principalmente los de segunda y tercera generación), dado que las personas afectadas se encuentran en posición de desventaja evidentes frente a estas entidades sumado a la ausencia de medidas políticas y regulaciones eficaces a la imposición de una actuación legal y socialmente responsable, consciente y ética.

Motivados por la legítima preocupación de mitigar los incontables efectos negativos en la humanidad, los más distintos organismos internacionales han instado a los Estados a tomar medidas más eficaces para prevenir estos riesgos, dando origen a diversas reformas legales en varios países que reconocen el potencial delictivo de las empresas.

Esta presión internacional se ha manifestado en dos vertientes: Mientras algunas Organizaciones Internacionales están inquietas por los efectos medioambientales y violaciones de derechos humanos, países económicamente importantes como Estados Unidos tratan de proteger la competencia justa contra la corrupción corporativa.

Esta idea de responsabilidad asociada a la intención de frenar la actuación inconsecuente de las grandes mercantiles, funda la base axiológica de los más diversos países que han pasado a reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica, sea cual sea la modalidad elegida de su atribución.

La aparición de la *Compliance* Penal se da en este entorno político global, donde múltiples escándalos de corrupción han cobrado relevancia. A pesar de esto, existen muchas diferencias sustanciales en cuanto a la responsabilidad penal de las entidades jurídicas entre los sistemas legales y lo que se entiende por un modelo de prevención de delitos eficaz. Estas divergencias abarcan desde cómo se define la capacidad para cometer delitos por parte de estas entidades hasta a quién incumbe el reto de comprobar la concurrencia de todos los elementos y requisitos

indispensables a la imputación del reproche penal. Por consecuencia, esto influye directamente en el contenido que debe disponer un programa de prevención de riesgos penales para que le sea reconocido la condición de eficaz en una defensa penal.

También llamado Modelo de Prevención de Delitos, el *Criminal Compliance Program* se distingue por la auto-regulación empresarial con el objetivo principal de asegurar una cultura de cumplimiento en su desempeño económico, pero sin olvidarse que, debido a la gravedad que se le impone una sanción penal, ha adquirido un papel relevante en el sistema penal español y otros sistemas legales occidentales al eximirles de dicha responsabilidad.

Este trabajo, en un primer momento, se propone a abordar de manera resumida y selectiva algunos temas y conceptos relacionados con la responsabilidad penal que forman la base para establecer la responsabilidad de una persona jurídica según las leyes penales en España.

En seguida, se objetiva examinar de qué manera la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asignado la responsabilidad de probar la eficacia del modelo de prevención de delitos. La importancia de este análisis radica en que la responsabilidad penal de las empresas, el cumplimiento penal y la carga de la prueba son conceptos legales estrechamente vinculados, aún objeto de numerosas discusiones entre expertos judiciales y académicos, cuya clarificación es imprescindible para atribuir mayor seguridad jurídica a esta novedosa responsabilidad penal.

2. Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica:

Contextualización histórica y sus argumentos de justificación

El surgimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica rompió con el antropocentrismo que hasta poco tiempo sentó la base de la Política Criminal española y, garantizando el orden social a través de la reglamentación de la conducta humana en comunidad.

Sin embargo, esto no presupone que no se reconocía la persona jurídica como sujeto de obligaciones. Antes de estrenar la responsabilización penal de las personas jurídicas por las reformas del Código Penal español de 2010 y 2015, ya se les atribuía la capacidad de derechos y obligaciones en el ámbito del derecho civil y administrativo. La globalización, a lo largo de los años, ha creado en escenario ideal para que estas organizaciones asumieran estructuras organizacionales cada día más complejas, generando impactos importantes que, a su vez, en algunos casos, trascienden fronteras. Esta nueva realidad hizo surgir, en el ámbito

internacional, la sensación de insuficiencia de las medidas empleadas por los Estados hacia la construcción de un desarrollo económico más consciente, ético y en respeto a las normativas.

La principal razón de su ineficacia se ubica en la actuación económica de dimensiones transnacionales y/o transcontinentales que estas organizaciones con la consecuente posibilidad de generar, o con el potencial de hacerlo, sea en el desarrollo de su actividad o a través de su red de suministros, un impacto directo a la economía mundial y a las más distintas comunidades alrededor del globo, incluyendo las futuras. Sobre esto discurre Laura Zúniga¹:

“Es importante (...) dejar en evidencia que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los compliance (...) responden a una serie de coordenadas económicas y sociales en las que se asume el protagonismo de las empresas en tanto actores con grandes capacidades para realizar el bienestar social, pero también, crímenes execrables. La empresa, agente de riesgos durante el proceso de su actividad económica y social, está en la obligación de contener esos riesgos, de limitarlos al ámbito de lo jurídicamente permitido, para que no lleguen a producir infracciones graves”

El propio preámbulo de la Ley Orgánica n. 5/2010, de 22 de junio, que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica, dispone que “son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas”².

Otro fenómeno fruto de la indemnidad penal de estos entes colectivos que merece igual atención es la instrumentalización de la persona jurídica que se caracteriza por la utilización de la mercantil por individuos, conscientes de esta ausencia de reproche penal, para la comisión del delito deseado.

Así las cosas, surgió la necesidad de elaborar normativas más atentas a la complejidad técnica y humana inherentes a los entes colectivos que, además de la actuación ilícita consciente, favorecen sesgos cognitivos y volitivos, que, sumados a la orientación al lucro de estas empresas, constituye, lo que SILVA SÁNCHEZ³ llama de “estado de cosas especialmente favorecedor de la comisión de delitos por las personas físicas”.

Con esto, el fundamento para introducir la responsabilización de esta naturaleza al ordenamiento jurídico es la idea de que si el Estado autoriza estas mercantiles a desarrollar actividades económicas, que siempre conlleva riesgos inherentes, es fácil concluir que el Estado

¹ RODRÍGUEZ, L. Z. “[Compliance penal, diligencia debida, culpa organizacional: ¿juego de abalorios para la responsabilidad \(penal\) de las personas jurídicas?](#)”, LA LEY 8453/2022) (p. 4)

² Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

³ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. 395.

puede y debe exigirles que lo hagan bajo estándares éticos y legales y, por consiguiente, responsabilizarles en caso de violación grave a bienes jurídicos considerados relevantes en el mismo nivel de severidad del impacto de sus actos, bajo el riesgo de menosprecio del “*rule of law*”, puesto “que quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo y quien se beneficia de una actividad económica está en la obligación de satisfacer los daños que ella cause”⁴.

Por lo tanto, notase que se trata de una innovación de interés político criminal, como bien puntúa SILVA SÁNCHEZ⁵:

“La tesis favorable a la introducción de un modelo de sanciones penales para las personas jurídicas – a la que parece haber dado la razón al legislador español – ha venido sosteniendo que aquél resulta necesario para combatir con éxito la criminalidad empresarial”.

SILVA SÁNCHEZ⁶ advierte que, a un primer análisis, la reforma de 2015 pueda parecer inocua, dado que las sanciones impuestas no distinguen de las de naturaleza administrativa desde un punto de vista fáctico. Sin embargo, entiende que el coste reputacional expresivo de una condenación criminal es un importante desincentivo a la criminalidad organizacional, mecanismo que el doctrinador llama de “preventivo-coercitivo”.

El mismo autor reconoce la imposibilidad de algunos casos de identificar la persona física que actuó directamente (*irresponsabilidad organizada*), la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual y la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales, como los tres argumentos que justifican la necesidad de imponer una sanción de naturaleza penal a estos entes colectivos, *in verbis*⁷:

“la *irresponsabilidad organizada*: no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores, directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. En segundo lugar, el de la *insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual*: incluso en los casos en que tal sanción sea posible, superando las dificultades probatorias o técnico-jurídicas que muchas veces se suscitan, ella constituye una respuesta insuficiente para la criminalidad empresarial. Y, en tercer lugar, el de la *insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales*: las alternativas orientadas a la responsabilidad de la propia persona jurídica al margen del Derecho

⁴ RODRÍGUEZ, L. Z., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

⁵SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas”, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, p. 18.

⁶ *Ibidim*, p. 18-19

⁷ *Ibidim*, p. 18.

y del proceso penal (muy en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa; en este punto, son consideraciones vinculadas al modo de articulación de los procedimientos penal y administrativo, así como a la peculiar naturaleza simbólica de la reacción penal las determinantes.”

Si bien la responsabilidad penal de la persona jurídica haya ganado impulso en los años entre 1920 y 1950 en el contexto jurídico del derecho americano⁸, el paradigma axiológico del *societas delinquere no potest*⁹ vino a romperse en el sistema jurídico español apenas en el año de 2010¹⁰, inaugurando la capacidad delictiva de las personas no naturales tras la inclusión del artículo 31 bis al Código Penal español por la Ley Orgánica 5/2010.

Con el claro interés de conferir cierto nivel de seguridad jurídica a estas organizaciones económicas, el derecho anglosajón, cuna de la responsabilidad penal de la persona jurídica, atribuyó al programa de prevención y control interno el poder de exentar o atenuar la responsabilidad penal a las personas jurídicas frente a la comisión de delitos en su seno. Estos programas de prevención interno son conocidos como la *Compliance* Penal o cumplimiento normativo penal. Estos, cuando implementado de manera eficaz, sirve de comprobación de su buena fe en el desarrollo de sus actividades.

SILVA SÁNCHEZ¹¹ defiende que el programa de *Compliance* Penal puede ser una forma de establecer condiciones para la permisión del desarrollo de las actividades empresariales, dado los “costes inasumibles” de la prohibición del desarrollo de sus actividades económicas a la sociedad.

En España, apenas 5 años después de la introducción del reproche penal a la persona jurídica, se reconoció al modelo de prevención interno eficaz como instrumento de exención de esta responsabilidad, a través de la publicación de la Ley 1/2015, de 30 de marzo.

Es importante poner de relieve que toda actividad económica presupone un riesgo inherente a ella, es decir, no hay dudas de que para que se permita el desarrollo de una actividad económica hay que permitir la exposición de los bienes jurídicos legalmente protegidos a un determinado nivel de riesgo por el Estado. A esto llamamos de *riesgo permitido* en las denominadas

⁸ CUSSAC, J. L. G., “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2019, p. 33.

⁹ Axioma en latín que hace referencia a la inexistencia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

¹⁰ TUERO SÁNCHEZ, J. A., “¿Quién debe asumir la carga de la prueba de la vigencia de un modelo de organización eficaz?”, en Actualidad Compliance 2019, editorial Aranzadi, 2019, p. 271.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. 395.

sociedades del riesgo. Así las cosas, es cierto decir que si se permite un cierto nivel de riesgo, no todo delito cometido en su seno fundamentará una responsabilidad penal a la persona jurídica, sino más bien apenas los cometidos extrapolando este riesgo permitido.

Debido a esto, el principal reto del modelo de prevención es justamente la creación de mecanismos capaces de evitar transponer estos límites permitidos, cuando sea posible, y/o de adoptar medidas que sean capaces de mitigar sus impactos. Sin embargo, jamás se pretende exigir la total evitación de estos riesgos, dado que alcanzar un riesgo cero es una realidad imposible. El que se exige de la empresa para que se beneficie de esta exención es que haya implementado mecanismos y procedimientos internos de control idóneos a la evitabilidad de estos riesgos no permitidos.

Antes de todo, es importante tener en cuenta que la comprensión de la *compliance* penal como eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica se ve intrínsecamente vinculada a conceptos del Derecho Penal material, resultando consecuencias distintas en la atribución de la carga probatoria de la eximente penal. Por ello, aclarar previamente estos conceptos y posiciones doctrinales desde el punto de vista material es indispensable, por lo que apenas posteriormente adentraremos en la discusión de la carga de la prueba de existencia y eficacia de los programas de prevención de delitos.

Personalidad Jurídica

El art. 31 bis.1 restringe la imputación penal a “las personas jurídicas” que se subsumen a las circunstancias de las alineas a y b, por lo que muchos autores reconocen en la personalidad jurídica un requisito para el reproche penal a una persona moral. No obstante, el legislador trató de **excluir expresamente** la responsabilización penal de algunos sujetos dotados de personalidad jurídica. Por lo tanto, la personalidad jurídica debe necesariamente estar asociada al que llamo de “subrequisito de negación”, es decir, no debe encuadrarse entre aquellas previstas en el art. 31 quinquies:

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.¹²

¹² El subrayado es nuestro.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del [artículo 33](#). Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Vale consignar que en el texto original de la lista de personas jurídicas no sujetas a responsabilidad penal estaban incluidos los partidos políticos y los sindicatos, siendo posteriormente excluidos, y, por lo tanto, actualmente se encuentran sujetos a la sanción penal, tras la publicación de la Ley Orgánica 7/2012. Ya respecto a los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, la Fiscalía General del Estado – FGE, hasta mediados de 2016, consideraba la posibilidad de excluir la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, en determinadas circunstancias, por entender que disponen de *“intereses privados, aunque comunes – a un sector económico o profesional -; y participan de tareas de naturaleza pública de forma variable”*¹³, pero posteriormente cambió su posicionamiento en la Circular 1/2016, entendiéndolo por su legitimación al afirmar que *“no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas.”*¹⁴.

Por todo el expuesto, conforme el entendimiento asentado en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, adoptada por la Fiscalía General del Estado, se puede clasificar las personas jurídicas en 3 categorías: las dos primeras consideradas personas jurídicas imputables y la última inimputables¹⁵. La primera se refiere a aquellas que operan con normalidad y que disponen de fondos lícitos e ilícitos, estando sujetas a penalización bajo el art 31 bis y siguientes del CP. A la segunda categoría se subsumen aquellas que desarrollan actividades económicas, en su mayoría, ilícitas, disponiendo de una combinación de fondos lícitos y ilícitos, siéndoles aplicado un régimen más gravoso dispuesto en el art. 66 bis, 2 b) del Código Penal. La última se refiere a las sociedades denominadas de *“sociedades instrumentales”* o *“sociedades pantalla”*, cuyas actividades son ilícitas o que las actividades legales son meramente residuales.

¹³ Fiscalía General del Estado. (2011). Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf . Pág. 8 y 9.

¹⁴ Fiscalía General del Estado. (2016). Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

¹⁵ CUSSAC, J. L. G., “RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 110-111.

A estas se les aplica la figura de la simulación contractual y la doctrina del levantamiento del velo para despojarse de un personalidad jurídica y calificarlas como *personas inimputables*¹⁶.

En este sentido el Tribunal Supremo se manifestó en la STS 534/2020, de 22 de octubre, *in verbis*:

“para apreciar la responsabilidad penal de una persona jurídica, esta debe tener una “*mínima complejidad interna*” que le otorgue “*capacidad autoorganizativa*” que permita hacerla responsable penalmente *ex. art. 31 bis CP* por las consecuencias derivadas de la culpa organizativa. En contraposición, las “*denominadas ‘sociedades pantalla’ que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales*”. En estos supuestos deberá procederse al “levantamiento del velo” dirigiendo la acción penal contra la persona o personas físicas detrás de la persona jurídica, siendo ello lo único respetuoso con el principio *non bis in idem*.”¹⁷

Aunque se desconsidere la personalidad jurídica de las sociedades pantalla, esto no implica en la totalmente exención de cualquier tipo sanción penal a la *sociedad despersonificada*, dado que la reforma de 2015, a través del art. 129, dictaminó que a dichas personas se puede aplicar las llamadas “penalidades accesorias” por la responsabilidad atribuida al autor, pudiendo venir a ser determinada, por ejemplo, la clausura de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales. Por lo tanto, el hecho de despersonificarla no significa una ventaja, sino más bien una desventaja, como bien asentó en el dictamen anteriormente mencionado.

Debido a todo el expuesto, algunos autores, como CUSSAC¹⁸, entiende la personalidad jurídica como presupuesto legal común a lo que llaman de “hechos de conexión”, que mencionaremos a seguir.

Modelo de atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Fundamentar la responsabilidad de naturaleza penal a las personas morales no es una tarea fácil. Parafraseando SILVA SÁNCHEZ¹⁹, el Derecho Penal de la empresa tensiona especialmente la Teoría del Delito, dado que:

¹⁶ *Ibidim*, p. 111

¹⁷ El subrayado es nuestro.

¹⁸ CUSSAC, J. L. G., “RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO”, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 97-111.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p.7-8.

“el paradigma de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado”²⁰.

Si se parte de una teoría desarrollada en este contexto, la concurrencia de varios sujetos, como bien puntúa SILVA SÁNCHEZ²¹, produce algunas distorsiones:

“(i) La disociación entre ‘acción y responsabilidad’ (...) que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción o (...) en falta de autonomía decisoria (...); (ii) La escisión – fragmentación- de los elementos del tipo. En contexto de división funcional del trabajo (...). (iii) La aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo: (...) sesgos cognitivos (...) o volitivos, que afectan a los sujetos integrantes del grupo.”

El modelo dogmático de la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica busca justificar esta responsabilización²², sea en el sentido de que se le atribuye una responsabilidad por mera transferencia de una responsabilidad originada por una conducta delictiva de una persona física que realiza el *actus reus* y la *mens rea*²³ (responsabilidad por transferencia o *vicarial*, o modelo de *heterorresponsabilidad*²⁴), sea una responsabilidad originada por un hecho propio de la persona jurídica, es decir, un hecho cometido²⁵ por la propia persona jurídica (responsabilidad por hecho propio o modelo de *autorresponsabilidad*)²⁶. Los modelos se diferencian, principalmente, porque el modelo de autorresponsabilidad reconoce el *modelo de organización y gestión* como núcleo de la tipicidad, dando origen al *hecho propio* imputable a la persona jurídica, ya el modelo de heterorresponsabilidad apenas reconoce su carácter de *circunstancia modificativa de la responsabilidad penal* del ente colectivo²⁷.

²⁰ El subrayado es nuestro.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. 8.

²² El legislador también previó cierto nivel de responsabilidad penal a las entidades que no poseen personalidad jurídica, a las cuales son atribuidas consecuencias accesorias, conforme dispone el art. 12 del Código Penal.

²³ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p 298.

²⁴ *Ibidim*, p. 297-300.

²⁵ Para mejor comprensión de la amplitud del término “comisión”, recomiendo el dispuesto en la obra de SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. **VERIFICAR PÁGINAS**.

²⁶ *Ibidim*, p. 301-

²⁷ TUERO SÁNCHEZ, J. A., “¿Quién debe asumir la carga de la prueba de la vigencia de un modelo de organización eficaz?”, en ACTUALIDAD COMPLIANCE 2019, Juan Antonio Frago Amanda, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 271.

Este mismo autor, en defensa de la existencia de un modelo de atribución por hecho propio, identifica en el texto legal el objetivo último del modelo de organización y gestión previsto en los apartados 2 al 5 del 31 bis CP: adopción de medidas eficaces para prevenir delitos de la misma naturaleza que a futuro se puedan operar (art. 31.4 bis CP), por lo que se puede decir que el que genera la atenuación es la *autoorganización resocializadora*²⁸ de la persona jurídica (hecho propio), y lo que se pretende apenar es “la incapacidad de la persona jurídica de realizar un control y supervisión válido para evitar la comisión de estos ilícitos”²⁹.

En contraposición, la Fiscalía General, como bien se puede verificar en la Circular 1/2016, relativa a la responsabilidad penal de la persona jurídica, defiende que “se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial mediante un sistema de números clausus”, por entender que el objetivo es hacer “responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere”³⁰.

Elementos constitutivos del tipo penal según el Tribunal Supremo

Con la finalidad de sistematizar el estudio del problema, muchos doctrinadores han creado terminologías para designar conceptos que, una vez asociados, llevan a la responsabilidad penal u a su exención/atenuación. Sin embargo, considerando que este trabajo se enfoca en los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo español, enfocaremos en el estudio de los elementos constitutivos del tipo identificados pela Corte en su ejercicio hermenéutico del dispositivo 31 bis CP, sin olvidarnos de hacer breves consideraciones doctrinales respecto a ellos.

En decisión reciente, del 8 de abril, **núm. 298/2024**, el Tribunal Supremo reconoce la existencia de 4 elementos del tipo:

“La responsabilidad penal de una persona jurídica además de un elemento nuclear positivo (comisión de un delito por quien actúa como directivo o empleado del ente) (*i*), otro normativo (que se trate de uno de los delitos en que está prevista es posible responsabilidad) (*ii*) y otro negativo (que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado para la actuación delictiva del agente) (*iii*), reclama un elemento accesorio que es pieza

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. 8.

²⁹ *Ibidim.*

³⁰ *Ibidim.*

imprescindible: el delito, objetivamente considerado y con independencia del móvil del agente, ha de redundar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (iv).”

Como se extrae del texto legal, el primer elemento es el que llama de “nuclear positivo” se refiere a la necesidad de comisión de un delito (*numerus clausus*) por un directivo o empleado, es decir, el Tribunal asentar que, si bien se entienda que la sociedad no será responsable directamente por el hecho cometido por el individuo, tampoco será imputable una sanción penal por el simple hecho de no disponer de medidas de control internas, tal como discurre el Tribunal Supremo en el **fundamento de derecho núm. 4 de la STS 123/2019, de 8 marzo**:

Es evidente que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión.

Así las cosas, como ya expresamente expuso el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia 123/2019, de 8 de marzo, lo que se imputa a la persona moral es la responsabilidad por el incumplimiento, encuanto garante de su evitación, de su deber de cuidado frente al hecho delictivo especial cometido por el individuo, configurándose en una *comisión por omisión impropia*, actuando como en cierto grado de participación en su comisión³¹:

“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.”

Por lo tanto, el análisis de su responsabilización no debe darse de manera totalmente aislada del análisis de la conducta del individuo, sino más bien deberá empezar justamente del acto

³¹ Fundamento de Derecho nº 4 de la STS 123/2019, de 8 de marzo.

practicado por la persona física como base jurídico necesaria, como dispone el Tribunal Supremo³² en el mismo fundamento de derecho:

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

Debido a las posibles consecuencias judiciales a la persona jurídica, según el pronunciamiento del Tribunal Supremo³³, aunque se pueda enjuiciar individualmente a la persona jurídica, se debe posibilitar su participación en el juicio oral de acreditación, fáctica y jurídica, de la comisión del delito por la persona física, ya que este le posibilitaría evitar, mediante su defensa, negar la existencia de hechos probados que le puedan afectar directamente.

Parte de la doctrina³⁴ reconoce la existencia de 3 presupuestos legales cumulativos asociados a uno de los dos hechos de conexión³⁵. Según este entendimiento, son presupuestos de responsabilidad penal de una persona moral: que el hecho se pase en el seno de una sociedad que posee personalidad jurídica³⁶; que el hecho se subsuma en uno de los tipos penales previstos en un modelo de *numerus clausus*³⁷ cerrado; y, por fin, la previa actuación ilícita de un individuo (persona física) que actúa ilícitamente en nombre de la persona moral.

³² *Ibidim.*

³³ *Ibidim.*

³⁴ Consideramos como ejemplo el entendimiento de CUSSAC, J. L. G., “RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

³⁵ CUSSAC, J. L. G., “RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 95-158.

³⁶ Respecto a la extensión del término, el art. 31 quinquies de a LO 1/2015 excluyó expresamente al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público y aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía administrativas de la aplicación de la responsabilidad prevista por el 31 bis CP. Sin embargo, la reforma de 2015 incluyó los partidos políticos y sindicatos como posibles autores de estos delitos penales.

³⁷ Lo que la doctrina llama de “lista cerrada de delitos” hace alusión al hecho de que solamente un número limitado de delitos del CP son atribuibles a las personas morales, sin embargo, no hay efectivamente una lista de delitos elaborada pelo legislador. Lo que este hizo fue, a cada uno de estos tipos penales, se previó expresamente esta posibilidad. Entonces, para tener efectivamente una lista hay que recurrir a la lectura de la parte especial del Código del CP. Los delitos son: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 7); trata de seres humanos (art. 177 bis 7); prostitución, explotación sexual, corrupción de menores (art. 189 bis); estafas (art. 251 bis); frustración de la ejecución (art. 258 ter); insolvencias (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264 quater); delitos contra la propiedad intelectual, industrial, relativos al mercado y consumidores y corrupción entre particulares (art. 288); receptación y blanqueo de capitales (art. 302.2); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis 5); delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5º); delitos contra la ordenación del territorio (art. 319, 41=; delitos contra los recursos naturales y el medio ambientes (art. 328); delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343,3); delitos de riesgos por explosivos y otros agentes (art. 348, 3º); delitos contra la salud pública (art. 366); tráfico de drogas (art. 369 bis); falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386, 5); falsificación de tarjetas de créditos y débito y cheques de viaje (art. 399 bis); cohecho (art. 427 bis); tráfico de influencias (art. 430); malversación de caudales públicos (art. 435, 5º); delitos de odio y enaltecimiento (art. 510 bis); delitos de terrorismo (art. 580 bis); contrabando (Ley de Contrabando, art. 2,6 LO 12/1995, modificada por LO 6/2011.

Del dispuesto se pueden identificar dos similitudes entre la posición jurisprudencial y la doctrinal. A despecho del Tribunal Supremo identificar como “elemento” y la doctrina referirse como presupuesto, ambos reconocen en la indispensable comisión de un hecho que se subsuma en uno de los tipos penales de la parte especial del Código Penal en que haya previsión expresa de su imputación a la persona jurídica, el que se conoce por “lista cerrada” o *numerus clausus*“.

Solamente son atribuibles los tipos penales que expresamente prevén la posibilidad de autoría por parte de una PJ, denominado por algunos de “responsabilidad penal restringida”³⁸ refuerza la indispensabilidad de comprobarse la configuración del segundo presupuesto.

Bajo este entendimiento el TS absolvió sociedades enjuiciadas, por ej., por delitos societarios (STS 668/2017, de 11 de octubre 2017 (TOL 6.388.504); delitos contra los derechos de los trabajadores (STS 121/2017, de 23 de febrero (TOL 5.984.455); apropiación indebida en STS 630/2019, de 18 diciembre (TOL 7.644.406)³⁹.

Míster tener en cuenta que la inclusión de un delito y la no inclusión de otro en este rol por el legislador es una decisión estrictamente política, que a veces puede generar cierta extrañeza por no haber una explicación técnico-jurídica para hacerlo, como el caso citado por CUSSAC⁴⁰ de los casos de los delitos contra los derechos, seguridad y salud de ellos trabajadores

Otra similitud es que el Tribunal igualmente reconoce como “elemento nuclear positivo” lo mismo que la doctrina llama de “hechos de conexión” que se refieren al hilo que conecta el individuo a la persona jurídica, en otras palabras, son circunstancias que confieren al individuo la condición de personas idónea para representar y/u actuar en nombre de la empresa y que posibilitan la imputación de una responsabilidad penal a la persona jurídica. Son dos grupos de individuos que la ley reconoció esta capacidad y están indicados en las alineas a y b del art. 31 bis del Código Penal:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, **por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica**, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, **por quienes, estando sometidos a la autoridad de las**

³⁸ STS 668/2017, de 11 de octubre de 2017 (TOL 6.388.504)

³⁹ CUSSAC, J. L. G., “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2019, p. 115,

⁴⁰ *Ibidim* p. 116.

personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Este elemento nuclear del tipo penal, es el que la doctrina entiende por modelo de doble vía es a la vez también entendido como *hechos de conexión*⁴¹ por parte de la doctrina, que afirma que “Al distinguir la ley dos grupos de personas naturales idóneas se abre paso el análisis de los denominados hechos de conexión”⁴².

La importancia de comprobar la existencia de una de las dos circunstancias, según CUSSAC⁴³ en conjunto con los presupuestos legales descarta lo que el autor llama asertivamente de la “tentación de una aplicación automática de la responsabilidad penal a la persona jurídica. Tentación que abocaría a un choque frontal con la Constitución”.

Es de especial relevancia tenerlos en cuenta al diseñar un Modelo de Prevención de Riesgos Penales, ya que, para crear mecanismos de prevención de delitos efectivos, es decir, que de hecho impiden o disminuyen la probabilidad de su comisión, hay que identificar a cuáles de los delitos de la lista cerrada se encuentra susceptible la empresa y, también, quienes son los individuos de la empresa más expuestos a ellos y diseñar los mecanismos y protocolos más indicados a controlar la actuación de los individuos directamente más implicados en las funciones con más riesgos penales.

Del texto literal del art. 31 bis, apartado 1. A) CP, vemos que el primer hecho de conexión se refiere a delitos cometidos por los sujetos que se encuentran en la cúspide organizativa de la mercantil, habiendo la reforma de 2015 ampliado esta previsión a aquellos que actúan sea como **representante legal**⁴⁴ sea como la persona que actúa (individualmente o como parte integrante de un órgano colegiado de la persona jurídica), estando **autorizados para tomar decisiones** en nombre de la persona jurídica u **ostentan facultades de organización y control de la misma**.

⁴¹ Importante aclarar que estas nomenclaturas son creaciones dogmáticas con la intención de sistematizar el estudio de la materia pero no son adoptadas por todos los doctrinadores, habiendo distintas terminologías para referirse a la misma idea en la doctrina.

⁴² CUSSAC, J. L. G., “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2019, p. 122.

⁴³ *Ibidim*, p. 123.

⁴⁴ No cabe dudas de que los administradores, individuales o que actúan a través de un órgano colegiado, están comprendidos en este término. Además, Silva Sánchez entiende que también se incluyen en este término los que llama de “administradores de hecho intraestructurales”, “desde los apoderados (representantes voluntarios) hasta quienes ejercen sus funciones en términos formalmente irregulares pero consentidos por el conjunto de la entidad.” (Silva Sánchez, Jesús-María, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª edic., Madrid/Buenos Aires/Montevideo (Edisofer/BdeF) 2016. Pág. 369)

SILVA SÁNCHEZ⁴⁵ contribuye al análisis de estos sujetos al indicar que, a través de esta disposición, el legislativo está indicando que solamente estas personas están legalmente autorizadas a actuar como *intranei* de la persona jurídica (*intraneus*) cuando se tratan de delitos especiales (contra la Hacienda Pública y Seguridad Social), es decir, apenas estas personas podrán expresar la voluntad de la persona jurídica con sus acciones. De otro modo, el mismo autor afirma que la PJ no podrá ser responsabilizada por delitos cometidos por los sujetos subordinados dado no disponer de la idoneidad especial de *intranei* para delitos de esta naturaleza.

El mismo autor propone que del texto “ostentación de facultades de organización o de control dentro de la persona jurídica” se refiere a un grupo de personas mucho más amplio que el que se entiende por “administradores de hecho”, ya que en el apartado b) se condiciona la RPPJ por el incumplimiento de deber de supervisión, vigilancia y control de la actividad de los subordinados. Por lo tanto, la mejor exegesis que se debe hacer del apartado a) es que se refiere a todas aquellas personas a quién incumbe el deber de supervisión, vigilancia y control.

Por otro lado, el Tribunal reconoce otros 2 elementos, el elemento negativo y accesorio, que se refiere, respectivamente, al defecto organizacional y al necesario beneficio directo o indirecto a la persona jurídica. El primero se refiere a la necesidad de que el delito sea cometido a pesar de existir una modelo de prevención idóneo a evitar la comisión de este delito y que solamente ocurrió porque el individuo desvirtuó estos controles internos. Por lo tanto, este elemento presume un análisis *ex ante*. Sobre esto afirma TOMILLO⁴⁶ que “la idoneidad del programa para impedir la verificación de delitos en el marco de la persona jurídica debe contemplarse desde una perspectiva *ex ante*, aunque *ex post* tal programa no haya sido suficiente.”

3. La Compliance Penal como eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica

De todas las modificaciones realizadas en el texto del Código Penal por la reforma de 2015, la que se pone de relieve es la previsión de la posibilidad de la total exención de la responsabilidad

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. 336.

⁴⁶ TOMILLO, M. G., “Programa de Cumplimiento y Política Criminal en Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo”, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 107.

penal a las personas jurídicas en el caso de cumplir con los requisitos previstos en los apartados segundo y siguientes⁴⁷, *in verbis*:

Art. 31 bis, 2, CP: (...) la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Urge considerar que el presente trabajo no plantea discurrir sobre los elementos y requisitos para conferir eficacia a un modelo de *Compliance* Penal, de manera exhaustiva, más allá de lo que dispone expresamente el texto legal. Lo que se pretende en este apartado, es tener en cuenta el sistema legal vigente sobre la materia.

Es cierto que la implementación adecuada de un modelo de *Compliance* Penal tiene la fuerza de impedir la responsabilización de una persona jurídica, aunque el delito haya sido efectivamente cometido, pese todos los mecanismos de control implementados su prevención, desde que su haya cumplido con los requisitos de eficacia de este modelo. Sin embargo, la exención de la empresa no debe ser el único reto al implementar un modelo de organización y gestión, dado que, parafraseando Juan Antonio Andino LÓPEZ⁴⁸, “el cumplimiento, seguimiento y exigencia a todos los estamentos de la empresa de un modelo de conducta ético lleva consigo una mejor consideración de la empresa en el mercado y la exigencia de cumplimiento de ética empresa es otra de las finalidades de un buen programa *compliance*”.

El dispositivo que indica los requisitos mínimos para que el modelo de *Compliance* Penal sea eficaz es el apartado 5 del artículo 31 bis CP, según el cual todo modelo de organización y gestión deberá contar con un *mapa de riesgos*, entendido como la identificación de las actividades en cuyo ámbito hay más probabilidad de ser cometidos los delitos y del impacto que puedan generar para que, por consiguiente, se posibilite la creación de mecanismos enfocados en la disminución de los riesgos inherentes; con *protocolos o procedimientos que traduzcan el proceso de formación de la voluntad* de la persona jurídica; *modelos de gestión de los recursos financieros* para impedir la comisión de delitos; imposición del *deber de informar de posibles riesgos e incumplimientos al órgano de compliance interno*; un *sistema disciplinario* que sancione de manera adecuada aquellos que incumplan con el que establece el modelo de *compliance*; *revisiones periódicas ordinarias del modelo y extraordinarias* al

⁴⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, texto consolidado a 28 de abril de 2015, artículo 31 bis 2.1.

⁴⁸ LÓPEZ, J. A. A., *Compliance, probática y responsabilidad de administradores*. (LA LEY Probática, nº 10, Octubre de 2022, Editorial LA LEY), pág. 2.

producirse un cambio en la organización o al constatar la ocurrencia de infracciones relevantes que indiquen la necesidad de adecuación del modelo.

La importancia de elaboración del segundo requisito se ubica en la intención de identificar aquellos individuos que se subsumen a la vía de atribución de la RPPJ dispuesta en el art. 31 bis, apartado 1.a, es decir, las personas que se sitúan en la cúspide de la empresa, a quién, por ende, incumbe incentivar a los demás a adoptar en la ejecución de las tareas diarias una postura de cumplimiento a las normas. Esto es lo que se identifica como *tone from the top*, un concepto clave en la ética corporativa y el liderazgo y esencial para la formación de la *cultura corporativa*, que, aunque no esté indicado en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal como una condición de eficacia del programa de Compliance Penal, ya fue identificado como requisito indispensable para que se pueda eximir la persona jurídica de un delito cometido en su seno por el Tribunal Supremo:

López⁴⁹ defiende que un buen modelo de *Compliance* Penal es aquel que se desarrolla a la luz la regulación de *hard law* (ley) y de *soft law*⁵⁰ (López, 2022). La regulación *soft law* se refiere, principalmente, a la normativa ISO 37301, ISO 37002, ISO 37000 y a la UNE 196001. Las tres primeras fueron emitidas por la *International Organization for Standardization* (ISO) y tratan, respectivamente, de los sistemas de gestión de *compliance*, de los sistemas de gestión de denuncias de irregularidades y de guía para la gobernanza en las organizaciones. La última fue elaborada por la Asociación Española de Normalización (UNE) y regula los sistemas de gestión de *compliance* penal.

Aunque estas normativas de *soft law* sean relevantes fuentes para implementación de controles internos efectivos, por no disponer de fuerza vinculante, tampoco puede servir de fundamento para sanciones una empresa su no cumplimiento. Por lo tanto, se trasladó a la doctrina y a los magistrados la ardua tarea de discurrir y firmar entendimientos más profundizados sobre los matices de estos requisitos legales de eficacia del modelo de prevención de delitos, posibilitando, así, su aplicación en el caso concreto.

4. Consecuencias Procesales

Los principios de la presunción de la inocencia y de in dubio pro reo en el marco del proceso penal

⁴⁹ LÓPEZ, J. A. A., “*Compliance, probática y responsabilidad de administradores*” .(LA LEY Probática, nº 10, Octubre de 2022, Editorial LA LEY), págs. 52-53

⁵⁰ *Ibidim*

El proceso penal español se rige por una serie de principios fundamentales que objetivan garantizar la equidad y la justicia del procedimiento y algunos de ellos están estrechamente relacionados a la atribución de la carga probatoria de la eficacia del *compliance* penal, que es el objeto principal de análisis del presente trabajo. Son ellos, antes de nada, garantías constitucionales⁵¹ dirigidas a proteger al individuo contra arbitrariedades de autoridades⁵².

Así las cosas, se hace indispensable averiguar como el Tribunal Supremo español evalúa su aplicación en los procesos penales en que se discute una posible penalización a la persona jurídica e identificar de qué manera ellos determinan la carga probatoria en el marco de dicho análisis.

Con la finalidad de delimitar el tema, trataremos los más mencionados por el Tribunal Supremo al realizar la subsunción de la norma al caso concreto: el principio de la presunción de la inocencia y el principio de *in dubio pro reo*⁵³.

Como bien indica PICÓ I JUNOY⁵⁴ la protección conferida por este principio se refiere a la garantía conferida al acusado de no ser condenado culpable sin que se presenten pruebas consideradas válidas e idóneas para comprobar la presencia de todos los elementos esenciales a la comisión del delito.

Además, advierte PICÓ I JUNOY, la consecuencia procesal última de esta presunción es el “desplazamiento de la carga de la prueba”⁵⁵ a la acusación de los hechos inferidos al reo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que, según este profesor, “no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia”, debiendo ser empleada esta máxima a todo acto del poder público, sea administrativo o judicial, mediante el cual se castiga una conducta de las personas, definida en la ley como infractora del ordenamiento jurídico”.

Así las cosas, dicho principio sólo puede ser desvirtuado “cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas legalmente practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación”⁵⁶.

⁵¹ “Constitución Española (1978). Art. 24.2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la **presunción de inocencia**.

⁵² NEIRA PENA, A.M., *La defensa penal de la persona jurídica: Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de pruebas* (, Aranzadi 2018), p. 259.

⁵³ Para un breve análisis histórico de la *in dubio pro reo*, vid., Nieva Fenoll, J., “La duda en el proceso penal”, Marcial Pons, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 62-67.

⁵⁴ PICÓ I JUNOY J, “Las garantías constitucionales del proceso”, Edit. J.M.^a Bosch, Barcelona, 2012, p. 191.

⁵⁵ PICÓ I JUNOY J, Las garantías constitucionales del proceso, *op.cit.* p. 199.

⁵⁶ PICÓ I JUNOY J, Las garantías constitucionales del proceso, *op.cit.*, p. 192.

Como se ha indicado, solamente la prueba considerada “suficiente” posee la fuerza de convencimiento judicial hacia la atribución de culpabilidad al acusado por los hechos indicados por la acusación. En el ejercicio de la actividad jurisprudencial se reconoció⁵⁷, a la luz de los principios y garantías constitucionales, la suficiencia de las siguientes pruebas: las diligencias sumariales cuando observados los requisitos procesales y otros cuatro requisitos reconocidos por la jurisprudencia como esenciales; la prueba indiciaria; las declaraciones efectuadas por el acusado; las declaraciones de los coimputados y de la víctima; los testigos de referencia; la ‘prueba de alcoholemia’; y los datos objetivos e identificables que constan en atestados policiales.

Importante considerar que las diligencias sumariales de investigación sólo tendrán este efecto de imputación de culpabilidad si practicadas en respeto a ciertas formalidades establecidas por el ordenamiento procesal⁵⁸: cuando su reproducción en el juicio oral es imposible (requisito material); desde que haya intervenido el Juez de Instrucción (requisito subjetivo); desde que respetado el principio del contradictorio, posibilitando la intervención del acusado (requisito objetivo); y de su defensor durante el procedimiento sumarial; y la lectura en el juicio oral de los documentos en los que constan dichas diligencias (requisito formal)⁵⁹.

Por otro lado, se desestimó la suficiencia⁶⁰ del atestado policial, de las diligencias sumariales de investigación, de la identificación de una persona en las ruedas de reconocimiento y de la prueba ilícita, como pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Si bien, como advertido, la imputación de un delito presuma el ejercicio por parte de la acusación una mínima actividad probatoria por parte de la acusación, la valoración de la prueba se rige por el principio de la libre valoración, bajo el cual se le permite al Tribunal ponderar libremente sobre el valor que atribuirá a las pruebas presentadas con el eje de fundamentar su decisión⁶¹. El único control que se pueda ejercer sobre esta actividad valorativa es sobre la convicción del Tribunal sobre los hechos, es decir, si la acusación ha realizado la “mínima actividad probatoria”, si hay razonabilidad entre la prueba presentada y la valoración, evitando,

⁵⁷ PICÓ I JUNOY J, Las garantías constitucionales del proceso, *op.cit.* p. 194-198.

⁵⁸ SSTC 29/2008, de 20 de febrero (f.j.5º) en PICÓ I JUNOY J, Las garantías constitucionales del proceso, *op.cit.* p. 195.

⁵⁹ SSTC 123/1997, de 1 de junio (f.j. 4º); 40/1997, de 27 de febrero (f.j.2º); 200/1996, de 3 de diciembre en *Ibidim*, p. 195.

⁶⁰ *Ibidim*, p. 193-194.

⁶¹ *Ibidim*, p. 199.

así, la arbitrariedad o irracionalidad de decisiones condenatorias, y, si la fundamentación es ilógica⁶².

Si bien sean ambos (principio de inocencia y de la *in dubio pro reo*) dos matices del *favor rei*⁶³, su distinción se ubica, principalmente, en el momento procesal que son aplicados. Mientras el primero se hace relevante cuando inexistente prueba realizada bajo las garantías procesales ya comentadas en el punto anterior, la segunda actúa cuando esta actividad probatoria se muestra insuficiente para desvelar sin duda racional la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal⁶⁴.

Como bien afirma PENA⁶⁵, la garantía de la *in dubio pro reo* garantiza al acusado que en el caso de que la defensa, “practicando las pruebas útiles y pertinentes al efecto, introduce duda razonable en el juzgador sobre la concurrencia de una eximente o una atenuante, sin lograr plenamente su existencia, deberá, el juzgador, absolverle⁶⁶.”

Sin pretensiones de agotar la temática, entiendo pertinente consignar la importante contribución de GAYÁ⁶⁷ cuanto a la prueba pericial de la existencia de la *compliance* penal, “ajena por ende a la prueba pericial tradicional en el proceso penal español”, tratándose de una novedosa prueba pericial “preventiva”, que se opera “*ex ante* y *ex post, ad hoc*”. Por fin, advierte tratarse de una prueba preventiva y, pericia judicial, permitiendo un campo de investigación amplio y transversal.

La carga de la prueba de la (in)existencia o (in)eficacia de la Compliance Penal según el Tribunal Supremo

Este trabajo analiza desde un punto de vista práctico la interpretación del Tribunal Supremo español respecto a la determinación de la carga de la prueba bajo principios constitucionales en procesos penales donde una entidad colectiva es acusada por un delito cometido por una persona física perteneciente a su estructura organizacional.

En primer lugar, parafraseando el Prof. MUÑOZ SABATÉ, define la *compliance* penal como “la certificación, confirmación y prueba de que un sujeto obligado legalmente cumple los

⁶² *Ibidim*, p. 199.

⁶³ *Ibidim*, p. 200.

⁶⁴ *Ibidim*, p. 200.

⁶⁵ PENA, A. M., “La defensa penal de la persona jurídica: Representante defensivo, rebeldía, conformidad y *compliance* como objeto de prueba”. Edit. Aranzadi, Navarra (Cizur Menor), 2018,

⁶⁶ *IBDIM*.

⁶⁷ GAYÁ, B. O.. “La Pericial en el *Compliance*: un modelo nuevo versus 15 años de Pericia en España”, en *PERITAJE Y PRUEBA PERICIAL*, editorial JM Bosch, Barcelona, 2017, p.580

requerimientos de prácticas y/o legislaciones prescritas por leyes y reglas para la concesión de estándares específicos”⁶⁸

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, aborda sobre la presunción de inocencia (y del derecho a estar presente en el juicio) a nivel europeo, al a través de la **Directiva Europea (UE) 2016/343**⁶⁹, expresamente consigna que “se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa” en los procesos en que figure como sujeto pasivo la persona jurídica. No obstante, consideró “prematureo legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas” dado “el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión”. Debido a ello, dictaminó que a estas sociedades no sería aplicada dicha Directiva “sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia”. Se restringió a determinar que la presunción de inocencia de estas personas morales debe “ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes”⁷⁰.

Es evidente que la prematuridad a que se refiere la Directiva deviene de la inestabilidad y tensión dogmática, consecuencia de la dificultad en adecuar un todo un sistema dogmático elaborado, inicialmente, para fundamentar la responsabilidad penal de la persona física, a la novedosa responsabilización de las sociedades colectivas, que por su vez también genera conflictos dado sus características propias.

La fragilidad y escasez de dispositivos legales sobre estos temas hizo con que se transfiriera al Tribunal Supremo la importante responsabilidad de colmatar y elucidar la mejor comprensión y aplicación de los más distintos conceptos que circundan la aplicación de los principios y garantías en la atribución de la incumbencia de comprobar la *irresponsabilidad organizada*⁷¹ y existencia/ineficacia del modelo de prevención.

Frente a esta nueva realidad, asevera el Tribunal Supremo en la primera sentencia proferida sobre la novedosa materia por la **Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 221/2016, de 16 de marzo**, sobre

⁶⁸ MUÑOZ SABATÉ, LL., “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE PROBÁTICA Y DERECHO PROBATORIO”, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, p. 119.

⁶⁹ Consideración 14 y 15 de la Directiva Europea (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.

⁷⁰ Para un estudio más extenso sobre la presunción de inocencia en el ámbito de los derechos humanos, vid., por todos, STUMER, A., “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO PROBATORIO Y LOS DERECHOS HUMANOS”, Marcial Pons, Las Rozas (Madrid), 2018.

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. 336.

la necesidad de “no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas”, dado que en “pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas”. Identifica la existencia de un “catálogo abierto de problemas” sobre una “novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal” y que, por consiguiente, “sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo” a consideración de este Tribunal.

La exégesis de los distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo desde la reforma de 2010 sobre la temática hasta la actualidad indica que aún estamos en un proceso de maduración hermenéutica de estos principios en casos en que la persona jurídica figure como sujeto pasivo en un proceso penal. En un primer momento, no había espacio para dudas cuanto a la aplicación de estos dos principios, dado que, desde la entrada en vigor de la reforma de 2015, ya era clara la posición de la Corte Suprema cuanto a su aplicación, dado que en el fundamento jurídico núm. 3 de la sentencia del **Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2015, sala 2ª, Sección 1ª, núm. 514/2015**, ya se afirmaba que “parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”, haciendo importante alerta de que las controversias que circundan las temáticas de la dogmática criminal, como es el caso de la discusión sobre el modelo de atribución (heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad) más compatible con el sistema jurídico penal español, en nada afecta a la necesidad de observar al principio de la inocencia.

DÍEZ⁷² (Díez, 2016) señala que, en la **STS de la Sala 2ª, Sección 1ª, núm. 154/2016, 29 de febrero**, se asentó en el **fundamento jurídico nº 8º** que las garantías constitucionales, como, “*la de la tutela judicial efectiva, a la presunción de la inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías*” son “*indisociables al debido proceso judicial de naturaleza penal*”⁷³, y que es justamente esto que le diferencia de los procesos de otra naturaleza.

Además de esto, en el pronunciamiento del año de 2015 anteriormente mencionado, el Supremo sostuvo ser materia no afectada por las controversias que circundan la naturaleza jurídica del instituto de la eximente introducida en los apartados 2 al 5 del artículo 31 bis del CP, que se

⁷² DÍEZ, C. G. J., 'El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos voces discrepantes y propuesta reconciliadora' (Diario La Ley, 17 de marzo de 2016) <[Document online 17 de Marzo de 2016 LA LEY 1514/2016](#)> accessed 25 May 2024.

⁷³ El subrayado es nuestro.

refiere al programa de prevención de riesgos penales diligentemente implementado en momento anterior a la comisión del delito:

“ya se calificquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal”

Dicho posicionamiento pone de relieve que, principalmente en los casos en que los delitos hayan sido cometido por los individuos subordinados (art. 31 bis 1.b CP), atribuir responsabilidad a la persona jurídica por el simple hecho de haberse acreditado el delito por parte de las personas físicas es incompatible con el sistema procesal penal, dado que a la persona jurídica sólo serán imputados los delitos cometidos por aquellas en el caso de que haya violado su *deber de supervisión, vigilancia y control*, tal cómo se extrae del léxico de la sentencia:

“sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuida a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todo y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1.b). Sólo responde cuando se hayan “... incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Con esto, se puede decir que el Tribunal Supremo adopta el modelo de autorresponsabilidad⁷⁴, según el cual se responsabiliza penalmente la persona jurídica por un hecho propio de la corporación por *violación al deber de supervisión, vigilancia y control* que merece reproche penal, individualizado del hecho de la persona física, y caracterizado, entre otros elementos, por la violación a su deber de vigilancia y cuidado en prevenir riesgos penales. Esta posición

Por consiguiente, una vez se entienda que el *defecto organizacional* es elemento del tipo penal sin el cual no existirá un delito a ser imputado, por razón lógica, y bajo la presunción de la inocencia, incumbirá a la acusación la tarea, nada fácil, de comprobar el defecto estructural que

⁷⁴ La autorresponsabilidad de la persona jurídica se reiteró expresamente en los pronunciamientos siguientes, tal como se extrae de la **STS 516/2016, de 13 de junio**, en la cual la Corte ratifica que: ‘en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (crf. Auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad’

compruebe su actuación más allá de la franja del riesgo permitido. En este sentido, afirma la Corte en la **STS en S. Sala 2ª, (Sección 1ª) núm. 221/2016, de 16 de marzo**:

“En la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos – pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.”

El Tribunal Supremo identifica este *defecto organizacional* como el “núcleo de la responsabilidad”, en el cual se fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyo eje de la sanción penal es responsabilizar por la “ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos” que señalicen una “voluntad seria de reforzar la virtualidad de la forma”⁷⁵. El defecto organizacional como fundamento de la responsabilidad penal de los entes colectivos se sostuvo en las decisiones siguientes, caracterizada, posteriormente, por la ausencia de *cultura de cumplimiento* de la empresa, definida en el fundamento jurídico núm. 8 de la **STS 154/2016, 29 de febrero**⁷⁶, como:

‘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’

El “defecto de organización”⁷⁷ es causa última de la responsabilización penal de la persona jurídica. Es decir, entiéndese que el hecho llevado a cabo por la persona física apenas configurará un delito corporativo punible a la persona jurídica en el caso de configurarse la “*irresponsabilidad organizada*”⁷⁸.

Por otro lado, Ortiz Urbina, citado por MANZANARES⁷⁹, hace una crítica cuanto a la frágil línea argumentativa de este posicionamiento, puesto que, una vez que se entiende el *defecto*

⁷⁵ STS 154/2016, de 29 de febrero, pág. 22. <https://personasjuridicas.es/wp-content/uploads/2019/08/STS-2016.154.pdf>

⁷⁶ También citado en el **presupuesto fáctico 1.2.3 de la sentencia del TS 668/2017, de 11 de octubre**.

⁷⁷ Programas de Cumplimiento y Política Criminal en Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo (2016). Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. Pág. 108.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas”, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, p. 18.

⁷⁹ MANZANARES, M. C., “Tratado sobre Compliance Penal: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión”, Edit. J.M.^a Bosch, Valencia, 2019, p. 591.

organizacional (violación al debido control) como parte subjetiva del delito, no se debe reconocer, en sus palabras, el programa de reducción de riesgos penales diligentemente implementado como “eximente” de la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que no habrá “ninguna responsabilidad incipiente de la que haya que eximirla”.

Sin embargo, como bien señala TUERO SÁNCHEZ (2019)⁸⁰, hay que consignar que el Tribunal Supremo hizo una salvedad cuanto a la imposición de la carga de la prueba a la acusación de la violación al debido control. En la **STS 221/2016, 2ª Sala, de 16 de marzo**, el Tribunal Supremo introdujo un importante matiz en la interpretación del principio de inocencia, al afirmar que cuando el delito es cometido por las personas situadas en la cúspide de la organización (apartado 1.a. del art 31 bis CP), la violación del deber de supervisión en dicha gestión se presume, prescindiendo, por tanto, de prueba por parte de la acusación, revertiendo a la defensa la carga de la prueba de que dicho deber de que comprobar que el delito fue cometido eludiendo los mecanismos de control y supervisión internos de la empresa.

Además, el Tribunal afirma que el principio de presunción de inocencia no es simplemente una garantía otorgada al sujeto pasivo, sino que se trata de una garantía constitucional inseparable del procedimiento de naturaleza penal⁸¹. Sostiene que considerar lo contrario implicaría que la reforma de 2010 inauguró lo que llama de *doble vía probatoria*⁸², lo cual contraviene el principio estructural del proceso penal. La “doble vía” se refiere a la variación en la carga de la prueba que existiría si se condiciona su atribución al tipo de persona (física o jurídica) que actúe como sujeto pasivo en el proceso penal. Es decir, si el proceso contra una persona física se rige por el principio de presunción de inocencia, pero esto no se aplica en el caso de una persona jurídica, entonces se creando dos vías de pruebas distintas: una a carga de la acusación, cuando el acusado es una persona física; y otra a cargo de la defensa cuando se trata de un hecho penal imputado a la persona jurídica. Este planteamiento establece una distinción que resultaría en que las personas jurídicas no gocen de la misma garantía de inocencia que las personas físicas, lo cual sería contrario a los principios fundamentales del proceso penal.

Parte de la doctrina va más allá y propone una tesis “conciliadora” según la cual la atribución de la carga probatoria de la eficacia del programa de prevención de delitos estaría condicionada

⁸⁰TUERO SÁNCHEZ, J. A., “¿Quién debe asumir la carga de la prueba de la vigencia de un modelo de organización eficaz?” en Juan Antonio Frago Amanda (ed), Actualidad Compliance 2019 (Aranzadi 2019) 274-278 (Sánchez J. A., 2019).

⁸¹ **STS 221/2016, de 16 de marzo.**

⁸² MARTÍN, A.-J. P.-C. (2017). Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. Pág. 245

al hecho de conexión del caso concreto⁸³. Es decir, en los casos en cuales la comisión del delito parte de las personas indicadas en la alinea “a” del art. 31 bis.1 – administradores y otros – el deber de comprobar la eficacia del programa recaería a la sociedad, dado que se entiende presumir improbable que la voluntad del administrador no refleje la voluntad de la propia persona jurídica y, por consiguiente, las condiciones de eficacia se asemejarían a una eximente de responsabilidad penal. Por otro lado, cuando se traten de delitos cometidos por los empleados/subordinados (art. 31 bis.1.b), las condiciones de eficacia integrarían los requisitos de tipicidad, y, por lo tanto, recaería a la acusación su comprobación.

Como hemos indicado, el TS, tal como se expresa del **fundamento jurídico 5º** de la sentencia **STS de la Sala 2ª, Sección 1ª, núm. 154/2016, 29 de febrero**, asoció el principio de la inocencia al proceso de naturaleza penal, independiente de la naturaleza jurídica del sujeto pasivo, *in verbis*:

“Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado”

Esta exegesis encuentra igual soporte en la doctrina. En este sentido, Ana María Neira Penal⁸⁴, sostiene la aplicabilidad del principio de inocencia, puesto que “no es sólo un derecho subjetivo del sujeto pasivo del proceso, sino que constituye un principio estructural del proceso penal”, cuya esencia “se encuentra en constituir un método a través del que la acusación, por medio de la aportación de pruebas de cargo suficientes para destruir la presunción de inocencia del acusado, logre la convicción del juzgador en torno al acaecimiento de un hecho y la culpabilidad del acusado”.

Pese a ello, otra parte de la doctrina ha puesto de manifiesto su desacuerdo con la imposición a la acusación de probar la ausencia de *mecanismos de control eficaces*, como lo hace Gómez-

⁸³ PENA, A. M., “La defensa penal de la persona jurídica: Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba”. Edit. Aranzadi, Navarra (Cizur Menor), 2018, p. 257.

⁸⁴ PENA, A. M., “La defensa penal de la persona jurídica: Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba”. Edit. Aranzadi, Navarra (Cizur Menor), 2018, p. 255

Jara Díez⁸⁵. El autor afirma corroborar con la posición del Voto Particular concurrente al voto mayoritario de la decisión **STS 154/2016, de 29 de febrero**, en donde se aporta importante reflexión sobre las consecuencias prácticas de tal entendimiento. Afirma que al incumbir esta deber de prueba a la acusación bajo el fundamento de respeto al principio de la inocencia se estará, en realidad, reconociendo un “modelo privilegiado de excepción”⁸⁶ a la persona moral, dado la indudable dificultad que presupone la comprobación de “hechos negativos”, el que denomina “*probatio diabólica*”⁸⁷, principalmente en lo que atañe la comprobación de “la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que deba ser probado necesariamente caso a caso por la acusación”. Además, manifiesta estar de acuerdo con que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica sea “la ausencia de medidas eficaces de prevención y control”, pero no comparte con su identificación como el “núcleo de la tipicidad” o como un elemento autónomo del tipo.

El *defecto organizacional*, como elemento (negativo) estructural del tipo penal, debe ser probado por la acusación mediante evidencias suficientes para desconfigurar la presunción de inocencia, cuya titularidad de la persona jurídica encuentra apoyo reiterado en la jurisprudencia nacional. No obstante, **el defecto organizacional no debe confundirse con la excluyente de punibilidad** introducida en el ordenamiento jurídico por la reforma de 2015 en los apartados 2 al 5 del artículo 31 bis Código Penal, que se configura por la adopción y ejecución eficaz *ex ante* de 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”.

El tema no ha sido cuestión pacífica. Comenta OLTRA⁸⁸ que hay quién entienda que la comprobación de una *compliance* penal eficaz afecta a la propia tipicidad del delito⁸⁹, y hay quien defienda ser una excusa absolutoria de punibilidad⁹⁰.

⁸⁵ MARTÍN, A-J. P-C., “*Las respuestas de la Sala 2ª del Tribunal Supremo a algunas cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*” en PROCESO PENAL Y RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 244.

⁸⁶ Voto Particular concurrente formulado por el Exclmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, y al que se adhieren los Exclmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo del Arco y D. Joaquín Giménez García.

⁸⁷ DÍEZ, C. G-J., “*El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos voces discrepantes y propuesta reconciliadora*” (Diario La Ley, 17 de marzo de 2016) [file:///Users/camilanogueira/Downloads/El pleno jurisdiccionalhtml](file:///Users/camilanogueira/Downloads/El%20pleno%20jurisdiccional%20...html) accessed 25 May 2024.

Sobre la carga de la prueba en el ámbito civil, y para un desarrollo más extenso del concepto de prueba diabólica, vid., por todos, ESCALER BASCOMPTE, R., “LA CARGA DE LA PRUEBA”, ed. Atelier, Barcelona, 2017.

⁸⁸ OLTRA, C. M. C., *Personas Jurídicas: Delitos, garantías y compliance*, Edit. Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2023, p. 57

⁸⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) STS 221/2016, 16 March 2016.

⁹⁰ Vide Circular FGE 1/2016 (insertar texto)

TUERO SÁNCHEZ, J. A.⁹¹ expone que el programa de *Compliance* indicado por el legislador como capaz de eximir la sociedad de una hipotética sanción penal (art. 31 bis 2-4), se refiere al *Corporate Compliance* o *Compliance Management System* que, por su turno, debe disponer del contenido mínimo indicado en el apartado 5 del mismo artículo 31 bis CP, visando a la implementación de una *cultura de cumplimiento* como medio eficaz para prevenir la comisión de delitos; a la exención de la responsabilidad penal cuando se superen las exigencias para su eficacia (art. 31 bis.2 CP); a la atenuante de la responsabilidad penal, cuando en el caso concreto no se puedan detectar la concurrencia de todos los requisitos legales exigibles para tal u cuando implantado el programa de *compliance* ex post a la comisión del delito (art. 31 ter 4.d CP),

En este sentido ya sostenía el **Tribunal Supremo desde la STS 154/2016, de 29 de febrero**, al afirmar:

“Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso **no debe confundirse 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.”

Como hemos indicado, la distinción de lo que ocurre con el elemento negativo del tipo objetivo – violación al deber de supervisión y control - la demostración de esta eximente de responsabilidad corresponde a la defensa. Es decir, la defensa debe probar que, a pesar de haberse cometido un delito dentro de la organización por parte de un subordinado o administrador, la empresa había adoptado *ex ante* un modelo de *Compliance* Penal eficaz para prevenir dicho delito, que apenas se llevó a cabo por la persona física por eludir los mecanismos de control implementados.

OLTRA⁹², al examinar el que se entiende por debido control bajo la **STS 516/2016, de 13 de junio**, subraya que, según el TS, “el resultado típico que tratan de evitar los programas de *compliance* es el que puedan producir las personas físicas, y es en su susceptibilidad de realización sobre la que recaen los controles establecidos en el programa.”

⁹¹ TUERO SÁNCHEZ, J. A., “¿Quién debe asumir la carga de la prueba de la vigencia de un modelo de organización eficaz?” en ACTUALIDAD COMPLIANCE 2019, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

⁹² OLTRA, C. M. C., *Personas Jurídicas: Delitos, garantías y compliance*, Edit. Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2023, p. 339

Así las cosas, como bien indica MANZANARES⁹³, el programa de cumplimiento adecuado objetiva establecer criterios de determinación del riesgo permitido, de modo que, aunque, pese a ello, el delito se opere, la persona jurídica no responderá vez que **este se convirtió en un riesgo permitido**. En las palabras de la misma autora, si así no fuera, lo que se estaría imponiendo a la persona jurídica es la supresión de la propia actividad desarrollada.

SILVA SÁNCHEZ⁹⁴ va más allá, y afirma que la adopción del *Compliance* Penal efectivo, al conformar un marco de riesgo permitido específico para la persona jurídica en la cual fue implementado, conlleva reconocer un estado “neutro” de cooperación en el caso de que un “eventual favorecimiento causal de los hechos delictivos de personas individuales”

Este posicionamiento se mostró aún más evidente en el pronunciamiento del 8 de abril de 2024, a través del cual el Tribunal Supremo dictó la sentencia **STS núm. 298/2024**, crucial para clarificar la hermenéutica aplicada al principio de inocencia procesos de esta naturaleza. En este caso, la defensa argumentaba que la persona jurídica no debería ser responsabilizada, ya que la acusación, a quién le corresponde la carga de la prueba, no había demostrado la inexistencia o la ineficacia del programa de prevención penal de la empresa. En su importante pronunciamiento, el Tribunal aclaró que el principio de inocencia no implica una total ausencia de carga probatoria por parte de la defensa y que la simple omisión de la acusación en probar la existencia o ineficacia del *Compliance* Penal, es un error, dado que a la acusación le corresponde demostrar el defecto organizacional, pero esto no implica que la carga de la prueba sobre la eximente de punibilidad recaiga en la acusación.

El Tribunal elucida en el fundamento jurídico núm. 4º del mismo pronunciamiento que la inexistencia de la cultura de cumplimiento es un elemento negativo del tipo, y eso conlleva consecuencias procesales importantes respecto a la carga probatoria. Una de ellas es que, en siendo el programa de *compliance* penal una excluyente de este elemento, recae en la defensa la incumbencia de activamente, y, en el caso de esta no aportar ninguna prueba de su existencia/eficacia, “será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento”.

En resumen, según el actual entendimiento jurisprudencial asentado por el Tribunal Supremo de España, la acusación debe probar el *defecto organizacional* para desconsiderar la presunción de inocencia de la persona jurídica y, por otro lado, la defensa es la responsable por demostrar

⁹³ MANZANARES, M. C. (2019). *Tratado sobre Compliance Penal: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 591

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Fundamentos del Derecho Penal de la empresa”, Edit. Edisofer/BdeF, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, p. 362.

la implementación y eficacia de un programa de *compliance* penal para eximir a la organización de responsabilidad penal.

5. Conclusión

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la *Compliance* Penal en el sistema jurídico español engendró una importante crisis en el sistema jurídico español que hasta este momento era marcado por claras características del sistema jurídico continental, en donde se asociaba el reproche penal a una idea antropocéntrica y prevalecía el paradigma del *societat non delinquere potest*.

El escenario jurídico penal actual demanda un hercúleo y indispensable esfuerzo por parte de los expertos jurídicos y de los Tribunales para reconstruir los pilares interpretativos y sus matices respecto a los más distintos conceptos que abarca esta novedosa sanción penal para garantizar la necesaria seguridad jurídica para el libre desarrollo económico de estas sociedades.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo lleva consigo grandes retos en respecto a la imputación de la carga de carga del cumplimiento normativo como eximente de la responsabilidad penal en respecto a los principios de garantías constitucionales del principio de la inocencia y del *in dubio pro reo*, dado la confusión generado por la elección de términos abiertos por parte del legislador para establecer los requisitos de la imputación penal de las personas jurídicas.

Del análisis desarrollado, se puede concluir que el núcleo central de la responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra en el *defecto organizacional*, caracterizado por la falta de medidas de control adecuadas. Por lo tanto, entendido por la jurisprudencia como elemento negativo, para refutar la presunción de inocencia, es necesario que la acusación demuestre que existe este defecto estructural en el caso concreto, sea a través de la prueba indiciaria o de la requisición de aporte de documentación. No obstante, es responsabilidad de la defensa demostrar tanto la implementación como la efectividad de un programa de cumplimiento penal, lo cual podría eximir a la organización de cualquier responsabilidad penal o reducirla en cierta medida, por tratarse de una excluyente.

El Tribunal Supremo sostiene que, más allá de permitir a la persona jurídica defenderse cuanto a su correcta observancia de su deber de prevención y control, se le debe oportunizar el ejercicio de su defensa desde la acreditación de la comisión del hecho delictivo del individuo, dado tratarse un presupuesto de su responsabilidad.

En este contexto jurisprudencial, se puede concluir que es fundamental para las organizaciones legales desarrollar y aplicar programas de cumplimiento penal efectivos, cuyo objetivo central debe resumirse en la exención de la responsabilidad penal, sino más bien la creación, promoción y fomento de una cultura de cumplimiento para que se pueda oportunizar el desarrollo económico más consciente y ético.

Sin embargo, no se puede olvidar de que este es un momento de transición, de adaptación, con lo cual se debe tener en cuenta que el entendimiento de institutos jurídicos que circundan la temática continuará adaptándose para enfrentar los retos y matices de esta nueva área en desarrollo del derecho penal hasta que se acomode esta novedosa responsabilidad y eximente en el ordenamiento jurídico del civil law.

De todo lo considerado, se puede concluir que actualmente vigora un estado legal poco favorable al desarrollo de las actividades mercantiles, dominado por la desconfianza de que se actúe conforme lo que hoy se considera adecuado y posteriormente ser sorprendido por un cambio de entendimiento de qué se puede considerar un riesgo permitido eximible de responsabilidad penal. Entiendo que la gravedad de las consecuencias experimentadas por estas sociedades derivadas de la imposición de una sanción penal no corresponde a la poca madurez de la doctrina y jurisprudencia cuanto a la interpretación y adecuación del sistema a estos institutos de origen anglosajón. Por lo tanto, más adecuado sería imponer sanciones de esta naturaleza, cuyas consecuencias no se agotan en si mismas, generando un dano reputacional muchas veces irrecuperable, apenas y cuando se pueda ofertar una reglamentación más sólida y más clara respecto a todos los elementos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las condiciones de eficacia de los programas de cumplimiento.

6. Bibliografía

- ANDINO LÓPEZ, J. A., *Compliance, probática y responsabilidad de administradores*. (LA LEY Probática, nº 10, Octubre de 2022, Editorial LA LEY), págs. 52-53
- CUSSAC, J. L. (2020). *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ, C. G.-J. (17 de marzo de 2016). El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora. *La Ley*. <[Document online 17 de Marzo de 2016 LA LEY 1514/2016](#)> accessed 25 May 2024.
- Directiva Europea (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016.
- ESCALER BASCOMPTE, R., “LA CARGA DE LA PRUEBA”, ED. ATELIER, BARCELONA, 2017.
- Fiscalía General del Estado, ‘Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015’ (Circular, 22 de enero de 2016) https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_01_2016.pdf
- GAYÁ, B. O. (2017). La Pericial en el Compliance: un modelo nuevo versus 15 años de Pericia en España. En J. P. Junoy, & C. de Miranda Vasquez, *Peritaje y prueba pericial* (pág. 579). Barcelona: JM Bosch.
- MANZANARES, R. C. (2019). Los principios probatorios y el compliance. En *Tratado sobre Compliance Penal: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos e Organización y Gestión* (pág. 591). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN, A.-J. P.-C. (2017). *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- MUÑOZ SABATÉ, L. I., “Diccionario enciclopédico de probática y derecho probatorio”, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, p. 119.
- OLTRA, C. M. (2023). *Personas Jurídicas: Delitos, Garantías y Compliance*. Barcelona: Librería Bosch, S. L.
- PENA, A. M. (2018). *La defensa penal de la persona jurídica: Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*. Navarra (Cizur Menor): Aranzadi.

PICÓ I JUNOY, J, *Las garantías constitucionales del proceso* (2ª edn, JM Bosch 2012) p. 192.

RODRÍGUEZ, L. Z. (2003). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Cizur Menor (Navarra): ARANZADI.

RODRÍGUEZ, L. Z. (2022). Compliance penal, diligencia debida, culpa organizacional: ¿juego de abalorios para la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas? *LA LEY compliance penal*(10), 4. Obtenido de https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAA AAAAEAC2NQW_CMAyFf81ymYRaRmEXX7oeJzRtFXc3sdJIIWaJ09F_jx1YerKf_Nnvt1JeR7oKWHbB8-

SÁNCHEZ, J.-M. S. (2013). *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier.

SÁNCHEZ, J.-M. S., Montaner F., R., & Varela, L. (2016). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Edisofer.

STUMER, A., “La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos”, Marcial Pons, Las Rozas (Madrid), 2018.

TOMILLO, M. G. (2016). *Programa de Cumplimiento y Política Criminal en Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

TUERO SÁNCHEZ, J. A., '¿Quién debe asumir la carga de la prueba de la vigencia de un modelo de organización eficaz?' en Juan Antonio Frago Amanda (ed), *Actualidad Compliance 2019* (Aranzadi 2019) 271 (Sánchez J. A., 2019)

7. Anexo: jurisprudencias

STS 514/2015, de 2 de septiembre

STS 154/2016, de 29 de febrero

STS 221/2016, 16 de marzo 2016

STS 516/2016, de 13 de junio

STS 668/2017, de 11 de octubre

STS 123/2019, de 8 de marzo

STS 298/2024, 08 de abril