

**CONSECUENCIAS MATERIALES Y PROCESALES DE LA
JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD PENAL Y
ADMINISTRATIVO-SANCIONADORA DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS**

Prof. Dr. Manuel Gómez Tomillo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	2
2. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA SENTADA EN LA SENTENCIA DELTA STROY	4
2.1. Identidad jurídica de infracciones y sanciones administrativas con delitos y penas	4
2.2. Exigencia de un hecho de conexión.....	5
A) Planteamiento	5
B) Hecho de conexión e injusto del delito imputable a las personas jurídicas: peligrosidad para bienes jurídicos y crítica al defecto de organización como elemento nuclear.....	8
C) Excurso: el defecto de organización como cuestión de culpabilidad de la persona jurídica.....	17
2.3. Igualdad sustancial de derechos procesales básicos de las personas jurídicas y las personas físicas (en el procedimiento penal y en el procedimiento administrativo sancionador).....	21
2.3.1. Presunción de inocencia y derecho a la defensa.....	21
2.3.2. Resto de derechos procesales, especialmente derecho a no autoincriminarse	23
2.4. Consecuencias en los casos de dualidad de procedimientos punitivos contra la persona jurídica y física (por los mismos hechos y fundamento).....	23
2.4.1. Situaciones posibles.....	23
2.4.2. Hipótesis de falta de individualización de la persona física en el procedimiento penal.....	25
A) El art. 31 ter CP.....	25
B) Mecanismos de revisión en los casos de previa condena penal a la persona jurídica, sin condena penal a una persona física, y absolución final de ésta.....	27
2.4.3. Análisis de los casos de previo procedimiento administrativo-sancionador contra la persona jurídica y posterior procedimiento penal contra la persona física	29

CONSECUENCIAS MATERIALES Y PROCESALES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVO-SANCIONADORA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

*Prof. Dr. Manuel Gómez Tomillo **

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del TJUE, caso Delta Stroy, de 10 de noviembre de 2022 (C-203-21), contiene una fundamentación jurídica relevante no sólo para el país en relación con cuyo ordenamiento jurídico se dictó (Bulgaria), sino para todos los sistemas europeos que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como punto de partida indicaremos que dicha sentencia surge al hilo de un procedimiento sancionador contra una persona jurídica, seguido en virtud de lo previsto en la Ley de Infracciones y Sanciones Administrativas búlgara. Sin embargo, dicho procedimiento lo fue por la comisión de ilícitos que podemos calificar como penales (en este caso tributarios) que se sustanció a propuesta del Ministerio Fiscal y ante un órgano jurisdiccional (de hecho, su carácter de sanción penal se reconoce en el § 42 de la sentencia). En definitiva, estamos ante una situación análoga a la prevista en el modelo italiano de responsabilidad «administrativa» de las personas jurídicas, presente también, por ejemplo, en el Perú.

La sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial, determinada por las dudas albergadas por un juez búlgaro relativas a la compatibilidad de dicho procedimiento y eventuales condenas con el «principio de legalidad» de los delitos y las penas consagrado en el artículo 49 de la Carta Europea de Derechos Humanos, toda vez que la Ley permite al juez penal imponer una sanción pecuniaria a una persona jurídica por una infracción que es objeto de un procedimiento penal paralelo contra persona física, en el que aún no ha recaído sentencia firme (§ 21). La sentencia pone de manifiesto que, anteriormente, tan sólo era posible esa condena tras la resolución judicial firme de condena a la persona física, exigencia posteriormente abandonada (§ 22). En definitiva, para el juez, la ley búlgara (artículos 83a y siguientes de la Ley sobre Infracciones y Sanciones Administrativas) permitiría, en la

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid

práctica, imponer a una persona jurídica una sanción basada únicamente en la acusación formulada contra la persona física representante y administradora de esa persona jurídica, cuya comisión aún no se ha declarado en una sentencia firme (§ 26).

El TJUE reformuló la cuestión, al no estar ante un problema de legalidad, sino de presunción de inocencia y derecho a la defensa, por lo que entiende que lo que pregunta el juez búlgaro es si «el artículo 48 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el juez nacional puede imponer a una persona jurídica una sanción penal por una infracción de la que es responsable una persona física facultada para obligar o representar a esa persona jurídica, en el supuesto de que dicha responsabilidad aún no haya sido declarada en una sentencia firme» (§ 50)¹.

El TJUE, tras constatar que en el derecho búlgaro la persona jurídica puede ser objeto de una sanción penal, mediante sentencia firme, como consecuencia de una infracción cometida por la persona física habilitada para obligarla o representarla, sin que el órgano jurisdiccional competente esté facultado para apreciar la existencia real de la infracción y sin que la persona jurídica pueda formular observaciones al respecto (§ 58), concluye que ello menoscaba el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa. Singularmente, subraya que «dicha persona jurídica no puede ejercer eficazmente su derecho de defensa, puesto que no puede negar la realidad de dicha infracción» (§ 62) y que «el artículo 48 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el juez nacional puede imponer a una persona jurídica una sanción penal por una infracción de la que sea responsable una persona física facultada para obligar o representar a esa persona jurídica, en el supuesto de que esta última no haya podido impugnar la existencia real de esa infracción» (§ 67).

Desde nuestra perspectiva, la descrita posición del TJUE resulta relevante en múltiples campos tanto del Derecho penal, como del Derecho administrativo sancionador de las personas jurídicas.

¹ Recordemos que el art. 48 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea se refiere a los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa, en los siguientes términos: «1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

1. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa».

2. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA SENTADA EN LA SENTENCIA DELTA STROY

La apuntada sentencia, entendemos, tiene consecuencias, al menos en cuatro niveles diferentes: la identidad material de infracciones y sanciones administrativas con delitos y penas; la necesaria exigencia de un hecho de conexión cuando estemos ante ilícitos imputables a personas jurídicas; la igualdad sustancial de derechos procesales básicos de las personas jurídicas y las personas físicas (tanto en el procedimiento penal, como en el procedimiento administrativo sancionador); por fin, la necesidad de articular mecanismos de revisión de condenas de personas jurídicas, cuando aquélla se produzca sin condena de persona natural alguna. Cada uno de los citados puntos será sucintamente examinado en este trabajo.

2.1. Identidad jurídica de infracciones y sanciones administrativas con delitos y penas

La primera consecuencia que se desprende de la sentencia Delta Stroy es la de la identidad en cuanto a la naturaleza jurídica de delitos e infracciones administrativas, penas criminales y sanciones administrativas. En el caso que nos ocupa, pese a que la sanción impuesta a la persona jurídica se encuentra en una denominada «Ley de Infracciones y Sanciones Administrativas», el TJUE señala que «no se discute que el régimen de sanciones controvertido en el litigio principal es de naturaleza penal. El órgano jurisdiccional remitente indica, en particular, que el proceso establecido en los artículos 83a y siguientes de la Ley de Infracciones y Sanciones Administrativas reúne todas las características de un proceso penal» (§ 42, vid., asimismo, § 53). Como resulta obvio, sería extraño que se pudiese concluir que, pese a estar hablando de infracciones y sanciones administrativas de naturaleza penal, el resto de infracciones y sanciones administrativas (entre ellas las no imputables a personas jurídicas) tienen una naturaleza diversa².

Como venimos insistiendo, se trata de una conclusión de máxima trascendencia, singularmente en el campo del Derecho administrativo sancionador (aunque también para el Derecho penal, toda vez que en aquella rama del ordenamiento jurídico se ha sancionado a las personas jurídicas mucho antes que en ésta, por lo que los criterios empleados desde décadas allí pueden ser muy útiles también aquí). Esa identidad

² En todo caso, no se trata de un argumento aislado. Venimos poniendo de manifiesto la contundencia de las ideas de las que se desprende inequívocamente la unidad del *ius puniendi* del Estado y que son de índole dogmático, positivo y práctico; M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, 5^a ed., 2023, Cap. 5.

lleva racionalmente aparejada numerosísimas consecuencias, todas muy relevantes. Entre ellas destacamos ahora la identidad en la definición de infracción y sanción administrativa con delito y pena criminal (lo que es trascendente, en la medida en que implica la posibilidad de trasladar la teoría jurídica del delito a la infracción administrativa); la comunidad de principios constitucionales, materiales y procesales, básicos³; y la posibilidad de aplicación por analogía de normas a nivel de legalidad ordinaria (singularmente las del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, habitualmente menos regulado que el primero)⁴.

En lo que aquí interesa, las conclusiones que alcancemos en el presente trabajo, sin duda, serán aplicables, *mutatis mutandis*, a ambos campos.

2.2. Exigencia de un hecho de conexión

A) Planteamiento

En segundo lugar, estimamos que la jurisprudencia europea refuerza nítidamente la idea conforme a la cual la imputación de una infracción (penal o administrativa) a una persona jurídica presupone, como mínimo, un requisito: un hecho de conexión, esto es, la acción u omisión de una persona física vinculada a la persona jurídica⁵. En el Derecho penal español, se añaden otras tres exigencias: sentido social de la conducta (esto es, que se lleve a cabo en nombre, por cuenta de la entidad

³ No nos detenemos en la conocida idea, común a ilícitos imputables a personas físicas y jurídicas, del Tribunal Constitucional español desde su primera jurisprudencia conforme a la cual «...ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador» (la STC 18/1981, de 8 de junio (Fto. Jco. 2^o). En su momento distinguimos entre principios materiales y principios procesales, defendimos que sólo los segundos son matizables y ni siquiera todos ellos; no lo son el derecho a guardar silencio, a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo, el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, el derecho a ser informado de la acusación, el principio acusatorio (salvo en lo relativo a la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento), el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, la prohibición de dilaciones indebidas, o el principio *non bis in idem* procedimental. Entre los que sí que lo serían destacamos la garantía de imparcialidad, el derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley, algunas manifestaciones del derecho a la defensa (singularmente el derecho a la defensa letrada y otros como el derecho a interpretación y a traducción), la separación de funciones de instrucción y enjuiciamiento, el derecho a un proceso público, el derecho a la última palabra y el derecho a la doble instancia. En general, vid. M. Gómez Tomillo, «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, (6), 2020 (<http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/issue/view/1647>).

⁴ Sobre la cuestión, permítasenos remitirnos a M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, cit., Cap. 2.6.

⁵ Vid. § § 55, 58, 62, 67 y el propio fallo.

y en su beneficio directo o indirecto (art. 31 bis CP⁶) y, conforme al criterio del Tribunal Supremo, la falta de una cultura de cumplimiento o la existencia de una cultura de incumplimiento. Estos dos últimos requisitos son contingentes. De hecho, la exigencia de que la conducta se lleve a cabo en interés o beneficio de la persona jurídica no aparece en todas las legislaciones en iguales términos, llegándose a prescindir de él en algunas⁷. La cultura de incumplimiento, constructo asumido

⁶ Resulta interesante el requisito de la Ley de Infracciones administrativas búlgara, art. 83 a), conforme al cual para poder imputar un ilícito a la persona jurídica es preciso que la persona jurídica se haya enriquecido o pudiera llegar a enriquecerse (artículo 83a de la Ley de Infracciones administrativas búlgara (sobre algún proyecto alemán en el que se incluye semejante requisito, vid. B. Feijoo Sánchez, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español», Vol. 1, 2023, Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance, pp. 17 y ss., en particular, p. 20; R. Robles Planas, «Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP (1)», La Ley 7705, 2011, p. 8, donde estima que el enriquecimiento injusto es el fundamento mismo de la responsabilidad de la empresa). Ello ilustra la discusión sobre el requisito análogo del CP «en beneficio directo o indirecta». Como es sabido, se discute la intelección de dicho requisito (como elemento subjetivo, resultado o simple idoneidad abstracta para beneficiar a la entidad); esta última intelección es la que hemos defendido (así lo manifestábamos en la primera edición de nuestra Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pp. 84 y ss. y especialmente p. 86; como es sabido, posteriormente acogió nuestro criterio la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2009, p. 43.) y la que parece desprenderse de la Ley búlgara, la cual, cumulativamente permite sancionar a la entidad, cuando, efectivamente, el beneficio se haya producido.

⁷ Ése es el caso de la Ley 21595 de Delitos Económicos y Ambientales chilena (sobre la cuestión, por todos, vid. Ximena Marcazzolo; Diva Serra, «¿En qué medida la reforma que introduce la nueva ley de delitos económicos automatiza la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas?», *Revista de Ciencias Penales*, 2024, quienes se muestran críticas con la decisión legislativa). Aun cuando podría entenderse que con ello se encamina el sistema de ese país hacia una responsabilidad de corte objetivo, entendida ésta como responsabilidad automática, por la mera comisión de un ilícito penal en el seno de la entidad supraindividual, entendemos que es posible esquivar dicha censura con un concepto de culpabilidad, bien estructurado. En nuestra opinión, dicha culpabilidad debe ser entendida, en el clásico sentido de Tiedemann, como defecto organizativo, si bien, admitiendo prueba de una diligente organización (sobre ello volveremos infra). No obstante, desde determinadas concepciones, la ausencia del requisito de actuación en nombre y por cuenta de la persona jurídica puede plantear problemas. En concreto, en los casos de exceso de la persona física con respecto a lo que tenía autorizado. La problemática no puede ser examinada aquí; entendemos que debe realizarse un análisis caso por caso, de forma que, concurriendo valorativamente el apuntado defecto de organización (singularmente la omisión del debido control, supervisión, vigilancia), y, por consiguiente, culpabilidad empresarial, el llamado exceso de la persona física, sí que se le puede reprochar a la jurídica (lo que, en el derecho positivo español, estaría captado por la expresión «por cuenta de la persona jurídica»); en el mismo sentido, dentro de sus propios parámetros doctrinales; J.G. Fernández Teruelo, *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, 2020, p. 121. En la literatura norteamericana en esta misma línea, ya Kathleen B. Brickey, *Corporate criminal liability*, 2 ed., 1992, § 3.01; no obstante, en algunos casos excepcionales en los tribunales norteamericanos se ha llegado a excluir tal responsabilidad (id., Kathleen B. Brickey, § 3.08). En España, por el contrario, lo más habitual es estimar que el exceso no es imputable a

por el Tribunal Supremo, resulta más que discutible⁸. Sin embargo, la exigencia de un hecho de conexión es ineludible, no sólo porque la persona jurídica no puede en modo alguno actuar por sí misma, sino, en lo que aquí interesa, puesto que el Tribunal Europeo rechaza la posibilidad de condena sin aquél.

La doctrina jurisprudencial europea expuesta, se comparta o no, entiendo que supone una toma de posición dogmática, con todas sus consecuencias. Desde nuestra perspectiva, el criterio del TJUE es difícil de conciliar tanto con la concepción del hecho de conexión como mera condición objetiva de punibilidad⁹, como con la tesis de los sistemas sociales autopoieticos que estima que la persona jurídica se autoorganiza, conduce y determina, con plena independencia de los individuos que la componen¹⁰. Al subyarse la necesaria vinculación del delito,

la persona jurídica: C. Gómez Jara, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *La Ley*, 14962/2010, p. 6); J.M. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», *Criminalidad de empresa y compliance*, (J.M. Silva Sánchez dir.), Barcelona, 2013, pp. 26 y ss.; B. del Rosal Blasco, «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión, en el Nuevo artículo 31 bis nº 1 del Código Penal», *CPC* 103, 2011; B. Feijoo Sánchez, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 98, del mismo «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, pp. 56-57; J.M. Zugaldía Espinar «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», *CPC* 121-2017, p. 26.; J. Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en Derecho Penal*, 2015, p. 311. En el Derecho administrativo sancionador: J.C. Laguna de Paz, «La responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Administrativo sancionador* 2022, p. 158. Obviamente, cada uno de los citados autores presenta sus propios matices en los que no podemos entrar ahora.

⁸ Nos remitimos a M. Gómez Tomillo, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento», *Diario La Ley* 8861, 2016; A. Galán Muñoz, «Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después», *REDEPEC*, vol. 2, 2023, pp. 20 y ss.; del mismo autor, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, pp. 195 y ss.

⁹ Se ha llegado a decir que ese hecho de conexión constituye «de algún modo» una condición objetiva de punibilidad, M. Bajo Fernández; S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, Cap. V, 70; vid., asimismo, G. Dannecker, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001, p. 119; vid., en general, las referencias que proporciona G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, 1995, p. 231, relativas al hecho de conexión como tal condición objetiva de punibilidad (aunque este autor habla de desvalor de conexión externo –*externen Anknüpfungswerte*). Entiendo que, en el mismo sentido del texto, J.M. Zugaldía Espinar, «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas...», *cit.*, p. 18, quien critica, creo que con razón, que para algunos no pase de ser un «presupuesto» de la teoría del delito de la persona jurídica, pero no parte de la misma, como si pudiera hacerse esa distinción.

¹⁰ Sobre el mismo, vid. C. Gómez Jara, «El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica», *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y compliance*, vol. 1, 2023, especialmente pp. 22 y ss. y p. 21,

o de la infracción administrativa, imputables a una organización con un hecho de la persona física, se manifiesta su intrínseca dependencia, la imposibilidad de escindir plenamente lo uno (responsabilidad de la persona jurídica) y lo otro (acción u omisión de una persona natural)¹¹.

B) Hecho de conexión e injusto del delito imputable a las personas jurídicas: peligrosidad para bienes jurídicos y crítica al defecto de organización como elemento nuclear

Desde nuestra perspectiva, la posición del TJUE es plausible. Aun cuando éste no es el marco adecuado para un desarrollo detallado de la cuestión, lo cierto es que la exigencia de un hecho de conexión pone de relieve que el Derecho Penal de las personas jurídicas no tiene una finalidad diversa que el de las personas físicas y, por consiguiente, aquélla sigue siendo la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, como es obvio, las entidades no pueden actuar por sí mismas, por lo que se han de valer de las personas naturales. De ello se desprende

n. 28, donde se proporciona amplia noticia de quienes defienden de una manera u otra la idea. Asumimos las críticas formuladas por J.M. Zugaldía Espinar «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas...», *cit.*, p. 17 y ss.; R. Aguilera Gordillo, «Deficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antropico y behavioral game theory», *RECPC* 25-06 (2023), *passim*.

¹¹ A lo largo de la sentencia se habla reiteradamente de la «infracción real» de la persona física como presupuesto para la existencia de una infracción de la persona jurídica (así, vid. § § 55, 58, 67 y el propio fallo), incluso como fundamento (§ 62). Esa estrecha vinculación entre la conducta de la persona física y la jurídica es muy perceptible en la jurisprudencia del TJUE. En concreto resulta muy significativa la STJUE de 21 de julio de 2016, asunto C-542/14, VM Remonts, que tenía como objeto una cuestión prejudicial en la que se preguntó al Tribunal sobre si «debe interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que, para declarar que una empresa ha participado en un acuerdo restrictivo de la competencia, debe demostrarse un comportamiento personal de un directivo de la empresa, o su conocimiento o consentimiento respecto del comportamiento de una persona que presta servicios externos a la empresa y al mismo tiempo actúa por cuenta de otros participantes en un posible acuerdo prohibido» (§ 15). El TJUE afirma que «ha de señalarse, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia dictó las sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión* (100/80 a 103/80, {EU:C:1983:158}), y de 7 de febrero de 2013, *Slovenská sporiteľňa* (C-68/12, {EU:C:2013:71}), en asuntos en los que se juzgaba a las empresas sobre la base de las acciones de sus trabajadores. Pues bien, un trabajador desempeña sus funciones en favor de la empresa para la que trabaja y bajo su dirección; de este modo, se considera que está integrado en la unidad económica que constituye dicha empresa (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 1999, *Becu y otros*, C-22/98, {EU:C:1999:419}, apartado 26)» (§ 23). De ahí que concluya que «a efectos de declarar la existencia de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, las posibles actividades contrarias a la competencia de un trabajador se atribuyen a la empresa de la que forma parte, y, en principio, ésta es considerada responsable». Es decir, se reconoce que los trabajadores también «son» empresa, pese a que carecen de poder de configurar la «voluntad» o las decisiones formales de la empresa.

que lo injusto en el caso de delitos de personas jurídicas ha de consistir en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, peligroso para los bienes jurídicos, el cual se imputa a la organización, en cuyo seno se desarrolla¹². Ese hecho ha de ser *ex ante* lesivo o peligroso para los bienes jurídicos.

A la construcción aquí apuntada (realización de una conducta *ex ante* peligrosa en el ámbito empresarial, societario, etc. como injusto característico del Derecho penal de las personas jurídicas) entiendo que no cabe censurarle las dificultades para encontrar un hecho propio de la persona jurídica diferenciado del de la persona física¹³. Lo injusto característico de las personas jurídicas resulta ser de naturaleza compleja. Como hemos puesto de relieve en otro momento, aquél deriva de la conjunción, de la sinergia de la actuación de una persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos (de hecho, se trata de una situación particularmente peligrosa por el contexto en el que acaece)¹⁴.

¹² Entiendo que no muy alejado se encuentra la posición de A. Galán Muñoz, el cual sostiene que la responsabilidad de las personas jurídicas se fundamenta en la efectiva producción de una indebida y reprochable aportación favorecedora del delito cometido derivada del incorrecto actuar colectivo preventivo y no en la existencia o no de un programa de *compliance* (A. Galán Muñoz, «Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas.», *cit.*, p. 46) Demanda la acreditación del tipo subjetivo, por ejemplo, J.G. Fernández Teruelo, *Parámetros interpretativos...*, *cit.*, p. 107 y 166; STJUE de 5 de diciembre de 2023, asunto C-807/21 (Deutsche Wohnen), §§ 75 y 78. La dificultad práctica radica en que cabe la condena a la persona jurídica, sin condena a la persona física que materialmente actuó o dejó de hacerlo; si ello es así, acreditar el dolo o la imprudencia sin la presencia de la persona natural en el proceso resulta particularmente complejo.

¹³ J.M. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», *Cuadernos de Derecho Judicial* 9, 2002, p. 131; del mismo modo C. Gómez-Jara defiende que se impondrían penas en contravención del principio de responsabilidad por el hecho propio «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *La Ley*, 14962/2010, p. 9); ampliamente, vid. A. Galán Muñoz, «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad», *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, (C.M. Romeo Casabona; F. Flores Mendoza, eds.), 2012, *passim*, especialmente 509 y ss.; B. Feijoo Sánchez, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, pp. 84-85, n. 171; A. Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*, 2017, p. 175.

¹⁴ Entiendo que el punto de vista expresado no se aleja del de A. Galán Muñoz, cuando estima que se sanciona a las personas jurídicas sobre la base del incumplimiento de los deberes preventivos establecidos por el Estado a las personas jurídicas (*Fundamentos y límites...*, *cit.*, especialmente p. 212.); sin embargo, creo que esos deberes, a su vez, tienen su base en una necesidad preventiva derivada de la especial peligrosidad para los bienes jurídicos (y, procesalmente, en las dificultades investigativas) de conductas objetivamente típicas llevadas a cabo en el seno de la entidad colectiva. Asimismo, desde la perspectiva de la pena, tengo la impresión de que la posición del texto no se aleja mucho de la sustentada desde otras bases dogmáticas

Estaríamos en una situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría en el Derecho penal de las personas físicas, en el que también se atribuyen hechos de unos sujetos a otros que no los han cometido directo-corporalmente¹⁵.

(puesto que no admiten una responsabilidad penal en sentido estricto de las personas jurídicas), por Luzón Peña y Díaz y García Conlledo cuando sostienen que las penas previstas en el Código Penal para las personas jurídicas «básicamente poseerían la función de reforzar, junto a la pena para la persona física a la que suelen acompañar, la prevención general frente a eventuales delincuentes (¡personas físicas!), disuadiéndoles de utilizar la estructura de la persona jurídica para cometer delitos, así como una eficacia preventivo-especial frente a quienes (¡personas físicas!) han delinquido, evitando que utilicen en el futuro la cobertura o facilidades que para delinquir pueda ofrecer como instrumento la persona jurídica» («Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos», *RDPfyc*, vol. 2, 2023, p. 29). Miguel Díaz reconoce que «las personas jurídicas... resultan estructuras peligrosas en relación con la posible comisión de delitos», lo que hace conveniente reaccionar frente a la propia persona jurídica (id., pp. 29-30).

¹⁵ Vid. K. Tiedemann, «Die “Bebüssung” von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *NfW* 41, 1988, p. 1171; vid., asimismo, la sintética exposición y referencias que efectúa G. Trug, «Zu den Folgen des Einführung eines Unternehmensstrafrechts», *Wistra* 7, 2010, p. 243; crítico se muestra G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., p. 243, fundamentalmente en lo relativo a la coautoría, pero no tanto en lo que a la autoría mediata se refiere. Habla de concurso necesario de personas físicas y jurídicas E. Paliero «La responsabilità penale della persona giuridica: appunti per una dogmatica», *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, vol. 1, 2021, p. 538, con ulteriores referencias doctrinales italianas. En los últimos tiempos ha habido quien entiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas como participación en el delito de las personas naturales; R. Baldomino Díaz, *Bases de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2022, particularmente p. 78. Tal idea aparece también en el Derecho administrativo sancionador J.C. Laguna de Paz, «La responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas», cit., p. 158; M. Rebollo Puig, «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, 2017, p. 1073, donde expone diversos ejemplos de Derecho positivo. En el Derecho anglosajón, también se ha propuesto sancionar a las personas jurídicas por participar en el delito de la persona física; «there would appear to be no reason why a company could not be found to be an accessory to an offence committed by one of his agents. A company's policies, practices or culture may encourage, facilitate, aid, abet, or even reward illegality», James Gobert; Maurice Punch, *Rethinking Corporate crime*, 2003, p. 71, quien matiza que no se trataría necesariamente de lo que nosotros denominaríamos una participación dolosa, siendo imaginable la imprudente. Desde nuestra perspectiva, ciertamente, es sostenible que la persona jurídica responde como participe en la conducta del autor físico, aun cuando tal intelección presenta algún problema. Por una parte, la entidad dejaría de ser figura central del acontecimiento típico (siguiendo la conocida construcción de Roxin) para convertirse en una figura accesoria; ello contribuye a entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un fenómeno de segunda clase dentro del Derecho penal. Por otra, se presentan dificultades, entre otros, en los delitos omisivos y en los imprudentes (caracterizados estos últimos por asumir un concepto unitario de autor). En tercer lugar, se compagina mal con lo injusto característico de la participación, ceñido al incremento del riesgo para los bienes jurídicos (mal puede incrementar el riesgo una entidad que es sólo una ficción jurídica). Por fin, si estamos ante una participación en el delito ajeno, sometida al principio de accesoria (que

De lo expresado se deduce una ineludible consecuencia: no es asumible la muy extendida idea de que lo injusto típico en el caso de delitos cometidos por personas jurídicas radica en un defecto organizativo de éstas¹⁶ (que, sin embargo, ha de tener un papel relevante en el juicio de culpabilidad). Éste es difícil de conciliar con la doctrina europea expuesta: malamente cabe atribuir un rol central a un defecto organizativo, independiente siempre de la concreta acción u omisión de una persona natural determinada que es a lo que el TJUE otorga un papel nuclear.

En cualquier caso, la tesis del defecto de organización como núcleo de lo injusto ha de sortear numerosísimos problemas que en este trabajo sólo podemos sistematizar. En primer lugar, la construcción que aquí criticamos presenta una clara desconexión del fin legítimo del

requeriría, al menos, una acción u omisión típica y antijurídica del autor), no es concebible la posibilidad de una participación en el delito imputable a la organización, toda vez que no es aceptable una participación en cadena; por consiguiente, no sería posible hablar de una instigación, cooperación necesaria o complicidad de unas entidades en el delito de otras (en cuanto a esto último, se trata de una idea que hemos defendido en nuestra *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2^a, 2015, Cap. 15; alguna significativa referencia puede verse en R. Aguilera Gordillo, «Absolución de terceros con funciones significativas frente a delitos corporativos e importancia del “Compliance”», *Report 10*, disponible en <https://www.granthornton.es/contentassets/48daga7df53747f18aeg9644foc58291/granthornton-compliance-advisory-lab-report10-v4.pdf>}, especialmente p. 21, en relación con el caso Pescanova.

¹⁶ Lo que, sin duda, constituye una perspectiva muy repetida en el panorama dogmático en español. En los últimos tiempos, a título de muestra, A. Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*, cit., pp. 178 y ss.; J.L. Fuentes Osorio, *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, Barcelona, 2023, pp. 34 y ss.; A. Nieto Martín, «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración», *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, vol. 1, 2023, passim; R. Montaner; M. Fortuny, *La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601 (1), La Ley Penal 132*, mayo de 2018, p. 8; J. Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva...*, cit., p. 317 y ss. (si bien reconoce que no es suficiente para justificar un título de imputación penal); P. García Caveró, *Criminal compliance*, 2014, p. 91. Para autores anteriores, vid. nuestra *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., 6.1. En la jurisprudencia española, vid. la relación que proporciona C. Gómez Jara, «El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica», cit., pp. 17-19. Sostiene una diferenciación según el hecho de conexión sea cometido por directivos o personal subordinado; mientras en el primer caso, no habría defecto de organización alguno (ni tendría sentido el efecto exoneratorio de los programas de cumplimiento eficaces); en el segundo caso, no estaríamos ante defecto de organización, sino ante un incumplimiento de obligaciones específicas de control por parte de las personas físicas encargadas de hacerlas efectivas (J.G. Fernández Teruelo, *Parámetros interpretativos...*, cit., pp. 99-101; en general, sobre este particular vid. E. Galán Corona, «¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español», *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, Madrid, 2021, pp. 207 ss.).

Derecho penal¹⁷. La idea de defecto de organización está patentemente desvinculada de la tutela de bienes jurídicos¹⁸.

En segundo lugar, con un injusto consistente en un defecto de organización, claramente se habría transitado de un Derecho penal del hecho a una especie de Derecho penal de autor, asociado al modo de conducción de la vida (en nuestro caso a la vida social, empresarial, organizativa...)¹⁹. Entendemos que no cabe aceptar ese modelo en el marco del Derecho penal de las personas jurídicas con el argumento de las menores exigencias garantísticas que caracterizarían a este último²⁰. Y ello no sólo en elementales razones de seguridad jurídica; es que, de lo contrario, estaríamos creando para las personas jurídicas un Derecho penal de segundo nivel (¿por qué no limitar también el principio de legalidad o el de culpabilidad, con todos sus corolarios, los principios del debido proceso, la presunción de inocencia, etc.?).

En tercer lugar, si lo injusto de las personas jurídicas consiste en un defecto de organización, se habría reducido todo el sistema a un único delito consistente, precisamente, en la ausencia de una organización eficazmente orientada a impedir la comisión de delitos o infracciones

¹⁷ No deja de ser llamativo que se critiquen, por ejemplo, los delitos de peligro abstracto puro, o la utilización político-criminal del principio de precaución en el Derecho penal, precisamente por su falta de peligrosidad para tales bienes jurídicos y en el marco del Derecho penal de las personas jurídicas, sin embargo, se prescindía, sin más, de toda referencia a esa peligrosidad.

¹⁸ Me parece sólida la idea de Silva Sánchez que requiere un juicio *ex ante* acerca de si un espectador medio, a la vista de la organización de la persona jurídica, habría formulado un juicio de peligrosidad objetiva respecto de dicho estado de organización (*Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2014, pp. 285-286). Sin embargo, mi impresión es que cualquier intento de construcción de una peligrosidad para los bienes jurídicos basada en un defecto de organización está llamada al fracaso, amén de que se predica la peligrosidad no de una acción, sino de una entidad, cual es la persona jurídica. En cualquier caso, siempre permanecen el resto de problemas apuntados en el texto.

¹⁹ De hecho, precisamente, es la crítica que formula P. García Caveró a la construcción del defecto de organización como cuestión nuclear del juicio de culpabilidad («Responsabilidad penal de personas jurídicas y consecuencias accesorias», *REDEPEC* 2023, vol. 2, p. 5). Desde nuestra perspectiva, configurar el defecto de organización como centro de la culpabilidad de empresa no implicaría sancionarla por lo que es, sino por lo que hizo (que es lo que se ha de tener en cuenta en el juicio de tipicidad: la acción u omisión peligrosa para bienes jurídicos desplegada por una persona natural vinculada a la jurídica).

²⁰ Vid. A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 150 y ss.

administrativas²¹. Se habría diseñado una especie de *crimen societatis*²². Sin embargo, es claro que el sistema español (como en la mayor parte de regulaciones en nuestro entorno jurídico y cultural) lo que ha previsto son diversos *crimina societatis*. Dicho en otros términos, resultaría irrelevante el delito cometido por la persona natural²³. Este último, quedaría reducido a la categoría de mera condición objetiva de punibilidad (lo que, hemos mantenido, es incompatible con la construcción

²¹ Una idea semejante parece desprenderse de J.C. Carbonell Mateu, «Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, T. I, 2009, p. 320; del mismo autor, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010», *CPC* 101 2010, pp. 18-19. Entiendo que la misma idea expresada en el texto la sustenta M. Díaz y García Conlledo, «Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas...», *cit.*, pp. 18-19. Con razón expresa Feijoo Sánchez al criticar la idea de ahorro de costes para el Estado que subyace en el reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas que con ello se está calificando como responsabilidad penal de personas jurídicas, lo que no son más que meras infracciones del derecho administrativo o de policía orientadas a la prevención de la delincuencia (B. Feijoo Sánchez, «Fortalezas, debilidades y perspectivas...», *cit.*, p. 155). La crítica, entiendo no es válida si el defecto de organización se concibe como una cuestión de culpabilidad, no de injusto. Vid., asimismo, J.M. Palma Herrera, «El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica», *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, (J.M. Palma Herrera, dir.), 2014, pp. 176 y ss.

²² Sobre tal clase de delito, ampliamente vid. M. Gómez Tomillo, *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno empresarial*, 2016, *passim*.

²³ Como ocurría con el *non nato* art. 286.seis que pretendió introducir el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal que aparece en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), el 4 de octubre de 2013; sobre dicho precepto nos ocupamos en vid. M. Gómez Tomillo, *Compliance penal y política legislativa. cit.*

del TJUE)²⁴ ²⁵.

En cuarto lugar, puede haber tal defecto de organización y, sin embargo, no haber peligrosidad para los bienes jurídicos; por ejemplo, cuando en el seno de la empresa no se instauran medidas de control de los trabajadores que, sin embargo, desarrollan correctamente su trabajo, de forma que no acaece hecho penalmente relevante alguno. Entendemos que, en modo alguno, en tales casos puede hablarse de una tentativa de delito²⁶. En definitiva, resulta difícil explicar que esté presente el núcleo de lo injusto conforme a la tesis que criticamos y, sin embargo, no haya punición.

En quinto lugar, la tesis del defecto de organización plantea dificultades para la resolución de los complejos problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio y en el tiempo, cuando de personas jurídicas

²⁴ Como hemos puesto de relieve en otro momento, se trata de una construcción que recuerda la de quienes como Zielinski, en el Derecho penal de las personas físicas, subjetivizan lo injusto hasta reducir el resultado, precisamente, a condición objetiva de punibilidad. El planteamiento efectuado quizá tendría que ser diferente si el legislador hubiese seguido el modelo suizo (vid. art. 102.1 *StGB*: «Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet»: a su vez, el art. 102.3 establece: «Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens»). De igual forma, sostiene Feijoo Sánchez que en el caso de la Ley peruana 30424 no tiene como objetivo hacer responder a las personas jurídicas de un defecto organizativo-estructural propio que les haga responsables del delito, sino simplemente se basan en no haber adoptado las medidas preventivas suficientes o eficaces. Este es el defecto organizativo por el que son sancionadas («La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 79); sobre la discusión en Latinoamérica, vid. A.S. Valenzano, D.F. Serra Cruz, «El “defecto de organización” en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino», *Revista Penal* 45, 2020; particularmente pp. 152-153, en relación con el modelo chileno anterior a la reforma de 2023.

²⁵ Por otra parte, no cabe establecer una conexión de causalidad entre el defecto de organización y el resultado lesivo, toda vez que éste no es un hecho, sino un dato de naturaleza valorativa. Entiendo que comparte la idea A. Nieto Martín, «La eficacia de los programas de cumplimiento», *cit.*, p. 22. Mal puede un delito ser consecuencia de un defecto organizativo, lo que implicaría, por ejemplo, que un vertido, una construcción ilegal, etc. se conectaran causalmente con un dato de naturaleza valorativa. Alternativamente habría que abrazar que los delitos imputables a las personas jurídicas son asimilables a los delitos omisivos impropios de resultado en los que se penaría a la entidad por no haber impedido el resultado (en la doctrina italiana vid., por todos, Vincenzo Mongillo, «El defecto de organización: enigma y esencia de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en la experiencia de la aplicación italiana, *La Ley compliance penal* 14, 2023, n. 44). Entiendo que ello equivale, una vez más, a contemplar a la persona jurídica como una entidad real, antropomórfica, con capacidad efectiva para impedir un resultado, cuando materialmente no se trata más que de una construcción jurídica.

²⁶ No es necesario recordar que se ha sostenido en el marco del Derecho penal de las personas que la tentativa es el paradigma de injusto

se trata. Por su carácter difuso (el defecto de organización nunca será puntual, sino que requiere conceptualmente de un lapso temporal), será siempre difícil de ubicar en un lugar (*locus commissi delicti*) y momento determinados (*tempus commissi delicti*). Por ello mismo, la construcción que criticamos presentará problemas, entre otros, cara a la determinación tanto de la Ley penal aplicable, como del *dies a quo* en la prescripción. Entendemos que dicha crítica no es trasladable a la exigencia de una acción *ex ante* peligrosa para los bienes jurídicos protegidos, llevada a cabo por un individuo en el contexto empresarial o societario.

En sexto lugar, la aceptación del defecto de organización como núcleo de lo injusto lleva a conclusiones muy expansivas, en el marco de la autoría y la participación en el delito²⁷. Piénsese en el caso del asesor fiscal que desempeña su tarea laboral en el marco de una empresa dedicada a la consultoría tributaria. Cabe que tal empresa y su trabajador-asesor sea contratado por una segunda compañía para que se ocupen de todo lo relacionado con las declaraciones impositivas. En ese contexto se diseña una operación de fraude de tributos. Si, por ejemplo, los directivos de la empresa que defrauda son conscientes de lo que se hace, y el asesor obviamente también, puede sostenerse que en ambas empresas existe un defecto organizativo. La cuestión que surge es si a ambas personas jurídicas se les debe imputar el delito de defraudación tributaria a título de autor (en ambas hay defecto organizativo, seguido de delito fiscal). Ejemplos análogos pueden diseñarse en relación con otras figuras delictivas, como los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. La empresa que conscientemente arrienda la maquinaria a la empresa promotora de viviendas para llevar a cabo movimientos de tierras en suelo de especial protección (en la que hay un defecto organizativo al permitir alquilar maquinaria para fines delictivos) ¿se le debe imputar el delito del artículo 319.1 CP a título de autor? La misma duda surge con respecto a la empresa de pintura que oculta defectos en viviendas que posteriormente se venden por una empresa inmobiliaria intermediaria²⁸. En general, pues, se difuminaría el perfil garantístico de los tipos, al tiempo que se produce una innecesaria expansión del

²⁷ De hecho, se ha sostenido que, si se asume la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no tiene sentido en ese marco una distinción entre autoría y participación, toda vez que lo importante es el defecto de autoorganización: A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit., p. 154.

²⁸ Desde nuestra perspectiva, los casos apuntados se han de solucionar trasladando, *mutatis mutandis*, la teoría de la autoría y la participación al Derecho penal de las personas jurídicas. No podemos entrar en detalles; al respecto, vid. M. Gómez Tomillo, *Introducción al Derecho penal de las personas jurídicas*, cit., Cap. 14.

ámbito de lo punible.

En séptimo lugar, la ausencia de defecto organizativo con lesión de bienes jurídicos excluiría la antijuridicidad, por lo que se cerraría el paso incluso a una potencial responsabilidad civil, salvo que se sostenga que es posible esta última sin tal antijuridicidad, en contradicción con el criterio habitual, y lo previsto en el artículo 108g CC²⁹.

En octavo lugar, de la tesis del defecto de organización derivan importantes problemas prácticos. Parece claro que un programa de cumplimiento idóneo excluiría el defecto de organización, y con ello la posibilidad de imputar el delito a la persona jurídica (estaríamos ante una cuestión nuclear del tipo de lo injusto en la construcción que criticamos)³⁰. Por consiguiente, de mantener la posición aquí cuestionada, la carga de la prueba de su inidoneidad concerniría a la acusación (como cualquier otro elemento del tipo), lo cual habría de ser acreditado en todos los casos, posición del Tribunal Supremo, la cual, desde luego, resulta muy ventajosa para la defensa³¹. Ello, por una parte, aboca a enormes dificultades para condenar ¿Qué tendría que hacer el Ministerio Fiscal? ¿Pedir una entrada y registro para hacerse con el programa de cumplimiento utilizado en el momento de comisión de los hechos, seguramente diferente del vigente en el momento de la instrucción, en ocasiones, muchos años después? Por otro lado, la primera medida defensiva de la persona jurídica habría de ser la destrucción del programa de cumplimiento³².

²⁹ Por lo que, entre otras razones, no estaríamos de acuerdo con lo que expresa Nieto Martín, para el que la disputa es irrelevante: «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, (A. Nieto Martín, dir.), Valencia, 2015, p. 71.

³⁰ No podemos entrar en los detalles; vid. en cuanto a la naturaleza jurídica de los modelos de gestión y organización, por todos, J.G. Fernández Teruelo, *Parámetros interpretativos...*, cit., pp. 184 y ss.; J.L. González Cussac, «La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos* XXXIX, 2019, pp. 643 y ss.

³¹ El Tribunal Supremo parece haber hecho frente a dicha consideración con un razonamiento de carácter pragmático. Así, en la STS 154/2016 de 29 de febrero sostiene que aunque «en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno». Algo así como la renuncia a la coherencia dogmática, sacrificada en el altar de la praxis, la cual queda al albur de la buena fe procesal de la persona jurídica acusada.

³² Me parece interesante la idea de A. Nieto Martín quien sostiene que la seriedad y calidad con la que se efectuó el análisis de riesgos puede además probarse de otras maneras, como a través de la declaración de los especialistas que lo realizaron («La eficacia de los programas

Conexo con el último punto, la perspectiva que criticamos (que, a la postre, es la que parece haber triunfado) es un auténtico misil a la línea de flotación del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, cuya razón de ser procesal radica, entendemos, en la necesidad de facilitar la investigación de delitos cometidos en el seno de estructuras societarias complejas (de ahí la importancia de la atenuación o exención de responsabilidad tanto por colaboración con la investigación como por la autodenuncia)³³.

C) Excurso: el defecto de organización como cuestión de culpabilidad de la persona jurídica

Cuestión distinta es que el defecto de organización sea el criterio rector de la culpabilidad de la persona jurídica, como en su día diseñó Tiedemann, si bien, frente a la conocida construcción del autor alemán, entendemos que ha de caber la prueba de una organización diligente por parte de la persona jurídica³⁴. En tales términos, la culpabilidad

de cumplimiento», *cit.*, p. 29). Sin embargo, las dificultades persisten. Por una parte, tal perspectiva supone una renuncia a la prueba directa. Por otra parte, parece razonable que, en un abrumador número de casos, quienes llevaron a cabo el análisis de riesgos o el mismo programa de cumplimiento sostendrán que ambos eran instrumentos idóneos (sólo puede ser excepcional que defiendan que lo que ellos mismos diseñaron no era adecuado). En todo caso, habrá de ser la propia empresa la que indique quién los elaboró y su legítimo silencio no puede ser considerado por sí mismo una prueba contra la persona jurídica, si se acepta -y creo que no hay alternativa- que tiene un derecho a no autoincriminarse (sobre esto último, M. Gómez Tomillo, «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», *Estudios Penales y Criminológicos* 42 (2022). Ello no equivale a sostener que es imposible acreditar la inexistencia, la falta de implementación o la inidoneidad del programa, pero resultan patentes las dificultades para ello en la mayor parte de los casos, dando al traste con el fundamento mismo de la responsabilidad de las entidades. Asimismo, resulta interesante la práctica extendida en determinados países, en los que la persona jurídica debe acreditar la existencia del programa de cumplimiento y la acusación su inidoneidad. Sin embargo, pese a tratarse de una posición que facilita la resolución de problemas, creo que es poco consistente desde una perspectiva dogmática; la carga de la prueba o la tiene la acusación o la tiene la defensa (lo que, a su vez, depende de la posición dogmática de partida en cuanto al papel de los programas de cumplimiento). La solución expresada no se apoya ni en un criterio ni en otro, lo que permite dudar de su coherencia. En la línea del texto, vid. A. Galán Muñoz, «Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas...», *cit.*, p. 46.

³³ Desde la perspectiva material, se trata de proteger bienes jurídicos (cuestión sobre la que volveremos infra); en el caso de las personas jurídicas, mediante el estímulo de la implementación de programas de cumplimiento y mecanismos análogos para la prevención del delito en el seno de tales entidades.

³⁴ No podemos detenernos en los detalles; nos remitimos a M. Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *cit.* Cap. 9. Entiendo que ello no transforma el modelo propuesto en una especie de *crimen culpae* (B Feijoo Sánchez, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 50), toda vez que el defecto de organización

sería un juicio de censura que se formula frente a una persona jurídica porque en su seno se ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles a la entidad para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad empresarial (seguramente, en la medida en que no se puede aspirar a que el ordenamiento jurídico proporcione una pauta organizativa que abarque exhaustivamente toda medida que la empresa ha de adoptar para prevenir delitos, el criterio de la empresa media sea útil en la concreción de cuándo concurre dicho defecto organizativo). Como en el caso de las personas físicas, la culpabilidad de las entidades colectivas implicaría un complejo juicio valorativo que requiere la ponderación de múltiples cuestiones por parte del juez. Esos datos a tener en cuenta son múltiples, sin que pueda aspirar a agotar la cuestión: la existencia o ausencia de un programa de cumplimiento, las características personales del sujeto físico realmente actuante, la presencia de dolo o imprudencia en este

es un dato que se tiene en cuenta en el juicio de culpabilidad (ciertamente común a todo delito, como es característico del juicio de culpabilidad), mientras que a nivel de injusto, como hemos destacado supra, lo relevante es el que una persona natural haya llevado a cabo en el seno societario o empresarial un hecho objetivamente típico variable (estafa, blanqueo, delito ambiental, tributario, etc.), por lo que sigue existiendo un sistema de *crimina societatis* plural y no de un único *crimen societatis*. Entiendo que no es una cuestión menor la apuntada por Fernández Teruelo quien subraya que en el caso de delitos cometidos por dirigentes en el seno de la persona jurídica, el programa de cumplimiento carece de operatividad (ibid.). Desde nuestra perspectiva, el defecto organizativo no es sólo ausencia de programa de cumplimiento o presencia de un programa de cumplimiento inidóneo, por más que sea un supuesto central. Aun cuando, por un lado, la reflexión de Fernández Teruelo es generalmente válida, sobre todo en los delitos dolosos, por otro, en tales casos, sigue habiendo defecto de organización predicable de la entidad y, por lo tanto, culpabilidad, aunque se dificulte la exclusión de esta última. Tal dificultad no equivale a imposibilidad; en determinadas ocasiones entiendo que, pese a todo, cabría que haya actuación dolosa del dirigente (incluso alto dirigente) y exclusión de la responsabilidad, singularmente, cuando la aprobación del programa es anterior a la incorporación del dirigente, cuya conducta delictiva es muy próxima en el tiempo a su toma de posesión, en los casos de cambio en el Consejo de Administración, etc. Como es conocido, la dualidad a la que apunta Fernández Teruelo se ha traducido en propuestas que pretenden diferenciar el régimen de la carga de la prueba de la idoneidad del programa de cumplimiento en función de quien haya llevado a cabo el hecho de conexión. El delito de los trabajadores sin poder de decisión no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo de organización, por lo que correspondería a la acusación probar específicamente el incumplimiento de los deberes de supervisión y control. En cambio, cuando quien delinquiró fue un dirigente, la posibilidad de inferir la ineficacia del programa de cumplimiento de su implicación en el delito es superior, por lo que cabría presumir *iuris tantum* la ineficacia de las medidas de prevención; A.M. Neira Pena, «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Política Criminal*, volumen 11, número 22, 2016, pp. 467-520, disponible on line en {www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf}; críticamente, C. Arangüena Fanego, «Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales», *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal* (R. Castillejo Manzanares (dir.), 2019, pp. 761 y ss. Creo que es una diferenciación que no ha de hacerse porque supondría que habría materialmente dos clases diversas de delitos imputables a las personas jurídicas y no uno sólo con requisitos contingentes diversos.

último, la existencia o no de instrucciones expresas, el nivel jerárquico del sujeto que llevó a cabo la acción u omitió actuar, la realización de una adecuada vigilancia supervisión o control sobre el personal sin poder de dirección, etc. Dicha concepción tiene la ventaja de que se ajusta a lo que es materialmente el juicio de culpabilidad, en el que se debería proceder a considerar, y ello es válido para personas físicas y jurídicas, los factores individuales de la infracción, ignorados en el juicio de antijuridicidad; de esa forma se adecua la respuesta punitiva a la realidad, y se atiende al pensamiento de que no sólo debe tratarse lo igual como igual, sino lo desigual, como desigual³⁵.

La consecuencia nuclear de lo expresado sería que la carga de la prueba de la idoneidad del programa de cumplimiento para la prevención de conductas ilícitas en el seno de la persona jurídica concierne a esta última (como, asimismo, de su misma existencia y correcta implementación). Nuevamente entiendo que son múltiples los argumentos que apoyan tal perspectiva. Exponemos algunos.

En primer lugar, como es conocido, lo normal es que la prueba de los elementos de descargo corra a cargo de quien los alega³⁶.

En segundo lugar, es razonable eximir de la prueba a aquello que resulta excepcional: se puede presumir lo que es normal. Debe tenerse en cuenta que en la mayor parte de las ocasiones la verificación del delito será un síntoma de que el programa no estaba correctamente diseñado. Sólo cabe entender como excepcional el que el programa

³⁵ Crítico con el razonamiento que lleva a exigir una culpabilidad en las personas jurídicas, paralelo al de las personas físicas, J.M. Silva Sánchez, «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, vol. 1, 2023, pp. 17-20; B. Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid-Barcelona, 2017, pp. 347 y ss.; otra perspectiva, P. García Cervero, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y consecuencias accesorias», *cit.*, pp. 7 y ss. No podemos entrar en la extendidísima idea de culpabilidad como falta de cultura de cumplimiento o cultura de incumplimiento que tanto éxito parece haber tenido en doctrina y jurisprudencia (vid. la relación que proporciona C. Gómez Jara, «El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica», *cit.*, pp. 12-16). Asumiendo que se trata de una construcción válida, sin embargo, entendemos que se enfrenta a algunos inconvenientes. Destacamos dos. En primer lugar, la propia doctrina anglosajona en la que surge la tilda con frecuencia de excesivamente ambigua. En segundo lugar, a una empresa recién creada claramente puede se le puede imputar un delito o una infracción administrativa, pero difícilmente se puede decir que carezca de una cultura de cumplimiento, o posea una de incumplimiento. Conceptualmente dicha cultura requiere de una mínima estabilidad temporal, no se puede improvisar de la noche a la mañana (aunque sí un defecto organizativo, idea que tiene un carácter más concreto). Formulada en otros términos, la culpabilidad ha de ir referida al momento de comisión de los hechos y no a la trayectoria vital del sujeto, sea éste persona física o jurídica. Pese a todo, la idea apuntada no se encuentra alejada de la perspectiva aquí defendida, la cual, entendemos, resulta preferible.

³⁶ Vid., con cita de la STS 1068/2012, de 13 de noviembre, el voto particular a la STS 154/2016 de 29 de febrero; STC 87/2001 de 2 de abril, FJ 10.

esté correctamente diseñado e implementado y, pese a ello, el delito se cometa. La experiencia del Derecho comparado parece corroborar lo expuesto, esto es, que mientras la atenuación de responsabilidad es relativamente frecuente, la plena exención de responsabilidad será una situación excepcional³⁷.

En tercer lugar, hay evidentes razones prácticas, puesto que es la empresa la que tiene en su mano los datos precisos para acreditarlo: el *compliance program*, las actualizaciones de dicho programa, su certificación, quién era el oficial de cumplimiento, quién era el encargado de llevar a cabo una determinada tarea, por qué razones se nombró a uno u otro, con qué criterios, etc. Resulta artificial trasladar a la acusación la carga de probar lo que se encuentra fácilmente a disposición de la persona jurídica³⁸.

En cuarto lugar, y estrechamente vinculado con lo anterior, la razón práctica del reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas guarda relación con la necesidad contrarrestar el creciente poder y complejidad de tales entidades, trasladándoles la responsabilidad de implementar mecanismos de cumplimiento normativo (razón material)³⁹, a la vista de las dificultades que la fiscalía, poder judicial y miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad tienen a la hora de investigar lo que ocurre en el seno de las empresas (razón procesal). Si ello es así, lo coherente no es después trasladar a la acusación la carga de la prueba de la adecuada implementación de tales programas de cumplimiento porque con ello se estaría erosionando la funcionalidad del sistema mismo.

Como alternativa a lo aquí defendido es posible sostener que la actividad empresarial se mueve dentro de los márgenes del riesgo permitido cuando se despliega al amparo de un programa de cumplimiento idóneo para prevenir la comisión de delitos (o infracciones administrativas, en nuestra opinión). Como es conocido, el riesgo permitido (prescindiendo de lo problemática que pueda resultar la categoría) es un factor que, de forma dominante, se entiende que permite excluir la posibilidad de imputar objetivamente el resultado y con ello la existencia misma del tipo objetivo. Si ello es así, sería la acusación la que tendría que acreditar que la conducta fue más allá de lo permitido, como toda cuestión que determine la tipicidad de la conducta.

³⁷ W.S. Laufer, *Corporate bodies and guilty minds*, Chicago, London, 2006, p. 119.

³⁸ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 57.

³⁹ Silva Sánchez llega a hablar de «la conversión de toda persona jurídica en un delegado de prevención de todos los delitos que se cometan en su seno» («La eximente de “modelos de prevención de delito”. Fundamento y bases para una dogmática», *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, (R. Ragués i Vallès; R. Robles Planas, dirs.), 2018, p. 241).

No obstante lo expuesto, pienso que resulta artificial sostener que en el caso concreto debe acreditarse por parte de la acusación que se desbordaron los márgenes del riesgo permitido. Para ello habría que aceptar una especie de presunción de que la actividad empresarial cursa dentro de los márgenes del riesgo permitido y que esa presunción ha de destruirla la acusación. Sin embargo, por un lado, la presunción de que las personas jurídicas actúan dentro del riesgo permitido implica presumir que su programa de cumplimiento es idóneo para prevenir riesgos penales. Ello es mucho presumir cuando ni siquiera existe la obligatoriedad de adoptarlo. Por otro lado, una cosa es que la persona física realmente actuante pueda afirmar que se movió dentro de los límites del riesgo permitido y otra diversa que igual *defense* pueda ser empleada por la persona jurídica. Recordemos que las personas jurídicas, por sí mismas no actúan, ni dejan de hacerlo; materialmente son las personas naturales las que despliegan la acción y, por consiguiente, las que llevan a cabo una conducta peligrosa (dentro o fuera de los márgenes de lo jurídicamente admisible). Al final la imputación de delitos a estas entidades no deja de ser una decisión legislativa construida sobre la base de criterios normativos. El riesgo permitido supone una actuación real y, por consiguiente, sólo es predicable de las personas físicas.

2.3. Igualdad sustancial de derechos procesales básicos de las personas jurídicas y las personas físicas (en el procedimiento penal y en el procedimiento administrativo sancionador)

La tercera consecuencia que parece desprenderse de la jurisprudencia europea es la igualdad sustancial de derechos procesales básicos, constitucionalizados, de personas físicas y jurídicas en el procedimiento penal (y, conforme a los postulados expuestos, también en el procedimiento administrativo sancionador). Prestaremos atención a algunos de ellos, ante la imposibilidad de un examen exhaustivo de todos.

2.3.1. Presunción de inocencia y derecho a la defensa

Como es conocido, Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, excluyó de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas investigadas o acusadas en procesos penales al estimar que resultaba prematuro dicho reconocimiento (especialmente Considerando 14). Pese a ello, no parece que, en la práctica, existiesen muchas dudas al respecto, de forma que, con carácter general, se venían aplicando tales derechos en el marco de las

sanciones administrativas (materialmente penales para el TJUE y el TEDH) también a las personas jurídicas⁴⁰.

En cualquier caso, la jurisprudencia europea, en el caso que nos ocupa, va más allá del Derecho positivo y acaba expresamente dando el paso que no se atrevió a dar la Directiva. Ello se desprende literalmente tanto del § 59, como («[t]al situación puede menoscabar manifiestamente el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa, que se garantizan a esa persona jurídica en virtud del artículo 48 de la Carta»), como de la declaración final (que reconoce que «el artículo 48 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el juez nacional puede imponer a una persona jurídica una sanción penal por una infracción de la que sea responsable una persona física facultada para obligar o representar a esa persona jurídica, en el supuesto de que esta última no haya podido impugnar la existencia real de esa infracción» (§ 67).

Es cierto que dichos derechos en España habían sido reconocidos a las entidades supraindividuales, bien a nivel de legalidad ordinaria, bien por la jurisprudencia⁴¹. Sin embargo, a nivel español, sigue faltando una declaración formal de su reconocimiento como derechos de naturaleza constitucional, por parte de nuestro Tribunal Constitucional (lo que, en España, tiene relevancia para eliminar su carácter contingente, eliminar dudas y matices reductores, y abrir el camino definitivamente al recurso de amparo a las personas jurídicas, tanto por sanciones administrativas como penales)⁴².

⁴⁰ Vid. STJUE en el caso Delta Stroy, § 51, con cita de la sentencia de 9 de septiembre de 2021, Adler Real Estate y otros, C-546/18, {EU:C:2021:711}, apartado 46; específicamente en relación con el derecho a la defensa, vid. § 52 de la misma sentencia Delta Stroy, con cita de las sentencias de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros, C-550/07 P, {EU:C:2010:512}, apartado 92, y de 15 de julio de 2021, Comisión/Polonia, C-791/19, {EU:C:2021:596}, apartado 204.

⁴¹ No constituye objeto de nuestro trabajo un examen detenido de la cuestión que, por otra parte, sería imposible; nos remitimos, por todos a C. Arangüena Fanego, «Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales», *cit.*, pp. 761 y ss.

⁴² Sí que hay diversas sentencias constitucionales en relación con infracciones administrativas a personas jurídicas. En la práctica totalidad de ellas, se da por supuesto que la entidad goza del derecho a la presunción de inocencia, sin llegar a declararlo formalmente, limitándose a trasladar construcciones procedentes del Derecho procesal penal. Así, en primer lugar, cabe la cita de la STC 31/2022 de 7 de marzo, FJ 7, donde, al margen de imprecisiones de otro tipo, parece dar por supuesto que la recurrente, persona jurídica, goza de tal derecho. Nada diverso se desprende de la STC 54/2015 de 16 de marzo, la cual asume que la persona jurídica goza del derecho a no autoincriminarse, el cual, a su vez, afirma, está estrechamente relacionado con los derechos a la presunción de inocencia y defensa. En la misma línea pueden verse las SSTC 175/2012 de 15 de octubre; 70/2012 de 16 de abril; 80/2011 de 6 de junio; 82/2009 de 23 de marzo; 243/2007 de 10 de diciembre; 23/2007 de 12 de febrero, 129/2003 de 30 de junio,

2.3.2. Resto de derechos procesales, especialmente derecho a no autoincriminarse

Resulta obligado concluir que, si la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la defensa, debe ser considerada, asimismo, titular del resto de derechos procesales constitucionalizados, siempre que sean compatibles con su naturaleza. Por una parte, en la medida en que la conclusión alternativa sería arbitraria (¿por qué se considera titular de unos derechos y no de otros?). Por otra parte, singularmente en cuanto al derecho a no autoincriminarse, en la medida en que dichos derechos tienen su fundamento, precisamente, en los por la resolución reconocidos derechos a la presunción de inocencia y a la defensa⁴³.

2.4. Consecuencias en los casos de dualidad de procedimientos punitivos contra la persona jurídica y física (por los mismos hechos y fundamento)

2.4.1. Situaciones posibles

Parece claro que la doctrina del TJUE expuesta puede producir alguna clase de tensión con el derecho positivo. Dicha tensión deriva, por un lado, de la idea conforme a la cual se permite la condena penal a una persona jurídica, sin condena a la persona física, en diversas hipótesis. Por otro, el TJUE parece establecer un vínculo necesario entre ambas. La situación conflictiva que aquí puede interesar, y que

117/2002 de 20 de mayo, etc.

⁴³ Como es conocido, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, afirma el Tribunal Constitucional español, se conciben como garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, “al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” (SSTC 36/1983, FJ 2; 127/1992, FJ 2^o; 197/1995 de 21 de diciembre FJ 6 o, entre las últimas, 23/2014 de 13 de febrero, FJ 4, 21/2021, de 15 de febrero, FJ 4). Para el Tribunal Constitucional “entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación” (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 68/2006 de 13 de marzo, FJ 2). Esa conexión con la presunción de inocencia es destacada por el TEDH (ver sentencias Saunders contra Reino Unido de 17 diciembre 1996, § 68; Serves contra Francia de 20 octubre 1997, § 46; Heany y McGuinness contra Irlanda 21 de diciembre de 2000, § 40, etc.; Weh contra Austria, Sentencia de 8 abril 2004, § 39, etc.). En la doctrina, en los últimos tiempos, por todos, vid. A. Liñán Lafuente, «La Ley 2/2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no auto incriminación de la persona jurídica», *Diario la Ley* 11 de julio de 2023, nn. 5, 22 y 23.

supone dualidad de procedimientos contra persona jurídica y física, puede darse en tres hipótesis diversas:

a) Cuando hay un procedimiento penal contra la persona jurídica y no contra la persona física al no haberse habido esta última por cualquier razón.

b) Cuando hay un procedimiento administrativo-sancionador contra la persona jurídica y un procedimiento penal contra la persona física, por idénticos hechos y fundamento (normalmente, el orden será éste; primero el procedimiento administrativo sancionador; después el penal)⁴⁴. En el caso español, se trata de una situación que, en la actualidad, es más reducida, toda vez que la aprobación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y su ulterior expansión, ha limitado esa posibilidad. No obstante, siguen existiendo casos en los que puede estar presente, algunos de entidad no menor. Así, al menos, cabe citar el delito de negativa o impedimento a la actuación inspectora de la Administración (art. 294 CP)⁴⁵, los delitos contra los derechos de los trabajadores (311 y ss. CP)⁴⁶, o los delitos de incendio 351 y ss. CP⁴⁷, por poner algunos ejemplos significativos. Asumimos que, frecuentemente, la tipificación penal y administrativa no serán idénticas, lo que puede generar una complejidad ulterior. No obstante, nos interesan los casos en los que exista homogeneidad sustancial

⁴⁴ No se trata de hipótesis de laboratorio; al respecto, vid. la STC 70/2012 de 16 de abril, en la que, precisamente, la situación era la descrita: sanción administrativa a la persona jurídica, mientras que la persona física era objeto de persecución jurídico penal. La sanción administrativa fue previa a la penal. De igual forma, puede verse, en la STJUE 5 de abril de 2017, C-217/15 y C-350/15, Orsi y Baldetti.

⁴⁵ Se trata de una figura de muy escasa aplicación práctica hasta la fecha. Seguramente, las razones para ellos sean múltiples: la Administración ignora su existencia, cuando no la ignora no tiene voluntad de perseguir penalmente los hechos, a la vista de la posibilidad de sancionarlos por sí misma, la estrecha interpretación doctrinal que del delito del artículo se viene haciendo, y, finalmente, por los amplios poderes de investigación administrativos, que limitan las posibilidades de obstaculización de la actividad inspectora o supervisora; en general, nos remitimos a nuestro trabajo: *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión de sociedades que operan en los mercados. Artículo 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*, 2019.

⁴⁶ Del tema nos hemos ocupado, parcialmente, en «Algunos déficits en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: En particular los delitos contra la higiene y seguridad en el trabajo», *Libro Homenaje a Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Madrid, 2020, pp. 1633 y ss.

⁴⁷ Ciertamente como consecuencia del art. 355 CP, tras un incendio constitutivo de delito se pueden adoptar medidas de prohibición de cambio de calificación del suelo, intervención administrativa de la madera quemada, limitación o supresión de usos del suelo. Sin embargo, para ello es necesario que se condene a una persona física, por lo que en los casos en los que no hay tal condena no habrá la posibilidad de acordar tales medidas en el ámbito penal. Por otra parte, puede ser deseable que empresas que operan en este sector sean disuadidas de llevar a cabo conductas como las descritas.

entre unos tipos y otros.

c) Cuando hay dos procedimientos administrativo-sancionadores, uno contra la persona física y otro contra la persona jurídica.

En este trabajo, nos centraremos en las dos primeras las situaciones, dejando la tercera para otra ocasión.

2.4.2. Hipótesis de falta de individualización de la persona física en el procedimiento penal

A) El art. 31 ter CP

⁴⁸La primera posibilidad de condena a la persona jurídica, sin condena a la persona física vinculada con ella, deriva nítidamente del art. 31 ter.1 CP⁴⁹. Ello no supone la automática incompatibilidad del precepto con la jurisprudencia europea, en cuanto esta última no cierra el paso a una condena de la entidad sin condena a la persona física. La doctrina del TJUE permite cierto grado de presunciones⁵⁰, entre

⁴⁸ Dispone el art. 31 ter.1 CP: «1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos». En todo caso, es significativo que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno incluyen una cláusula en virtud de la cual no es necesaria la condena de la persona física realmente actuante para que se pueda hacer lo mismo con la entidad en nombre o por cuenta y en beneficio de la cual se actúa (vid. artículo 4 del Decreto Legislativo 1352 peruano; artículos 4 y 6 de la Ley 27.401 argentina; artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, art. 29.párrafo quinto, del Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano, etc. etc.).

⁴⁹ La condena de la persona jurídica no excluye la de la persona física y a la inversa. Al respecto, resulta ilustrativa la STS 321/2023 de 09 de mayo, ponente Antonio del Moral García, en la que se casa y anula una sorprendente sentencia del TSJ de Madrid por delito contra la ordenación del territorio por la realización de unas obras en una parcela desbordando ampliamente la licencia concedida. En esta última se excluyó la condena al representante legal, también acusado, pese a que había ido tomando las decisiones en nombre de la empresa. Para ello se argumentó así: «Como la actuación de la persona física tuvo lugar en nombre de la mercantil y para su interés se considera exclusivamente autor a la entidad». Sin embargo, como es claro, nuestro sistema es ajeno a tal criterio.

⁵⁰ Vid., en la sentencia Delta Stroy, § 60: «En efecto, si bien es cierto que el artículo 48 de la Carta no se opone a que un Estado miembro establezca presunciones de hecho o de Derecho, corresponde a dicho Estado miembro a constreñir las presunciones recogidas en sus leyes sancionadoras dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de la cuestión y salvaguardando el derecho de defensa, ya que, si se rebasaran esos límites, se menoscabaría de forma desproporcionada el principio de presunción de inocencia consagrado en el apartado 1 de ese artículo (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2021, Adler Real Estate y otros, C-546/18, {EU:C:2021:711}, apartado 47). 61 Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, en determinadas circunstancias, los Estados contratantes pueden tipificar un hecho material u objetivo considerado en sí mismo. Sin embargo, en materia penal,

ellas entendemos que cabe la de que el delito imputado a la persona jurídica, se cometió por persona vinculada a ella, con los necesarios elementos subjetivos y sin la concurrencia de causa de justificación alguna. Sin embargo, para que ello sea posible, el TJUE parece establecer la necesidad de que el ordenamiento prevea la posibilidad de alguna clase de mecanismo de revisión, en el caso de que, por cualquier motivo relevante se desestime la responsabilidad de la persona física tras la condena de la jurídica⁵¹. Entre tales motivos relevantes que pueden ser detectados tras la condena a la persona jurídica, creemos que cabe incluir todas aquellas situaciones en las que la absolución de la persona física debería conllevar la de la persona jurídica. Desde nuestra perspectiva, ello sucede, al menos, en los casos en los que en el proceso posterior contra la persona física:

i) Se aprecia que el hecho no fue cometido por persona física idónea para desencadenar la responsabilidad de la entidad, directivos, mandos intermedios o trabajadores; por ejemplo, el vertido contaminante se debió a la imprevisible intrusión de un tercero en las instalaciones industriales y su posterior sabotaje.

ii) Se llega a la conclusión de que no concurría algún elemento objetivo del tipo (por ejemplo, la defraudación fiscal por encima de 120.000 euros, a la vista de la nueva documentación aportada por el sujeto).

iii) Se sanciona a la persona física por un delito imprudente, cuando

el TEDH obliga a tales Estados a respetar un determinado umbral. Tal umbral se sobrepasa cuando una presunción tiene por efecto privar a una persona de toda posibilidad de exculparse de los hechos que se le imputan y, con ello, de las garantías del artículo 6, apartado 2, del CEDH (véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 28 de junio de 2018, G.I.E.M s.r.l. y otros c. Italia, {CE:ECHR:2018:0628JUD000182806}, § 243 y jurisprudencia citada).

⁵¹ Existen múltiples posibilidades de absolución de la persona física, que, sin embargo, sean irrelevantes para la condena o absolución de la jurídica. Por ejemplo, si dicha absolución se produce por un defecto procesal, prescripción o, incluso, por ausencia de culpabilidad. No es posible, ahora un examen exhaustivo de esta última cuestión que requeriría un nivel de detalle incompatible con este trabajo. Desde nuestro punto de vista, en síntesis, se requiere examinar el caso concreto, en la medida en que creemos que los elementos que configuran la culpabilidad de la persona física han de ser tenidos en cuenta en el juicio de culpabilidad de la persona jurídica, concebida al modo clásico de Tiedemann como defecto organizativo. Desde esa perspectiva, por ejemplo, un error de prohibición invencible puede ser indicativo de la inexistencia de dicho defecto organizativo, pero no de forma automática, puesto que dependerá del caso concreto. Si la persona jurídica pudo haber seleccionado a otro sujeto más competente, estaremos ante un síntoma de deficiente organización que determinaría la culpabilidad de la entidad. Por el contrario, si el error de prohibición invencible no dependió de la calidad del individuo (por ejemplo, la Administración indujo al error de forma inexorable), mal pudo haber culpabilidad organizativa (sobre todas estas cuestiones, nos remitimos a nuestra *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., Cap. 9. En lo que aquí interesa, la absolución de la persona física por inexistencia de culpabilidad puede determinar la absolución de la persona jurídica en algunos casos, pero no en otros.

a la persona jurídica se la sancionó por un delito doloso; ciertamente, en ocasiones cabría la posibilidad abstracta de que la persona jurídica también fuese sancionada por delito imprudente; sin embargo, lo que no cabría es un segundo juicio contra la entidad incompatible con la vertiente procesal del principio *non bis in idem*.

iv) Se concluye que no hubo tal imprudencia, pese a la previa condena a la persona jurídica por tal clase de delito.

v) Se aprecia una causa de justificación en la persona física.

De lo expuesto se deduce que en el juicio posterior pueden plantearse complejas cuestiones procesales, al suponer una especie de juicio de revisión del anterior. Ello puede estimarse incompatible con el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales (singularmente de las acusaciones) y, vinculado con ello, afectar a la cosa juzgada (si bien, no parece que pueda cuestionarse la plena capacidad de defensa de la persona física en el juicio posterior, especialmente si su ausencia del juicio precedente se debió a causas a él no imputables). No constituye, sin embargo, tales cuestiones el objeto específico de nuestro trabajo. Sí que nos interesa el examen a la luz del derecho positivo español de los mecanismos procesales existentes para hacer efectiva la doctrina jurisprudencial europea, a lo que dedicamos el siguiente apartado.

B) Mecanismos de revisión en los casos de previa condena penal a la persona jurídica, sin condena penal a una persona física, y absolución final de ésta

El TJUE rechaza que las conclusiones alcanzadas (incompatibilidad con los derechos a la presunción de inocencia y defensa de las sanciones a una persona jurídica, cuando no se ha podido combatir el presupuesto, esto es, la existencia misma de responsabilidad de la persona física) se desvirtúen por la posibilidad de que la persona jurídica solicite la reapertura del procedimiento con el fin de obtener la anulación de la sanción pecuniaria que se le ha impuesto, en particular, en el supuesto de que la persona física facultada para obligarla o representarla quede exonerada de los cargos que habían sido formulados en su contra, si el recurso en cuestión no es un recurso «de plena jurisdicción» (especialmente § 64). Entendido a la inversa, si existe la posibilidad de un juicio posterior de plena jurisdicción, a disposición de la persona jurídica, tras la exoneración relevante de la persona física, no se produciría la incompatibilidad con el artículo 48 de la Carta. Aun cuando el TJUE no analiza qué debe entenderse por tal, desde nuestra perspectiva, el derecho español sí presenta algún mecanismo que permite la revisión *in totum* de la condena precedente de la persona jurídica, sin condena de la persona física.

Como punto de partida, seguramente, deba concluirse que el incidente de nulidad de actuaciones no es un instrumento idóneo. Como se desprende del art. 241 LOPJ, dicho mecanismo sólo procede cuando se funde en la vulneración de derechos fundamentales. Y, como hemos visto, en nuestro caso, automáticamente, la condena de la persona jurídica, sin condena de la persona física no supone vulneración de derechos fundamentales, si cabe la posibilidad de plena revisión jurisdiccional de la condena.

Alternativamente, puede acudir al recurso extraordinario de revisión. Como es conocido, el art. 954.1 d) LECr permite solicitar la revisión de sentencias «d) [c]uando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave». Pues bien, sin que proceda ahora un examen exhaustivo del precepto⁵², parece nítido que una sentencia posterior exoneratoria de la persona física realmente actuante, u omitente, cuando dicha actuación u omisión fue determinante de la condena de la persona jurídica, encaja bien en tal norma (por lo que el llamado recurso de revisión es un mecanismo válido para revisar sentencias condenatorias de personas jurídicas, sin condena a persona física). Recuérdese que para el Tribunal Constitucional «[l]as sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encajan en el concepto de “hechos”, como “algo que acaece en el tiempo y en el espacio”; y en los dos supuestos se podía “evidenciar la equivocación del fallo condenatorio” [SSTC 150/1997, FJ 5 y 240/2005, FJ 6 C)]». No creemos que pueda llegarse a conclusiones diversas en el caso de otras sentencias procedentes de tribunales distintos, aunque éstos se encuentren incardinados en la jurisdicción ordinaria.

Por consiguiente, desde nuestra perspectiva, en el caso español, estimamos que el sistema no se encuentra en tensión con el art. 48 de la Carta, en los aspectos aquí considerados.

⁵² Un resumen de la doctrina constitucional relativa al citado mecanismo procesal puede verse en la STC 63/2022, de 10 de mayo, especialmente FJ 3. En dicha sentencia, tras recordar los criterios tradicionales del Tribunal (STC 124/1984 de 8 de diciembre), expone cómo evoluciona su caracterización a «medio de impugnación autónomo». Entendemos que ello no empece su validez en el caso que nos ocupa, al implicar la calificación del Tribunal «un nuevo procedimiento con su objeto propio» (por lo que el derecho afectado en caso de inadmisión sería más bien el derecho de acceso a la jurisdicción, más que el derecho de acceso al recurso, con todas las implicaciones que ello conlleva).

**2.4.3. Análisis de los casos de previo procedimiento
administrativo-sancionador contra la persona jurídica y posterior
procedimiento penal contra la persona física**

Como punto de partida, de la jurisprudencia europea y en particular de la considerada sentencia Delta Stroy, parece deducirse tácitamente que no hay vulneración del principio *non bis in idem* en los casos aquí examinados, esto es, cuando hay un primer procedimiento contra la persona jurídica y un segundo contra la física que actúa en su nombre o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto. Ciertamente, no hay un pronunciamiento expreso sobre ello, pero tampoco se plantea ese problema en ningún momento, de lo que puede deducirse que para el TJUE no existe el conflicto⁵³. Asumimos tal criterio, como regla general⁵⁴. Partiendo de la necesidad de triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, ni material, ni procesalmente se produce el *bis in idem*, al ser diferentes los sujetos. De ello se deduce que, en tales casos, no surge el deber de paralizar el previo procedimiento administrativo sancionador⁵⁵.

En tal situación, desde hace tiempo, se viene poniendo de relieve la posibilidad de que surjan *problemas de carácter procesal*⁵⁶. Al no paralizarse el procedimiento administrativo, cabe que éste se concluya

⁵³ Y, en todo caso, ya se había proclamado que en tal situación no había problemas desde la perspectiva del principio *non bis in idem*; vid. STJUE 5 de abril de 2017, C-217/15 y C-350/15, Orsí y Baldetti, apdos. 22-25; en la jurisprudencia del TEDH, vid. STEDH de 20 de mayo de 2014, Pirttimäki c. Finlandia, {CE:ECHR:2014:0520JUD00353211}, § 51.

⁵⁴ Nos remitimos a nuestro *Derecho administrativo sancionador. Parte general, cit.*, p. 252.

⁵⁵ Proclama la STC 70/2012 de 16 de abril, FJ 3: «Ciertamente, es doctrina de este Tribunal fijada, entre otras muchas, en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9 (Pleno), que “la infracción por la Administración del deber de paralizar el procedimiento administrativo sancionador si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos”. Sin embargo, el propio Tribunal pone de relieve que esa obligación tiene como premisa que concurran en los correspondientes procedimientos penal y administrativo una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento. Por consiguiente, inexistente la identidad de sujeto, no hay deber de paralizar.

⁵⁶ Así, se ha puesto de manifiesto que la persona física puede actuar en el procedimiento administrativo como testigo, mientras que en el paralelo procedimiento penal lo hará como imputado, con el derecho a guardar silencio que no tiene en el anterior (L. Arroyo Zapatero, «El “ne bis in idem” en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social», *Cuadernos de Derecho Judicial* 11, 1997, p. 13). No obstante, no habrá consecuencias asociadas a la omisión de declaración como testigo en un procedimiento administrativo sancionador, incluso a la falta de respeto a la verdad, al no haber previsión legal (podría haberla en las leyes especiales administrativas, pero, hasta donde alcanzamos, no se trata de un caso habitual).

antes que el penal, por lo que es perfectamente posible la existencia de contradicciones entre una y otra resolución. Para evitarlo, entendemos que lo razonable es suspender el procedimiento contra la persona jurídica, hasta la resolución del dirigido contra la persona física. Sin embargo, la falta de previsión legal puede plantear el problema de que, si así se acordase, y el procedimiento penal se demorase en el tiempo, la infracción administrativa podría prescribir. Resulta obvio, pues, que la problemática debería ser solucionada por el legislador, por ejemplo, regulando el deber administrativo de detener el procedimiento administrativo, la suspensión de los plazos de prescripción de la potencial infracción administrativa y la vinculación a lo declarado probado por parte de los órganos jurisdiccionales⁵⁷.

Con independencia de ello, debe concluirse que es conciliable con la jurisprudencia europea la previa condena administrativa a la persona jurídica, sin esperar al resultado del procedimiento penal contra la persona física, cuando sean homogéneos objetiva y subjetivamente el delito y la infracción administrativa. Para ello, de nuevo, es preciso que se deje abierta la posibilidad de revisión de la sanción administrativa en caso de que la absolución a la persona física actuante necesariamente hubiese de repercutir en la condena a la jurídica⁵⁸. Como venimos poniendo de relieve, el TJUE parece aceptar que no hubo lesión de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia, si existe un recurso de plena jurisdicción aplicable a tales casos (§§ 55 y 64).

Como ocurre en el examinado caso penal, seguramente, el mecanismo adecuado sea el del recurso extraordinario de revisión, sustanciado ante la Administración (regulado en el art. 125.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁵⁹). Pese a su carácter excepcional, entendemos que puede ser un mecanismo idóneo para salvaguardar las exigencias del TJUE.

⁵⁷ Esto última ya previsto en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

⁵⁸ Como hemos puesto de relieve, ello puede suceder en diversas ocasiones; vid. supra 2.4.2.A), aplicado, *mutatis mutandis*, a la situación que ahora consideramos.

⁵⁹ Como es conocido, el art. 125.1 de la Ley 39/2015 dispone: «1. Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida. . . ».

Al respecto, merece destacarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo, español. La STS 29 de mayo de 2015, FJ 3 (rec. Cas. 519/2013), recuerda la doctrina conforme a la cual el mecanismo procesal al que nos referimos está diseñado para «remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción, y, desde luego, no puede promoverse como consecuencia únicamente de un error iuris». Que las hipótesis aquí citadas relativas todas ellas al hecho de conexión, tienen, precisamente, ese carácter fáctico demandado por la jurisprudencia, no puede ponerse en duda. Seguramente, el motivo a) sea el más pertinente en el caso que nos ocupa, esto es el *error facti*, en la medida en que todos los supuestos en los que se dicta condena a la persona jurídica, sin condena a la persona física pueda decirse que el órgano enjuiciador incurrió en una falsa representación de la realidad. Sin embargo, dicha opción se encuentra con el problema de los plazos previstos en el art. 125.2 de Ley 39/2015, el cual es de cuatro años a contar desde la fecha de la notificación de la resolución impugnada. Si, en condiciones normales, se trata de un plazo suficiente, no cabe descartar que en alguna ocasión no lo sea. Por ello entendemos que, en todo caso, la existencia de una resolución absolutoria sobre la persona física cabe siempre conceptuarse como documento posterior de valor esencial para la resolución del asunto que «evidencia el error de la resolución recurrida» (motivo b). Se trata de un motivo que permite una mayor flexibilidad, puesto que otorga un margen temporal de «tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos», permitiendo, con ello, cumplir con los requisitos de la jurisprudencia europea.