

LA IRRUPCIÓN DEL ACTOR CORPORATIVO EN LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS. A PROPÓSITO DE LA STS DE 11 DE
NOVIEMBRE DE 2022

Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN	2
II.- LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022	5
III.- EL ACTOR CORPORATIVO COMO CONCEPTO IDÓNEO PARA ABOR- DAR LA IMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LA COMPLEJI- DAD ORGANIZATIVA INTERNA COMO CRITERIO DE VALORACIÓN	8
IV.- LA ADECUADA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DE LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022	13
V.- EL ENGARCE DE LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022 CON OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES	19
VI.- EL DEBER DEL JUEZ INSTRUCTOR DE DICTAR SOBRESEIMIENTO CON EL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL CUANDO NO SE CON- TENGA EN EL RELATO FÁCTICO DE LOS ESCRITOS DE ACUSACIÓN REF- ERENCIA ALGUNA AL DELITO CORPORATIVO DE LA PERSONA JURÍDICA	29
VII.- CONSIDERACIONES FINALES: ¿REALISMO VS. NORMATIVISMO?	36

LA IRRUPCIÓN DEL ACTOR CORPORATIVO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. A PROPÓSITO DE LA STS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022

*Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez **

I.- INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que más ha sido tratada por la Excma. Sala Segunda del Tribunal Supremo – probablemente, la más tratada hasta el momento – es cómo abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas que carecen de un mínimo sustrato organizativo / complejidad organizativa. La jurisprudencia de la Sala Segunda parece estar un tanto dividida respecto del camino para, eso sí, arribar a la (ab)solución. En una apretada síntesis se podría decir que una solución aboga por la inimputabilidad por carencia de estructura organizativa propia; la otra solución advoca por la insancionabilidad por concurrencia de *ne bis in idem*. Pudiera parecer que siendo el resultado el mismo, poco puede importar la fundamentación. Pero sería ésa una conclusión precipitada. El camino escogido importa, y mucho. Ello, fundamentalmente, porque, más allá de disquisiciones doctrinales, su utilidad para resolver casos futuros es ciertamente distinta.

La Sentencia de 11 de noviembre de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Hurtado Adrián] aborda esta cuestión de forma integral e introduce en el campo jurisprudencial un concepto importado del acerbo doctrinal: el concepto del «actor corporativo»¹. La adopción del mismo por parte de la jurisprudencia menor está todavía por ver²; pero, sin duda, constituye un hito en la evolución de una de las doctrinas

* Profesor Titular (Acred. ANECA) de Derecho penal. Socio Fundador Corporate Defense.

¹ Vid. en general Carlos Gómez-Jara Díez, *Actor Corporativo y Delito Corporativo*, 2020, passim con ulteriores referencias. Siguiendo esta aproximación igualmente Carlos Bautista Samaniego, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sociedades de pequeñas dimensiones. A propósito de la STS 894/2022, de 11 de noviembre”, en: *REDEPEC* 1 (2023), pp. 1 ss. Ahondando en el planteamiento vid. Juan Ignacio Piña Rochefort, “Autonomía, Complejidad y Cultura Corporativa: El corsé cognitivo de la dogmática penal para la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *REDEPEC* 3 (2023), pp. 20 ss.

² Vid. ya, incluso con anterioridad, Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2021 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Echarri Casil]. Trayendo a colación la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 vid., entre otras, el Auto de la

jurisprudenciales más ricas – en nuestra opinión – de las que existen en Europa respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde esta perspectiva, muy resumidamente, se puede sostener que *las personas jurídicas que no pueden considerarse un actor corporativo son inimputables*³.

Así las cosas, la sentencia objeto de comentario se encuadra dentro de la tendencia del Tribunal Supremo de adoptar conceptos desarrollados por la doctrina científica e incorporarlos al acervo jurisprudencial español para dotarlos de utilidad práctica. Así, en concreto, la vinculación del concepto del «actor corporativo» con la complejidad organizativa interna de determinadas personas jurídicas permite abordar con mayor solvencia los retos que plantean algunas formas societarias como, por ejemplo, las sociedades unipersonales o supuestos de concurrencia parcial de responsabilidades entre personas físicas y jurídicas en sociedades carentes de estructura organizativa.

En este sentido, la Sala Segunda también ha acudido al expediente del *ne bis in idem* para analizar la problemática de las sociedades

Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de marzo de 2024 [Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Gómez Udías]; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 27 de diciembre de 2023 [Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Fernández]; Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 27 de marzo de 2024 [Ponente: Ilma. Sra. Dña. Nuria Valladares].

³ La utilización del término inimputabilidad para referirse a esta condición en las personas jurídicas no está exenta de cierta polémica. Cuando inicialmente propuse esta denominación [vid. Carlos Gómez-Jara, “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en: Bajo Fernández, Miguel / Jorge Barreiro, Agustín / Suárez González, Carlos (eds.), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 425-446] no tuvo una excesiva repercusión, entre otras cuestiones, por la inexistencia de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España en ese momento. Posteriormente, tras la introducción de dicho régimen mediante la LO 5/2010, y los comentarios a las primeras resoluciones judiciales en un sentido tendente a la utilización de dicho término, adquirió prácticamente carta de naturaleza a raíz de su utilización tanto por la Circular 1/2016 FGE, pp. 33 ss. [“*personas jurídicas imputables e inimputables*”] y la basal Sentencia de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín] (“*con mayor corrección, su tratamiento como “inimputable” y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016*”). Vid. en tiempos más recientes Julián Sánchez Melgar, “Personas jurídicas imputables e inimputables. Posición de la jurisprudencia”, en: Diario La Ley 9849, 2021 (indicando que, en su opinión, “*en el estudio de la teoría jurídica de los delitos cometidos por las personas jurídicas, ha de comprenderse la categoría de la imputabilidad, que puede ser definida como el sustrato base para la comisión delictiva por parte de aquéllas, y que constituye la posibilidad de establecer, en el caso concreto y dentro del seno de la sociedad o empresa, mecanismos de control. En suma, la capacidad organizativa es lo que constituye la imputabilidad de las personas jurídicas*”); vid. igualmente el detallado análisis de Percy García Caveró, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias”, en: REDEPEC 2 (2023); vid. también Javier Gustavo Fernández Teruelo, “Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Mónica de la Cuerda Martín, Faustino García de la Torre García; Eduardo Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, 2020, pp. 451 ss.

unipersonales y sociedades en las que se identifican personas físicas con personas jurídicas; pero dicho expediente choca con la amplia versatilidad de las sociedades que, por ejemplo, no por tener un solo socio deben identificarse con el mismo; es decir: *identidad corporativa e identidad individual no tienen porqué coincidir en una sociedad unipersonal*. Es decir, no resulta conforme a Derecho afirmar sin más que todas las sociedades unipersonales no deben ser sancionadas si se sanciona a su único socio⁴.

Ello resulta especialmente evidente en los casos de sociedades matrices que ostentan el 100% de las acciones de varias filiales – supuesto sumamente frecuente en la práctica– . Afirmar que en ningún caso puede sancionarse a las filiales si se sanciona a la matriz, no encaja correctamente con los principios informadores del Derecho penal. Más aún, cuando en muchos de estos supuestos, la sociedad filial puede tener una estructura organizativa interna mucho más compleja que la matriz y ser una entidad totalmente diferenciada en el tráfico jurídico-mercantil respecto de la matriz. En este sentido, no se debe impedir apriorísticamente que respondan penalmente tanto la matriz como la filial si cada una ha cometido un delito corporativo diferenciado debido a que gozan de «mecanismos de prevención y detección del delito» claramente distintos.

Adicionalmente, en el caso de «pequeñas» personas jurídicas – sc. carentes de sustrato organizativo propio – acudir al principio del *ne bis in idem* plantea problemas adicionales en diversos casos. Así, siendo el criterio rector de dicha solución la «doble sanción» que sufren las personas físicas – en primer lugar, por su sanción directa individual; en segundo lugar, por la sanción indirecta corporativa como socios de la persona jurídica – , los grupos de casos (i) en los que las personas físicas ya no son socios de la persona jurídica (que carece de sustrato organizativo) en el momento de la imposición de la sanción (ii) en los que sólo uno de los socios recibe la sanción individual (y no el resto) pese a tratarse de una persona jurídica sin estructura organizativa propia. En estos supuestos, la solución del *ne bis in idem* no sería *stricto sensu* estricto aplicable, pero serían inimputables desde el punto de vista del actor corporativo.

⁴ Consideramos, en cualquier caso, que la Sala Segunda, en puridad, no pretende dicha afirmación en general, sino únicamente para las relaciones entre personas físicas y jurídicas; no entre personas jurídicas como indicaremos más adelante.

Y es que, en definitiva, la perspectiva del *ne bis in idem* proporciona una base teórica adecuada para modular, en su caso, las sanciones a personas físicas y jurídicas de conformidad con el Artículo 31 ter) CP, pero no para determinar la incapacidad de una persona jurídica para ser sujeto responsable en Derecho penal⁵.

Finalmente, además de lo ya expuesto sobre el fundamento de la inimputabilidad de aquellas personas jurídicas que no alcanzan el grado de desarrollo organizativo suficiente para ser consideradas actores corporativos, la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 contiene, como veremos, una suerte de mandato extraordinariamente relevante para los órganos instructores a la hora de dictar los Autos de Apertura del Juicio Oral – lo cual tiene una incidencia práctica determinante –. Si en los escritos de acusación no se contiene un relato fáctico detallado respecto del delito corporativo de la persona jurídica, *lo que procede no es abrir sin más el Juicio Oral contra la persona jurídica, sino decretar su sobreseimiento sobre la base del Artículo 637.2 LECrim*. Esperamos que dicho mandato sea debidamente acogido por parte de los Juzgados de Instrucción que, debido a la vorágine cotidiana de una justicia penal hipertrofiada, en muchas ocasiones no pueden prestar la debida atención a estas circunstancias.

II.- LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022

El supuesto de hecho al que se enfrenta la Sentencia de 11 de noviembre de 2022⁶ es, desgraciadamente, demasiado habitual en el panorama

⁵ Vid. ya Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 329, «los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem* exigen en personas jurídicas medianas tener presente que con frecuencia el responsable individual es también la persona que va a sufrir, en buena medida, los daños colaterales de la sanción a la persona jurídica»; en un sentido similar, Carlos Gómez-jara Díez, “Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en: Julio Banaloché Palao, Carlos Gómez-jara Díez / Jesús Zarzalejos Nieto, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 66 s.

⁶ Sobre dicha sentencia vid. entre otros, Carlos Bautista Samaniego, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sociedades de pequeñas dimensiones. A propósito de la STS 894/2022, de 11 de noviembre”, en: *REDEPEC* 1 (2023), pp. 1 ss.; Miguel Fortuny, “¿Hacia la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones? A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2022”, en: *La Ley Compliance Penal* 13 (2023); Vicente Magro, “Doctrina reciente del Tribunal Supremo afectante a responsabilidad penal de las personas jurídicas y a cumplimiento normativo en las empresas (2022-2023). (Actualización y análisis de sentencias recientes del Tribunal Supremo afectantes a compliance y a responsabilidad penal de personas jurídicas)”, en: *Diario La Ley*, 12 de Abril de 2023; vid. igualmente las reflexiones de Bernardo Feijoo, “La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, en: *REDEPEC* 1 (2023), pp. 105 ss. Vid en sentido crítico Rafael Aguilera Gordillo, “Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de

de la jurisprudencia española respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, por un lado, se trata de una sociedad de escasísima complejidad, como son una gran cantidad de las personas jurídicas en España. En concreto señala que se trata de

«una sociedad, que, si bien formalmente contaba con dos socios administradores solidarios, solo uno de ellos ejercía sus funciones como tal, como lo evidencia que la sentencia de instancia condena exclusivamente a uno; y no solo eso, sino que lo que nos parece determinante es que se trata de una sociedad de tan mínima complejidad que era la forma de presentarse al público, a través de ella, su administrador, que, como persona física, ha sido condenada, o, dicho de otra manera, era tan mínima su complejidad, que difícilmente se diferenciaba el socio de la propia sociedad».

Por otro lado, la Sentencia relata una serie de avatares procesales que son el pan nuestro de cada día al que se enfrentan los órganos judiciales en gran parte del territorio español:

«En el escrito de denuncia no aparece dato alguno en el relato de los hechos que apunte a la presumible perpetración del delito corporativo por parte de la persona jurídica, que debiera haber llevado a su condena, sino que es un relato que expone unos hechos que califica de estafa del art. 248 CP, considerándose engañada por los tres denunciados, sin distinción en cuanto su participación en los hechos que relata, esto es, los dos administradores solidarios de la sociedad y esta misma sociedad. Son llamados a declarar como imputados los dos administradores solidarios, no así la sociedad, y en el curso de su declaración se les pregunta por esos hechos que, presumiblemente, se califican como delito de estafa, sin que se formule a ninguno de ellos pregunta alguna que pudiera guardar relación con el delito corporativo en que se supone que podría haber incurrido la sociedad, lo que, por otro lado, tampoco debe extrañar, desde el momento que nada aportaba al respecto la denuncia inicial.

la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y behavioral game theory”, en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 25 (2023); José León Alapont, “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”, en: *Diario La Ley* 10191 (2022). Vid. igualmente Elena Gutiérrez Pérez, “Personas jurídicas inimputables y personas jurídicas “complejas”: ¿una fuente de desigualdad?”, en: Antonio Doval Pais (dir.), Elena Gutiérrez Pérez (dir.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Vol. 1 2023, pp. 309 ss.;

A continuación, el M.F. presenta su escrito de acusación, calificando los hechos como delito de estafa de los arts. 248 y 249 CP, acusando solo a los dos administradores, aunque solicitando que, junto con ellos, se declare la responsabilidad civil directa de la sociedad. Por su parte, la denunciante, constituida como acusación particular, en su escrito de acusación (folio 613), en cuyo relato histórico no hay elementos fácticos que aparentemente apunten al delito corporativo del que acusa a la sociedad, sin embargo la imputa el mismo delito de estafa que a las dos personas físicas. Y pasamos al auto de apertura de juicio oral, de 13 de junio de 2017 (folio 618), en el que, sin la menor fundamentación que guarde relación con los avatares anteriores, se tiene formulada acusación contra las dos personas físicas y contra la jurídica, para los tres por el mismo delito de estafa de los arts. 248.10, 249 y 250.60 CP., presentado, a continuación sus respectivos escritos de defensa los tres acusados, cierto que el que presentan la representación de Ambrosio y EL CAJÓN DE LA TELE, que se oponen a las correlativas de las acusaciones, son sustancialmente iguales. En realidad, la persona jurídica no llegó a ser imputada formalmente en fase de instrucción, pues, como hemos dicho, no fue oída expresamente entonces, y su imputación tiene lugar a partir del auto de apertura de juicio oral, tras ese insuficiente escrito de acusación de la acusación particular, lo que plantea un problema más, que pasa por alto la sentencia recurrida, porque, partiendo de la base de que el delito corporativo ha de tener su propia sustantividad, en principio, su derecho de defensa no quedaba cubierto por la imputación a la persona física, pues los criterios de imputación a una y otra son diferentes y la línea de defensa no tiene por qué coincidir, y los intereses en juego pueden entrar en conflicto. Finalmente, la condena a la persona jurídica ha tenido lugar sin una base fáctica que definiera su delito corporativo, del que derivar su responsabilidad penal, en que las premisas de organización y complejidad está la base de su propio fundamento, con elementos propios para conformar su culpabilidad, distintos de los de la persona física. »

Sobre la base de estos parámetros iniciales, la Sentencia se adentra en los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para arribar a dos conclusiones que, sin duda, son de gran utilidad para la praxis penal cotidiana: *la primera*, que las personas jurídicas carentes de una mínima «complejidad interna», de un «sufi-

ciente sustrato material organizativo» son inimputables y carecen de capacidad de culpabilidad empresarial⁷; *la segunda*, que la falta de consignación en los escritos de acusación de un relato fáctico sobre el delito corporativo de la persona jurídica, supone la obligación del magistrado instructor de dictar un Auto de sobreseimiento libre por mor del Artículo 637.2 LECrim. Ambas cuestiones merecen un trato diferenciado.

III.- EL ACTOR CORPORATIVO COMO CONCEPTO IDÓNEO PARA ABORDAR LA IMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LA COMPLEJIDAD ORGANIZATIVA INTERNA COMO CRITERIO DE VALORACIÓN

Citando a la doctrina, señala la Sentencia que la sociedad acusada y condenada «*no es un actor corporativo que pueda cometer delitos corporativos*» como ha sido dicho algún autor». De esta manera, la resolución comentada engarza con un concepto que introduce hace más de una década en la discusión española y que ha sido objeto de una reciente monografía⁸. Lo importante, en cualquier caso, es la fundamentación que lleva a cabo la propia Sentencia⁹.

Así, la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 parte de la jurisprudencia establecida por la Sala Segunda a partir de las dos basales resoluciones de 2016: la STS de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín] y la STS de 16 de marzo de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez]. Ahora bien,

⁷ No se aborda en la Sentencia, y probablemente habrá que esperar a la evolución de la jurisprudencia, el límite a partir del cual se considera que una persona jurídica goza de «suficiente sustrato material organizativo» y, por ende, puede considerarse un actor corporativo – sc. persona jurídica imputable –. Ya en su día advertimos que se trataba de un límite normativo que, al igual que en las personas físicas, puede variar conforme al tiempo y a los diferentes ordenamientos [Carlos Gómez-Jara Díez, “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Julio Banacloche Palao, Carlos Gómez-Jara Díez / Jesús Zarzalejos Nieto, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, p. 31]. Dicho planteamiento fue acogido por el conocido Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 [Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada]. En tiempos recientes Percy García Cavero, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias”, en: *REDEPEC* 2 (2023), p. 14 realiza aportaciones interesantes a este particular saliendo al paso de determinadas críticas.

⁸ Carlos Gómez-Jara Díez, *Actor Corporativo y Delito Corporativo*, 2020, passim.; sobre la introducción del concepto de «actor corporativo» en la discusión española, vid. Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 115 ss., 206.

⁹ Respecto del origen de la construcción de la inimputabilidad de determinadas personas jurídicas vid. Carlos Gómez-Jara Díez, “El modelo constructivista de (auto)responsabilidad de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica”, en: *REDEPEC* 1 (2023), pp. 19 ss.

también introduce importantes aportaciones de su propia cosecha. En este sentido indica lo siguiente:

«Cuando hablamos de delito corporativo para referirnos al de la persona jurídica, es porque ha de tratarse de un hecho propio de ella; qué duda cabe, sin embargo, que cualquier hecho, como fenómeno del mundo exterior, generalmente es realizado por una persona física, que, en su caso, deberá responder por él; lo que sucede es que, en evitación de pasar por criterios de responsabilidad objetiva, esa responsabilidad de aquélla no ha de operar por transferencia automática a la exigible a la persona jurídica, sino que el camino elegido para ello ha sido que, para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, con independencia de que presupuesto para ello esté en la actuación de la persona física, sin embargo, en la medida que su imputación ha de asentarse en criterios de imputabilidad propios, tal imputación habrá de ponerse en relación con los fallos en que, por defecto de organización o funcionamiento, incurra en el ejercicio de su actividad sobre la gestión, el control, la supervisión o vigilancia para la prevención del delito de que se trate, y todo ello sin prescindir de los criterios rectores del campo del derecho en que nos estamos moviendo, que es el penal, informado por principios como el de culpabilidad subjetiva, de manera que su responsabilidad habrá de serlo por la perpetración de su propio hecho corporativo y en función del reproche culpabilístico de dicho hecho, al margen y obviando criterios de responsabilidad objetiva, como supondría hacerla responsable por una simple transferencia acrítica del hecho cometido por la persona física; el cometido por ésta, como hecho de conexión, podría ser presupuesto de la comisión del de aquélla, pero no serviría como fundamento, que ha de buscarse en uno propio. »

A partir de ahí, entronca con las características que tienen que acreditarse en la persona jurídica como sujeto de imputación idóneo en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y lo hace apelando a la mínima complejidad interna que debe tener la persona jurídica para considerarse imputable en nuestro sistema penal. Así, señala:

«4. De entre las consideraciones realizadas hasta el momento, nos quedamos en que, para hablar del fundamento de esa responsabilidad exigible a la persona jurídica por su propio delito,

es preciso partir de la constatación de algún defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad, y ello porque la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables, sirviendo de apoyo, de alguna manera, para esto que decimos el distinto tratamiento que en orden a las funciones de supervisión se establecen en el propio art. 31 bis CP para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en comparación con los mecanismos de compliance propios de las de mayor complejidad.»

Dicho planteamiento, como indica la propia Sentencia comentada, encuentra apoyo en lo ya advertido por la propia Circular de la FGE 1/2016, cuando afirma sin ambages que

«el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente», y, efectivamente, así se puede leer en la referida Circular, que hace tales reflexiones en su punto 3, que lo intitula “personas jurídicas imputables e inimputables”.»

Finalmente concluye su razonamiento estableciendo los parámetros fundamentales de su decisión:

«Así lo consideramos, porque la razón para ese tratamiento diferenciado de responsabilidades, no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si, como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como

inimputable, debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad. Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal .»

En la aplicación al caso concreto colige:

«El discurso desarrollado hasta aquí nos ha de llevar a la estimación del recurso, en lo que a la absolución de EL CAJON DE LA TELE OUTLET SL se refiere, como autora penal del delito de estafa por el que viene condenada en la sentencia de instancia, por cuanto que, de manera muy resumida, podemos decir que se trata de una sociedad, a efectos reales de un solo socio administrador, y no goza de la necesaria estructura interna compleja como para dotarla de relevancia propia; no apreciamos en ella ese sustrato material de la suficiente complejidad al que venimos refiriéndonos, “no es un actor corporativo que pueda cometer delitos corporativos”, como ha dicho algún autor, lo que no significa que quede exenta de todo tipo de responsabilidad, como es la civil»

Por si lo anterior no resultara suficientemente ilustrativo, la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 inicia una discusión interesante con la que pocos meses se había dictado por la misma Sala Segunda: la Sentencia de 27 de julio de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral]. En efecto, trayendo a colación el razonamiento de la Sentencia de 27 de julio de 2022, la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 extrae los párrafos relevantes para la cuestión debatida:

«Otras Sentencias de esta Sala vuelven a abordar esta problemática, entre ellas la reciente 747/2022, de 27 de julio de 2022, a cuyo fundamento de derecho octavo nos remitimos, y del que

solo reproducimos alguno de sus pasajes. “El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in idem, sino la misma racionalidad de las cosas”. Y más adelante continúa: “Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad. Pues bien, resulta absurdo imponer a la persona física titular única de la mercantil dos penas: una por la comisión del delito; y otra ¡por no haber establecido mecanismos de prevención de sus propios delitos! Opera el principio de consunción: al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también su desidia e indiferencia (!) por no prevenir sus propios delitos; su, digamos en la nomenclatura extendida, falta de cultura de respeto a las normas”. Sigue sus consideraciones haciendo mención a alguna sentencia de la Sala que ha preferido “hablar en estos casos de falta de imputabilidad de la persona jurídica (vid, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTs 154/2016, de 29 de febrero, 108/2019, de 5 de marzo, ó 534/2020, de 22 de octubre) al no contar con una estructura mínimamente compleja”, que matiza cuando de sociedades unipersonales se trata, en que tal enfoque solo podría jugar de forma subsidiaria (...) Dejamos al margen el planteamiento desde el punto de vista del principio non bis in idem, ante la problemática que plantea hablar de doble condena, cuando persona física y jurídica no son la misma persona y el fundamento de la condena de una y otra no es el mismo, y nos centramos en elemento complejidad.».

Como más adelante, explicita el fundamento de por qué se centra en la complejidad organizativa como parámetro fundamental de valoración:

«la razón para ese tratamiento diferenciado de responsabilidades, no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni

siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control ».

En efecto, acierta plenamente en su planteamiento la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 respecto del camino emprendido por la Sentencia de 27 de julio de 2022. Como detalle de contexto: la Sentencia de 27 de julio de 2022 aborda la problemática de las sociedades unipersonales alcanzando la conclusión de que, en dichos supuestos, resulta más adecuado acudir al expediente del *ne bis in idem* para evitar la doble sanción a persona física y jurídica. Así, como se ha indicado anteriormente, dicha resolución afirmaba que

«Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in idem, sino la misma racionalidad de las cosas (...) Si es penalmente responsable de la conducta por la que ha de responder la persona jurídica se le estará imponiendo una doble sanción por una única».

Ahora bien, como bien señala la Sentencia de 11 de noviembre de 2022, **lo decisivo no es si se trata de una sociedad unipersonal o no, sino del grado de complejidad organizativa interna de la que goza la citada sociedad.** En este sentido, piénsese – como hemos señalado anteriormente – en empresas matrices que tienen filiales de las que ostentan el 100% de su accionariado; esto es, filiales que son sociedades unipersonales en las que la matriz es el «titular exclusivo» de la sociedad (filial). En esos casos, las filiales pueden tener una complejidad organizativa interna sumamente desarrollada – como apunta correctamente la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 – y, en consecuencia, se produce una «*mínima alteridad*» a la que hace referencia la sentencia de 27 de julio de 2022 y que abordaremos más adelante. De hecho, no es extraño que grupos empresariales españoles constituyan filiales al 100% por cada rama de actividad que desempeñan por lo que el ejemplo apuntado concurre en la práctica empresarial de forma habitual.

IV.- LA ADECUADA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DE LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022

Ciertamente pudiera parecer que las fundamentaciones teóricas en la antesala de los Fallos Judiciales no resultan de excesivo interés y que, en definitiva, lo que importa es la conclusión final. No obstante, sería

ése un parecer un tanto apresurado. Y ello porque, en definitiva, es la fundamentación teórica la que permite en el futuro resolver grupos de casos similares con una cierta previsibilidad jurídica¹⁰. En este sentido, la fundamentación es un pilar basal de la seguridad jurídica a la que tienen derecho los justiciables.

Así, en nuestra opinión, la fundamentación de la inimputabilidad de las personas jurídicas sobre la base de un déficit de estructura organizativa propia / complejidad organizativa interna constituye una herramienta más sólida que el recurso al expediente del *non bis in idem*. Resulta evidente que entre ambos existen concomitancias o puntos en común; en concreto: respecto de la inexistencia de esa «*mínima alteridad*» entre persona física y persona jurídica en los casos de sociedades inimputables. Pero a partir de ahí la primera fundamentación permite discernir con mejor criterio aquellos supuestos en los que puede existir una apariencia de no «alteridad» cuando en realidad sí concurre – como en los casos indicados de filiales participadas al 100% por una matriz, pero con estructuras organizativas absolutamente diferenciadas

– .

Ello se observa con claridad en la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral] que indica lo siguiente:

Algunos autores -y en algún pronunciamiento judicial ha tenido eco esa tesis- prefieren hablar en estos casos de falta de imputabilidad de la persona jurídica (vid, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTS 154/2016, de 29 de febrero, 108/2019, de 5 de marzo, ó 534/2020, de 22 de octubre) al no contar con una estructura mínimamente compleja. Pero en supuestos como éste de Sociedades unipersonales ese hipotético enfoque podría jugar solo de forma subsidiaria respecto de la perspectiva primaria : identifica un problema de estricto non bis in idem y de necesidad de levantar el velo. se

¹⁰ ALFONSO GALÁN MUÑOZ, “Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después”, en: REDEPEC 2 (2023), p. 17 considera que esta resolución judicial «dio así un paso fundamental a la hora de reducir el número de personas jurídicas que podrían ser consideradas como imputables conforme sistema de responsabilidad penal de nuestro ordenamiento y, por tanto, también el de que aquellas que se verían vinculadas por sus prescripciones, ya que, al exigir, para poder considerarlas como tales que estén dotadas de una cierta complejidad organizativa, se abrió las puertas no solo a que se excluyese de entre las posibles sociedades imputables a las pantallas, sino que también se hizo factible que otras resoluciones jurisprudenciales posteriores se decantasen por calificar a otro grupo de personas jurídicas como indudables ejemplos de esa falta de complejidad y, por tanto, también como casos indiscutibles de entidades penalmente inimputables: a las sociedades unipersonales».

produce un bis in idem si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil. (...) La exclusión en esos casos del castigo independiente a la persona jurídica, amén de ser lo dogmáticamente correcto, arrastra benéficas repercusiones en el ámbito procesal. Otra solución complica absurdamente la tramitación: un doble sujeto pasivo procesal completamente artificial. Si además introducimos el ingrediente de la necesidad de evitar el conflicto de intereses (al que alude alguna jurisprudencia), llegaríamos al absurdo de tener que poner a la persona jurídica bajo la tutela de alguien que pueda defenderla frente a su único titular!, y que pueda diseñar una estrategia defensiva propia (¿?). (...) Resulta más coherente y acorde con los principios que inspiran el derecho penal, -un derecho realista, poco amigo de las meras apariencias que trata de guiarse por la realidad material- levantar el velo para evidenciar que no hubo dos responsables (la persona física y la persona jurídica) sino un único autor que se valió de un instrumento que no es nadie diferente a él mismo.

De las reflexiones contenidas en dicha resolución se puede observar que la solución del *ne bis in idem* resulta compatible con la solución de la inimputabilidad – tal y como hemos referido anteriormente – . En efecto, la solución del *ne bis in idem* pasa por considerar que no se cuenta con dos sujetos diferenciados, sino con un mismo sujeto penal: la persona física. Y de ahí que la imposición de una pena a la persona jurídica y adicionalmente una pena a la persona física, en puridad, materialmente, constituyan una doble sanción a la persona física. La Sentencia razona de la siguiente forma:

El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad , no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in ídem, sino la misma racionalidad de las cosas. El sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas encierra inevitablemente ciertas dosis de ficción. Las penas impuestas a la persona jurídica no las sufren materialmente los entes morales, incapaces de padecer. Acaban inexorablemente recayendo en personas físicas (pocas o muchas, y más o menos diluidas). Cuando la persona jurídica

se identifica con una persona física, es ésta la que sufre íntegramente la sanción . Si es penalmente responsable de la conducta por la que ha de responder la persona jurídica se le estará imponiendo una doble sanción por una única conducta: el delito cometido por él que arrastra, además, a la condena de la persona jurídica de su exclusiva titularidad.

En puridad, esa «mínima alteridad» a la que hace referencia la resolución es lo que el modelo constructivista denomina «actor corporativo». **Precisamente cuando surge el actor corporativo – y en consecuencia la persona jurídica se diferencia de la persona física – es cuando no se produce la identificación entre persona física y jurídica a la que hace alude la Sentencia .** Ahora bien, al contrario de lo que manifiesta la Sentencia de 27 de julio de 2022, la solución del *ne bis in idem* es subsidiaria respecto de la solución del mínimo sustrato organizativo propio. *Precisamente porque se carece de dicho sustrato organizativo propio es por lo que no concurre la «mínima alteridad» que exige la solución del ne bis in idem.*

El problema fundamental de la solución propugnada por la Sentencia del 27 de julio de 2022 es que centra su criterio para determinar la «mínima alteridad» en observar si los socios y administradores son también personas físicas imputadas en el mismo procedimiento; no en la perspectiva organizativa. De ahí que, además de la inadecuación de dicha solución para los supuestos de matriz 100% titular de las acciones de la filial, se presenten ulteriores problemas en supuestos que pueden acontecer de forma habitual en la práctica.

Así, puede pensarse en supuestos en los que, por ejemplo, existan dos socios, siendo uno de los socios adicionalmente administrador. Estando el socio administrador acusado, pero el socio no administrador no acusado, ¿concurriría el *ne bis in idem*? En teoría no, puesto que sobre el socio no administrador no recaería una doble sanción. Sin embargo, perfectamente puede tratarse de una sociedad sin ese «mínimo sustrato organizativo» de tal manera que, desde la perspectiva organizativa, resultaría inimputable. De igual manera, tampoco ofrece una solución dogmáticamente sólida para aquellos supuestos en los cuales en el momento de los hechos la persona jurídica únicamente cuenta con dos socios que, a su vez, son administradores; pero que en el momento de imposición de la sanción, las dos personas físicas que eran sus socios ya no ostentan

dicha condición. En estos supuestos, la sanción a la persona jurídica no sería «sufrida» por las dos personas físicas.

Adicionalmente, y desde un punto de vista teórico, los problemas de la solución del *ne bis in idem* no se quedan ahí. En efecto, con la constatación de la inexistencia de esa «mínima alteridad» entre persona física y jurídica, no queda constatado el *ne bis in idem*. Para ello resulta necesario que concurren los otros dos elementos de la triada del *ne bis in idem*: sujetos, **hechos y fundamento**. Salvo que se determine apriorísticamente que la identidad de sujetos conlleva obligatoriamente la identidad de hecho y de fundamento – y en caso de que ello fuera así, debería explicitarse por qué – el análisis de los otros dos elementos resulta obligado.

Por lo que respecta a la identidad de los hechos, resulta ya una jurisprudencia consolidada que la persona jurídica es sancionada por su «hecho propio» y no por el hecho individual de la persona física. Desde esta perspectiva, resulta sumamente complicado defender apriorísticamente la identidad de hechos que requiere el *ne bis in idem*. **Respecto de la identidad de fundamento** algo similar puede afirmarse. Si bien es cierto que ambas, persona física y jurídica, responden por el delito de la parte especial, resulta igualmente cierto que, al menos en la mayor parte de las ocasiones, las personas físicas responden por la vía de la acción y las personas jurídicas por la vía de la omisión en virtud de la posición de garante que ostentan sobre su ámbito de organización.

En cualquier caso, creemos que la Sala Segunda no pretende la aplicación de la solución del *ne bis in idem* para sociedades unipersonales cuyo único socio es otra persona jurídica; únicamente pretende esta solución para sociedades unipersonales donde el socio es una persona física. Ahora bien, afirmar que el *ne bis in idem* sí concurre cuando hay una persona física y una persona jurídica pero no concurre cuando se trata de dos personas jurídicas en idéntica situación no parece compaginarse bien con los principios informadores del ordenamiento. Y ello fundamentalmente porque para arribar a ese resultado, en el fondo late que, «en realidad», la persona jurídica es una «ficción» y, por tanto, nunca puede sufrir «realmente» una pena (siquiera pecuniaria) ni plantearse una vulneración del *ne bis in idem*. El corsé del principio de igualdad no parece aguantar semejante tensión; de hecho, ese tipo de razonamientos llevaría, en última instancia, a considerar que la persona jurídica no goza «realmente» de la presunción de inocencia puesto que, «en realidad» no puede ser ni culpable ni inocente, puesto que es una «ficción». Y así con un largo etc.

Pero, además, que considerar que la pena impuesta a la persona jurídica supone la imposición de una pena (siquiera indirecta) a la persona física se conjuga difícilmente con otras ramas del ordenamiento jurídico. La razón es que el ordenamiento jurídico distingue claramente entre patrimonio social y patrimonio personal. Concluir que siempre que una sociedad unipersonal sufre una sanción pecuniaria también el socio persona física sufre la sanción no se corresponde con la legislación societaria ni tributaria. Ciertamente, puede apelarse a la idiosincracia de la legislación penal y a que esta no se rige por los mismos parámetros que otras ramas del ordenamiento jurídico, pero a la hora de proponer un canon interpretativo, resulta aconsejable que pueda engarzarse con otras ramas del ordenamiento jurídico.

Finalmente no puede desconocerse que, también en el ámbito de las personas físicas, la imposición de una pena puede tener consecuencias «sancionatorias» para terceros¹¹. Así, por ejemplo, y por seguir en el ámbito pecuniario, la imposición de una pena de multa a un *pater familias*, conlleva consecuencias «sancionatorias» para los integrantes de dicho núcleo familiar. ¿Se plantearía acaso un *ne bis in idem* en el caso de que padre e hijo fueran condenados por blanqueo de capitales porque se impusiera una pena de multa al padre que implica una reducción en la paga que da mensualmente a su hijo también receptor de una pena de multa? Entendemos que no.

A modo de resumen, la solución de la inimputabilidad (inexistencia del «mínimo sustrato organizativo») es más adecuada teórica y prácticamente que la solución del *ne bis ni idem* (inexistencia de una «mínima alteridad» entre persona física y jurídica) debido a que:

- i. No obliga a tener que abordar los otros dos elementos de la triada del *ne bis in idem* (identidad de sujeto, hechos y fundamento).
- ii. Permite tener un criterio que soluciona los problemas de matrices/filiales al 100% (sociedades unipersonales) y los problemas de personas jurídicas sin estructura organizativa donde sólo algunos socios son condenados (no todos) o donde los socios en el momento de los hechos no son los mismos a los que existen en el momento de la condena penal.
- iii. Permite engarzar con instituciones propias del Derecho penal, en el que se requiere un determinado grado de madurez (en el caso de las personas físicas: psíquica; en el caso de las personas jurídicas: organizativa) para poder ser considerado imputable penalmente¹².

¹¹ Ya Carl Ferdinand Theodor Hepp,; *Versuche über einzelne Teile der Rechtswissenschaft*, 1827 pp. 85 ss. señala que muchas penas afectan *indirectamente* a personas inocentes con consecuencias perjudiciales (el castigo del padre tiene consecuencias gravosas para sus hijos).

¹² De hecho, en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 4 de abril de 2024 [Ponente:

iv. Resulta más coherente con la concepción que otras ramas del ordenamiento jurídico tienen de la persona jurídica.

V.- EL ENGARCE DE LA SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022 CON OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES

A la vista de lo expuesto anteriormente, no es de extrañar que otras resoluciones tanto del Tribunal Supremo como de otros órganos jurisdiccionales hayan venido manteniendo posturas próximas a la establecida por la Sentencia de 11 de noviembre de 2022. Así, probablemente, la Sentencia más cercana a la resolución ahora objeto de comentario fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2020 [Ponente: Excmo. Sra. Dña. Susana Polo García]. Así, en primer lugar, establece correctamente el marco de referencia indicando lo siguiente:

En efecto, a las dos primeras de las mencionadas son imputables, pues solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la “culpa organizativa”, prevista por el artículo 31 bis del Código Penal. Por el contrario, 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 casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del “levantamiento del velo” dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización.

Posteriormente, circunscribe el motivo impugnatorio a la realidad fáctica que se considera acreditado en la Sentencia, derivando las consecuencias pertinentes:

Del citado relato no se desprende que las sociedades acusadas tuvieran algún tipo de actividad mercantil o empre-

Excmo. Sr. D. Antonio del Moral], en la que se contienen importantísimas aportaciones jurisprudenciales sobre la autoría y participación de las personas jurídicas, la carga de la prueba respecto de los programas de Compliance y el concepto de beneficio a los efectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el propio ponente resalta la importancia de la organización en la responsabilidad penal de las personas jurídicas: «Lo que ha hecho es importante. Pero lo es también y puede serlo más *cómo es* la persona jurídica, *como está organizada; cómo funciona* (art. 66 bis CP)» (énfasis en el original).

sarial, ni organización ni infraestructura , y ello pese a los intentos del Ministerio Fiscal de hacer ver lo contrario, lo cierto es que en los hechos probados se afirma que el acusado urdió el plan que describe, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial para lo que se sirvió de las dos sociedades acusadas, de una forma meramente instrumental (...) Las empresas acusadas carecen de sustrato real no consta actividad, infraestructura o patrimonio de las mismas , solo que fueron creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal, sin que conste de ningún modo que las personas jurídicas acusadas acabaran beneficiándose de la actividad delictiva del Sr. Serafin . (...) En el supuesto, no estamos ante una persona jurídica que opera con normalidad en el mercado, ni ante sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, porque ello no ha quedado probado, o al menos no se explica ni se razona por la Sala, ni se puede deducir del relato fáctico, sino ante sociedades instrumentales lo que las hace inimputables pues no consta que tengan otra actividad legal o ilegal, sino que son residuales, constituidas para cometer el hecho delictivo aquí enjuiciado.

En un sentido también similar se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco], haciendo referencia a la inexistencia de una organización diferenciada o a la carencia de suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física:

«...estamos ante una sociedad unipersonal, sin una organización diferenciada de la voluntad del único socio, que ha sido un mero instrumento de los delitos, cuyas acciones se han llevado a cabo, directa y personalmente por Benigno , cuyo patrimonio se haya confundido con el de la sociedad, diluyéndose la actuación de ésta, ante el comportamiento de su socio y administrador único. 3. Por ende, estamos ante una sociedad instrumental, que si bien formalmente es una persona jurídica, materialmente carece del suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física , sin que pueda por ende serle de aplicación el art. 31 bis; no sólo ya por la inviabilidad de implantación de los programas de cumplimiento normativo (vid. STS 534/2020, de 22 de octubre); sino muy especial y previamente por el desvelamiento declarado en sentencia

de la forma societaria, que hace inoponible su existencia como ente diferenciado de su administrador»

Finalmente, recogiendo esta terminología, también se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2023 [Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro], cimentando la noción de una carencia de suficiente desarrollo organizativo por parte de las personas jurídica inimputables:

«Por ende, estamos ante una sociedad instrumental, que si bien formalmente es una persona jurídica, materialmente carece del suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física, sin que pueda por ende serle de aplicación el art. 31 bis; no sólo ya por la inviabilidad de implantación de los programas de cumplimiento normativo (vid. STS 534/2020, de 22 de octubre); sino muy especial y previamente por el desvelamiento declarado en sentencia de la forma societaria, que hace inoponible su existencia como ente diferenciado de su administrador. (STS 264/2022, de 18 de marzo).»

En cualquier caso, como hemos indicado anteriormente, la denominada jurisprudencia menor vino impregnándose desde temprano de los planteamientos de la inimputabilidad de ciertas personas jurídicas que habían sido introducidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Dr. D. José Manuel Maza Martín]. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2016 [Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ángela Murillo], a la hora de analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a los planteamientos señalados por la Sala Segunda indicaba lo siguiente:

Se parte de la base de que las personas jurídicas sean imputables al poseer un verdadero sustrato organizativo material subyacente, excluyendo los supuestos en los que no posean un mínimo de complejidad organizativa, reduciéndose a simples sociedades “pantalla”.

De igual manera, y ya de forma temprana la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid de 13 de febrero de 2017 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil] exponía las posturas que más adelante recogían con más profundidad tanto la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 – inimputabilidad por falta de complejidad organizativa interna – como la de 27 de julio de 2022 – insancionabilidad por *ne bis in ídem* –, terminando su razonamiento de la siguiente forma:

«5. Entiendo que el principio non bis in ídem es compatible con el principio de heterogeneidad del delito corporativo que defiende el TS, sólo si se considera que en este caso el delito corporativo no existe como tal. Si asumimos por el contrario que existe un delito de la persona física y otro de la persona jurídica, no existe doble sanción. Por eso considero más adecuado reconducir la cuestión a la inexistencia del delito corporativo por la inimputabilidad de la persona jurídica . En efecto, asumida la existencia de la sociedad unipersonal, si esta es de tan pequeña entidad en la que además el socio único es el único administrador y empleado, carece de sentido exigirle como sociedad “la cultura de respeto” a la norma que está en la base del delito corporativo. En este caso la confusión entre sujeto activo y sociedad es tal que se produce, “imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control “ lo que la STS 221/16 define como inimputabilidad de la entidad.»

En efecto, dicha resolución apunta uno de los varios inconvenientes que presenta la solución del *ne bis in ídem* – que, como hemos referido anteriormente, requiere la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento –. Además del problema de afirmar la identidad de sujetos sancionados en casos donde se puede tratar de personas jurídicas absolutamente diferenciadas y diferentes, otro de los problemas es que no se produce la identidad de fundamento dado que, como indica la mencionada resolución, la heterogeneidad del delito corporativo impide su identificación con el delito individual.

Precisamente, a raíz de dichos planteamientos, la Audiencia Nacional, de nuevo haciendo gala de un conocimiento profuso en la materia, vino a establecer la extensión de la tesis de la inimputabilidad no sólo a las «sociedades pantalla», sino a aquellas que carecen de una estructura organizativa compleja. En efecto, en la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2021 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Echarri Casi], se razona de la siguiente forma – reproducida igualmente en su Sentencia de 14 de diciembre de 2023 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Echarri Casi]:

La sentencia del Juzgado de lo Penal no 8 de Madrid, citada por la defensa, abordaba una cuestión de una incidencia práctica notable: como acontece con aquellas personas jurídicas que, carecen de una mínima complejidad organizativa propia, pero no se crean o utilizan ex profeso para la comisión de ilícitos penales . Esta resolución, en definitiva, trasladaba las

soluciones dadas por la STS 154/2016, de 29 de febrero, respecto de las sociedades “pantalla” a las sociedades “unipersonales” carentes de una estructura corporativa compleja, con apoyo asimismo, en la Circular FGE 1/2016, decantándose finalmente por la teoría de la inimputabilidad de las personas jurídicas, en vez del principio “non bis in idem” razonando lo siguiente: “(...) Por eso considero más adecuado reconducir la cuestión a la inexistencia del delito corporativo por la inimputabilidad de la persona jurídica. En efecto, asumida la existencia de la sociedad unipersonal, si ésta es de tan pequeña entidad en la que además el socio único es el único administrador y empleado, carece de sentido exigirle como sociedad “la cultura de respeto” a la norma que está en la base del delito corporativo. En este caso la confusión del sujeto activo y sociedad es tal que se produce imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control, lo que la STS 221/2016 define como inimputabilidad de la entidad”. Este razonamiento, nos lleva a extender la teoría de la inimputabilidad de las personas jurídicas no sólo a las sociedades “pantalla”, sino también a aquellas que no tengan una “estructura corporativa compleja”, ya que lo determinante en este ámbito es la presencia de aquella, para lo cual constituye un indicio decisivo la constitución de un substrato de organización formal, que no es otra cosa que una estructura corporativa compleja. Dicho de otro modo, un presupuesto para la posibilidad de imputar (y eventualmente condenar) penalmente a una persona jurídica es que ésta goce de un substrato organizativo-empresarial. Sólo un actor corporativo tiene capacidad para cometer un delito corporativo, y, por ende, ser imputado por aquél. El problema, viene al examinar cuándo existe esa complejidad corporativa interna y cuando no, límite normativo enormemente frágil, que sin duda puede variar con el tiempo, y cuya interpretación extensiva podría dar lugar a excluir del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a todas aquellas sociedades unipersonales, o no, que bajo la apariencia de una no excesiva complejidad en su aspectos organizativo- funcionales, emplea aquella para la realización de actividades ilícitas, ocultas tras la actividad legal asimismo desarrollada.

De manera similar, y coligiendo el planteamiento de la Sentencia de 11 de noviembre de 2022, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de mayo de 2023 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Luis

Gonzalez Del Campillo Cruz] , resume su aproximación de la siguiente manera:

Así lo consideramos, porque la razón para el tratamiento diferenciado de responsabilidades no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales) pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control que si quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad. Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo que, si falta, no se da el presupuesto para hablar de imputabilidad penal por inexistencia de capacidad de culpabilidad ya que, debido a su mínima estructura, no concurre la base desde la que conformarla y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad; de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal (SSTS 894/2022, de 11 de noviembre).

De igual manera, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 26 de octubre de 2023 [Ponente: Samantha Romero Adán] hace acopio de la doctrina expresada en varias de estas resoluciones y concluye de forma similar – aplicando, de hecho, una solución un tanto extrema , como podemos observar a continuación –:

Teniendo en cuenta que, las sociedades European Investment and Consulting Trust, S.L.U y Balearic Islands Investment, S.L. eran meros instrumentos de los que se servía la acusada para llevar a efecto el delito de estafa no se puede aplicar el art. 31 bis y, por tal causa, tampoco el art. 251 bis, norma especial que prevé la imposición de las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33. Así resulta de la información obtenida de la prueba

personal practicada y, en particular, de las manifestaciones realizadas por la Inspectora jefe cuando dispuso que la mercantil Balearic Islands Investment, S.L. ni siquiera tenía trabajadores. Por lo tanto, ninguna de las mercantiles disponía de una organización diferenciada de la Sra. Teresa . Eran un mero instrumento, puesto que las acciones las llevaba directamente la acusada. Existía una confusión de las personalidades física y jurídica, el patrimonio de la acusada se hallaba confundido con el de las mercantiles, de modo que no puede sostenerse que éstas fueran antes diferenciados de su administrador. En consecuencia, al resultar de aplicación el art. 129.1 del Código Penal advertimos que dicho precepto no prevé como consecuencia accesoria la disolución de la sociedad que está recogida en la letra b) del artículo 33.7, sino únicamente las consecuencias accesorias previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 y, la prohibición de realizar cualquier actividad, aunque sea lícita. Por lo tanto, de conformidad con el principio de legalidad, en su vertiente de legalidad penal, proclamada en el art. 2.1 CP -"No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración", al no hallarse legalmente prevista esta consecuencia no puede ser aplicada. Pero sí podemos aplicar las restantes consecuencias accesorias, incluida la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Porque éstas, si son consecuencias legalmente previstas para el supuesto de autos. Corregido el error en la formulación de la pretensión y determinada la norma que regula las consecuencias accesorias aplicables al caso concreto corresponde individualizar la que se considere proporcionada y adecuada al presente caso, tras ponderar las concretas circunstancias concurrentes. Tomando en consideración las circunstancias profusamente analizadas en el cuerpo de la presente sentencia, consideramos procedente- una vez analizado el contenido de los actos defraudatorios realizados y el uso continuado y prolongado en el tiempo de la mercantil que la acusada ha venido realizando para consumir su propósito, no siendo la consecuencia que aplicamos de una gravedad superior a la inicialmente pretendida-, prohibir definitivamente a la mercantil EUROPEAN INVESTMENT AND CONSULTING TRUST, S.L.U llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita, debiendo librarse los despachos oportunos para la anotación de tal prohibición en el Registro Mercantil correspondiente.

En un sentido similar se pronuncian la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 27 de diciembre de 2023 [Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Fernández Gallardo] y la también reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2023 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado], considerando, no obstante, que también sería coincidente el resultado que se alcanzaría mediante la aplicación del principio de *ne bis in idem*:

«Como ya indicábamos, el recurso debe ser desestimado al no respetar las exigencias de la vía impugnatoria utilizada, pues desde el momento en que se declara probado que la gestión y actuación de la mercantil, aunque tuviera la forma de una sociedad limitada, se ceñía exclusivamente al acusado Leopoldo, actuando de facto como una sociedad unipersonal, con la consecuente falta de complejidad corporativa, la aplicación de la expuesta doctrina jurisprudencial y su consecuencia de ausencia de responsabilidad de la persona jurídica, resulta correcta y ajustada a derecho y a la jurisprudencia que lo interpreta. En el presente caso, la condena solicitada daría lugar a incurrir en la mencionada doble condena por los mismos hechos, que denuncia el Tribunal Supremo como vulnerador del principio non bis in idem»

Por último, resulta interesante traer a colación el razonamiento llevado a cabo por el Auto de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2023 [Ponente: Excmo. Sr. D. Fermín Echarri Casi], donde se analiza qué ocurre en aquellos supuestos en el cual las sociedades pantalla ni siquiera han sido objeto de acusación:

Así, la STS no 534/2020, de 22 de octubre, señala como sólo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la “culpa organizativa”, prevista por el artículo 31 bis del CP. Por el contrario, 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 casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del “levantamiento del velo” dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización. Sin

embargo, aunque estas sociedades que nos ocupan, no hayan sido objeto de acusación, no pueden ser consideradas ajenas a los hechos, sino estimar que carecían de la capacidad para ser responsables penales, como tales sociedades puramente “pantalla” no tienen capacidad para delinquir, como ya se ha expuesto, pues no tienen actividad real, su única función es tratar de ocultar la actividad delictiva, que están cometiendo las personas físicas o jurídicas que se encuentra al frente, y su patrimonio. Sociedades respecto a las cuales la teoría del levantamiento del velo es suficiente para hacer aflorar la responsabilidad penal de quien sólo formalmente está actuando como administrador o representante legal, sin otra finalidad que ocultarse, con expresa referencia a la STS no 534/2020, de 22 de octubre. De modo que estas sociedades no pueden ser responsables penales, pero tampoco son responsables civiles. No nos encontramos ante una persona jurídica dedicada a la industria o al comercio, que pueda ser responsable civil subsidiario de los delitos cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones y servicios, no estamos frente a ninguno de los supuestos del artículo 120 del CP. Tampoco son partícipes a título lucrativo, porque no son terceros, sino simples sociedades pantalla, que han actuado en el entramado del fraude en carrusel y ocultan fondos de los condenados. (...) Por ello, en el caso de autos, procede la desestimación del recurso de apelación así formulado, sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta algunas de las consideraciones de tipo formal-garantista de cara a la fase de enjuiciamiento en su caso, pero teniendo siempre presente, que si bien algunas de las sociedades afectadas por la medida no habían sido incluidas en el auto de apertura de juicio oral, lo cierto es que habían sido objeto de acusación las personas físicas que se amparaban bajo su cobertura. Estas sociedades han sido inicialmente investigadas, y han padecido el bloqueo de sus bienes, eso les ha permitido solicitar en la fase procesal en la que nos encontramos, anterior al juicio oral el levantamiento de las medidas cautelares, y el sobreseimiento de las actuaciones, pudiendo personarse, si no lo estuvieren ya, antes de la vista oral a los meros efectos de ser oídas, si así lo desean en defensa de sus intereses legítimos y en garantía de los principios de contradicción y defensa, por ser este el momento procesal adecuado, en virtud del principio de preclusión de las fases procesales; pero con la consideración de que si se

trata de meras sociedades pantalla, no cabe reconocerlas como titulares de derechos en el proceso ; pudiendo aunque no hayan sido traídas a juicio, acordar aquellos decomisos que se tuvieren por pertinentes.

En definitiva, parece advertirse una paulatina tendencia a la adopción del criterio de la complejidad organizativa interna como parámetro para determinar la imputabilidad o inimputabilidad de las personas jurídicas en el sistema de Derecho penal español de tal manera que las personas jurídicas que carecen de ese mínimo sustrato organizativo interno que permita diferenciarlas de las personas físicas no serán consideradas como imputables penalmente – pudiendo adoptarse otra serie de medidas frente a las mismas dependiendo de las circunstancias del caso concreto –. El concepto del actor corporativo sirve, entonces, para referirse a las personas jurídicas que, debido a su complejidad organizativa interna, se han diferenciado suficientemente de las personas jurídicas – esto es: gozan de una identidad corporativa diferenciada – y, por tanto, resultan imputables penalmente.

Ciertamente, este planteamiento restringe el elenco de personas jurídicas imputables a los efectos del artículo 31 bis) CP, pero, como ya indicamos hace tiempo, al igual que no todas las personas físicas son imputables en el Derecho penal individual, no todas las personas jurídicas deben ser imputables en el Derecho penal empresarial. Con ello se logra un triple objetivo: en primer lugar, configurar un sistema de RPPJ respetuoso con la lógica de los principios informadores del Derecho penal; en segundo lugar, evitar en mayor medida el riesgo de desnaturalización de las categorías tradicionales del Derecho penal; en tercer lugar, simplificar procesalmente situaciones que en la práctica se tornan complejas¹³.

¹³ En este sentido, ya advertíamos en Carlos Gómez-Jara, “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley* Número 8341 (2014) que una de las ventajas del concepto de inimputabilidad empresarial era que proporcionaba una solución sumamente eficaz desde el punto de vista de la economía procesal.

**VI.- EL DEBER DEL JUEZ INSTRUCTOR DE DICTAR
SOBRESEIMIENTO CON EL AUTO DE APERTURA
DEL JUICIO ORAL CUANDO NO SE CONTENGA EN
EL RELATO FÁCTICO DE LOS ESCRITOS DE
ACUSACIÓN REFERENCIA ALGUNA AL DELITO
CORPORATIVO DE LA PERSONA JURÍDICA**

La otra consecuencia notable que se extrae de la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 resulta especialmente relevante en la práctica. Así, en la praxis judicial no es inusual encontrarse con relatos acusatorios donde se especifican los hechos cometidos por las personas físicas, pero no se detalla (en muchas ocasiones: ni se menciona) cuál es el defecto estructural en los mecanismos de prevención y detección de los delitos del que adolece la persona jurídica.

Así, como hemos indicado anteriormente, la citada resolución de la Sala Segunda afirma lo siguiente:

«partiendo de la base de que el delito corporativo ha de tener su propia sustantividad, en principio, su derecho de defensa no quedaba cubierto por la imputación a la persona física, pues los criterios de imputación a una y otra son diferentes y la línea de defensa no tiene por qué coincidir, y los intereses en juego pueden entrar en conflicto . Finalmente, la condena a la persona jurídica ha tenido lugar sin una base fáctica que definiera su delito corporativo, del que derivar su responsabilidad penal, en que las premisas de organización y complejidad está la base de su propio fundamento, con elementos propios para conformar su culpabilidad, distintos de los de la persona física . »

En consecuencia, la instrucción que imparte la Excma. Sala es clara:

Cuando «las actuaciones practicadas no (hayan) puesto de relieve indicio alguno que apuntase a un propio delito corporativo que debiera llevar a su imputación, (...) se (está) contraviniendo lo dispuesto en el art. 783.1 LECrim., conforme al cual “solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641”, y qué duda cabe que, ante un escrito como el presentado por la acusación particular, en que se formulaba acusación contra una persona jurídica, sin un relato con

sustantividad propia para acusarla , se estaba en el caso del art. 637.2 LECrim y debiera haber llevado al sobreseimiento libre para ella .»

Piénsese por ejemplo en qué ocurriría si el escrito de acusación contra una persona física no contuviera un «relato con sustantividad propia para acusarla». Ciertamente, el Juez de Instrucción acordaría su sobreseimiento. El hecho de que se trate de una persona jurídica no puede alterar el resultado. De ahí la importancia de que, como viene estableciendo una y otra vez la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los derechos y garantías procesales son los mismos para personas físicas y jurídicas, no debiendo establecerse dobles raseros al respecto.

La problemática se torna algo más compleja cuando se observa que en muchos escritos de acusación únicamente viene referido, como delito corporativo, una lacónica frase que, *mutatis mutandis* afirma lo siguiente: «*la empresa X carecía de un programa de cumplimiento normativo*». La pregunta entonces es si puede considerarse suficiente tan vaga afirmación o si, por el contrario, se exige algo más para superar el filtro del relato fáctico en aras de posibilitar una adecuada contradicción al respecto – y, en consecuencia, la salvaguarda del derecho de defensa de la persona jurídica -.

Dicha cuestión entronca con un problema nuclear: a quién corresponde la carga de la prueba en este ámbito. En principio, la Sentencia de 16 de marzo de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez] apuntaba en el sentido de que correspondía a la acusación¹⁴; desde esta perspectiva, entonces, ciertamente no resulta suficiente con la mera afirmación de que una persona jurídica carece de programa de cumplimiento: es necesario que el relato fáctico acusatorio contenga los elementos mínimos de por qué existe un defecto estructural en los mecanismos de prevención y detección del delito.

Ahora bien, en tiempos recientes el cuidado análisis llevado a cabo por la relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2024 [Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral] respecto de la carga de la

¹⁴ STS de 16 de marzo de 2016: «*En definitiva, 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* ». En un sentido similar STS de 29 de febrero de 2016: «*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* ».

prueba suscita ulteriores reflexiones¹⁵. Así, la citada sentencia parte de un entendimiento de los elementos que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha calado en diversas resoluciones de la Sala Segunda. En este sentido, indica:

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 esa 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 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)

Pues bien, a este respecto, la Sentencia de 8 de abril de 2024 vierte las siguientes reflexiones que, pese a su extensión merece la pena reproducir por su importancia y claridad:

En cuanto a la inexistencia de un plan eficaz de cumplimiento (falta de cultura de respeto al derecho según la semántica no ajena a la jurisprudencia de esta Sala a la que se se refiere reiteradamente uno de los recurrentes) y sin afán alguno de mediar en la naturaleza dogmática de ese elemento conviene decir algo. Se trata de un elemento negativo, lo que, al margen de cuál sea su naturaleza, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras, que la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa . Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el

¹⁵ Vid. ya las reflexiones de la Sentencia de 8 de marzo de 2019 [Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero]: «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. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión . También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta». Sobre dicha Sentencia vid. Carlos Gómez-Jara, *Actor Corporativo y Delito Corporativo*, 2020, pp. 185 ss.

Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento; como, sin que se quiera extremar la analogía que, deliberadamente, es un tanto hiperbólica, tampoco se detecta inconveniente alguno en, a pesar de no contar con ninguna prueba o informe ad hoc, considerar imputable al acusado de un delito, cuando no existe el más mínimo indicio de un padecimiento psíquico, ni su defensa ha alegado nada al respecto. No podrá quejarse por haberse burlado su derecho a ser informado de la acusación en tanto en los escritos de acusación se omitía cualquier mención a su imputabilidad. Esta forma de razonar no supone invertir la carga de la prueba: las dudas sobre la imputabilidad habrán de ser resueltas también con arreglo al principio in dubio. Es un problema, más bien, de máximas de experiencia y contexto procesal. No es en absoluto descabellado -sí lo sería la actitud contraria- estimar probado que una persona es imputable cuando nadie ha insinuado otra cosa, ni siquiera el interesado en ello, y no existe el más mínimo indicio de padecimiento alguno. Resulta igualmente impecable, de forma paralela, un razonamiento a tenor del cual si se acusa a una empresa por hechos cometidos por un directivo ; y su dirección letrada, muy cualificada, como en este caso confirma el altísimo nivel de sus escritos, adopta una postura abstencionista, estratégicamente abstencionista, y se limita sin más a decir que no se ha probado la inexistencia de un programa de cumplimiento adecuado, se deduzca que no se contaba con ese protocolo . Si fuese de otra forma se hubiese aportado o se hubiese hablado de él. La condena por conducción sin permiso o por tenencia ilícita de armas -volvemos a ejemplos- no necesita ineludiblemente un documento oficial acreditativo de que no se cuenta con esas licencias: basta con constatar que el acusado no arguye ser poseedor de las mismas. Nada se consignaba en los escritos de defensa de las personas jurídicas en relación a programas de cumplimiento normativo . Eso es reseñable en particular de Kyz, que ahora enarbola en su defensa esa bandera. Su escrito de conclusiones provisionales, por lo demás, no es el muy frecuente y típico de oposición desnuda y vacía frente a la acusación. Contiene una narración en positivo con alegación de circunstancias, Pese a ello, ninguna mención a un programa de compliance. No parece que el derecho de defensa quede erosionado porque las acusaciones no hiciesen constar en sus escritos que no reinaba en esas empresas una cultura de cumplimiento. Si no se dice nada, y se acusa a la Sociedad, esa negación - que

*no afirmación- está implícita. A cualquier jurista, por poco familiarizado que esté con el derecho penal, le bastará leer el art. 31 bis para deducir que si no se hace constar nada al respecto es que la acusación excluye esa causa exoneradora. Tampoco hace falta afirmar expresamente para acusar por un delito de lesiones que no se produjo previamente una agresión por parte del lesionado; ni para acusar por un delito de robo que el autor no estaba inmerso en una situación de extrema necesidad por la enfermedad gravísima de su hijo que requería obtener con urgencia un medicamento que no estaba a su alcance adquirir si no es mediante esa acción antijurídica. Si se acusa por hurto y nadie ha alegado nada, ni es preciso hacer constar en el escrito de acusación que no había circunstancias de peso que habrían impulsado a esa acción, ni supone una inversión de la carga de la prueba condenar, pese a no acreditarse que no se daba la base fáctica del art. 20.7 CP. **La abulia indagatoria y probatoria sobre ese elemento negativo, no ha de traducirse necesariamente en una duda sobre su concurrencia**. La presunción de inocencia no obliga a presumir que todas las asociaciones y organizaciones o sociedades mercantiles y personas jurídicas en general cuentan con un programa de cumplimiento ajustado a la exigencias del Código penal. Incluso, si lo estimásemos así, la desidia en las alegaciones o aportaciones probatorias de la persona jurídica acusada se erigiría en elemento que permite razonablemente entender desactivada esa presunción.*

Como se puede apreciar, la mentada Sentencia aboga por el consolidado principio de que «*la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa*». Algunas resoluciones judiciales de tribunales inferiores también han apuntado en el sentido indicado. Así, resulta interesante traer a colación la reciente Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique López López], puesto que introduce un matiz interesante: en caso de que el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica venga dado por un delito de un directivo, lo razonable es que la carga de la prueba respecto de la exoneración de la persona jurídica competa a la defensa de la persona jurídica (lo cual se invierte cuando el presupuesto viene dado por un delito cometido por un empleado).

“Respecto a quien le corresponde la prueba de este elemento, pertenezca al tipo o sea un elemento autónomo del tipo, o una causa de exención de la antijuricidad, existe una gran discusión, pero lo que parece cierto es que en casos como el presente en el

que el autor persona física del delito cometido es quien ostenta el control absoluto de la sociedad por ser su presidente y administrador, parece aconsejable considerar que es a él a quien le corresponden la carga de la prueba de la concurrencia de un sistema interno de prevención eficaz, algo que de existir, es adecuado para eximir de responsabilidad a la persona jurídica (..) Como hemos adelantado en el delito corporativo es necesario que se dé un delito cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica, en su beneficio directo o indirecto, y cometido por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, y todo ello concurre en el presente caso; pero como hemos dicho, el fundamento último de la responsabilidad penal de la persona jurídica en todas sus versiones (delito cometido por quien manda en la sociedad o por quienes están sometidos a su autoridad) es la ausencia de un modelo de prevención eficaz, si bien la carga de la prueba en este caso parece más razonable atribuírsela a quien alega esta causa de exclusión de la responsabilidad penal (...). Ahora bien, se da un tercer ámbito de estudio en la concurrencia del delito corporativo, y es que partiendo de que los modelos de organización y gestión incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza en el caso de los delitos cometidos por los que mandan en la empresa, en el caso de los delitos cometidos por los subordinados el modelo de organización y gestión debe resultar adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido; en este punto la carga de la prueba estaría repartida en función del tipo de delito se haya cometido y de quienes sean los autores del mismo, y así, cuando más subordinado sea el autor, más corresponderá al Ministerio Fiscal la carga de la prueba y cuando menos subordinado a la defensa. »

La reconciliación de ambas posiciones, aparentemente – pero sólo aparentemente – antagonistas, puede producirse de la mano del presupuesto establecido por la Sentencia de 16 de marzo de 2016 en siguiente sentido:

« La Sala considera que el debate sobre quién ha de probar y qué ha de ser probado no puede ser abordado en el proceso penal con la metodología que es propia de otros órdenes

jurisdiccionales. Los valores que convergen en el proceso penal obligan a modular el significado de algunos principios que, en otros órdenes, pueden llegar a ser determinantes. Piénsese, por ejemplo, en el principio de preclusión, que no es otra cosa que una pauta de ordenación de las distintas secuencias temporales del proceso. Lo mismo puede decirse respecto del entendimiento clásico de la teoría sobre la carga de la prueba. La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado.»

Así, por un lado, la Excma. Sala afirma que, en materia de carga de la prueba, el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se puede apartar de los cánones interpretativos propios del orden penal y de la salvaguarda de la presunción de inocencia (STS de 16 de marzo de 2016); por otro lado, afirma que el escrito de acusación debe contar con un relato con sustantividad propia para acusar a la persona jurídica en el sentido de una base fáctica que defina su delito corporativo (SSTS de 16 de marzo de 2016 y de 11 de noviembre de 2022); finalmente, afirma que en el orden penal rige el principio de que la carga de la alegación de un factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa (STS de 8 de abril de 2024).

Precisamente por ello en su día propuse una valoración probatoria donde tanto acusación como defensa debían soportar parte del *onus probandi*. Así, la acusación corría con la carga de la prueba de la ausencia o inidoneidad de las «medidas de vigilancia y control para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (Art. 31 bis) 2. 1ª CP) - lo cual deberá ser consignado como relato fáctico en el escrito de acusación -; la defensa corre con la acreditación del funcionamiento de su sistema de cumplimiento normativo (Art. 31 bis) 5 CP) - lo cual deberá ser consignado en su escrito de defensa -¹⁶.

Sea como fuere, merece la pena confrontar los extremos apuntados en la Sentencia de 11 de noviembre de 2022 y de 8 de abril de 2024: en la primera, existía una abulia indagatoria y probatoria en el escrito de acusación; en la segunda, se constata igual abulia en el escrito de defensa. Lo que parece colegirse sin dificultad de una lectura conjunta de ambas resoluciones es que ni el escrito de acusación ni el escrito de defensa pueden evitar pronunciarse sobre los sistemas de cumplimiento

¹⁶ Vid. ya, entre otros lugares, Carlos Gómez-Jara, “El Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y una propuesta reconciliadora”, en: *Diario La Ley*, N°1514, 2016.

normativo – sc. modelos de organización y gestión para la prevención y detección de delitos, en la terminología utilizada por el Código penal – de las personas jurídicas acusadas. Ambos escritos basales de las pretensiones acusatorias (por un lado) y absolutorias (por otro) deben contener relatos fácticos y una propuesta probatoria tendente a la constatación de su ausencia o concurrencia.

VII.- CONSIDERACIONES FINALES: ¿REALISMO VS. NORMATIVISMO?

Una vez publicado el presente artículo, el ponente de dos de las sentencias comentadas en el mismo – el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral – tuvo la amabilidad y gentileza de hacerme llegar sus impresiones sobre la postura que defiende en el presente trabajo. Por ello, considero no sólo oportuno sino también necesario hacer referencia a dichas impresiones y, en la medida de lo posible, responder a las mismas.

El núcleo de la postura que sostiene este tan respetado como querido Magistrado es que, en el fondo, las personas jurídicas tienen “algo de ficción”. Por expresarlo con sus propias palabras en otro trabajo:¹⁷

El Derecho Penal es un derecho realista, apegado a la realidad; que huye de las ficciones. Sin entrar en el discutido tema de la naturaleza de las personas jurídicas, y de su actuar en el mundo del derecho, siempre existen en esas construcciones unas dosis -mayores o menores- de ficción. Esas ficciones son muy operativas en otras ramas del ordenamiento. Pero en Derecho Penal hay que manejarlas con muchas cautelas para no traicionar algunos de sus principios básicos.

Desde esa perspectiva, los términos del debate serían los siguientes: los realistas parten de la base de que las personas jurídicas son “ficticias” y que, por tanto, únicamente se puede hablar de “culpabilidad” o “penas” a las personas jurídicas en sentido “figurado” – sc. ficticio –. En el bando contrario estaríamos los normativistas que consideramos que, a los ojos del ordenamiento jurídico, las personas jurídicas son tan “ficticias” como las físicas, y tan ficticio es tratar la “culpabilidad” o la “pena” de las personas jurídicas como de las físicas. Este debate nos adentraría, en consecuencia, en una discusión aún más profunda: la relativa a la corriente epistemológica que defiende cada bando.

Desde la perspectiva aquí sostenida la distinción no es tan radical. Y ello por dos motivos: el primero, porque resulta a nuestro juicio

¹⁷ Antonio del Moral, “Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015” en: *Revista del Ministerio Fiscal* 0 (2015), p. 217.

innegable que el Derecho penal muestra ciertas dosis de normativismo; el segundo, porque resulta igualmente cierto que el propio sistema jurídico muestra ciertos límites a la normativización. El tema es ciertamente complejo y un tratamiento adecuado desbordaría con creces la extensión posible de un apartado de un artículo. No obstante, sí se pueden dar algunas pinceladas de los parámetros de la discusión.

Si el derecho penal fuera *plenamente* realista incorporaría sin filtro, por ejemplo, los resultados actuales de las neurociencias y sería coherente respecto del determinismo imperante en la conducta del ser humano. Sin embargo, no es ese el caso. En la actualidad, pese a que el determinismo resulta imperante en el ámbito científico, el Derecho penal asigna *normativamente* a la persona física un cierto grado de libertad. Se trata, en definitiva, de una libertad normativa¹⁸. La pregunta resultante, entonces, es qué condiciones debe mostrar un sujeto para que el ordenamiento jurídico le asigne esa libertad normativa.

Y aquí es donde, ciertamente, se puede colegir que el Derecho penal exige unas condiciones más exigentes que otras ramas del ordenamiento para asignar esa libertad normativa. Ello resulta evidente cuando contraponemos las condiciones exigidas por el Derecho penal a las condiciones requeridas por el Derecho civil o el Derecho administrativo-sancionador. Expresado en los términos anteriores: el Derecho penal es más “realista” que otras ramas del ordenamiento, pero con ciertas dosis de normativismo. La pregunta clave es la siguiente: ¿Qué dosis de normativismo es tolerable para el Derecho penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Formulados así los términos del debate, la respuesta, desde nuestra perspectiva, viene dado por el concepto de organización. El sustrato “realista” que constituye la condición o límite a la normativización en el Derecho penal en este ámbito viene dado por ese “*suficiente sustrato material organizativo o complejidad organizativa*” que hemos referido en trabajos anteriores¹⁹ y que acoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2022. En este sentido, en las sociedades pantalla ambos planteamientos coinciden: no se cumple la condición para esa asignación de libertad normativa. Donde difieren, por ejemplo, es en los supuestos donde sí existe ese sustrato pese a que sólo una persona física sea titular de las acciones de la persona jurídica.

En este punto se podría sostener que ambas posiciones exigen un

¹⁸ Vid. por todos Bernardo Feijoo Sánchez, “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret* 2/2011, exponiendo de forma brillante cuáles son los términos de la discusión.

¹⁹ Vid. en general Carlos Gómez-Jara Díez, *Actor Corporativo y Delito Corporativo*, 2020, *passim* con ulteriores referencias.

determinado grado de “realismo” para poder asignar libertad normativa: el primer bando considera que el realismo sólo puede otorgarlo la persona física; el segundo bando considera que el realismo puede otorgarlo el grado de organización interna de una persona jurídica. Ante esta disyuntiva, consideramos que existen poderosas razones para sostener esa segunda posición. Entre ellas, las siguientes – expuestas en una apretada síntesis –.

La primera razón es que permite una solución más armónica con el resto del ordenamiento jurídico – principio de unidad del ordenamiento jurídico –. No se trata, por tanto, de afirmar que en el Derecho penal las personas jurídicas son “ficticias” y que en el resto de las ramas del Derecho son “reales”. Se trata de afirmar que el Derecho penal requiere unas condiciones más exigentes tanto a personas físicas como jurídicas para asignarlas libertad normativa – y por tanto responsabilidad penal –: en las personas físicas un determinado grado de madurez psicológica (que por cierto se establece normativamente, en España, en 18 años), y en las personas jurídicas un determinado grado de madurez organizativa (que debe establecerse también normativamente).

La segunda razón es que, de esta forma, se proporcionan criterios más razonables – y, en nuestra modesta opinión, más útiles – para solucionar ulteriores problemas – apuntados anteriormente – planteados por los grupos empresariales con una cascada de sociedades unipersonales o por sociedades en los que los accionistas personas físicas en el momento de los hechos son distintos de los accionistas personas físicas en el momento de la condena. Ciertamente, el hecho de que una persona jurídica tenga pocos accionistas personas físicas puede constituir un *indicio* de que no goza de un sustrato material organizativo suficiente; pero es sólo un indicio. Lo determinante, una vez más, es si “realmente” cuenta con un sustrato material organizativo suficiente.

La tercera razón es que este planteamiento resulta coherente con el fundamento del imparable movimiento del cumplimiento normativo (*Compliance*). Únicamente en personas jurídicas con un sustrato material organizativo suficiente resulta coherente el sistema de gestión de cumplimiento normativo. Más allá de la terminología – sistemas de gestión de *Compliance*, programas de *Compliance* etc. – lo cierto es que el propio Código penal hace referencia a “*modelos de organización y gestión*”. No tiene sentido la exigencia de un “modelo de *organización y gestión*” a quien carece de un sustrato material *organizativo* suficiente.

La cuarta razón, en fin, consiste en que de esta forma se evita afirmar que en el Código Penal hay penas verdaderas y “penas” meramente nominativas, distinguiendo unas y otras en función de si se imponen a

personas físicas o jurídica. Así, por ejemplo, la misma pena de multa se trataría de una pena “real” si se impone a una persona física pero una pena “ficticia” si se impone a una persona jurídica. Ese grado de esquizofrenia no es saludable para el ordenamiento jurídico-penal.

Ciertamente, desde la perspectiva de la teoría del Derecho se puede discutir cuán “real” es la personalidad de la persona jurídica. A este respecto, entendemos que los trabajos de Gunther Teubner son muy ilustrativos de cuál es el fundamento de la posición aquí seguida²⁰. Pero, con independencia de dicho interesante e intenso debate, lo cierto es que al operador jurídico que se encuentra ante la tesitura de aplicar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España deben ofrecérsele herramientas razonables, coherentes y útiles al respecto.

Por ello, lo que aquí se viene a sostener es que el concepto de “actor corporativo” definido como aquella persona jurídica que goza de un sustrato material organizativo suficiente es el único que puede cometer un “delito corporativo” definido como defecto estructural en los modelos de organización y gestión de prevención y detección del delito. Sólo al actor corporativo le puede asignar el Derecho penal libertad normativa y sólo sobre el actor corporativo tiene sentido que el Derecho penal imponga una pena.

²⁰ Gunther Teubner, “Hypercycle in Law and Organization: The Relationship Between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis” en: Alberto Febrajo (ed.), *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1988, p. 60. Para profundizar en estas cuestiones se pueden consultar los siguientes trabajos, Gunther Teubner, *Law as an autopoietic system*, 1993; Gunther Teubner, “How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law” en: *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727-757 [traducción al español de Carlos Gómez-Jara Díez: “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho” en: *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 25 (2002), páginas 533-573]. Como señala Teubner (p. 536) el problema “no se debe tanto a la oscuridad del lenguaje sino a la limitada capacidad de nuestro lenguaje para expresar la construcción de realidades sociales cuando estas son percibidas de manera novedosa”.