

LA HUIDA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS

*Prof. Dr. José L. González Cussac*

ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| 1. PREMISA .....  | 2  |
| 2. EL ORIGEN: UNA HIPÓTESIS DOCTRINAL MINORITARIA .....                                   | 2  |
| 3. LA LÍNEA MAYORITARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....  | 5  |
| 4. SEGUIMIENTO JURISPRUDENCIAL Y CONSECUENCIAS APLICATIVAS .....                          | 8  |
| 5. CRÍTICA .....  | 10 |
| 6. LOS Matices INTRODUCIDOS POR LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL MINORITARIA .....                | 14 |
| <i>A) Los cuatro elementos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....</i> | 14 |
| <i>B) Alegación y carga de la prueba del “elemento negativo ” .....</i>                   | 15 |
| <i>C) Sobre la eficacia de los programas de cumplimiento .....</i>                        | 17 |
| 7. EL CONTRAPUNTO: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ITALIANA .....                             | 17 |
| 8. CONCLUSIÓN .....   | 19 |

## LA HUIDA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

*Prof. Dr. José L. González Cussac \**

### 1. PREMISA

**A**l igual que sucediera con la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en la praxis española se asiste a una silenciosa pero evidente *huida* del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Entonces, con el Tribunal del Jurado, la *huida* se propició con una interpretación más que restrictiva de su art. 1,1. Es decir, no acusando por los delitos que determinaban la competencia objetiva de este procedimiento. Y para ello se llegó a forzar la interpretación de algunas figuras, o simplemente a orillarlas a favor de otras fronteras pero ajenas al nuevo proceso por jurado. Los casos de amenazas y coacciones, el allanamiento de morada, la preferencia por la prevaricación o las reglas de conexidad, ilustran suficientemente aquella polémica.

La *huida* de entonces, como la de ahora, trae origen en múltiples causas. Sin duda las organizaciones administrativas, las corporaciones profesionales y de funcionarios son reacias a los cambios. Es decir, que junto a la pereza a introducir novedades estrictamente laborales se suma la de estudiar nuevas normas. Y a todo ello, en ocasiones, se añade cierta resistencia ideológica. Todas estas causas sin duda también concurren frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero aquí, a mi juicio, a las mentadas causas se une determinada concepción interpretativa. Esto es justamente lo que trato de abordar en las próximas líneas.

### 2. EL ORIGEN: UNA HIPÓTESIS DOCTRINAL MINORITARIA

Desde un sector doctrinal minoritario se elaboró una tesis novedosa exclusivamente creada para explicar la responsabilidad criminal de la persona moral. En realidad, se trata de una auténtica hipótesis, puesto que no se elaboró partiendo de ningún ordenamiento positivo, sino desde unas bases teóricas ideales. Podría decirse que incluso se formuló a título de modelo o prototipo, de una suerte de propuesta alternativa de *lege ferenda*.

---

\* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valencia.

Como quiera que esta formulación es sobradamente conocida, aquí me limito a recordar sus aspectos esenciales. Se pretendía construir un modelo de responsabilidad penal *completamente propio* de la persona jurídica, totalmente diferenciada de la responsabilidad penal de las personas físicas, y que por tanto gozaría de un fundamento distinto e independiente, absolutamente desvinculado del concreto delito cometido por una o varias personas físicas. En la misma se distingue entre el injusto propio de la persona moral, construido en la noción de “defecto de organización”, y una culpabilidad propia de la misma, que descansa en el parámetro de una “cultura de incumplimiento de la legalidad”. Así, por ejemplo, el dolo de la persona jurídica vendría dado por el “conocimiento organizativo del riesgo empresarial”, que no se compone de cada uno de los conocimientos individualizados sino del conjunto de relaciones y modelos que originan un conocimiento colectivo. Esta tesis se inscribe dentro de la corriente del *funcionalismo sistémico*.

Se abre paso el llamado movimiento de “*autoregulación regulada*” que impone una fidelidad normativa, esto es, una “*ciudadanía corporativa fiel al Derecho*”. Desde estas posiciones que parten de un injusto y de una culpabilidad propia y autónoma de la de la persona física, es constitucionalmente sostenible la responsabilidad penal del ente colectivo. Por ello consideran que los sistemas de *heterorresponsabilidad* son incompatibles con los principios básicos del Derecho penal<sup>1</sup>.

Los autores adscritos a esta hipótesis insisten en que el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa se origina en un *hecho propio* de la misma, esto es, en *un injusto y una culpabilidad de empresa*. De este modo construyen un auténtico “delito corporativo”, totalmente independiente de la actuación de las personas naturales y generalmente elaborado desde la noción del “*defecto de organización*”. Este criterio

---

<sup>1</sup> Esta es la tesis propuesta y desarrollada, entre otros, por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi), 2016, pp. 105-106. Del mismo autor *El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)*, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi), 2016, p. 128; del mismo: *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2017. Muy cercano a esta tesis se encuentra, aunque con algunos matices, la propuesta de FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “*El delito corporativo en el CP español*”, Pamplona (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi), 2015. Coincidente parcialmente, pero igualmente con matices, GONZÁLEZ SIERRA, P.: “*La imputación penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014. En esta línea puede también adscribirse a PÉREZ MACHIO, A. I.: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español*”, Granada (Comares), 2017, p. 209 y ss.

se sustenta en la omisión del cuidado debido por la empresa en la evitación de la comisión de delitos, es decir, en no haber adoptado programas o modelos idóneos y eficaces para controlar o gestionar los riesgos. De aquí su necesidad de elaborar una fórmula de responsabilidad por hecho propio, propugnando una redefinición de la culpabilidad en los entes colectivos.

Ahora bien, como el texto legal inequívocamente exige la previa constatación de la comisión de un delito por una persona física, este sector doctrinal introduce el siguiente matiz corrector. Así, entiende que el comportamiento delictivo previo corresponde siempre a una persona física “integrada en la organización”. A partir de este presupuesto inicial de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el sistema se articula en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la citada organización. De esta forma las empresas deben implicarse junto con el Estado en la función de prevención y control de riesgos penales, y ello se articula a través de los programas de cumplimiento<sup>2</sup>.

Consecuentemente con la idea del “*defecto de organización*”, los programas de cumplimiento se configuran como un “elemento del tipo objetivo”. Es decir, si el “defecto de organización” es el presupuesto del castigo penal, la posesión de un programa de cumplimiento expresa que la empresa está bien organizada y no ha omitido el cuidado corporativo debido. Así pues, el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencian una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma. A esta idea central, se añaden posteriormente los diferentes condiciones y requisitos legalmente concretados en el art. 31 bis CP, esto es, los presupuestos comunes y los hechos de conexión. En resumen, el tipo objetivo del delito corporativo estaría integrado por la ausencia de un programa de cumplimiento eficaz, y por los presupuestos comunes.

De modo que, al configurar los programas de cumplimiento como un elemento del tipo objetivo, integra el núcleo esencial del presupuesto, y su ausencia –esto es, la constatación de un programa eficaz- supone afirmar la inexistencia de la misma infracción (atipicidad)<sup>3</sup>. Para ello se valen de la de la no menos discutida categoría de los “elementos

---

<sup>2</sup> PÉREZ MACHIO, A. I.: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”; *cit.*, 2017, p. 213.

<sup>3</sup> De aquí deriva la crítica a su entendimiento como “excusa absolutoria” sostenida en la Circular 1/2016 de la FGE, pues conforme a esta última el programa de cumplimiento eficaz elimina la responsabilidad penal pero no el hecho ilícito.

negativos del tipo”.

No obstante, es necesario distinguir entre la crítica a la hipótesis teórica propuesta y de otra parte, su recepción y aplicación jurisprudencial a la normativa vigente en España. Esto es, aquí no se persigue contrastar la validez en abstracto de una propuesta teórica, sino de analizar la corrección y eficacia jurídica de su traslado por la línea mayoritaria jurisprudencial a lo dispuesto en el art. 31 bis y siguientes del CP español.

### 3. LA LÍNEA MAYORITARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Pues bien, a pesar de ser una propuesta minoritaria en la doctrina, en la que confluían diversos planteamientos de mayor consenso y desde luego resultar frontalmente contraria con la tesis ya publicada de la FGE en sus dos Circulares, la 1/2011 y la 1/2015, la conocida STS 154/2016, de 29 febrero, de Pleno, por una mayoría muy ajustada, ocho votos favorables frente a siete votos particulares, la adoptó en sus planteamientos básicos. Todavía causa sorpresa que se tomara una decisión así, de tal calado, en una materia muy novedosa, sumamente debatida y transmitiendo una profunda división interna de la Sala Segunda. Ciertamente los motivos, aunque conocidos, no dejan de aumentar la sorpresa.

Pero fuera como fuera y se debiera a los motivos que se debiera, lo cierto es que la mayoría de la Sala Segunda se adscribió no solo a un entendimiento autónomo de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, sino que apostó por la hipótesis del “*delito corporativo*”. Es decir, de una responsabilidad penal de la persona jurídica totalmente independiente de la actuación de las personas naturales y elaborado desde las nociones del “*defecto de organización*” y de la “*cultura de cumplimiento*”. Este criterio se sustenta en la omisión del cuidado debido por la empresa en la evitación de la comisión de delitos, manifestado en el comportamiento delictivo previo que corresponde siempre a una persona física “*integrada en la organización*”.

Como se ha expuesto, la tesis de la mayoría no difiere de un entendimiento muy extendido en la doctrina que sitúa el fundamento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en un hecho y una culpabilidad propios, separados y distintos del hecho y de la culpabilidad de la persona física que cometió el delito. Realmente el distanciamiento se origina al establecer esta responsabilidad penal propia de la persona moral en su capacidad de organización, que a su vez expresa el grado de su “*cultura de cumplimiento*”. En este entendimiento, los programas de cumplimiento penal son la manifestación de esa *correcta organización* y de esa *cultura de cumplimiento*.

Por consiguiente, los programas integran el presupuesto del castigo, como un *requisito negativo*<sup>4</sup>, y de esta forma penetran en su fundamento. Y como derivada de esta premisa, es la acusación la que junto a otros elementos positivos del tipo también debe probar que o no posee un programa de cumplimiento, o si lo posee, que éste no es idóneo para prevenir o reducir delitos.

Con más detalle, los programas de cumplimiento penal se configuran como un “elemento del tipo objetivo”, consecuentemente con la idea de una “*auténtica cultura del cumplimiento*” y del “defecto de organización”. Es decir, si el “defecto de organización” es el presupuesto del castigo penal, la posesión de un programa de cumplimiento penal expresa que la empresa está bien organizada y no ha omitido el cuidado corporativo debido. Así pues, el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencian una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma.

De modo que, al configurar los programas de cumplimiento como un elemento del tipo objetivo, integra el núcleo esencial del presupuesto, y su ausencia –esto es, la constatación de un programa eficaz- supone afirmar la inexistencia de la misma infracción. Al partir de esta concepción material, la mayoría que sustentó la citada STS 154/2016, tuvo que derivar importantes consecuencias procesales. En efecto, porque al considerar a un programa de cumplimiento eficaz como elemento del tipo objetivo, esto es, del presupuesto nuclear de la infracción, corresponderá entonces a la acusación demostrar ese presupuesto o fundamento del injusto. Es decir, que ese programa de cumplimiento no es idóneo o eficaz para prevenir delitos. Por tanto, permite afirmar que materialmente no estaba “bien organizada”, que presenta un “defecto de organización” y por consiguiente adolece de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos en su seno. Pero como se observa, la carga de la prueba sobre la eficacia o idoneidad del programa se traslada a la acusación. De esta concepción material también se derivan importantes consecuencias en el proceso penal<sup>5</sup>. En efecto, porque al considerar a un programa de cumplimiento eficaz como elemento del tipo objetivo, esto es, del presupuesto nuclear de

---

<sup>4</sup> De esta opinión partidaria de concebir los programas de cumplimiento como “elementos negativos del tipo”, por ejemplo, DEL MORAL GARCÍA, A.: “*Art. 31 bis*”, en *Comentarios y Jurisprudencia*, (Director A. Del Moral García), Granada (Comares), 2018, p. 262.

<sup>5</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento*”, en *Diario La Ley* n<sup>o</sup> 8861, 2016; y, GÓMEZ TOMILLO, M.: “*Presunción de inocencia, carga de la prueba de la idoneidad de los «compliance programs» y cultura de cumplimiento*”, en FRAGO AMADA, J. A.: *Actualidad Compliance 2018*, Pamplona (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi), 2018, p. 201-214.

la infracción, corresponderá entonces a la acusación demostrar ese presupuesto o fundamento del injusto. Es decir, demostrar que ese programa de cumplimiento no es idóneo o eficaz para prevenir delitos. Por tanto, tendrá que probar que la sociedad materialmente no estaba “bien organizada”, que presentaba un “defecto de organización” y por consiguiente adolecía de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos en su seno. Pero como se observa, la carga de la prueba se traslada a la acusación. Esta es la línea que apunta la mayoría que resolvió la STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016<sup>6</sup>.

Y justamente sobre esta cuestión procesal, aunque derivada del previo posicionamiento sustantivo, se formularon los siete votos particulares de la STS de 29 de febrero de 2016. Para estos votos particulares, la posición defendida por la mayoría nace de una suerte de *obiter dicta*, innecesario para el caso enjuiciado, sobre el que no se pronunciaron las partes –incluido el Ministerio Público–, que introduce un criterio no debatido, contrario a la Circular 1/2016, y por tanto prematuro y provisional<sup>7</sup>. Además, rechaza la cultura de control como elemento objetivo del tipo, puesto que por su vaguedad y ambigüedad ataca la exigencia de certeza. No obstante, admiten que pudiera constituir el fundamento último del modelo (*ratio legis*), pero no el criterio central de la interpretación del tipo (objeto formal). Insisten en que lo único que ha de probar la acusación son los elementos legales fijados en el art. 31 bis 1 a) y b), y que ello no comporta una responsabilidad objetiva, puesto que exige la “*culpa in vigilando, in eligendo, in constituendo, o in instruendo*”.

Pero, sobre todo, los siete votos particulares critican duramente que el criterio de la mayoría arrastra a la acusación a una prueba diabólica e imposible, en la medida que deberían probar un “hecho negativo”: que la empresa no está bien organizada y carece de un programa eficaz de prevención. En consecuencia, concluyen que esta doctrina conduce a un modelo probatorio excepcional y privilegiado y al vaciamiento e impunidad del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, en DLL n.º. 8747, 2016.

<sup>7</sup> Una crítica en éste, y en otros aspectos, a la tesis mayoritaria, en DOLZ LAGO, M. J.: “Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre responsabilidad penal de las personas jurídica. Análisis de los requisitos del art. 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes”, LL, n.º. 8796, 2016.

<sup>8</sup> Por todo lo anterior, comparto el parecer expresado en los citados siete votos particulares emitidos en la STS 154/2016. Muy especialmente sus razonamientos constitucionales acerca de la presunción de inocencia y los criterios lógicos sobre la trasmutación en una prueba diabólica

#### 4. SEGUIMIENTO JURISPRUDENCIAL Y CONSECUENCIAS APLICATIVAS

Pues bien, esta doctrina jurisprudencial mayoritaria se ha ido articulando sobre las siguientes exigencias fácticas: “una estructura interna mínimamente compleja”; la constatación de “un defecto estructural en los modelos de prevención, gestión, control y vigilancia” (*defecto de organización*) como expresión de una “ausencia de cultura de respeto y cumplimiento de las normas”<sup>9</sup>. Y, por supuesto, esta doctrina mayoritaria de la Sala Segunda además ha ejercido una notable influencia en el resto de la jurisprudencia<sup>10</sup>.

Justamente el primer balance de nuestra jurisprudencia sobre el tema ya lo presentó BOLDOBA PASAMAR, analizando las primeras resoluciones dictadas desde 2012 y a continuación constatando un importante incremento desde 2016<sup>11</sup>. Concluye que se ha consolidado en la jurisprudencia la ausencia del *debido control* como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Igualmente se constata que, siempre que la defensa muestra un programa de cumplimiento de la persona moral, queda automáticamente exenta de responsabilidad sin ninguna clase de evaluación del citado programa. De modo que, las condenas solo se producen a sociedades desprovistas de programas y siempre que no se trate de “sociedades pantalla”, o de sociedades “unipersonales”.

Las consecuencias de esta construcción de la jurisprudencia may-

---

la carga a la acusación de demostrar un hecho negativo, esto es, la ineficacia del programa.

<sup>9</sup> Siguen esta línea, aplicándola en diversos supuestos, entre otras, las siguientes SSTs: STS 221/2016, de 16 marzo 2016 (TOL 665.961); 583/2017, de 19 julio 2017 (TOL 6.336.755); 668/2017, de 11 octubre 2017 (TOL 6.388.504); 316/2018, de 28 junio 2018 (TOL 6.660.661); 365/2018, de 18 julio 2018 (TOL 6.677.017); 436/2018, de 28 septiembre (TOL 6.955.914); 192/2019, de 9 abril (TOL 7.189.787); 234/2019, de 8 mayo (TOL 7.235.654); 338/2019, de 3 julio 2019 (TOL 7.389.269); 530/2019, de 31 de octubre 2019 (TOL 7.580.076); 35/2020 de 6 de febrero (TOL 7.774.188); 109/2020 de 11 de marzo (TOL 7.988.568); 183/2021, de 3 de marzo (TOL 8.352.148); 470/2021 de 2 de junio (TOL 8.464.072); 833/2021 de 29 de octubre (TOL 8.637.967); 904/2021, de 24 de noviembre (TOL 8.661.944); 747/2022 de 27 de julio (TOL 9.213.265); 894/22 de 11 de noviembre (TOL 9.296.824).

<sup>10</sup> DEL MORAL GARCÍA, A.: “*Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Presente y perspectivas*”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Director): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 675 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “*El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*”, Pamplona (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi), 2017 y 2019; ALONSO BUZO, R.: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: injusto y culpabilidad en la doctrina del Tribunal Supremo*”, en *La ley penal. Revista de Derecho penal, Procesal y penitenciaria*, n<sup>o</sup>. 152, 2021.

<sup>11</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: “*Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en *Libro Homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid (UAM editores), 2019, Vol. I, p. 347 y ss.

oritaria son varias. La primera y más llamativa, es la renuncia a un auténtico control judicial *ex ante* de la idoneidad de los programas. En efecto, porque como acabamos de exponer, la jurisprudencia dominante declara la exención *ad limine* de responsabilidad penal de la sociedad siempre que exhibe un programa de cumplimiento. Es decir, es, desde el inicio del proceso y sin mayores verificaciones judiciales acerca de la validez efectiva del programa. De suerte que esta interpretación provoca la mentada *huida* de la responsabilidad penal, es decir, que las acusaciones, en especial la pública, no pierda el tiempo en formular acusación contra las personas morales, pues basta con que exhiban un programa en su primera declaración ante el juzgado de instrucción, para obtener el sobreseimiento. De aquí el recurso metafórico a *la huida* de acusar a la persona moral si basta con presentar un programa de cumplimiento para obtener automáticamente y sin mayores comprobaciones, la exoneración de responsabilidad en la primera fase de la investigación criminal.

Por consiguiente, esta exégesis permite no solo renunciar a enjuiciar a ciertas personas morales, sino que posibilita la renuncia siquiera a investigarlas criminalmente.

Debemos insistir en que esta doctrina permite a los órganos judiciales dejar fuera de un procedimiento penal a una sociedad con la mera exhibición de un programa de cumplimiento. Esta construcción infringe el tenor literal del art. 31 bis 2, que explícitamente señala que “*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia*” los citados programas de cumplimiento. A lo que expresamente añade que estos programas “*incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”. Por tanto, de forma explícita, el texto legal requiere que los programas no solo hayan sido formalmente aprobados, sino que deben haberse ejecutado “con eficacia”. Y esta referencia a la eficacia la ley lo asocia a la prevención de delitos de la misma naturaleza y la reducción del “riesgo” futuro de comisión<sup>12</sup>.

Pero son más las consecuencias negativas derivadas de esta aplicación jurisprudencial<sup>13</sup>. Por ejemplo, definir artificialmente el “comportamiento preventivo defectuoso del que se ocupa el art. 31 bis CP de

---

<sup>12</sup> Recientemente sobre la importancia de la elaboración de los “mapas de riesgo” para desarrollar la evaluación de la idoneidad de los programas de cumplimiento, MATALLÍN EVANGELIO, A. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (directores): “*Criminal Compliance Programs y mapas de riesgo*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.

<sup>13</sup> Destaca críticamente estas derivadas negativas GALÁN MUÑOZ, A.: “*Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después*”, Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, Volumen nº 2, julio 2023, 14 y 15

forma colectiva y difusa y no exclusivamente individual”. De aquí sigue la exclusión del régimen de responsabilidad penal por “inimputables” a las sociedades “unipersonales” o a cualquier otra que presente una escasa complejidad organizativa<sup>14</sup>. De igual forma, con ello no solo siguen contribuyendo a difuminar la responsabilidad penal, sino que también abocan a soluciones abiertamente incoherentes, entre ellas dejar caprichosamente fuera del sistema del art. 31 bis CP a todas las sociedades que no presenten una “(in)determinada complejidad estructural”<sup>15</sup>. Destaca sin lugar a dudas la indeterminación a la que aboca esta interpretación judicial, de modo que se atribuyen un absoluto poder para decidir en cada caso e incluso *ad personam*. Y esta no es precisamente una construcción ideológicamente neutral<sup>16</sup>.

## 5. CRÍTICA

Pues bien, a pesar de las críticas internas y externas recibidas, esta doctrina del “delito corporativo” se ha convertido en dominante en el Tribunal Supremo. Entre otras, me sumo en gran medida a la crítica formulada por amplios sectores doctrinales<sup>17</sup> y a las ya expresadas con anterioridad en otros trabajos<sup>18</sup>. Y de nuevo me reitero en la

<sup>14</sup> Crítico con esta doctrina y sus efectos, LEÓN ALAPONT, J.: “*Personas jurídicas ‘imputables’ e ‘inimputables’ en el régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP: una breve divagación a raíz de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Diario La Ley n<sup>o</sup> 10191. De otra opinión FEJOO SÁNCHEZ, B.: “La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho penal español”, REDEPEC, vol. 1, n<sup>o</sup> 1, 2023.

<sup>15</sup> GALÁN MUÑOZ, A.: “*Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después*”, Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, Volumen n<sup>o</sup> 2, julio 2023, p. 44 y 45.

<sup>16</sup> Lo pone de relieve AGUILERA GORDILLO, R.: “*Tres autos cruciales sobre Compliance de la Audiencia Nacional*”, disponible en {<https://www.granthornton.es>}, 25 de octubre de 2021.

<sup>17</sup> Por todos, CARBONELL MATEU, J. C.: “*La persona jurídica como sujeto activo del delito*”, en Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña, Madrid (Reus), 2020, p. 600 y ss.; y, GALÁN MUÑOZ, A.: “*Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después*”, Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, Volumen n<sup>o</sup> 2, julio 2023; y, “*¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español*”, Revista General del Derecho penal, 35, 2021.

<sup>18</sup> Ya la expuse en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 306. En efecto, porque en realidad la STS 154/2016, de 29 de febrero, fue mucho más lejos de esta meta. Primero porque sentó una doctrina sustantiva que en absoluto estaba consensuada y hasta constituye una posición minoritaria. Segundo, porque no era necesario formularla en el caso enjuiciado y además se forzó su inclusión, precipitándose un debate todavía en estado de incipiente. Tercero, porque incurre en la inversión metodológica antes descrita: de un modelo teórico se infiere todo el régimen jurídico, incluido el constitucional. Cuarto, porque su doctrina no deriva del texto de la ley, sino de una concepción dogmática previa. Quinto, porque el dogma en el que fundamenta la responsabilidad, especialmente la noción “*cultura de cumplimiento de la legalidad*”, es sumamente

necesidad de distinguir entre la crítica al modelo teórico en sí mismo considerado, y la crítica a la concreta aplicación por la jurisprudencia mayoritaria basada en este modelo.

En este sentido, podría decirse que la controvertida STS 154/2016, de 29 de febrero, opta por el criterio de la autorresponsabilidad, pero desde una minoritaria concepción sistémica del Derecho penal, que se sustenta en la idea de un hecho injusto propio fundado en el desprecio a las normas jurídicas. De aquí a que se deslice a exigir una “ética empresarial”, una “cultura de cumplimiento”. Inexorablemente estas premisas llevan a plantearse el significado jurídico de los programas de cumplimiento, y aunque no llega a pronunciarse explícitamente sobre su naturaleza jurídica, sí subraya su importancia como “expresión” de la citada “ética empresarial”<sup>19</sup>.

Este posicionamiento excede el margen de exégesis del texto legal, esto es, va más allá del tenor literal posible, aproximándose a una creación judicial, o cuanto menos, a una interpretación creativa o sobre-interpretación de la ley. En efecto, pues en el fondo vendría a afirmar que la responsabilidad penal de la persona jurídica nace de la posesión o no de un programa de cumplimiento, que en verdad exprese una auténtica “cultura de cumplimiento o ética empresarial”. Esto es así por cuanto la resolución requiere la prueba de dos aspectos: primero, la comisión de un hecho delictivo contenido en el “catálogo” por parte de una persona física idónea; y dos, la comprobación de un “hecho propio” de la persona moral. Pero como a su juicio el Código Penal no describe este extremo, transforma el programa de cumplimiento en un elemento del tipo objetivo. Al margen de este salto exegético, la resolución no resuelve el déficit de tipicidad y taxatividad innato a la difusa referencia a la “ética empresarial o a la cultura de cumplimiento”. Insuficiencia grave desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal<sup>20</sup>.

---

vaporoso y aboca a la incerteza de su contenido. Sexto, porque en materia de prueba y carga de la prueba en materia de eximentes ya existe una doctrina muy consolidada. Séptimo, porque con el pretendido objetivo de salvaguardar garantías constitucionales, paradójicamente se nos arrastra a un extremo difícilmente conciliable con las mismas. Esto es obvio, como suscriben los votos particulares, en lo relativo a la prueba de hechos negativos y a la llamada prueba diabólica. Y, octavo, como ya se ha expuesto antes, su entendimiento de los programas de cumplimiento como elementos negativos del tipo comporta acentuar un objetivo de la reforma de 2015: consagrar la impunidad penal de las sociedades dotadas de los citados programas, sean estos o no idóneos y eficaces para prevenir concretos delitos.

<sup>19</sup> Una crítica extensa a la concepción del “defecto de organización derivado de una insuficiencia cultural corporativa” en GALÁN MUÑOZ, A.: “*Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después*”, Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, Volumen nº 2, julio 2023.

<sup>20</sup> FERRÉ OLIVÉ, J. C.: “*Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa*”, RP

Tampoco explica alguna de las derivadas de considerar a los programas de cumplimiento eficaces como una suerte de “elementos negativos del tipo”. Por ejemplo, en materia de responsabilidad civil *ex delicto*, en este caso del art. 116.3 CP. En efecto, porque si el “hecho” deja de ser considerado “ilícito” para la persona moral por estar en posesión de un programa de cumplimiento eficaz, no podrá derivarse a ésta este título de responsabilidad civil.

A esta fragilidad de la exégesis, se suma otra relativa al principio de vigencia en la interpretación. En efecto, porque si la posesión de un programa de cumplimiento eficaz que expresa la “cultura ética” de la sociedad, se considera ya un elemento del tipo objetivo, los apartados 2, 3,4 y 5 del art. 31 bis CP si no quedan vacíos de contenido, cuanto menos sufren una considerable degradación valorativa<sup>21</sup>. Es decir, según esta doctrina en realidad convertiría en atípica para la persona moral el delito de referencia, mientras que podría seguir siendo típico el hecho de referencia para una persona física. Y a esta conclusión se llegaría anticipadamente de la valoración de los presupuestos legales, en la medida que se alzaprima, o se sitúa al mismo nivel de relevancia penal, la exhibición de un programa de cumplimiento. En definitiva, los apartados 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> y 5<sup>o</sup> del art. 31 bis pierden gran parte, por no decir todo, el valor que la Ley les otorga. En efecto, porque esta tesis no solo se fundamenta en metaconceptos ajenos al texto vigente, sino que además orilla completamente el hecho delictivo cometido y desde luego se aleja de la función de tutela de bienes jurídicos.

A las anteriores observaciones críticas, me sumo a la expresada por CARBONELL MATEU. Muy resumidamente afirma que la mayoría fundamenta la condena a la persona jurídica en una infracción realizada por ella y diferente al hecho atribuido a la persona física. Es decir, en una responsabilidad propia y donde el defecto de organización juega un papel esencial. “*Que no sea eso lo que dice el Código Penal no parece importar. Para el Tribunal es muy relevante que la existencia de un sistema de organización y control pueda comportar la exención de responsabilidad*”. Añade que además se aparta de la concepción original de TIEDEMANN, que concebía los programas como eximente

---

n<sup>o</sup>. 44, 2019, p. 61 y ss.

<sup>21</sup> Justamente en este extremo se pronuncian el Auto del Juzgado de Instrucción n<sup>o</sup> 32 de Madrid, de 26 de julio de 2016, confirmado por el Auto de la AP de Madrid 909/2017, de 3 de noviembre, en lo que constituye el primer caso en España de imputación de un partido político conforme al art. 31 bis CP, pero que lo fundamentan ambas resoluciones en la carencia de un programa de cumplimiento y por tanto sin valorar la concurrencia de los hechos de conexión descritos en el citado precepto. Una crítica razonada a estos dos Autos en LEÓN ALAPONT, J.: “*La primera imputación de un partido político en España ex art. 31 bis del CP*”, LL n<sup>o</sup>. 18238/2017, p. 1 a 13.

de la culpabilidad, por lo que el hecho seguía siendo ilícito, pero no culpable. Pero la tesis de la mayoría da un salto sin precedentes al trasladar esta idea hasta la relevancia del hecho, esto es, a la tipicidad, desplazándola de su lugar original como fundamento del reproche a la sociedad. De suerte que, poseer un programa de cumplimiento exonera de responsabilidad porque el hecho ya no es típico. Todo ello porque se parte de la existencia de un deber de regulación del control mediante los programas de cumplimiento, cuya infracción es la que fundamenta la responsabilidad criminal de la persona jurídica<sup>22</sup>.

Pero como acertadamente apunta CARBONELL MATEU, el planteamiento sustentado por la mayoría en esta resolución admite la lectura inversa: *“el delito no es la estafa, el fraude fiscal o el vertido de residuos; no parece que lo importante sea el significado, sino que a éste se llegue porque no ha habido el debido control con la consecuencia evidente –no sé si deseada– que implica: estafar, cometer delito fiscal o verter residuos radioactivos con compliance no es delito, aunque concurra dolo directo”*. De esta forma, ignorando de forma flagrante el principio de legalidad, traslada al tipo un elemento inexistente en la regulación legal<sup>23</sup>. En esta línea apunta GALÁN MUÑOZ que esta concepción no fundamenta la responsabilidad penal en un hecho concreto, que en realidad no importa, sino en un “defecto estructural derivado de una insuficiente cultura corporativa”, por lo que se enjuicia es una suerte de “valoración global” de la estructura, organización y cultura de la empresa<sup>24</sup>.

A esta transmutación se suma un inaudito efecto procesal: es a la acusación a la que corresponde probar la concurrencia del elemento negativo del tipo (la ausencia o ineficacia del programa de cumplimiento). Porque lo relevante, para la mayoría, es la falta de control, la infracción del deber, no la comisión de hechos delictivos. De modo que, como sigue exponiendo CARBONELL MATEU, esta tesis posee un resultado paradójico sobre el derecho a la presunción de inocencia: *“la comprobación de la realización de un hecho típico más allá de toda duda razonable –que se cometió dolosamente un fraude fiscal– no enerva la presunción de inocencia si no se demuestra –más allá de toda duda razonable– que el sistema de control no es eficiente para evitar otro fraude fiscal. Es difícilmente concebible una perversión similar del lenguaje”*<sup>25</sup>. Nada que añadir y

<sup>22</sup> CARBONELL MATEU, J. C.: *“La persona jurídica como sujeto activo del delito”*, cit., 2020, p. 597.

<sup>23</sup> CARBONELL MATEU, J. C.: *“La persona jurídica como sujeto activo del delito”*, cit., 2020, p. 698.

<sup>24</sup> GALÁN MUÑOZ, A.: *“Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después”*, cit., p. 9 y ss.

<sup>25</sup> CARBONELL MATEU, J. C.: *“La persona jurídica como sujeto activo del delito”*, cit., 2020, p. 598 y ss.

como el citado autor, reitero mi coincidencia con los razonamientos esgrimidos en los votos particulares de la referida sentencia.

En resumen, es compartido el interés por lograr una interpretación conforme a la Constitución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero este objetivo no se logra en ningún caso, y como ya hemos reiterado, a través de un entendimiento del precepto en clave del modelo vicarial estricto. Pero tampoco mediante el recurso a un constructo teórico tan difuso como la noción de “cultura de cumplimiento”, que choca frontalmente con la garantía material del principio de legalidad, y se sustenta en una responsabilidad global, esto es, por “conducción de vida” fundamentada en la idea de infracción del deber y no en la tutela de bienes jurídicos. Y que, además, conecta con un entendimiento moral del Derecho penal, pues en realidad conecta esta interpretación con la idea de “ética empresarial”. Es decir, con el retorno encubierto al privilegio de la autorregulación.

Y este retorno se acentúa aún más, si recordamos que en España las certificaciones de los programas de cumplimiento no proceden de un organismo público sino privado<sup>26</sup> y el debate sobre su consideración como prueba en el proceso penal<sup>27</sup>.

## 6. LOS Matices INTRODUcidos POR LA LíNEA JURISPRUDENCIAL MINORITARIA

Sin duda el primer precedente remite a los siete votos particulares discrepantes formulados a la STS 154/2016, aunque también cuenta con algunas resoluciones posteriores de “ponente”. La última, la STS 298/2024, de 8 de abril. En la misma se introducen dos diferencias importantes y un matiz interesante respecto a la línea mayoritaria antes descrita.

### *A) Los cuatro elementos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Así, la primera diferencia importante la STS 298/2024 la extrae directamente del tenor del art. 31 bis., que conforme a esta exégesis considera que la responsabilidad penal de una persona jurídica precisa de la constatación de cuatro “elementos”. Y estos cuatro elementos ya no remiten a los criterios de “defecto de organización” y “cultura de

---

<sup>26</sup> Recientemente, entre otros muchos, destaca también esta característica MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “*Accesoriedad, regulación y Derecho penal económico. Una propuesta de teorización desde la regulación del insider trading y de la corrupción privada*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2024, p. 118 y ss.

<sup>27</sup> Me ocupé de esta cuestión en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*”, cit., p. 217 a 220

cumplimiento”.

En efecto, los cuatro “elementos” son los siguientes: **a)** un “elemento nuclear positivo” consistente en la comisión de un delito por quien actúa como directivo o empleado del ente; **b)** otro elemento “normativo”, que exige que se trate de uno de los delitos en que está prevista esta responsabilidad penal de las personas morales; **c)** un “elemento negativo” que requiere que *“no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado para la actuación delictiva del agente”*; y, **d)** un “elemento accesorio”, que es “pieza imprescindible” y que reclama que *“el delito, objetivamente considerado y con independencia del móvil del agente, ha de redundar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica”* (F.J. Cuarto).

Como se observa, esta línea jurisprudencial abierta por la STS 298/2024 viene a coincidir sustancialmente con la tesis la propuesta de la Circular 1/2016 de la FGE y con la de un amplio sector doctrinal, aunque evitando los términos “presupuestos” y “hechos de conexión”. Además, se aparta de esta última y coincide con la mayoritaria en la jurisprudencia, al mantener la concurrencia de un “elemento negativo”. Sin embargo, como se expone inmediatamente, sí difiere respecto a la prueba de este elemento.

De modo inequívoco en la STS 298/2024 se finaliza afirmando: *“Sea cual sea el modelo que atraiga las simpatías en el plano teórico de uno u otro interprete, en la práctica lo que es exigible para unos y otros es que se constate la presencia de todos y cada uno de los elementos que a tenor del art. 31 bis CP arrastran la imposición de una pena a una persona jurídica”*.

### ***B) Alegación y carga de la prueba del “elemento negativo”***

La segunda diferencia marcada por esta resolución se encuentra precisamente en la exigencia de la no implantación de un programa de cumplimiento. Esto es, de la naturaleza de “elemento negativo”, que, necesariamente, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras, que *“la carga de la alegación de este factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa”*. De suerte que, si ésta se abstiene de solicitarla, no amaga con aportar un plan de cumplimiento, ni tampoco demuestra que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a los requisitos perfilados en el Código Penal, *“será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento”*. A partir de aquí, en la comentada sentencia se exponen varios ejemplos respecto a diversos delitos y causas de exención relativos a personas naturales que vienen a corroborar esta interpretación procesal. Finalmente se concluye afirmando: *“La abulia indagatoria y probatoria sobre ese elemento negativo, no ha de traducirse necesariamente en una duda sobre su consecuencia”*. La

presunción de inocencia no obliga a presumir que todas las personas jurídicas en general cuentan con un programa de cumplimiento “ajustado a las exigencias del Código Penal”. Es más, prosigue señalando que incluso “la desidia en las alegaciones o aportaciones probatorias de la persona jurídica acusada se erigiría en elemento que permite razonablemente entender desactiva esa presunción”<sup>28</sup>.

En mi opinión, en todo caso, no se entiende entonces muy bien la utilidad del recurso a esta construcción de los “elementos negativos del tipo”, la cual obedece a la clásica concepción del tipo como “tipo total de injusto”. En efecto, porque esta elaboración comporta entender comprendidas en el tipo no solo los componentes que lo fundamentan, sino también los que lo excluyen, especialmente las causas de justificación y las excusas. Pero en realidad se trató más bien de una formulación sistemática y teórica que de una propuesta interpretativa. Y ello no solo por los problemas que sugiere la alegación, carga y suficiencia probatoria, sino también por otras razones de semejante rango constitucional. En efecto, porque si corresponde a la acusación solicitar a la empresa su programa de cumplimiento junto al resto de documentación necesaria para probar su eficacia e idoneidad, la defensa bien podría alegar su negativa amparada en el derecho a no inculparse. De modo que esta construcción también desde este prisma aboca a un bucle sin salida.

Pero todavía existen más razones para abandonar esta idea. Porque

---

<sup>28</sup> La doctrina jurisprudencial sobre carga probatoria de eximentes y atenuantes puede verse, por todas, en la STS 645/2018, de 13 diciembre 2018. Justamente respecto a esta última cuestión se han alzado voces críticas. En efecto, porque esta doctrina general sobre la carga de la prueba, tal como viene configurada y aplicada, puede ofrecer dudas sobre su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia. Pero no solo en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que las ofrece en general, esto es, a su estimación respecto a personas naturales. Esta tesis crítica con la doctrina general de la carga probatoria de eximentes y atenuantes expone muy convincentemente que, en nuestro modelo constitucional de proceso penal, lo que exige el art. 24.2 CE es que el acusado no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un *hecho constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad penal*. Esta interpretación fue sostenida por primera vez en la STS 639/2016, de 14 julio 2016, siendo ponente Luciano Varela Castro. Esta tesis crítica con la doctrina general de la carga probatoria de eximentes y atenuantes expone muy convincentemente que, en nuestro modelo constitucional de proceso penal, lo que exige el art. 24.2 CE es que el acusado no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un *hecho constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad penal*. En suma, esta perspectiva advierte que la presunción de inocencia no distingue entre hechos según sean favorables a una u otra parte. Por ello propone una nueva formulación de las categorías de carga material y formal de la prueba que no olvide que lo que se tiene que demostrar en la culpabilidad más allá de toda duda razonable, y nunca a la inversa, la inocencia más allá de toda duda razonable. En parecidos términos críticos se expresa DEL MORAL GARCÍA, A.: “Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Presente y perspectivas”, cit., 2019, p. 695 y s.

el tenor literal del art. 31 bis apunta justamente a su entendimiento como una excusa, o si se prefiere, como una “causa de exención” de la responsabilidad penal. Así reza literalmente el art. 31 bis 2 y 4 CP: “... *la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad...*”. Por consiguiente, ni siquiera da pie a esta comprensión como “elemento negativo del tipo”, porque ni siquiera usa las habituales fórmulas legales de las causas de atipicidad, generalmente precedidas del término “sin”<sup>29</sup>. Por otra parte, en estos supuestos tampoco se consideraban “elementos negativos del tipo”, sino más bien formas específicas de delimitación legal y nunca eran comprendidas como integrantes del tipo<sup>30</sup>.

En síntesis, la aplicación de la categoría de “elementos negativos del tipo” a la eficacia penológica de los programas de cumplimiento, carece absolutamente de base legal en el CP español, y además provoca indeseables consecuencias sobre derechos fundamentales.

### *C) Sobre la eficacia de los programas de cumplimiento*

En diversos pasajes de la resolución parece introducirse un importante matiz, advirtiendo que no bastaría con presentar un programa de cumplimiento, sino que sería necesario que tuviera una “*efectiva vigencia*”. También, al hablar del “elemento negativo”, lo define exigiendo “*que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz*”. Finalmente se refiere a “*la inexistencia de un plan eficaz de cumplimiento*” F.J. Cuarto).

Por consiguiente, viene a insinuar la insuficiencia de la mera alegación o presentación de un programa de cumplimiento. Por el contrario, apunta a la exigencia de un control judicial conforme al tenor del art. 31 bis CP, teniendo que evaluar su aprobación y también su implantación, que además deberá ser considerada judicialmente “*eficaz*”. De modo que, con este matiz parece acercarse a un amplio sector doctrinal y como a continuación comprobaremos a la jurisprudencia dominante en Italia.

## **7. EL CONTRAPUNTO: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ITALIANA**

Como es sobradamente conocido, la introducción en la reforma del CP de 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tuvo como referencia la legislación italiana. En concreto la contenida en el Decreto 231, de 8 de mayo de 2001, todavía vigente en aquel

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, “*sin su consentimiento*” (arts. 178; 197,1 CP); “*sin estar autorizado*” (art. 197,2 CP); “*sin habitar en ella*” (art. 202 CP); “*sin la voluntad de su dueño*” (art. 234 CP).

<sup>30</sup> Por todos, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: “*Derecho Penal. Parte General*”, Universidad de Valencia, 1984, p. 298.

país. De modo que ambos ordenamientos, el italiano y el español, comparten una regulación legal prácticamente idéntica en esta materia. Y, sin embargo, el desarrollo en la jurisprudencia italiana difiere del mayoritario seguido por la española y se asemeja al mayoritario en ambas doctrinas y a la apuntada línea minoritaria de la jurisprudencia española.

En efecto, este rumbo de la jurisprudencia mayoritaria española contrasta con el seguido por la jurisprudencia italiana. Un buen ejemplo lo encontramos en la sentencia 23401/2022 de la Corte di Cassazione. En la misma se contiene una profusa discusión a través de varias instancias, recursos y apelaciones que giran sustancialmente sobre el control judicial acerca de la idoneidad de los programas aplicado a una de las más grandes empresas de Italia<sup>31</sup>. En la misma se aborda la estructura del “tipo” de la responsabilidad de la persona jurídica, la exigencia de cautela y la validación jurídica de los programas de cumplimiento por el juez. Parte de que la legislación no contempla inversión alguna de la carga de la prueba, por lo que el llamado *defecto de organización* es un elemento constitutivo del delito que corresponde probar a la acusación. Por consiguiente, la comisión del delito tampoco comporta automáticamente la declaración *de inidoneidad* del programa.

Así pues, para que pueda establecerse la responsabilidad penal aun a título de negligencia, el resultado ofensivo debe corresponder precisamente al peligro que la norma cautelar violada pretendía tutelar, esto es, conforme al *criterio de protección del riesgo típico*. En este contexto entran en juego los parámetros del comportamiento lícito alternativo, o la hipótesis en la que, como establece la sentencia, *la observancia de la precaución hubiera permitido eliminar o reducir el peligro derivado de una determinada actividad*. De modo que, el juez, al efectuar la valoración de “idoneidad”, deberá colocarse idealmente en el momento de comisión del delito y verificar la previsibilidad y evitabilidad, de acuerdo al mecanismo epistémico de la “*prognosi postuma*” (causa adecuada). Así pues, este mecanismo de control judicial sobre la idoneidad del programa de cumplimiento no debe tener un alcance global, sino limitarse a evaluar el impacto de la violación de la regla de precaución con el riesgo de repetición de delitos de la misma naturaleza<sup>32</sup>.

En cuanto al criterio con el que calibrar el juicio de adecuación, las directrices recogidas en el Decreto de 2001 (art. 6, párrafo 4),

---

<sup>31</sup> Con razón se refieren a esta resolución como “el final de la *Impregilo*”, PIERGALLINI, Carlo: “Una sentenza ‘modello’ della cassazione pone fine alle *stenuate vicende Impregilo*”, Sistema Penale, 27 Giugno 2022.

<sup>32</sup> PIERGALLINI, Carlo: “Una sentenza ‘modello’ della cassazione pone fine alle *stenuate vicende Impregilo*”, *ob. y loc. cit.*

tienen una fuerza meramente orientativa. Lo mismo sucede con las recomendaciones provenientes de las asociaciones profesionales, que simplemente exteriorizan normas de autorregulación. Ahora bien, el órgano judicial penal en todo caso está obligado a dar cuenta de las razones en las fundamenta el llamado defecto de organización. En la citada sentencia finalmente también se aborda la consecuencia de omitir la valoración de la efectividad del funcionamiento del programa y de la concreta vigilancia ejercida por el organismo de control. Este último debe estar dotado de autonomía y efectivos poderes de control. Igualmente se exige que el control judicial se proyecte sobre el comportamiento del dirigente (*vertici*) de la sociedad, valorando si ha sido elusivo o simplemente resultado de la inobservancia del modelo<sup>33</sup>.

Justamente el debate sobre el control judicial de la idoneidad o eficacia de los modelos protagoniza la discusión en la literatura penal italiana<sup>34</sup>.

## 8. CONCLUSIÓN

Conforme a la doctrina mayoritaria asentada en nuestra jurisprudencia y originada en el Tribunal Supremo, en España hoy no hace falta siquiera recurrir a una defensa técnica: basta con exhibir un programa de cumplimiento normativo, aunque no esté certificado, porque ello supone automáticamente la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica. De modo que, la jurisprudencia mayoritaria española ha renunciado a investigar y a enjuiciar la idoneidad de los citados programas conforme a lo exigido expresamente en el art. 31 bis del Código Penal.

Así pues, presentar un programa, cualquiera, es suficiente para quedar fuera del proceso. Y, entonces, ¿para qué acusar penalmente a una persona jurídica?

Esta es la consecuencia derivada de una interpretación judicial que va más allá del tenor literal posible de la ley. De suerte que crea e inventa una nueva norma. Con ello infringe de plano el principio de

---

<sup>33</sup> Corte di Cassazione, Penale Sent. Sez. VI, Num. 23401, Anno 2022, de 11 de noviembre de 2021 (15 de junio de 2022). Un comentario a esta resolución puede verse en el citado PIERGALLINI, Carlo: “Una sentenza ‘modello’ della cassazione pone fine alle ‘stenuate vicende Impregilo’”, cit.

<sup>34</sup> Por ejemplo, puede verse DE SIMONE, G.: “*Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*”, Pisa (Edizioni ETS), 2012.; MELCHIONDA, A.: “*La responsabilità da reato degli enti e le peculiarità delle società cooperative nel settore agricolo e vitivinicolo. La ragione di una ricerca*”, en *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole*, Atti del Convegno, Trento, 2 de diciembre de 2022, a cura di Alessandro Melchionda e Enrico Pezzi, Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, 68, 2023, p. 1 y ss, en especial p. 6/7.

legalidad penal, el pilar fundamental de un Derecho penal del Estado democrático de Derecho. Ciertamente, como muchas resoluciones proclaman, no importa tanto la “naturaleza dogmática” de los programas de cumplimiento, pero sí importa la aplicación de la ley conforme a su tenor literal: precisamente la primera exigencia constitucional en materia penal<sup>35</sup>.

Posiblemente los magistrados integrantes de esta corriente mayoritaria nunca desearon estas consecuencias, pero en verdad ha provocado un apartamiento de la ley vigente en España y una seria quiebra de los objetivos y estándares internacionales que originaron la introducción de la responsabilidad penal en las leyes penales como instrumento normativo de enjuiciamiento de las infracciones relativas a la corrupción. Y por supuesto han asegurado la impunidad para cualquier empresa que pueda pagarse un programa de cumplimiento, aunque éste no sea eficaz, puesto que nadie lo va a enjuiciar en la jurisdicción penal.

Urge por tanto regresar a una interpretación de la ley ajustada a su formulación, de acuerdo a la línea minoritaria ya declarada en nuestra jurisprudencia, a la doctrina mayoritaria<sup>36</sup>, a la Circular 1/2016 de la FGE, confluyendo con su aplicación en ordenamientos semejantes y por supuesto de acuerdo con la normativa, recomendaciones y objetivos internacionales frente a la corrupción.

En conclusión, como ya he defendido en otros trabajos y no voy a reiterar, corresponde a la acusación demostrar más allá de toda duda razonable la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos en el art. 31 bis 1 CP. Nada más ni nada menos. Y, si alguna de las partes alega la posesión de un programa de cumplimiento, corresponde al órgano judicial determinar si es idóneo para exonerar de responsabilidad penal conforme a las condiciones fijadas respectivamente en los apartados 2, 3 y 4 del art. 31 bis que consagra un modelo de “doble vía”. El estándar probatorio de los programas se asemeja al de

---

<sup>35</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “*Fundamentos del sistema penal*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2<sup>a</sup> ed., 2011, p. 725 y ss.

<sup>36</sup> Por todos, y aunque con matices, DEL ROSAL BLASCO, B.: “*Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de la persona jurídica: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado*”, Diario La Ley n<sup>o</sup>. 8733, 2016; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “*Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*”, Pamplona (Thomson Reuters), 2023; GALÁN MUÑOZ, A.: “*Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “*Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*”, 5<sup>a</sup> edición, Valencia (Tirant lo Blanch) 2016, p. 568 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: “*Art. 31 bis; art. 31 ter; art. 31 quater; y, art. 31 quinquies*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director): “*Comentarios al CP español*”. Tomo I, Pamplona (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi), 2016, 7<sup>a</sup> edición, p. 345-411.

cualquier elemento atenuante o eximente de la responsabilidad penal que, obviamente, no requiere de la misma suficiencia que los elementos integrantes del presupuesto delictivo<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*”, cit. p. 95 y ss.; LEÓN ALAPONT, J.: “*Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 95 y ss.