



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y AUSENCIA DE MEDIDAS DE CONTROL
EFICACES A LA LUZ DE LA STS 154/2016 DE 29 DE FEBRERO DE 2016**

Autor: María de los Ángeles Lara De Hoyos

5º E-3 B

Área de Derecho Penal

Tutor: Prof. Dr. Javier Gómez Lanz

Madrid

Abril, 2021

Índice

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	3
RESUMEN.....	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II. BREVE ANÁLISIS DE LOS HECHOS DE LA STS 154/2016.....	6
1. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS	6
2. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LOS HECHOS	6
2.1. <i>Art. 31 ter 1 CP: comisión del delito por una persona física</i>	7
2.1.1. Acción.....	7
2.1.2. Tipicidad	8
2.1.3. Antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.....	9
2.1.4. Circunstancias modificativas. Penas.	9
2.2. <i>Comisión de un delito atribuible previsto en el CP</i>	9
2.3. <i>Comisión por una de las personas físicas del art. 31 bis 1 CP</i>	10
2.4. <i>Otros requisitos del art. 31 bis 1 CP</i>	11
2.5. <i>Causas de exención y circunstancias atenuantes de la responsabilidad</i> . 12	
2.6. <i>Determinación de la pena</i>	13
III. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA A LA LUZ DE LA STS 154/2016	14
1. AUSENCIA DE MEDIDAS DE CONTROL EFICACES Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO.....	15
1.1. <i>Introducción</i>	15
1.2. <i>La ausencia de medidas de control como núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	15
1.2.1. El Tribunal Supremo en la STS 154/2016, de 29 de febrero.....	15
1.2.2. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas: heterorresponsabilidad vs. autorresponsabilidad.....	18
1.2.3. Aportaciones de la doctrina	23
1.3. <i>La exigente del art. 31 bis 2 y 4 CP: los modelos de organización y de gestión</i> ²⁹	
1.3.1. Contenido.....	29
1.3.2. Naturaleza y carga de la prueba	34

2. OTROS PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES PLANTEADOS EN LA STS 154/2016	37
2.1. La interpretación del beneficio	37
2.1.1. Concepto de beneficio	37
2.1.2. Naturaleza del beneficio	39
2.1.3. El beneficio en las sociedades pantalla.....	41
2.2. El problema de las empresas pantalla	42
2.3. La determinación de la pena: la pena de disolución en concreto	46
2.4. Otros problemas jurídicos: el derecho de defensa	47
2.4.1. Problemática y conflicto de intereses procesales	47
2.4.2. Posibles soluciones: el papel del compliance officer y conclusión del TS 49	
IV. CONCLUSIONES	52
V. BIBLIOGRAFÍA	54
VI. ANEXO	62

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAN: Auto de la Audiencia Nacional

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

CE: Constitución Española

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

Coord.: Coordinador

CP: Código Penal

Dir.: Director

FGE: Fiscalía General del Estado

FJ: Fundamento Jurídico

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

Nº: Número

Op. cit.: obra citada anteriormente

P.: Página

PF: Persona Física

PJ: Persona Jurídica

pp.: páginas

RAE: Real Academia Española

RP: Responsabilidad Penal

RPPJ: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

Ss.: siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TFG: Trabajo de Fin de Grado

TS: Tribunal Supremo

Vid.: véase

RESUMEN

En este trabajo se lleva a cabo un análisis jurídico-penal del sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, a la luz de la STS 154/2016, de 29 de febrero, centrado en la ausencia de medidas de control eficaces y el cumplimiento normativo en las empresas. También se procederá a un estudio de otras cuestiones relacionadas con la RPPJ planteadas por el TS en dicha sentencia. Para ello, se parte de los hechos probados y su calificación jurídico-penal, lo cual será esencial para poner en relieve los problemas que surgen del análisis de la RPPJ que, después, se irán examinando.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, cumplimiento normativo, medidas de control, imputabilidad, empresas pantalla.

ABSTRACT

This paper analyses the attribution of criminal liability to legal persons, in the light of the STS 154/2016, 29th February, focused on the absence of effective control measures and normative compliance in firms. Other issues related to legal persons' criminal liability, issued by the High Court in that sentence, will also be examined. In order to do that, the paper will begin with the proven facts and its legal characterization, which will be essential to highlight the questions that will be forwardly examined.

Keywords: criminal liability of legal persons, corporate compliance, control measures, paper companies.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, regulada en el art. 31 bis y ss. del Código Penal¹, no ha sido materia libre de discusión doctrinal. Existen cuestiones sobre las que hoy en día sigue habiendo diferencias de opinión entre la doctrina, la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado. Quizá ello se deba a que su reconocimiento y regulación en España ha sido muy reciente, siendo introducida por primera vez en el CP por la LO 5/2010² y reformada, posteriormente, por la LO 1/2015³, encontrándose la primera condena a una persona jurídica en la STS 154/2016, de 29 de febrero⁴.

Tal sentencia ha resultado ser de gran importancia en materia de RPPJ, ya no solo por ser la primera vez que se condena en España a una persona jurídica, sino porque el Tribunal Supremo aborda y resuelve algunos de los problemas jurídico-penales que surgen de nuestro sistema de RPPJ, asentando jurisprudencia sobre la materia. Entre estos problemas destaca, especialmente, la cuestión referida a la implementación de los modelos de cumplimiento y la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos en las empresas, ya que estos son elementos fundamentales de la RPPJ, que han cobrado especial relevancia desde su regulación en la reforma del CP de 2015, y sobre los que hoy en día se siguen planteando dudas.

Por todo ello, este Trabajo de Fin de Grado se centrará en el análisis de esta cuestión a la luz de la STS 154/2016, de 29 de febrero, en el que se incluirá además otras opiniones doctrinales al respecto. Más allá de esta cuestión principal, se abordarán otros problemas de índole jurídico-penal planteados por el TS en la misma sentencia, ya que son también esenciales para comprender este régimen de RPPJ.

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24/11/1995).

² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23/06/2010).

³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (BOE 31/03/2015).

⁴ STS, Sala Segunda de lo Penal, nº 154/2016, 29 de febrero [versión electrónica – base de datos del CGPJ. Roj. STS 613/2016]. Última consulta: 14/04/2021.

Para el desarrollo de este TFG se va a dividir el estudio en dos capítulos: el primero, dedicado a un breve resumen y calificación de los hechos probados en la sentencia; y el segundo, que se dedicará a los problemas jurídico-penales, dedicando un estudio más profundo a la cuestión de los modelos de cumplimiento y medidas de control eficaces. Finalmente, se recogerán las conclusiones alcanzadas sobre todas estas cuestiones y sobre la importancia que cobran en el sistema jurídico-penal español.

II. BREVE ANÁLISIS DE LOS HECHOS DE LA STS 154/2016

1. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Véase anexo.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LOS HECHOS

De los hechos probados se observa que la actividad ilícita fue llevada a cabo por varias personas físicas y jurídicas. Dado que el objetivo principal de este TFG es analizar algunos de los problemas jurídico-penales que pueden derivar del régimen de RPPJ, este apartado se centrará en la calificación jurídico-penal de los hechos cometidos por las entidades TRANSPINELO S.L., ITSA y GEORMADRID MACHINERY S.L.

El régimen de RPPJ se encuentra regulado en el art. 31 bis y ss. del CP, los cuales recogen una serie de reglas para poder apreciar dicha responsabilidad. Resumidamente, estas consisten en comprobar que: 1) el delito ha sido cometido por una persona física; 2) el delito cometido es uno de los comprendidos por el CP como posible generador de RPPJ; 3) la PF autora del delito es una de las comprendidas en el apartado a) o b) del párrafo 1 del art. 31 bis; 4) el delito ha sido cometido por cuenta y en beneficio de la persona jurídica o en el ejercicio de sus actividades sociales; y 5) no concurren causas que eximen o atenúan la responsabilidad.

De esta forma, se expone a continuación cada uno de los requisitos exigidos por el CP a fin de examinar la RP de las tres entidades protagonistas de este caso. Asimismo,

se irán señalando los problemas que surgen de este análisis, señalados por el TS en el recurso de casación, y que se expondrán con más detalle en el siguiente capítulo.

2.1. Art. 31 ter 1 CP: comisión del delito por una persona física

El art. 31 ter 1 CP establece que la PJ solo podrá ser responsable penalmente cuando el delito haya sido cometido previamente por una de las personas físicas mencionadas en el art. 31 bis 1, esto es, directivos, administradores de hecho o de derecho, o las personas sometidas a la autoridad de las anteriores. Por lo tanto, y como ya se había adelantado, el primer requisito esencial para apreciar la RPPJ es que el delito haya sido cometido por una PF, incluso aunque finalmente esta “no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”⁵.

Para comprobar la concurrencia de este requisito, este subapartado se dedicará a la calificación jurídico-penal de los hechos cometidos por las personas físicas procesadas. No obstante, no se pretende hacer aquí un examen exhaustivo de las conductas, dado que este no es el objeto principal del trabajo. La calificación se realizará de forma resumida a los solos efectos de determinar si se cumple este primer requisito en relación a la apreciación de la RP de las tres sociedades.

El esquema que se sigue a continuación responde a los elementos esenciales del delito, cuya concurrencia es necesaria para que las personas físicas puedan ser responsables criminalmente, esto es: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

2.1.1. Acción

La conducta común que realizaron los procesados consistió en enviar máquinas de España a Venezuela, una vez allí insertar droga en dichas máquinas y, posteriormente, reenviarlas a España. Es importante tener en cuenta que se introdujeron cantidades muy elevadas de estupefacientes (la Guardia venezolana encontró 5.052 kg de cocaína y,

⁵ Art. 31 ter 1 CP.

posteriormente, 1.650,5 kg) y que todas estas personas actuaron conjuntamente como organización, siguiendo las órdenes de Javier.

2.1.2. Tipicidad

La conducta descrita se encuentra tipificada en el art. 368 CP, que castiga el tráfico y la promoción del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

El hecho de haber actuado en el seno de una organización y de que la sustancia estupefaciente traficada fuera de notoria importancia, también se encuentran tipificados en el CP como tipos agravados. En el momento de comisión de los hechos, estos tipos agravados se encontraban regulados en el artículo 369.1. 3ª y 6ª, respectivamente, pero desde la modificación introducida por la LO 5/2010 corresponden al art. 369.1. 5ª (notoria importancia) y 369 bis (organización). La AN aplicó los artículos conforme a la nueva redacción por considerarlos más favorables⁶.

Por otro lado, dado que Javier actuó dando órdenes y como jefe de la organización, su conducta también se encuentra tipificada en el tipo agravado del art. 370 conforme a la redacción anterior a la LO 5/2010, que se corresponde con el actual art. 369 bis, que es el que aplicó la AN por ser más favorable.

Respecto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, de manera que es necesario que los autores hayan actuado a sabiendas de que se trataba de una sustancia estupefaciente y con la intención de facilitarla a terceros⁷. En la conducta de los cuatro procesados se puede observar tanto el conocimiento de que la sustancia era droga (concretamente, cocaína), como el hecho de querer facilitarla a otros, ya que la finalidad

⁶ SAN 4525/2014, de 17 de noviembre [versión electrónica – base de datos del CGPJ. Roj. 4525/2014]. Última consulta: 18/02/2021). La AN dictó sentencia el 24 de noviembre de 2014, pero los hechos fueron cometidos antes de la nueva redacción introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La AN aplica los delitos redactados conforme a la normativa posterior por considerarla más favorable.

⁷ Molina Pérez, T. “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, *Anuario jurídico y Económico Escorialense*, nº 38, 2005, p. 114 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1143004>; última consulta 18/02/2021).

que todos tenían en común era trasladar la cocaína desde Venezuela a España para traficar con ella.

2.1.3. Antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad

De las conductas analizadas no se observan causas que puedan excluir la antijuridicidad, culpabilidad ni la punibilidad. Por ello, cabe concluir que estamos ante una conducta que constituye un injusto penal, por cumplir con todos los elementos esenciales del delito.

2.1.4. Circunstancias modificativas. Penas.

Si bien es cierto que la AN apreció en su sentencia la concurrencia de alguna circunstancia modificativa, no procede realizar aquí un análisis de estas. La razón de ello es que el art. 31 ter 2 CP indica que, aunque concurren circunstancias que modifiquen la culpabilidad del acusado o que la agraven, ello no excluye la RPPJ. Esto quiere decir que existe una independencia entre las circunstancias atenuantes y agravantes de las personas físicas y jurídicas, de forma que, aunque el acusado sea el autor del delito, sus circunstancias modificativas no se pueden trasladar a la PJ.

Respecto a las penas, cabe mencionar que los cuatro acusados fueron condenados a la pena de multa –entre otras–, lo cual resulta relevante en caso de que también se condene a las personas jurídicas a la misma pena. Ello se debe a que el art. 31 ter 1 CP *in fine* prevé la posibilidad de que, en estos casos, el juez module las cuantías con el fin de que no resulten desproporcionadas.

2.2. Comisión de un delito atribuible previsto en el CP

Una vez determinado que se ha cometido un delito por una o varias personas físicas, lo siguiente es analizar qué delito se ha cometido. El sistema español de RPPJ es

numerus clausus, lo que quiere decir que solo se podrá apreciar dicha responsabilidad respecto de determinados delitos que señala el Código Penal⁸.

El delito que aquí se discute es un delito contra la salud pública de sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud de las personas, tipificado en el art. 368 CP. Dicho delito sí puede generar RPPJ en virtud de lo establecido en el art. 369 bis. Por tanto, este requisito de imputación se cumple.

2.3. Comisión por una de las personas físicas del art. 31 bis 1 CP

De una lectura rápida del art. 31 bis 1 en conexión con el art. 31 ter se desprende que uno de los requisitos previo y básico para poder considerar responsable criminal a una PJ es que el delito haya sido cometido por una PF –lo cual ya se ha comprobado–, pero que, además, resulte ser una persona relacionada con la entidad. Así, establece el artículo 31 bis:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

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

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

⁸ Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en De La Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J, Lascurain Sánchez, J.A., Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 130-133.

Por tanto, es necesario que el delito haya sido cometido por: a) los directivos de la PJ o sus administradores de hecho o de derecho; o b) aquellas personas que se encuentren bajo la supervisión de los primeros.

En el caso que se plantea aquí, el delito fue cometido por cuatro personas físicas:

- Javier, administrador de hecho de TRANSPINELO, S.L. y de ITSA;
- Remigio, administrador de derecho de TRANSPINELO, S.L.;
- Valeriano (no consta que fuera administrador de hecho o de derecho de ninguna de las entidades); e
- Ignacio, administrador de derecho de GEORMADRID.

Teniendo en cuenta que, en las tres sociedades, el delito fue cometido por sus administradores –ya fueran de hecho o de derecho–, cabe afirmar que este requisito de imputación también se cumple. En concreto, nos encontramos ante un supuesto comprendido por el art. 31 bis 1 a).

2.4. Otros requisitos del art. 31 bis 1 CP

Habiendo determinado que el supuesto queda comprendido por el art. 31 bis 1 a), lo siguiente es determinar si se cumplen con los requisitos específicos de dicho apartado. En concreto, indica la letra a) que el delito se debió cometer en nombre y por cuenta de las entidades y en su beneficio, ya sea este directo o indirecto.

Por un lado, según se desprende de la sentencia, parece claro que las actividades relacionadas con el tráfico de drogas se hicieron en nombre y por cuenta de las tres sociedades. La razón de ello es que muchas de las facturas encontradas por la Guardia Civil estaban emitidas por ellas, las máquinas que se utilizaron pertenecían a algunas de las sociedades, se encontraron faxes y correos intercambiados entre estas entidades y otras, alguna aparecía como exportadora de las máquinas, etc.

La cuestión que surge aquí, y la cual resulta ser uno de los motivos de recurso de casación de las entidades, es qué sucede cuando estas personas físicas obran por cuenta y en nombre de la entidad, pero sus intereses resultan ser totalmente distintos a los de la

empresa. La relevancia de esta pregunta está en que, si la empresa es representada por estas personas físicas, ¿quién se encarga de defender los intereses de la PJ? ¿Por qué debe responder la PJ por hechos realizados en su nombre si ello no responde a sus intereses? Si bien esto puede resultar más relevante desde el punto de vista del Derecho Procesal porque parece que choca con el derecho de defensa, resulta interesante por estar muy relacionada con el tema penal que aquí se expone. Por ello, esta cuestión, que fue abordada en la STS 154/2016, será explicada con más detalle en el siguiente capítulo.

En cuanto al beneficio, el artículo 31 bis 1 solo hace mención de que este puede ser directo o indirecto, entendiéndose por ello que podría ser una contraprestación o un ahorro de costes, por ejemplo⁹. Pero ¿es necesario que dicho beneficio se produzca? En el caso que se plantea, no llega a producirse tal beneficio porque la droga es intervenida por la Guardia Nacional antes de llegar a España. A pesar de no producirse el beneficio, tanto la AN como el TS consideraron que este requisito sí se cumplía, por el hecho de existir una mera expectativa de obtener dicho beneficio. La cuestión, que se verá con más detalle en el siguiente capítulo, radica en considerar el beneficio como un elemento objetivo del injusto o como un elemento subjetivo.

También se plantea aquí cómo debe aplicarse el requisito del beneficio en las llamadas empresas pantalla, dado que el TS consideró que algunas de las entidades procesadas lo eran. Realmente en estos casos reside un problema de fondo que tiene que ver con la aplicación o no del régimen de RPPJ a este tipo de entidades, y al cual también se hará mención en el siguiente capítulo.

2.5. Causas de exención y circunstancias atenuantes de la responsabilidad

Una vez tenidos en cuenta los requisitos de imputabilidad, se ha de hacer referencia a los artículos 31 bis 2¹⁰ y 31 quater CP, que recogen las causas de exención de la RPPJ y las circunstancias atenuantes, respectivamente.

⁹ *Ibid.* pp. 139-140.

¹⁰ Este artículo resulta aplicable para supuestos en los que el delito ha sido cometido por las personas físicas del apartado a) del art. 31 bis 1 CP. Para el caso de que hubiera sido cometido por las del apartado b), el artículo aplicable es el 31 bis 4.

El primero de ellos hace referencia a los llamados *compliance programs*, que son modelos de organización y de control que incluyen medidas de vigilancia y de control con las que se pretende evitar la comisión de delitos en la empresa. El art. 31 quater, por su parte, recoge cuatro acciones –entre las que se incluye la implementación de estas medidas– que, de realizarse con posterioridad a la comisión del delito, darían lugar a la atenuación de la pena.

En el caso ante el que nos encontramos, no se recoge en los hechos probados la existencia de este tipo de programas, por lo que ni la AN ni el TS apreciaron la exención o atenuación de la pena de las personas jurídicas. En cualquier caso, surge la cuestión de quién debe encargarse de la prueba de la existencia de estos modelos, si debe ser la acusación o la PJ acusada. Esta es una de las cuestiones más importantes que se tratan en la STS 154/2016, ya que está relacionada con el fundamento del régimen de atribución de RPPJ, y comprende el análisis principal de este trabajo, por lo que será explicado con detenimiento en el siguiente capítulo.

2.6. Determinación de la pena

Considerando que se cumplen los requisitos de imputabilidad del art. 31 bis CP, y que no hay causas que eximan o atenúen la responsabilidad, la AN condenó a las tres entidades por un delito contra la salud pública a la pena de multa y a su disolución con pérdida definitiva de su personalidad jurídica¹¹.

La pena de multa es común a las tres entidades, ya que es la condena mínima que se debe imponer a una PJ, pero la pena de disolución es facultativa, a valorar por el Juez, según concurran las circunstancias recogidas en el art. 66 bis CP¹². Esta pena fue discutida por el TS en el recurso de casación y, finalmente, optó por no condenar a la entidad TRANSPINELO S.L. a dicha pena. Las razones se expondrán con detalle en el siguiente capítulo.

¹¹ La entidad ITSA no fue condenada a la pena de disolución, ya que se trataba de una entidad extranjera, por lo que la AN solo pudo imponerle la prohibición de realizar actividades comerciales en España.

¹² Dopico Gómez-Aller, J., *op. cit.*, pp. 152-153.

Por otro lado, merece especial atención los argumentos del TS en el recurso de casación sobre el carácter de las entidades, distinguiendo si realmente son personas jurídicas o no. El TS entra a distinguir si las actividades fueron cometidas en el seno de una entidad corriente o en una “empresa pantalla”. Ello resulta relevante, puesto que determina si se aplica o no el régimen de RPPJ que se acaba de exponer y va a influir, por tanto, en la determinación de la pena. Parece que este es un aspecto que la AN no tuvo en cuenta cuando resolvió el caso, mientras que el TS resalta la importancia de este aspecto. Ello será también explicado con más detalle en el siguiente capítulo.

III. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA A LA LUZ DE LA STS 154/2016

Una vez vistos los hechos probados y su calificación jurídico-penal, procede ahora adentrarse en el examen de los problemas que se han ido mencionando y que se pusieron de manifiesto en la STS 154/2016 en relación a la atribución de la RPPJ.

De todos estos problemas, debe ser destacado el relacionado con la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos y la implementación de los modelos de cumplimiento en las empresas, por ser esta la primera vez en la que el TS se manifiesta, marcando la línea jurisprudencial al respecto. Como ya se indicaba al inicio de este trabajo, esta no ha sido una cuestión libre de debate, ya que, además, resulta estar relacionada con la pregunta de cuál es el fundamento del sistema de atribución de RPPJ. Son discusiones sobre las cuáles actualmente siguen existiendo diferencias entre la doctrina, jurisprudencia y la FGE, y que parecen haber cobrado especial relevancia a raíz de la reciente regulación de estos modelos en la LO 1/2015.

Por todo ello, a continuación, se dedicará un primer epígrafe al estudio exclusivo de esta cuestión, objeto principal del trabajo. El resto de los problemas planteados por el TS, que también son fundamentales para un estudio completo y mejor comprensión de la RPPJ, se abordarán separadamente en otro epígrafe.

1. AUSENCIA DE MEDIDAS DE CONTROL EFICACES Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO

1.1. Introducción

En la STS 154/2016, el TS diferencia, de un lado, la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos en la empresa como el fundamento o núcleo de la RPPJ y, de otro lado, los modelos de cumplimiento normativo –que deben incluir medidas de control– como posible eximente de la RPPJ. Esta distinción viene dada por considerar que en España rige un sistema de atribución de RPPJ por el hecho propio, argumento que no comparte la FGE, ni el voto particular de esta sentencia, ni parte de la doctrina.

Sostener esta distinción tiene una gran relevancia práctica, ya que no solo implica hacer una serie de consideraciones sobre el fundamento de la RPPJ, lo cual puede resultar un tema más teórico o doctrinal, sino porque también parece que ello va a determinar los elementos típicos que han de probarse, así como la naturaleza de la eximente del art. 31 bis 2 y 4 CP y, por ende, la carga de la prueba de esta.

1.2. La ausencia de medidas de control como núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1.2.1. El Tribunal Supremo en la STS 154/2016, de 29 de febrero

El TS parte en la STS 154/2016 de los requisitos previstos en el art. 31 bis CP para la apreciación de la RPPJ. En este sentido, señala que son dos los requisitos iniciales para tal apreciación: primero, la comisión de un delito previsto en el catálogo de infracciones que pueden generar RPPJ y, segundo, que el delito haya sido cometido por una PF integrante de la organización¹³. El TS da un paso más e indica que, además de tales presupuestos iniciales, este sistema de responsabilidad se basa en “la exigencia del establecimiento y la correcta aplicación de unas medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por

¹³ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 8.

quienes integran la organización”¹⁴. Con ello afirma que el núcleo de la RPPJ es la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos.

Cabe hacer una breve aclaración, y es que el TS indica que con estas medidas se quiere hacer referencia a la existencia de una cultura de respeto al Derecho en general en la empresa, que deberá concretarse en formas de vigilancia y control del comportamiento de sus integrantes. Ello independientemente de que, después, tales medidas, cumpliendo con los requisitos exigidos por el CP, puedan dar lugar a una exención de la responsabilidad. De esta forma, se habla de, por un lado, una cultura ética empresarial¹⁵ que se debe manifestar en las medidas de vigilancia y de control, y cuya ausencia sería el fundamento de la RPPJ; y de otro lado, los modelos de cumplimiento, que son aquellas medidas que, cumpliendo con las exigencias del art. 31 bis 2, 4 y 5 CP, dan lugar a una eximente.

La anterior afirmación resulta muy relevante a efectos jurídico-penales, ya que implica que para poder apreciar la RPPJ no solo será necesario que se cumplan los requisitos del art. 31 bis CP, sino que además habrá que demostrar que en la organización no existían medidas de control eficaces para prevenir el delito¹⁶. De acuerdo con el TS, esta prueba es distinta a la de la ausencia de los modelos de cumplimiento (eximente)¹⁷.

Esto último es lo que lleva al TS a plantearse a quién corresponde la carga de la prueba de la ausencia de tales medidas, llegando a la conclusión de que debería corresponder a la acusación. La razón estriba en que, si en el proceso penal es la acusación quien debe probar los elementos que pueden dar lugar al delito, considerar que la ausencia de medidas de control forma parte del núcleo típico conlleva necesariamente a considerar que es la acusación quien debe probar también tal defecto de organización. De otro modo, podría llegar a vulnerarse algunos de los principios del Derecho Penal como la presunción

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.* El TS se remite a la Circular FGE 1/2016 en la que también se hace mención de ello como “cultura corporativa de respeto a la Ley” o “cultura de cumplimiento”.

¹⁶ González Cussac, J.L., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Programas de Cumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 213.

¹⁷ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 8.

de inocencia o la exclusión de una responsabilidad objetiva, principios que resultan irrenunciables para las personas jurídicas de acuerdo con el TS¹⁸.

Estos argumentos del TS se contraponen a lo expresado por la FGE en su Circular 1/2016, de 22 de enero¹⁹, a lo cual el TS se remite para acabar rechazándolo. Tampoco son compartidos por los firmantes del voto particular recogido al final de la sentencia. Tanto la FGE, como estos últimos magistrados, están de acuerdo en que el fundamento último de la RPPJ es la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos (defecto de organización), pero indican que ello no es ni debe formar parte del núcleo de la tipicidad de la RPPJ²⁰.

Para la FGE, el fundamento de la RPPJ es la conducta delictiva de sus representantes o la falta de control de estos sobre sus subordinados, siendo ello lo único que debe probar la acusación²¹. En la misma línea, los firmantes del voto particular indican que los únicos elementos del tipo objetivo son los señalados por el legislador expresamente en el art. 31 bis 1 a) y b) CP, y ello es todo lo que debería probar la acusación²².

La consecuencia de todo ello resulta crucial, pues de acuerdo con estos últimos, para poder apreciar la RPPJ, además de los requisitos del 31 bis, solo habría que probar que en la PJ no existía un *compliance program*, pensado como una eximente cuya prueba corresponde a la acusada. En cambio, hemos mencionado que el TS diferencia claramente entre las medidas de vigilancia y control como cultura de respeto al Derecho en la empresa, cuya ausencia es el fundamento de la RPPJ, y los programas de cumplimiento como eximente. Bien, pues esa afirmación conlleva necesariamente a sostener que, para apreciar la RPPJ, no basta con probar la ausencia de un *compliance program*, sino que

¹⁸STS, Sala Segunda de lo Penal, nº 514/2015, de 2 de septiembre, en STS 154/2016, *id*.

¹⁹ Circular FGE 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (BOE 22/01/2016).

²⁰ Galán Muñoz, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 81-82.

²¹ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 5.

²² Voto particular STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 2.

también habrá que demostrar que no existía una cultura de respeto a la ley, lo cual corresponde, en ambos casos, a la acusación²³.

El debate realmente va más allá de la mera determinación de cuál es el núcleo o el fundamento de la RPPJ. Lo que subyace es un debate doctrinal, en el que todavía no hay consenso, sobre cuál es el modelo de atribución de RPPJ vigente en España. Sostener la existencia de un modelo u otro resulta fundamental porque es lo que va a determinar cuál es el fundamento de la RPPJ y, por tanto, cuáles son los elementos que deben probarse y sobre quién recae la carga de la prueba, además del papel que va a jugar la exigente del art. 31 bis 2 y 4 CP²⁴.

1.2.2. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas: heterorresponsabilidad vs. autorresponsabilidad

Tradicionalmente, se habla de dos modelos de atribución de RPPJ: un modelo vicarial o de responsabilidad por transferencia o de heterorresponsabilidad, y un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio²⁵. El primero implica considerar que la PJ es responsable penalmente por el hecho ajeno cometido por sus personas físicas integrantes; según el segundo modelo, es la PJ quien comete su propio delito –un delito corporativo– basado en el defecto de organización²⁶.

Teniendo estos dos modelos en mente y el anterior planteamiento sobre el fundamento de la RPPJ, parece que el TS se inclina por un modelo de autorresponsabilidad, defendiendo que para que una PJ responda penalmente no solo basta con que se demuestre que el delito ha sido cometido por una de las personas del art.

²³ Galán Muñoz, A., *op. cit.*, pp. 87-88.

²⁴ De La Herrán Ruíz-Mateos, S., “La responsabilidad penal del administrador societario por infracción del deber de control ante la ausencia de compliance penal” en Rodríguez-García, N. (ed.), Rodríguez-López, F. (ed.), *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 133.

²⁵ Pérez Arias, J. “Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”, *Universidad de Murcia*, pp. 60-61, 2013 (disponible en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/37516/1/Tesis%20Doctoral%20Jacinto%20P%c3%a9rez%20Arias.pdf>; última consulta 16/03/2021).

²⁶ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 3.

31 bis 1 CP, sino que habrá que probar que en dicha organización no existían medidas de control eficaces para prevenir la comisión de delitos. Esto último pasaría a formar parte del núcleo de la tipicidad de la RPPJ y, por lo tanto, sería un elemento más que la acusación debe probar²⁷.

Por el contrario, la FGE y los magistrados firmantes del voto particular parecen ser partidarios de un sistema de tipo vicarial, en el que la empresa responde penalmente tras haberse probado que una de las personas físicas del art. 31 bis 1 han cometido un delito en el seno de ella. Lo contenido en este artículo serían los únicos elementos del tipo objetivo de la RPPJ y, por ello, lo único que debería probar la acusación²⁸.

En la STS 154/2016, el TS sostiene que el art. 31 bis y ss. CP recoge un modelo de autorresponsabilidad basándose en dos argumentos principales: el respeto a los principios irrenunciables del Derecho Penal y la voluntad del legislador.

En primer lugar, el TS se remite a la STS 514/2015, de 2 de septiembre, en la que ya se reconocían dichos principios irrenunciables a las personas jurídicas. Partiendo de dicho reconocimiento, el TS considera que sostener que la carga de la prueba de las medidas de control eficaces recae sobre la PJ implicaría afirmar un sistema de responsabilidad objetiva que en nuestro sistema penal no tiene cabida. Ello porque se la haría responder de un hecho delictivo ajeno, lo cuál resulta contrario a los principios penales de imputación personal y de responsabilidad por el hecho propio²⁹.

Este argumento ha sido reiterado por el TS en varias ocasiones³⁰. Cabe mencionar la STS 221/2016, de 16 de marzo, muy próxima en fecha a la que aquí se estudia, en la

²⁷ De La Herrán Ruíz-Mateos, S., *op. cit.*, pp. 132-133.

²⁸ Galán Muñoz, A., *op. cit.*, pp. 80-83.

²⁹ Díez Ripollés, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, n.1, 2012, pp. 5-6 (disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/Diez-Ripolle%CC%81s.pdf>; última consulta 22/03/2021).

³⁰ *Vid.* STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 221/2016, de 16 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2016\824]; STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 516/2016, de 13 de junio [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2016\2531]; STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 668/2017, de 11 de octubre [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2017\4598]; STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 123/2019, de 8 de marzo de 2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ

que indica que, ya se opte por un criterio doctrinal u otro, lo que no sostiene la Sala en ningún caso es que haya una presunción *iuris tantum* de que existe un defecto de organización por el mero hecho de que una PF de las mencionadas en el art. 31 bis 1 haya cometido un delito en la empresa. Ello sería un argumento propio de un sistema de heterorresponsabilidad, que el TS vuelve a rechazar para confirmar la autorresponsabilidad. El Tribunal no considera admisible que en España se pueda hablar de RPPJ, pero no de un delito corporativo, ya que entiende que sin delito no puede existir responsabilidad, puesto que ello sería contrario al propio sistema penal español³¹.

Sin embargo, en contra de esto último, se puede alegar que resulta contrario al principio de tipicidad, dado que el delito corporativo no está tipificado en nuestro CP. Ayala González entiende que el art. 31 bis CP no tipifica ninguna conducta concreta, sino que se limita a establecer las condiciones necesarias para poder hacer responsable a una PJ. Es cierto que este artículo hace mención de los modelos de organización y gestión en sus apartados 2, 4 y 5, pero no los tipifica como una conducta punible en caso de estar ausentes, sino que ofrece la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de que estén presentes³².

Por otro lado, como bien decíamos, el TS en la STS 154/2016 se remite a lo expresado por el legislador en el Preámbulo (III) de la LO 1/2015, en el que se pone de manifiesto la intención de rechazar un sistema de tipo vicarial³³. Así, el TS señala como ejemplo el hecho de que el art. 31 ter CP permita que la PJ sea condenada, aunque la PF no sea individualizada. Es más, este artículo, en su segundo apartado, marca la autonomía entre las circunstancias modificativas que puedan afectar la culpabilidad de las personas físicas y jurídicas, de lo que se extrae que existe una independencia entre la culpabilidad

2019/1064]; STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 534/2020, de 22 de octubre [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2020/4119]. Última consulta: 22/03/2021.

³¹ STS 221/2016, *op. cit.*

³² Ayala González, A. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”. *Indret*, n.1, 2019, pp. 3-8. (disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/354502/446487>; última consulta 23/03/2021).

³³ Ley Orgánica 1/2015, *op. cit.*, p. 5.

de ambos tipos de personas. Todo ello supone un indicio de que, efectivamente, nuestro CP recoge un modelo de autorresponsabilidad³⁴.

Sin embargo, la realidad es que, a pesar de la intención del legislador de alejarse de un sistema vicarial, parece que no lo ha conseguido del todo, puesto que en el art. 31 bis 1 se sigue apoyando principalmente en el hecho cometido por personas físicas³⁵. En este sentido, la FGE señala en su Circular 1/2016 que del mencionado Preámbulo se extrae que la intención del legislador era aclarar el modelo de RPPJ, pero no modificarlo, razón por la cual el sistema de atribución recogido en el art. 31 bis 1 no ha variado sustancialmente tras la reforma de 2015³⁶.

En la Circular FGE 1/2011³⁷ ya se señalaba que el sistema de atribución de responsabilidad del art. 31 bis CP –que había sido introducido recientemente por la LO 5/2010, sin que el legislador se hubiera manifestado sobre el tipo de sistema recogido– era de tipo vicarial porque en él se supeditaba la pena de la PJ a un delito cometido previamente por una PF. La estructura de este artículo no ha sido modificada sustancialmente por la reforma de 2015, por lo que, aunque el legislador aclare que se trata de un modelo de autorresponsabilidad, los defensores del modelo vicarial siguen sosteniendo sus argumentos en la propia estructura del art. 31 bis, que no ha sido a penas modificada. Este mismo argumento es el utilizado en la SAP de Granada 167/2018, de 18 de mayo de 2020, al indicar que lo que reside realmente es un sistema de tipo vicarial, a pesar de que el legislador en el Preámbulo haya expresado lo contrario³⁸.

³⁴ Corcoy Bidasolo, M. (dir.), Mir Puig, S. (dir.), Vera Sánchez, J.S. (coord.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 173-174.

³⁵ Cugat Mauri, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 35, 2015, pp. 925-957 (disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2943>; última consulta: 10/03/2021); González Rus, J.J., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Palma Herrera, J.M. (dir.), González Tapia, M.I. (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 22-23.

³⁶ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 2-3

³⁷ Circular FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (BOE 1 de junio de 2011).

³⁸ Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª) núm. 167/2018, de 18 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. ARP 2020/1576]. Fecha de última consulta: 11/03/2021. FJ 1.

El problema no es solo que no se haya modificado la estructura del art. 31 bis, sino que, además, el CP recoge determinadas disposiciones que parecen encajar con un modelo vicarial. Tal es el caso del art. 31 ter 1, que antes mencionábamos, que si bien en el inciso 1º desvinculaba la responsabilidad de la PJ de la física, en el inciso 2º vuelve a vincularla tras establecer una regla de modulación de las penas cuando se trate de una multa impuesta a las dos personas³⁹. La cuestión radica, por tanto, en una interpretación de expresiones que bien pueden ser consideradas fruto de un modelo de autorresponsabilidad, bien de un modelo vicarial. Esto ya había sido señalado por el CGPJ en su informe de 2009 al Anteproyecto de LO por la que se modificaría el CP, en el que ponía de manifiesto que, aunque la voluntad del legislador fuera otra, determinadas expresiones podrían dar lugar a pensar que el modelo de atribución de RPPJ era por el hecho ajeno⁴⁰.

Igualmente, aun sosteniendo un modelo de autorresponsabilidad avalado por el legislador, parece que el TS sigue olvidándose del principio de tipicidad. Los firmantes del voto particular indican que no es posible incorporar al núcleo del tipo la expresión “ausencia de una cultura de respeto al derecho”, ya que no cumple con el principio de certeza que exige la mayor precisión posible en la descripción de los elementos del tipo⁴¹. Como decíamos al principio, estos magistrados, en contra de la sentencia mayoritaria, defienden que, si bien es cierto que el fundamento último de la RPPJ descansa en la ausencia de medidas de control eficaces, esto no puede formar parte del núcleo de la tipicidad. Los únicos elementos del tipo objetivo, según su planteamiento, son los recogidos expresamente en el art. 31 bis 1, por lo que estos deben ser los únicos que la acusación debe probar⁴².

Este planteamiento podría resultar contrario a los principios del Derecho Penal español, como señala la mayoría o la STS 221/2016, e implicaría afirmar un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno y, consecuentemente, objetiva. No obstante, los

³⁹ Corcoy Bidasolo, M. et al, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁴⁰ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴¹ Voto particular de la STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 4.

⁴² Voto particular de la STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 2.

magistrados niegan que ello ocurra porque no solo debe probarse la comisión del delito, sino todos los demás requisitos del art. 31 bis CP⁴³. De esta forma, defienden que la culpabilidad de la PJ se encuentra en el hecho de permitir que sus representantes cometan un delito, fundamentándose ello en los principios de *culpa in eligendo e in vigilando*.

Lo mismo indica la FGE en su Circular 1/2011 y 1/2016. Como ya se ha dicho, en ellas se indica que el modelo español de atribución de RPPJ es un sistema de tipo vicarial⁴⁴. Defiende que la PJ es un sujeto pasivo del proceso, que será responsable de los delitos cometidos por personas físicas, pero que cuenta con la posibilidad de ejercer un derecho propio de defensa⁴⁵ consistente en defender que en su organización existían las medidas necesarias para evitar tal delito, y así poder quedar exenta de responsabilidad en virtud del art. 31 bis 2 o 4 CP⁴⁶. La Fiscalía corre aquí el mismo riesgo que el señalado para el voto particular, pero, de la misma forma, niega este tipo de sistema, indicando que el modelo vicarial que defiende no es estricto, sino que debe matizarse a través de los requisitos establecidos en el art. 31 bis 1 CP⁴⁷. Señala, además, que, aunque sea el delito cometido por una PF lo que le atribuya la responsabilidad, el defecto de organización también actúa como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad⁴⁸.

1.2.3. Aportaciones de la doctrina

Hasta ahora se han expuesto, principalmente, los argumentos esgrimidos por el TS en la STS 154/2016, y los de la FGE en sus Circulares 1/2011 y 1/2016, a los que hace referencia el TS para rechazarlos. La doctrina ha tenido también ocasión de pronunciarse, tanto antes de la reforma de 2015, como después, así como con ocasión de la publicación de la sentencia que aquí se estudia. Así, se observa un sector doctrinal que sigue la línea

⁴³ Mendo Estrella, A., ‘‘El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo’’, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 70, 2017, p. 122 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930584>; última consulta 12/04/2021).

⁴⁴ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ Circular FGE 1/2011, *op. cit.*, en Ayala González, A., *op. cit.* p. 11.

⁴⁶ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 5

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Circular FGE 1/2016, *op. cit.* p. 6.

jurisprudencial marcada por el TS, reiterada ya en varias ocasiones, y que coincide con la voluntad del legislador; otros, en cambio, coinciden con la FGE y el voto particular, rechazando el sistema de autorresponsabilidad.

Díez Ripollés señala que la reforma de 2010 introdujo en España un sistema de atribución de RPPJ de tipo vicarial. Indica que sostener un sistema por el hecho propio no es posible ya que: 1) no cuenta con base legal, 2) no se recoge la comisión por imprudencia, 3) por esta vía no se podría exigir responsabilidad a las empresas instrumentales, y 4) la modulación de la pena prevista en el CP implica que la PJ y física están respondiendo por el mismo injusto penal⁴⁹.

Recordemos que el principal problema que acarrea el modelo de tipo vicarial es el riesgo de caer en una responsabilidad por el hecho ajeno y, consecuentemente, objetiva. Con este motivo, Díez Ripollés se cuestiona si el principio penal de no imputación por un hecho ajeno debe regir también en las personas jurídicas. Señala que hay un sector doctrinal que mantiene que la CE permite no reconocer las mismas garantías y principios a las personas jurídicas que a las físicas⁵⁰. Si se mantiene esta postura, entonces sí cabría defender un sistema de atribución de RPPJ de tipo vicarial, como el que sostiene el autor, sin importar el riesgo de imponer una responsabilidad por el hecho ajeno. No obstante, el TS parece ser tajante en esta cuestión en la STS 154/2016 y asienta jurisprudencia al confirmar la igualdad jurídica de las personas físicas y jurídicas en relación con las garantías y principios irrenunciables del Derecho Penal⁵¹.

En la misma línea se encuentra González Rus que, si bien afirma que no cabe dudas de que el art. 31 bis CP, por su redacción, recoge un modelo de tipo vicarial, señala el problema que ello acarrea. Recuerda este autor que afirmar un modelo vicarial conlleva

⁴⁹ Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, pp. 15-19.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁵¹ Carrasco Perera, A., Almarcha Jaime, J., “Alcance de la responsabilidad penal de la persona jurídica según el Tribunal Supremo”, *Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*, 2016 (disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/alcance-de-la-responsabilidad-penal-de-la-persona-juridica-segun-el-tribunal-supremo.pdf>, última consulta 23/03/2021), p.1.

a la vulneración de los principios penales de culpabilidad, responsabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas⁵².

Por el contrario, gran parte de la doctrina rechaza la existencia de un sistema de heterorresponsabilidad. Tal es el caso de Feijoo Sánchez, que señala que el art. 31 bis CP claramente recoge un modelo de responsabilidad directa en el que, si bien la responsabilidad de la PF se acumula a la de la PJ, son independientes. Aunque la RPPJ conforme a nuestro CP exija como presupuesto inicial la concurrencia de un ilícito cometido por una PF, ello no significa que necesariamente se trate de un modelo vicarial, ya que no excluye la exigencia de otros requisitos propios y adicionales para apreciar dicha RPPJ⁵³.

De esta forma, según Feijoo Sánchez el fundamento de la RPPJ es distinto e independiente al de la responsabilidad apreciada en la PF. Ello justifica la posibilidad prevista en el CP de que la PJ pueda responder penalmente, aunque no se haya apreciado culpabilidad en la PF, así como que ambas sean partes totalmente independientes en el proceso penal. La PJ responde por un hecho propio en virtud del art. 31 bis y ss. CP, de forma independiente a la culpabilidad de la PF, lo cual también explica la imposibilidad que recoge el CP de transferir las circunstancias modificativas apreciadas⁵⁴.

De acuerdo con Gómez-Jara Díez, el art. 31 bis y ss. CP responden a un sistema de autorresponsabilidad en el que, aunque se parta de unos presupuestos iniciales, la PJ no responde por ellos, sino por su propio delito: el defecto de organización; disfrutando de su propia culpabilidad, que se materializa en la ausencia de una cultura de cumplimiento⁵⁵. Estos presupuestos iniciales, entre los que se incluye la comisión de un

⁵² González Rus, J.J., *op. cit.*, pp. 25-27.

⁵³ Feijoo Sánchez, B.J., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B.J. y Gómez-Jara Díez, C. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, Cibur Menor, 2016, pp. 67-68.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Gómez-Jara Díez, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Bajo Fernández, M. *et al.*, *op. cit.*, pp. 89-92.

delito por una PF, no pueden considerarse el fundamento de la RPPJ, dado que la responsabilidad por el hecho ajeno está prohibida en nuestro Derecho Penal⁵⁶.

Además, indica que este modelo resulta ser “el más garantista y respetuoso del Derecho Penal” y “el más eficaz y el más justo”. Ello porque, primero, estimula la implementación de programas de cumplimiento en las entidades y, segundo, distingue aquellas que efectivamente lo habían implementado antes de la comisión del delito de aquellas otras que no (o que lo hacen con posterioridad)⁵⁷.

Como decíamos antes, es el legislador en la LO 1/2015 quien aclara que el sistema de atribución de RPPJ que recoge el art. 31 bis y ss. CP es por el hecho propio. Esta decisión, para Gómez-Jara Díez, no es casual, sino que responde a una justificación político-criminal –incentivada principalmente por la doctrina– de que se adopte este tipo de modelo, en el que existe una mayor independencia de la PF⁵⁸.

Pérez Arias señala que tanto un modelo como otro presentan inconvenientes que deben tenerse en cuenta. Así, indica que en el modelo de heterorresponsabilidad, la RPPJ nace de un hecho ajeno, por lo que vulnera el principio de culpabilidad, ya que no sería posible para la PJ prevenir y evitar el hecho criminal. Pero, por otro lado, señala que el modelo de autorresponsabilidad vulnera el principio de imputabilidad, ya que no puede entrar a valorarse el hecho cometido por la PJ sin que se tenga en cuenta el poder de control de las personas físicas responsables. Además, esa obligación de control y su incumplimiento solo se pueden entender si se parte del análisis de la conducta humana⁵⁹.

No obstante, parece que Pérez Arias termina por inclinarse por un sistema de autorresponsabilidad, ya que no admite la posibilidad de un sistema que corra el riesgo de terminar en una responsabilidad objetiva prohibida por los arts. 5 y 10 CP, siendo además el principio de culpabilidad un derecho constitucional. No obstante, encuentra

⁵⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 89-92.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁵⁹ Pérez Arias, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 61-68.

una salvedad en el modelo vicarial si este se basara en el provecho que obtendría la PJ del hecho ilícito. Sin embargo, indica que ello encajaría en el art. 122 CP⁶⁰, sin que fuera necesario hablar de RPPJ⁶¹.

Cabe mencionar que los argumentos de este último autor son previos a la reforma operada por la LO 1/2015, lo que implica que en ese momento el legislador no había aclarado todavía el tipo de modelo de atribución de RPPJ del art. 31 bis CP. Por ello, y pese a los argumentos de la FGE en la Circular 1/2011, Pérez Arias señala que la mayor parte de la doctrina ya suponía entonces que existía un hecho propio como fundamento de la RPPJ, puesto que en otro caso se caería en una responsabilidad objetiva inconstitucional⁶². En este sentido, se remite a lo indicado por el CGPJ que señalaba que algunas de las expresiones del art. 31 bis CP podían suscitar problemas de constitucionalidad precisamente porque de la redacción parecía desprenderse que se quería hacer responder a la PJ por los hechos cometidos por otros⁶³.

González Sierra señala la incongruencia entre el contenido del art. 31 bis, que parece establecer un sistema vicarial, y el art. 31 ter y quater⁶⁴, de los cuales entiende que las responsabilidades de la PF y jurídica son autónomas e independientes. Así, actualmente, no podría hablarse de un sistema de atribución de responsabilidad por el hecho propio porque sería incompatible con la redacción del art. 31 bis. Considera que lo correcto sería interpretar que la exigencia previa de un delito cometido por personas físicas forma parte del injusto objetivo de la PJ. Por ello, habla de un sistema que está en camino hacia la autorresponsabilidad de las personas jurídicas⁶⁵.

⁶⁰ Art. 122 CP: El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

⁶¹ Pérez Arias, J. (2014), *op. cit.*, pp. 61-68.

⁶² *Id.*

⁶³ Informe del CGPJ, *op. cit.*, en Pérez Arias, J. (2014), *op. cit.*, p. 65.

⁶⁴ En el texto hace referencia a la incongruencia entre el art. 31 bis 1 y el apartado 2, 3 y 4 del mismo artículo, dado que este libro fue escrito previamente a la reforma de 2015. No obstante, el contenido del antiguo art. 31 bis 2, 3 y 4 se encuentra recogido en el art. 31 ter y quater.

⁶⁵ González Sierra, P., *La Imputación Penal de las Personas Jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 188-204.

Este sector doctrinal, que se decanta por un modelo de autorresponsabilidad, coincide con la jurisprudencia asentada por el TS en la STS 154/2016 de que el fundamento de la RPPJ es el defecto de organización materializado en la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos⁶⁶. Al igual que el TS, diferencian entre las medidas de control, cuya ausencia conforma el núcleo de la tipicidad del delito corporativo, de las medidas de control –referidas a los *compliance programs*– que forman parte de la culpabilidad propia de la PJ⁶⁷.

Las primeras van referidas a aquellas medidas de vigilancia y control que, conforme a la redacción del art. 31 bis 2 CP, resultan “idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. Ello quiere decir que están vinculadas al delito concreto cometido por la PF, de forma que, si se demuestra que la PJ contaba con unas medidas de vigilancia y de control relacionadas con el delito cometido por las personas físicas, y que dichas medidas resultaban ser idóneas para prevenir el delito, estaríamos ante un supuesto de atipicidad⁶⁸. Pero, de nuevo, surge la cuestión de sobre quién recae la carga de la prueba de estas medidas. Indica Gómez-Jara, remitiéndose al Consejo de Estado⁶⁹, que la prueba de la ausencia de las medidas o de su falta de idoneidad corresponde a la acusación, ya que forma parte del núcleo típico, mientras que la prueba de los elementos que deben caracterizar los modelos de cumplimiento, que conforman la exención del art. 31 bis 2 y 4 CP, recae sobre la acusada⁷⁰.

A camino entre ambas posturas doctrinales sobre los modelos de atribución de RPPJ, están aquellos que optan por la existencia de un sistema mixto⁷¹, en los que se parte

⁶⁶ Gómez-Jara Díez, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)” en Bajo Fernández, M. *et al*, *op. cit.*, pp. 126.

⁶⁷ Gómez-Jara Díez, C., “Fundamentos de...”, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁸ Gómez-Jara Díez, C., “El injusto...”, *op. cit.*, pp. 130-132.

⁶⁹ Dictamen del Consejo de Estado nº 358/2013, de Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 27-06-2013, en Gómez-Jara Díez, C., *ibid.*, p. 134.

⁷⁰ Gómez-Jara Díez, C., *op. cit.*, pp. 133-134. Sobre la carga de la prueba de la eximente no parece estar de acuerdo con los argumentos del TS. Ello se expone con más detalle en el epígrafe siguiente.

⁷¹ González Rus, J.J., *op. cit.*, pp 24-25.

de la transferencia del hecho ilícito cometido por la PF a la PJ, graduando después la pena de esta última en función de su culpabilidad. De esta forma afirman que el legislador ha reconocido un sistema vicarial en el CP, matizado por elementos del modelo de autorresponsabilidad⁷².

Por último, no hay que olvidar a aquellos autores que optan por negar la atribución de RPPJ. No procede detenerse en este sector doctrinal, ya que la realidad es que el sistema de RPPJ está reconocido y regulado en nuestro CP y, aunque se introduzcan reformas o matices, ha venido para quedarse. Aun así, autores como Gracia Martín o Carretero Sánchez se inclinan por seguir defendiendo el principio de *societas delinquere non potest*, negando que las personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos de un proceso penal y que se les pueda atribuir RP⁷³. Niegan cualquier tipo de modelo de atribución de RPPJ como los que aquí se han expuesto, y prefieren hablar exclusivamente de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

1.3. La eximente del art. 31 bis 2 y 4 CP: los modelos de organización y de gestión

1.3.1. Contenido

Aunque el TS no entre a analizar el contenido de la eximente del art. 31 bis 2 y 4 CP en la STS 154/2016, sí resulta interesante realizar unos breves apuntes para sentar las

⁷² Vid. Nieto Martín, A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Iustel*, nº 1, 2008, p. 8, en Castellanos Moreno, C., “Comentario a la STS 154/2016, de 29 de febrero, primer pronunciamiento condenatorio del Alto Tribunal que aprecia la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *actualidad alliantia*, 2016, p. 5 (disponible en http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/alliantia/pdf/Comentario_STS_154_2016_Resp_penal_31_bis.pdf; última consulta: 31/03/2021); De la Cuesta, J.L., “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español”, *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, pp. 14-15 (disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+82+Responsabilidad+penal+de+las+personas+juridicas+en+el+derecho+espanol.pdf>; última consulta: 31/03/2021); Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 18.

⁷³ Vid. Gracia Martín, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016 (disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>; última consulta: 31/03/2021); Carretero Sánchez, A. “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, nº 7786, 2012, p. 5, en González Sierra, P., *op. cit.*, p. 117.

bases de la cuestión que fue más relevante en el caso, referida a su naturaleza y carga de la prueba.

Lo primero a tener cuenta es que previamente a la LO 1/2015, el CP no contemplaba la posibilidad de exención de la RPPJ, ya que solo regulaba las circunstancias atenuantes. Es en la reforma de 2015 cuando el legislador introduce unas circunstancias eximentes en los arts. 31 bis 2, 4 y 5, referidas a los modelos de organización y gestión⁷⁴, también llamados programas de cumplimiento o *compliance programs*, siendo esta la mayor novedad de dicha reforma⁷⁵.

El actual art. 31 bis CP, tras señalar en su primer apartado las condiciones necesarias para apreciar la RPPJ, recoge en los apartados 2 y 4 la posibilidad de eximir de RP a la PJ. Regula en estos dos apartados las condiciones de para la aplicación de la eximente, reservando en el apartado 5 los requisitos que deben concurrir en los programas de cumplimiento⁷⁶.

El art. 31 bis 2, diseñado para casos en los que el delito haya sido cometido por los directivos o representantes de la empresa (personas de la letra a) del art. 31 bis 1), recoge cuatro condiciones, siendo la primera de ellas: “1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, **modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control** idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

El apartado 4, por su parte, pensado para casos en los que el delito haya sido cometido por un subordinado (personas de la letra b) del art. 31 bis 1), recoge que “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente **un modelo de organización y gestión** que resulte

⁷⁴ Gómez-Jara Díez, C., “La culpabilidad de la persona jurídica” en Bajo Fernández, M. et al, *op. cit.*, pp. 177.

⁷⁵ González Cussac. J.L., *op. cit.*, pp. 163-164.

⁷⁶ *Id.*

adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

El punto sobre el cual gira la eximente recogida en ambos apartados es el de la implementación de los modelos de organización y gestión. A simple vista, la diferencia que se puede encontrar entre el apartado 2 y 4, además de cuándo resultan de aplicación, es que el primero especifica que tales modelos de cumplimiento deben incluir medidas de vigilancia y de control que resulten idóneas “para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”⁷⁷. Estas medidas son las que el TS señalaba como el núcleo de la tipicidad de la RPPJ, pero ahora aparecen con forma de eximente, debiendo cumplir con las exigencias específicas de este artículo.

Aunque pueda resultar extraño que tales medidas no se mencionen en el apartado 4, en realidad ello no es tan relevante, ya que la finalidad de estas medidas coincide con la finalidad que el legislador ha previsto para los modelos de organización y gestión del apartado 4. Por ello, parece que, realmente, ese objetivo de prevenir delitos de la misma naturaleza o de reducir los riesgos de su comisión se predica de los modelos de cumplimiento en general y en su conjunto, aunque después este deba contener, en el caso del apartado 2, unas medidas de control con la misma finalidad⁷⁸.

Otra diferencia que cabe destacar entre ambos apartados es que el 2 recoge cuatro condiciones no previstas para el apartado 4 –a salvo de la condición 1ª referida a los modelos de cumplimiento–:

“1ª (...);

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con

⁷⁷ Lacasa, F., Fernández, L., “2. Para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Deconstruyendo el 31 bis”, *GrantThornton*, 2017, pp. 1-5 (disponible en: <https://www.grantthornton.es/perspectivas/compliance-penal/para-prevenir-delitos-o-para-reducir-de-forma-significativa-el-riesgo-de-su-comision/>; última consulta 10/03/2021).

⁷⁸ *Id.*

poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

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

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a”

Esto puede hacer pensar que el legislador ha querido diseñar un sistema de exención de RPPJ más estricto para cuando el delito haya sido cometido por los directivos o representantes⁷⁹. Sin embargo, el apartado 5 del art. 31 bis recoge seis requisitos concretos que todo modelo de cumplimiento debe cumplir, los cuales resultan comunes para los modelos del apartado 2 y del 4:

“1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

⁷⁹ Agudo Fernández, E.; Jaén Vallejo, M; Perrino Pérez, A., *Derecho Penal de las Personas Jurídicas*, Dykinson. Madrid, 2016, pp. 228-229.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.’’

Estos requisitos recogen, quizá de una forma más detallada, las condiciones del apartado 2: la exigencia de un órgano de supervisión del modelo de la condición 2ª del art. 31 bis 2 está recogida también en el requisito 4º del art. 31 bis 5; y el ejercicio suficiente de las funciones de dicho órgano recogido en la condición 4ª se entiende cumplido si se verifican los requisitos del apartado 5⁸⁰.

La única diferencia entre ambos artículos es que el apartado 5 no recoge la condición 3ª del art. 31 bis 2, que consiste en que la PF haya eludido fraudulentamente el modelo. Sin embargo, en la práctica resulta muy difícil demostrar que un programa es eficaz cuando este ha sido quebrado por un subordinado sin haber actuado fraudulentamente⁸¹. Por ello, aunque dicha condición 3ª no se recoja expresamente para los casos previstos en el apartado 4, la práctica muestra que esta condición estará frecuentemente presente. Así, aunque en un principio podría pensarse que el régimen de exención de responsabilidad es más amplio para los casos de delitos cometidos por los subordinados, la diferencia resulta ser mínima, siendo el contenido de las exenciones prácticamente igual.

De estos apartados del art. 31 bis CP también se desprende que el mero hecho de poseer un programa de cumplimiento no exime automáticamente a la PJ de su responsabilidad, ya que se debe comprobar que reúne cada uno de los requisitos descritos en el artículo⁸².

⁸⁰ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 21

⁸¹ *Id.*

⁸² González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 165.

Por último, aunque no sea objeto de debate en la Sentencia 154/2016, cabe mencionar que el art. 31 bis CP recoge la posibilidad de atenuación en aquellos casos en los que no se llegue a acreditar todos los requisitos y condiciones exigidas⁸³.

1.3.2. Naturaleza y carga de la prueba

Ya se ha explicado que el TS –y gran parte de la doctrina– se inclina por una RPPJ fundada en el defecto de organización, lo cual responde a un modelo de atribución de la responsabilidad por el hecho propio, en consonancia con lo expresado por el legislador en la LO 1/2015. Como ya se ha visto, ello implica considerar la ausencia de medidas de control eficaces como un elemento del tipo objetivo, de manera que, en caso de existir una buena organización en la que concurren los requisitos específicos del art. 31 bis 2, 4 y 5 CP, tal elemento típico desaparecería. Por ello, el TS no defiende el art. 31 bis 2 y 4 como una circunstancia eximente en puridad, sino como una exoneración de responsabilidad basada en la falta de concurrencia de uno de los elementos típicos, de forma que realmente no existe infracción por parte de la PJ⁸⁴.

En cambio, veíamos que la FGE se inclina por un modelo de tipo vicarial en el que el delito de la PJ nace con la comisión del delito por la PF, de manera que en caso de concurrir las condiciones del art. 31 bis 2 o 4, quedaría exenta de la pena. Así, explica en la Circular 1/2016, que tal eximente hace referencia a la punibilidad, operando como una excusa absolutoria⁸⁵.

De nuevo, la relevancia de esta cuestión reside en sus consecuencias prácticas. Si se sigue un modelo vicarial, corresponde a la PJ acusada probar que, en el momento de comisión del delito por las personas físicas, ella contaba con unos modelos de organización y gestión adecuados que cumplieran con las exigencias del art. 31 bis 2, 4 y 5 CP. Podría parecer que ello resulta contrario al principio de presunción de inocencia, pero

⁸³ Art. 31 bis 2 *in fine* y art. 31 bis 4 *in fine*.

⁸⁴ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 8.

⁸⁵ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 28-29.

de acuerdo con la jurisprudencia, exigir al culpable que facilite datos que permitan su exculpación no supone una inversión de la carga de la prueba, ni una violación a la presunción de inocencia. Además, como bien señala la Fiscalía, las empresas son las que tienen mayores posibilidades y recursos de probar que sus modelos eran eficaces, dado que algunos de los requisitos serán de muy difícil apreciación para el Juez o el Fiscal sin la aportación de tales datos por la propia empresa⁸⁶.

En cambio, de acuerdo con los argumentos del TS, es la acusación quien debe de probar la inexistencia de los modelos de organización y de gestión que cumplan con las condiciones del art. 31 bis CP, ya que ello forma parte del tipo objetivo, salvo que la PJ haya tomado la iniciativa para su defensa.

Es relevante el argumento esgrimido por los magistrados firmantes del voto particular, que indican que, aunque se quiera defender un modelo de autorresponsabilidad, lo que es indudable es que el legislador ha querido recoger una eximente en el art. 31 bis 2 y 4 CP⁸⁷. Ello porque indican que es el propio artículo el que da ese carácter de eximente, al expresar que de cumplir las condiciones “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad”⁸⁸. Por lo tanto, señalan que no cabe interpretar estos artículos de la forma que pretende la mayoría en la sentencia. Además, como ya indicaba la FGE, existe doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba de las eximentes y corresponde en todo caso probarla a quien la alega, es decir, la acusada y no la acusación. De otra forma, se estaría creando una especie de privilegio para las personas jurídicas en materia probatoria⁸⁹.

En consonancia con el voto particular parecen estar los argumentos esgrimidos por Gómez-Jara Díez, que se remite al Consejo de Estado cuando indica que la prueba de la ausencia de medidas de control eficaces o su falta de idoneidad –consideradas como núcleo de la tipicidad de la RPPJ– corresponde a la acusación, pero es la acusada quien

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Voto particular de la STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 4.

⁸⁸ Galán Muñoz, A., *op. cit.*, p. 92.

⁸⁹ Voto particular de la STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 4.

debe probar los elementos que deben caracterizar los modelos de cumplimiento de la eximente del art. 31 bis 2 y 4 CP⁹⁰. De esta forma, como veíamos antes, diferencia entre la culpabilidad por el defecto de organización, que forma parte del injusto típico y cuya carga de la prueba recae sobre la acusación, y la culpabilidad propia de la PJ basada en la falta de los modelos de cumplimiento, cuya prueba de su presencia recae sobre la acusada⁹¹.

Autores como Gómez-Jara Díez defienden el mismo sistema de autorresponsabilidad que el TS, pero sucede lo mismo que con los firmantes del voto particular: estos autores no niegan la existencia de la eximente, no coinciden con el TS en que sea un caso de atipicidad, sino que lo relacionan con la culpabilidad. Este autor, además, señala que la culpabilidad es un elemento fundamental en el modelo de autorresponsabilidad, materializada en la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, pero distinta al defecto de organización, que es el fundamento de este modelo⁹².

Señala César Busato que defender que la prueba de la ausencia de las condiciones del art. 31 bis 2 y 4 CP recae en la acusación carece de sentido, puesto que esta, como mucho, solo podría probar que lo alegado por la defensa no es correcto, pero no se le podría exigir que pruebe la ausencia de una causa de justificación o de exculpación. Si eso ocurriera sería como “exigir a cada reo que no ha alegado ser portador de cualquier enfermedad mental ni presenta apariencia de poseerla, proceder un completo examen biológico que pudiera demostrar ser él imputable”. Además, señala que sostener que el art. 31 bis 2 y 4 CP es un elemento del tipo y no una eximente acabaría siendo insostenible desde un punto de vista práctico-procesal, puesto que implicaría la necesidad de que la acusación probara la ausencia de medidas de control eficaces para que el proceso penal se pudiera iniciar. Ello podría suponer la imposibilidad de dirigir procesos penales contra personas jurídicas⁹³.

⁹⁰ Gómez-Jara Díez, C., “El injusto...”, *op. cit.*, pp. 133-134.

⁹¹ *Ibid.*, p. 130.

⁹² Gómez-Jara Díez, C., “La culpabilidad...”, *op. cit.*, pp. 177-178.

⁹³ César Busato, P., *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 129-130.

Por todo ello, parece que la determinación de la naturaleza y de la carga de la prueba de la eximente del art. 31 bis 2 y 4 CP depende del modelo de atribución de responsabilidad que se prefiera defender. Si se defiende el modelo de tipo vicarial, la eximente se entiende como una causa de justificación y será la PJ acusada quien deba probarla; si se prefiere un modelo de autorresponsabilidad, dependerá de si se considera la eximente como una causa de exculpación, en cuyo caso corresponde a la acusada, o como una exclusión del propio hecho delictivo (elemento negativo del tipo), en cuyo caso correspondería a la acusación⁹⁴.

2. OTROS PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES PLANTEADOS EN LA STS 154/2016

2.1. La interpretación del beneficio

2.1.1. Concepto de beneficio

El art. 31 bis 1 CP recoge como uno de los elementos esenciales para poder apreciar la RPPJ que el delito cometido por una PF lo haya sido en beneficio de la entidad. Aunque antes solo se le ha hecho mención en relación al apartado a) del art. 31 bis 1, por ser este el aplicable al caso, el requisito del beneficio es común tanto para los delitos cometidos por directivos y administradores, como para los cometidos por sus subordinados (art. 31 bis 1 b).

Los problemas que surgen a la hora de interpretar el requisito del beneficio se deben principalmente a la falta de concreción por parte del legislador de este concepto. No se ha establecido qué debe entenderse por beneficio, se menciona únicamente que podrá ser directo o indirecto. Por ello, antes de explicar los problemas concretos que se suscitan ante el TS en esta sentencia, se procede a hacer ahora una breve introducción sobre el concepto del beneficio.

⁹⁴ Silva Sánchez, J.M., “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: una breve contribución”, *Indret Penal*, nº 1, 2021, pp. 3-4 (disponible en <https://indret.com/el-debate-sobre-la-prueba-del-modelo-de-compliance-una-breve-contribucion/>; última consulta 13/03/2021).

Lo primero que cabe plantearse tras la lectura del art. 31 bis 1 CP es si realmente el legislador ha querido darle un sentido y significado a la expresión “en su beneficio”. Parece que podría entrar en problemas de delimitación con el otro requisito del art. 31 bis 1 consistente en obrar por cuenta y en nombre de la PJ, ya que se entiende que quien actúa de esa forma, lo hace en interés de esa PJ y de ahí que obtenga un beneficio para ella. No obstante, parece que el legislador sí que ha querido que se entiendan ambos requisitos por separado y que no sean simplemente expresiones redundantes. Tal y como señala Ragués i Vallés, ello se desprende de dos hechos: primero, que en el Anteproyecto de 2008 se recogiera la expresión “por cuenta o en provecho”, como requisitos alternativos, y que, sin embargo, en la redacción del Proyecto de 2009 se recogiera como requisitos cumulativos, siendo esta la versión finalmente aprobada. El segundo argumento es que con la reforma operada por la LO 1/2015, se sustituyó la expresión “en su provecho” por “en su beneficio”⁹⁵.

Partiendo, por tanto, de que el beneficio sí tiene un sentido propio, debe analizarse cuál es su significado. De acuerdo con la RAE, beneficiar puede significar “hacer bien a alguien o a algo” o “sacar provecho de algo o alguien”, entre otras acepciones⁹⁶. Si nos atenemos a esto, cabría hacer una interpretación extensiva en la que se puedan incluir ventajas para la empresa que no sean necesariamente económicas⁹⁷. Ragués i Vallés hace referencia, en este sentido, al hecho de que los partidos políticos, las fundaciones y asociaciones pueden ser responsables penales y ello, aunque son entes que no tienen una finalidad última económica⁹⁸.

Esta última acepción de incluir cualquier tipo de ventaja en el concepto de beneficio, aunque no sea estrictamente económica, es lo que sostiene la FGE en la Circular 1/2011, al igual que el TS en la sentencia que aquí se analiza. Cuando ambos se cuestionaron este concepto, lo que trataban de analizar es otro problema de fondo de la interpretación del beneficio, referido a su naturaleza subjetiva u objetiva. Esto es lo que

⁹⁵ Ragués i Vallés, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 35-36.

⁹⁶ RAE, 2020 (disponible en: <https://dle.rae.es/beneficiar>; última consulta: 27/02/2021).

⁹⁷ Feijoo Sánchez, B.J., “Los requisitos del art. 31 bis 1”, en Bajo Fernández, M. *et al*, *op. cit.*, p. 82-83.

⁹⁸ Ragués i Vallés, R., *op. cit.*, pp. 105-106.

se va a exponer a continuación, seguido de otro problema no planteado hasta la STS 154/2016 en relación con las empresas pantalla.

2.1.2. *Naturaleza del beneficio*

En el recurso de casación, la entidad ITSA alegó como motivo la ausencia del requisito del beneficio porque consideraba que la actividad no le reportó ningún beneficio. Lo que se quería discutir aquí, por tanto, es si es necesario que se haya producido efectivamente un beneficio para la entidad para considerar que concurre el requisito del beneficio, o si bien basta con la mera intención o expectativa. Lo que indica el TS es que ello va a depender de qué naturaleza se le quiera dotar a este elemento: subjetiva u objetiva. Para resolver este asunto, se remite a lo ya explicado en dos ocasiones por la FGE en las Circulares 1/2011 y 1/2016.

Por un lado, señala la FGE en la Circular 1/2011 que, en caso de considerar el beneficio⁹⁹ como un elemento subjetivo, sería suficiente que el presunto autor del delito actuara con la convicción de que ello favorece a la entidad. Ello significa que lo único que se exigiría es la intención de beneficiar a la empresa. Sin embargo, la FGE indica que esta interpretación no se puede sostener por dos razones: la primera, porque si el legislador hubiera querido darle ese sentido, habría utilizado la expresión “para beneficiar” o “con la intención de beneficiar”; la segunda, porque conllevaría a grandes dificultades de prueba¹⁰⁰.

Otra razón por la que no se podría sostener una vertiente subjetiva es porque el legislador, al introducir este requisito, quería limitar los riesgos de comisión de delitos que una PJ debe prevenir a través de los mecanismos de vigilancia y de control. Al introducir la expresión “en su beneficio” ya no se castiga el no haber evitado cualquier tipo de comportamiento, sino solo los beneficiosos. No cabe pensar en la naturaleza subjetiva del beneficio, ya que se obligaría a las entidades a prevenir comportamientos y

⁹⁹ La redacción anterior del art. 31 bis recogía la expresión “en su provecho”, y fue sustituida por la expresión “en su beneficio” por la LO 1/2015. La primera de ellas fue la que originalmente suscitó dudas acerca de si constituía un elemento objetivo o subjetivo, lo cual fue planteado y resuelto en la Circular FGE 1/2011.

¹⁰⁰ Circular FGE 1/2011, *op. cit.*, p. 17.

conductas desconectados de las finalidades de la empresa. Además, ello implicaría que las personas jurídicas no tendrían la obligación de controlar los riesgos que pueden surgir cuando una PF actúa con intereses o fines egoístas¹⁰¹, aun cuando finalmente ello pueda repercutir en la PJ¹⁰².

Por otro lado, en la Circular 1/2011 indica la FGE que la vertiente objetiva del beneficio se puede interpretar, a su vez, de dos formas: una, como constatación del beneficio, de manera que sí se exigiría su producción; y dos, como una tendencia de la acción a conseguir el provecho. El problema de la primera acepción es que, no se podría imputar el delito a la empresa si no se produce ningún beneficio real, pero tampoco si se da algún tipo de efecto negativo para la misma. Además, se haría depender la RP de variables que no siempre se van a poder cuantificar ni controlar fácilmente (por ejemplo, el beneficio social, el prestigio de la marca...). En cambio, de optar por la segunda interpretación dentro de la vertiente objetiva, bastaría con la idoneidad de que se pueda producir cualquier tipo de ventaja para la empresa, aunque finalmente esta no se produzca. Indica la FGE que es una interpretación objetiva de la acción que permite tener en cuenta otros factores que no sean puramente económicos¹⁰³.

Esta última interpretación –el beneficio como acción tendente a conseguir el provecho– es por la que se decantó la FGE en esta Circular y es la que reafirma en la Circular 1/2016. Esta última lo hizo con ocasión de la sustitución en el CP de la expresión “en su provecho” por “en su beneficio directo o indirecto”, que es la redacción que existe actualmente.

Por todo ello, la conclusión a la que llega el TS es que, aunque el beneficio no se hubiera llegado a producir porque la droga fue intervenida antes de llegar a España, la expectativa de obtener cuantiosas cantidades de dinero ya se considera como una “expectativa provechosa a favor de la entidad, por lo que puede afirmarse que el ilícito, al margen de otros objetivos, propiciaba un indudable beneficio para dicha persona

¹⁰¹ Ragués i Vallés, *op. cit.*, p.110.

¹⁰² Feijoo Sánchez, B.J., *op. cit.*, p. 83-84.

¹⁰³ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, pp. 9-11.

jurídica’’¹⁰⁴. Ahora bien, como ya se ha adelantado antes, el TS determinó que las entidades ITSA y GEORMADRID eran sociedades pantalla, por lo que surge aquí el problema, que se expone a continuación, de cómo debe interpretarse el beneficio en este tipo de entidades.

2.1.3. *El beneficio en las sociedades pantalla*

Una sociedad pantalla o instrumental se puede definir, en términos generales, como aquella que opera sin actividad lícita, con la finalidad de dar apariencia legal a una actividad que no lo es¹⁰⁵. El problema que reside aquí de fondo tiene que ver con si a este tipo de empresas les resulta o no aplicable el régimen de RPPJ que aquí se ha venido explicando. Esto se verá con más detalle en el siguiente epígrafe, pero se puede adelantar ya que el TS en la STS 154/2016 distingue entre la interpretación que parece que le ha querido dar el legislador, que se inclina por la aplicación del régimen, y la interpretación que hizo la FGE en la Circular 1/2016, que se inclina por considerarlas como inimputables.

Algunos autores defienden esta última interpretación y utilizan como argumento que precisamente este requisito del beneficio no concurre. Dopico Gómez-Aller indica que, en estos casos, la actividad ilícita no se comete en beneficio de la PJ, sino que es esta la que se utiliza en beneficio de los autores del delito¹⁰⁶. Si ello es así, cabría concluir que los requisitos del art. 31 bis 1 no concurren en las empresas pantalla.

En cambio, el TS en la sentencia, si bien señaló la inimputabilidad de este tipo de empresas, entró a comentar la concurrencia del beneficio en ellas. La conclusión a la que llegó fue que cuando las ganancias que se pretenden obtener a través de la actividad ilícita no solo facilitan la subsistencia de la empresa pantalla, si no que además justifica su existencia, se debe entender que el requisito del beneficio sí se cumple. Parece, por tanto, que a pesar de optar por no aplicar el régimen de RPPJ a las sociedades pantalla, a

¹⁰⁴ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 13.

¹⁰⁵ Molina Fernández, F. (coord.), “Memento práctico Francis Lefebvre Penal”, *Lefebvre El Derecho*, 2020 (disponible en: <https://online.elderecho.com/login.do>; última consulta: 10/03/2021). *Vid.* Capítulo III, epígrafe 2.2.

¹⁰⁶ Dopico Gómez-Aller, J., *op. cit.*, pp. 135.

diferencia de autores como Dopico Gómez-Aller, afirma que sí que existe un beneficio en estos casos, siendo este una de las razones por los que se desestima el motivo de recurso de ITSA.

2.2. El problema de las empresas pantalla

Como se acaba de adelantar, otro de los problemas planteados en la STS 154/2016 es qué sucede con las empresas pantalla, es decir, aquellas que son creadas con el fin de cometer el delito y que no tienen actividad lícita, lo cual resultaba ser el caso de dos de las sociedades protagonistas del caso: GEORMADRID e ITSA.

Para estos casos, el TS indica que este tipo de sociedades deben ser consideradas al margen del régimen de RPPJ previsto en el art. 31 bis y ss. CP, ya que hay elementos que no tiene sentido entrar a valorar, tales como la adecuación de las medidas de vigilancia y de control que, lógicamente, no se habrán implementado. Como solución, el TS propone la disolución de estas sociedades por la vía del art. 129 CP¹⁰⁷, el cual prevé la posibilidad de que el Juez aplique alguna de las consecuencias accesorias comprendidas en las letras c) a d) del art. 33.7 CP para los delitos cometidos por “empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis”.

El TS se remite a la Circular 1/2016, en la que la Fiscalía pone de manifiesto que el régimen de RPPJ no está diseñado para este tipo de estructuras societarias cuya finalidad –exclusiva o principal– es la de cometer delitos¹⁰⁸. Ello se puede observar, sobre todo, desde la regulación de los modelos de cumplimiento introducida por la LO 1/2015 que, tal y como señala el TS, no tiene sentido entrar a valorar en este tipo de entidades. Igualmente, ya antes de tal reforma, la FGE señalaba la imposibilidad de imputar delitos a este tipo de entidades que resultan ser personas jurídicas desde un punto de vista formal, pero que materialmente no lo son. De ahí que en la Circular 1/2011, la FGE indicara que en estos casos los jueces debían acudir a la doctrina del levantamiento del velo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 11.

¹⁰⁸ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 14, en STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 11.

¹⁰⁹ Circular FGE 1/2011, *op. cit.*, p. 7.

Como bien señala la FGE, el rechazo a la imputabilidad de este tipo de estructuras tiene trascendencia procesal, ya que implica que se le denieguen los derechos y garantías que, en cambio, a una PJ sí se le reconocen. Así, recuerda el AAN 359/2014, de 19 de mayo¹¹⁰, en el que se deniega la personación a una sociedad mercantil y se introduce el concepto de imputabilidad empresarial. A raíz de ello, la FGE introduce tres categorías de personas jurídicas:

- a) Aquellas personas jurídicas que operan con normalidad, a las que se les aplica el régimen de RPPJ previsto en el art. 31 bis y ss. CP.
- b) Aquellas personas jurídicas que tienen cierta actividad, pero que en su mayor parte resulta ser ilegal. En estos casos, será de aplicación lo previsto en el art. 66 bis 2 CP en relación con el art. 129 y 33.7 c) a g). El fundamento de esta afirmación es que son imputables por existir un mínimo de estructura organizativa.
- c) Aquellas que no tienen actividad legal y que, por ello, son inimputables¹¹¹.

El TS acaba concluyendo que tanto GEORMADRID como ITSA eran sociedades pantalla que desarrollaban una actividad de carácter exclusivamente ilícito. Así, estima que son inimputables, sin que les sea aplicable el régimen del art. 31 bis CP, debiendo ser disueltas por la vía del art. 129 CP. Sin embargo, el TS finalmente decide mantener las penas impuestas por la AN por razones de utilidad, ya que no procedía repetir el juicio si finalmente se iba a llegar a la misma solución¹¹².

¹¹⁰ AAN, Sala de lo Penal, Sección 2ª, n. 359/2014, de 19 de mayo de 2014 [versión electrónica – base de datos de Aranzadi. JUR 2016\68724]. Fecha de última consulta: 13/04/2021.

¹¹¹ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, p. 15, en STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 11.

¹¹² La entidad ITSA no fue condenada a su disolución por la AN porque era de nacionalidad extranjera, de forma que la Audiencia solo pudo imponerle la pena de prohibición de realizar actividades comerciales en España. Esta pena también la decidió mantener el TS por razones de utilidad, ya que también queda contemplada por la vía del art. 129 CP, por lo que de repetir el juicio también se llegaría a la misma conclusión.

La doctrina de la inimputabilidad de las empresas pantalla ha sido reiterada por el TS en varias ocasiones. Así, en la STS 108/2019, de 5 de marzo, la Sala rechaza el motivo de recurso de un acusado en el que alega la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías porque sus empresas –condenadas a la prohibición de realizar actividades– no habían formado parte del proceso, lo que había causado su indefensión. Sin embargo, señala el TS que tales empresas eran instrumentales, utilizadas exclusivamente para la comisión del delito, por lo que deben quedar al margen del art. 31 bis CP y, por tanto, son carentes de los mismos derechos y garantías penales¹¹³.

En la STS 534/2020, de 22 de octubre, vuelve a indicar que “solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la ‘culpa organizativa’, prevista por el artículo 31 bis del Código Penal”. La Sala señala en esta sentencia que las empresas pantalla deben quedar al margen del sistema de RPPJ y no gozan de los mismos derechos y garantías que las personas jurídicas. La única manera de imputar penalmente a este tipo de sociedades será a través de la doctrina del levantamiento del velo, de manera que la acción se deberá dirigir exclusivamente contra la PF que esté detrás de tal sociedad¹¹⁴.

Para llegar a la doctrina de la inimputabilidad de las empresas pantalla, debe haberse reconocido previamente la imputabilidad a las personas jurídicas. Gómez-Jara Díez parte de una concepción constructivista de la culpabilidad empresarial para así hacerla equivaler funcionalmente con la de las personas físicas¹¹⁵. Ello encaja con el modelo de autorresponsabilidad de RPPJ, en el que la PJ goza de una culpabilidad propia. Este concepto de culpabilidad empresarial solo tiene sentido en aquellas estructuras que cuentan con una organización compleja en la que se puede exigir el respeto al Derecho,

¹¹³ STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, nº 108/2019, de 5 de marzo [versión electrónica – base de datos de Aranzadi. RJ 2019\881]. Fecha de última consulta: 13/04/2021, FJ 7.

¹¹⁴ STS 534/2020, *op. cit.*, FJ 4.

¹¹⁵ Gómez-Jara Díez, C., “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel”, *Política Criminal*, vol. 5, nº 10, 2010, pp. 459-466 (disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politerim/v5n10/art05.pdf>; última consulta 11/04/2021).

de ahí que concluya que las empresas pantalla son inimputables, aceptando la imposición de medidas necesarias, si bien excluyéndolas del sistema de penas¹¹⁶.

De esta forma, parece que el requisito para la imputabilidad de las personas jurídicas no es tanto la personalidad jurídica¹¹⁷, sino la existencia de una estructura organizativa. Solo así tiene sentido –en un modelo de autorresponsabilidad– atribuir responsabilidad a una PJ por su defecto de organización¹¹⁸.

A pesar de que esta doctrina de la inimputabilidad de las empresas pantalla esté ya asentada, y sea compartida por el TS y por la FGE, parece levantar dudas a cierto sector doctrinal. Por un lado, parece que la definición de empresa pantalla encaja en el art. 31 quinquies 2 y en el art. 66 bis 2ª b) CP, por lo que de primeras cabe entender que este tipo de entidades son imputables al igual que el resto de personas jurídicas¹¹⁹.

Por otro lado, hay quien alega que no tiene sentido excluir a las empresas pantalla del sistema de RPPJ del art. 31 bis y ss. y remitirlas al art. 129 CP por la disposición recogida en el art. 31 ter 1 *in fine*. Recordamos que este artículo permite modular las penas impuestas a la PF y jurídica para que no resulten desproporcionadas, de manera que parece confundir las culpabilidades de ambas personas. Parte de la doctrina indica que este artículo lo que pretende es evitar situaciones de *bis in idem* en empresas pequeñas, en las que los patrimonios de la PF y jurídica se confunden, lo cual sucede en el caso de las empresas instrumentales. No obstante, este argumento no termina de encajar si se quiere sostener un modelo de autorresponsabilidad en el que ambos tipos de personas responden por hechos diferentes¹²⁰. Parece que el problema que reside de fondo es, de nuevo, el relacionado con el modelo de atribución de RPPJ.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 470.

¹¹⁷ Otro argumento a favor de esta afirmación es la previsión del art. 130.2 CP, por la cual la persona jurídica puede ser procesada y sancionada aun habiéndose transformado, fusionado, absorbido o escindido, en González Sierra, P., *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁸ Gómez-Jara Díez, C. (2010), *op. cit.*, pp. 471-472; González Sierra, P., *op. cit.*, pp. 289-290.

¹¹⁹ Mendo Estrella, A., *op. cit.*, p. 134.

¹²⁰ González Sierra, P., *op. cit.*, p. 290-291.

2.3. La determinación de la pena: la pena de disolución en concreto

El CP recoge un sistema de penas para las personas jurídicas en el art. 33.7. Podemos diferenciar, de un lado, la pena obligatoria de multa (art. 33.7 a)) y, de otro lado, las penas facultativas (art. 33.7 b) a g)). Entre estas últimas se incluye la disolución de la PJ, la cual es la consecuencia más grave prevista para las entidades, puesto que supone su muerte civil¹²¹. Por esta razón, esta pena debe reservarse a los casos más gravosos, de ahí que el art. 66 bis CP establezca unas reglas a tener en cuenta por el Juez en la determinación de la pena.

En virtud del art. 66 bis 1ª CP, para poder imponer a las personas jurídicas las penas previstas en el art. 33.7 b) a g) – entre las que se incluye la disolución– se deberá tener en cuenta a) “la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva”, b) “sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”, y c) el puesto de la PF autora del delito o que incumplió el deber de control.

El apartado 2º del art. 66 bis señala que en caso de imponer la pena de disolución será necesario, bien que la PJ sea reincidente, o bien que se la haya utilizado instrumentalmente para la comisión del delito. Esto último ocurriría cuando la actividad legal de la entidad sea menos relevante que la ilegal (art. 66. 2ª *in fine*).

Como se decía, la razón de que solo se pueda imponer la pena de disolución en los casos tasados del art. 66 bis CP es que es la sanción más grave para las personas jurídicas, ya que conlleva la pérdida definitiva de su personalidad jurídica. Aunque su constitucionalidad haya sido cuestionada¹²², no parece que exista ningún problema en prever la disolución de la sociedad como una pena en el CP, puesto que el propio Derecho Civil también la recoge como consecuencia de determinadas infracciones civiles. Aun

¹²¹ Ontiveros Alonso, A. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 382.

¹²² Vid. Nieto Martín, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, *Iustel*, Madrid, 2008, p. 315, en Gimeno Bevia, J., “El proceso penal de las personas jurídicas”, *Universidad de Castilla La Mancha*, 2014, pp. 324-325 (disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%c3%a1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta 10/03/2021).

así, no debe olvidarse su carácter de excepcionalidad, dado que las consecuencias que acarrea son muy graves, tanto desde el punto de vista patrimonial, como social¹²³.

En el recurso planteado por la sociedad TRASPINELO¹²⁴, el TS señala la incorrecta aplicación de estas reglas de determinación de la pena, y ello precisamente por haber condenado la AN a dicha entidad a su disolución. El TS pone de manifiesto que esta sociedad contaba con más de cien trabajadores, los cuales se iban a ver perjudicados si la sociedad se disolvía. Por esta razón, el Tribunal entendió que la pena de disolución no resultaba adecuada, siendo más acertada quizá la pena de intervención judicial, por ejemplo.

Además, no había constancia de que esta entidad fuera reincidente. Finalmente, respecto a su instrumentalidad, indica el TS que el hecho de que la estructura de la PJ haya sido utilizada por una PF integrante para cometer el delito, no quiere decir que necesariamente se haya de disolver la sociedad, sino que habrá que realizar una ponderación entre la relevancia de la actividad legal e ilícita, y motivarlo para el caso en el que el Juez decida imponer la pena de disolución. Esta motivación no aparece en la Sentencia dictada por la AN, por lo que el TS acaba concluyendo que se debe estimar parcialmente el recurso, excluyendo la pena de disolución y manteniendo exclusivamente la multa¹²⁵.

2.4. Otros problemas jurídicos: el derecho de defensa

2.4.1. Problemática y conflicto de intereses procesales

Uno de los motivos del recurso de casación alegado por las tres personas jurídicas recurrentes fue la vulneración al derecho de defensa (art. 24.2 CE), ya que consideraron que no se respetó su derecho a la última palabra previsto en el art. 739 LECrim. La razón de ello se encuentra en que solo se dio audiencia a las personas físicas representantes

¹²³ Gimeno Beviá, J., *id.*

¹²⁴ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 8.

¹²⁵ *Id.*

legales de las recurrentes, que también estaban acusadas. Esto hizo que actuaran en su exclusivo interés y no en el de sus representadas, por lo que estas últimas consideraron que no pudieron defender sus propios intereses, que eran distintos y contradictorios a los de sus representantes legales¹²⁶.

El derecho a la defensa es un derecho fundamental consagrado en el art. 24.2 CE. De acuerdo con la STC 37/1998, está conformado por tres derechos del acusado: “a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas ocasiones, a recibir asistencia letrada gratuita”¹²⁷.

Este derecho debe ponerse en conexión con el derecho a la última palabra reconocido en el art. 739 LECrim. El TS en la Sentencia 849/2003, de 9 de junio, señaló que “es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario, la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, (...) cuya omisión produce una incuestionable indefensión. En consecuencia, su efecto inmediato es la anulación del juicio oral, fase en la que se comete el defecto o vulneración del derecho, y la retroacción de las actuaciones al momento de la iniciación del plenario”¹²⁸.

Teniendo en cuenta todo ello, no cabe duda de que el derecho a la última palabra en el derecho penal está garantizado a las personas físicas. Sin embargo, sí cabe plantearse si estos derechos también están reconocidos a las personas jurídicas, dado que en ningún momento se les hace mención expresa. En caso afirmativo, y aquí es donde radica la cuestión principal, cabe preguntarse cómo se debe llevar a cabo la defensa de una PJ en un proceso penal, cuando es precisamente su propio representante legal el que ha cometido el delito y la razón por la que se encuentran ante tal procedimiento penal.

Como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el TS en la STS 154/2016 reconoce los derechos y garantías constitucionales a las personas jurídicas, estableciendo

¹²⁶ STS 154/2016, *op. cit.*

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), n. 37/1988, de 3 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RTC 1988\37]. Fecha de última consulta: 14/04/2021. FJ 6.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, n. 849/2003 de 9 de junio [versión electrónica – base de datos Vlex]. Fecha de última consulta: 14/04/2021. FJ 2.

que estos siempre deben ampararles, al igual que lo hacen a las personas físicas¹²⁹. Por la misma razón, considera que la condena a las personas jurídicas siempre debe respetar los principios irrenunciables del derecho penal¹³⁰.

Confirmado que las personas jurídicas gozan de este derecho de defensa, cabe hacerse la segunda pregunta que se planteaba previamente sobre cómo debe ejercerse. En estos casos, hay un claro conflicto de intereses, principalmente procesales, entre los de la PJ y los de la PF representante legal de la primera. Pero mayor problema surge –y mayor es el conflicto de intereses– cuando es precisamente la PF quien ha cometido el delito en el seno de su representada. Este último es el caso que plantean las recurrentes en la STS 154/2016.

Un ejemplo muy representativo de esta situación es el art. 31 quater b) CP, que recoge como circunstancia atenuante de la RPPJ el hecho de colaborar en la investigación con las autoridades. Si el representante legal de la PJ es quien ha cometido el delito, es muy probable que no quiera colaborar con las autoridades aportando datos y pruebas sobre la identidad del autor o sobre los hechos cometidos, por ejemplo¹³¹.

Por todo ello, tal y como señala el TS, dejar en manos de los autores del delito la posibilidad de llevar a cabo estas actuaciones supone una limitación del derecho de defensa de las personas jurídicas¹³².

2.4.2. Posibles soluciones: el papel del compliance officer y conclusión del TS

El TS en la STS 154/2016 se plantea cuál debe ser el régimen para designar a una persona física que represente a la PJ en el procedimiento. Esta representación, por lo

¹²⁹ Del Moral García, A., “Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia” en Rodríguez-García, N. (ed.), Rodríguez-López, F. (ed.), *op. cit.*, p. 54.

¹³⁰ STS 514/2015, *op. cit.*, FJ 3 y 8.

¹³¹ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 8.

¹³² *Id.*

tanto, va más allá de las funciones estrictas de un administrador, dado que debe abarcar la adopción de estrategias procesales para defender los intereses de la representada.

Llama la atención que en 2011 se aprobó la LO 37/2011 de medidas de agilización procesal¹³³ que, a pesar de introducir modificaciones en la LECrim respecto a las personas jurídicas como posible autora de delitos, no se pronunció acerca del problema aquí planteado.

El TS señala que este problema de trascendencia procesal-penal se ha resuelto ya en algunos ordenamientos jurídicos con distintas fórmulas. Por ejemplo, en algunos países se ha optado porque el órgano jurisdiccional señale a un defensor judicial de la PJ; en otros, que se nombre a un órgano colegiado formado por personas independientes a la entidad.

En España, se elaboró un borrador en 2013 del Código Procesal Penal¹³⁴ que en su artículo 51.1 ponía fin a este problema: las funciones de defensa serían atribuidas al director del sistema de control interno de la entidad o *compliance officer*. Señalaba este artículo que esta persona estaría bajo la autoridad directa del órgano máximo de gobierno.

A pesar de que este Código Procesal Penal no se llegó a aprobar, la figura del *compliance officer* se ha ido desarrollando y cobrando más relevancia en el mundo empresarial, debido principalmente a la reforma del CP introducida por la LO 1/2015 en la que se introdujeron los *compliance programs*. Como ya se ha explicado al inicio del capítulo, el actual art. 31 bis 2 prevé la posibilidad de eximir la RPPJ cuando el delito haya sido cometido por sus directivos o administradores, siempre que la empresa hubiera implementado previamente unos modelos de organización y gestión que cumplan con una serie de condiciones. Entre ellas, se hace referencia a la figura del *compliance officer*, al exigir que los modelos estén supervisados por “un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control”.

¹³³ Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 11 de octubre de 2011).

¹³⁴ Propuesta del Código Procesal Penal, 2013 (disponible en: <https://confi legal.com/wp-content/uploads/2018/05/2013-BORRADOR-DE-C%C3%93DIGO-PROCESAL-PENAL-PP.pdf>, última consulta: 6/02/2021).

Si bien esta figura del *compliance officer* podría ser una solución al problema que aquí se planteaba, podrían volver a surgir dudas en caso de que actuara sin la diligencia debida¹³⁵, si decidiera no investigar un delito o si no cumpliera con las funciones delegadas en él, debiendo responder por tanto como autor o partícipe del delito según el caso concreto¹³⁶. Así, volveríamos al primer escenario que se nos planteaba, en el que la PJ sufriría una limitación o privación de su derecho a la defensa, al existir un conflicto de intereses entre esta y su órgano de cumplimiento.

El TS acaba concluyendo en la STS 154/2016 que, en caso de que en un procedimiento penal se apreciara una posible limitación del derecho de defensa de la PJ, dada porque su representante en el proceso ha sido también acusada y presentan intereses distintos y contradictorios, cabría la posibilidad de repetir el juicio oral. En tal caso, el órgano de representación podría nombrar una persona ajena al conflicto de intereses para que represente en el juicio a la entidad, eso sí, sin intervención de las personas físicas acusadas¹³⁷.

Para terminar, cabe mencionar a título informativo que el TS en la STS 154/2016, tras asentar esta jurisprudencia sobre el derecho de defensa de las personas jurídicas y concluir que, efectivamente, este derecho se había vulnerado, decidió no repetir el juicio oral. Las razones que alegó fue la inutilidad práctica y la complejidad, ya que no consideró que se hubiera ocasionado a la recurrente –concretamente a TRANSPINELO– un perjuicio concreto. Respecto de las otras dos recurrentes, el motivo de recurso se desestimó, pero con base a otro argumento: estas dos entidades resultaron ser empresas pantalla o instrumentales, por lo que, según el TS, no quedan amparadas por esta garantía constitucional¹³⁸.

¹³⁵ Gutierrez Pérez, E., “La figura del compliance officer. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, *Diario La Ley*, n.º. 8653, 2015, p. 2 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5257519>, última consulta 6/02/2021).

¹³⁶ Lascuráin Sánchez, J.A., “La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa” en De La Mata Barranco, N.J. *et al*, *op. cit.*, pp. 122-127.

¹³⁷ STS 154/2016, *op. cit.*, FJ 8.

¹³⁸ *Vid.* Capítulo III, epígrafe 2.2.

IV. CONCLUSIONES

Partiendo de todos los argumentos expuestos, la primera conclusión a la que se llega es que parece existir consenso sobre que uno de los fundamentos de la RPPJ es la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos. Ahora bien, el debate surge sobre si ese fundamento debe ser entendido como el núcleo de la tipicidad, o si simplemente debe ser el fundamento último de la RPPJ. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la respuesta a esta cuestión depende del modelo de atribución de RPPJ que se prefiera defender, sobre lo cual no hay una única respuesta correcta. Son dos las preguntas que, parecen confundirse, pero que puede resultar útil distinguir: 1) cuál es el tipo de modelo vigente en el CP español, y 2) cuál debería ser el tipo de modelo en nuestro sistema penal español.

Respecto a la primera pregunta, no pueden surgir dudas de que el modelo implementado por el legislador ha sido el de autorresponsabilidad, ya que ello aparece recogido expresamente en la Ley. Sin embargo, por la redacción dada en el art. 31 bis, parece que nos situamos en un modelo de tipo vicarial. Además, no resulta coherente situarnos en un sistema en el que la PJ responde por el hecho propio cometido, consistente en un delito distinto al que cometen las personas físicas, cuando realmente ese delito propio no aparece expresamente tipificado en el CP. Parece existir, por tanto, una discordancia entre la voluntad del legislador y lo efectivamente redactado, lo cual es el origen del debate doctrinal y de la controversia acerca de este tema.

Respecto a la pregunta de cuál debería ser el tipo de modelo, independientemente de cual sea el recogido en el CP, cabría sostener argumentos tanto a favor de uno como de otro. El problema de la heterorresponsabilidad es el grave riesgo que acarrea vulnerar el principio de culpabilidad, derivando en una responsabilidad por el hecho ajeno y objetiva que no tiene cabida en nuestro Derecho; por otro lado, sostener una autorresponsabilidad supone realizar una construcción jurídica que tiene que quedar bien delimitada y tipificada en el Código Penal.

Por esta razón, podría resultar útil realizar una modificación de la estructura del art. 31 bis y ss., con el fin de que se regule un delito corporativo, si esa es la verdadera voluntad del legislador. De lo contrario, no nos estaremos situando en un modelo puro de

autorresponsabilidad, ni si quiera de heterorresponsabilidad, sino en una suerte de modelo mixto con tintes de ambos tipos de modelo. Realmente, lo importante es que exista coherencia entre el tipo de modelo que se defiende y las consecuencias que ello acarrea, referidas principalmente a el fundamento de la RPPJ, los elementos del tipo y la correspondiente carga de la prueba.

No debe olvidarse que ello traerá también consecuencias sobre la naturaleza de la exigente de los modelos de cumplimiento. No obstante, lo que sí cabe afirmar es que, a pesar de lo indicado por el TS, la redacción del art. 31 bis 2 y 4 es clara y recoge una exigente. Si la voluntad del legislador era calificar la presencia de modelos de cumplimiento como un elemento negativo del tipo, sería interesante, de nuevo, modificar la redacción del artículo, con el fin de que no surjan confusiones en la práctica jurídica.

Sobre el resto de las cuestiones, no existe una controversia tan marcada como la que se acaba de exponer, a excepción de la doctrina de la inimputabilidad de las empresas pantalla. Parece lógico sostener que las empresas instrumentales son inimputables –y, por ello, excluidas del sistema de RPPJ– si se sigue el modelo de autorresponsabilidad, en el que el núcleo de la tipicidad es el defecto de organización, lo cual no tiene sentido analizar en este tipo de empresas. Ahora bien, dado que el modelo de atribución de RPPJ no queda claro en la redacción del art. 31 bis y ss., parece que, de primeras, cabría analizar su conducta a la luz de estos artículos, sin necesidad de acudir al art. 129 CP. De nuevo, el problema reside en el modelo de atribución de RPPJ, su fundamento, y en una redacción poco esclarecedora del art. 31 bis y ss.

Finalmente, cabe concluir que esta sentencia ha resultado fundamental para aclarar ciertas cuestiones sobre la RPPJ. Aunque no se esté de acuerdo con el TS, es esencial tenerla en cuenta, ya que asienta las bases de la RPPJ, aclara conceptos y contrapone argumentos. El TS ha generado controversia con esta sentencia, lo cual es necesario para un tema de tan reciente incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, quedando el debate todavía abierto.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 11 de octubre de 2011).

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), n. 37/1988, de 3 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RTC 1988\37]. Fecha de última consulta: 14/04/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, n. 849/2003 de 9 de junio [versión electrónica – base de datos Vlex]. Fecha de última consulta: 14/04/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, nº 514/2015, de 2 de septiembre [versión electrónica – base de datos de Vlex]. Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, nº 154/2016, 29 de febrero [versión electrónica – base de datos del CGPJ. Roj. STS 613/2016]. Fecha de última consulta: 14 de abril de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 221/2016, de 16 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2016\824]. Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 516/2016, de 13 de junio [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2016\2531]. Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 668/2017, de 11 de octubre [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2017\4598]. Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2021.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, nº 108/2019, de 5 de marzo [versión electrónica – base de datos de Aranzadi. RJ 2019\881]. Fecha de última consulta: 13 de abril de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 123/2019, de 8 de marzo de 2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. RJ 2019/1064]. Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2021.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, nº 534/2020, de 22 de octubre [versión electrónica – base de datos de Aranzadi. RJ 2020\4119]. Fecha de última consulta: 11 de abril de 2021.

Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, n. 359/2014, de 19 de mayo de 2014 [versión electrónica – base de datos de Aranzadi. JUR 2016\68724]. Fecha de última consulta: 13 de abril de 2021.

Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª) núm. 167/2018, de 18 de mayo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. ARP 2020/1576]. Fecha de última consulta: 11/03/2021.

3. OBRAS DOCTRINALES

Agudo Fernández, E.; Jaén Vallejo, M; Perrino Pérez, A., *Derecho Penal de las Personas Jurídicas*, Dykinson. Madrid, 2016.

Ayala González, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”. *Indret*, n.1, 2019. (disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/354502/446487>; última consulta 23/03/2021).

César Busato, P., *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Corcoy Bidasolo, M. (dir.), Mir Puig, S. (dir), Vera Sánchez, J.S. (coord.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Cugat Mauri, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 35, 2015, pp. 919-963 (disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2943>; última consulta: 10/03/2021).

De la cuesta, J.L., “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español”, *Revista electrónica de la AIDP*, 2011 (disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+82+Responsabilidad+penal+de+las+personas+juridicas+en+el+derecho+espanol.pdf>; última consulta: 31/03/2021).

De La Herrán Ruíz-Mateos, S., “La responsabilidad penal del administrador societario por infracción del deber de control ante la ausencia de compliance penal” en Rodríguez-García, N. (ed.), Rodríguez-López, F. (ed.), *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 129-152.

Del Moral García, A., “Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia” en Rodríguez-García, N. (ed.), Rodríguez-López, F. (ed.), *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 31-72.

Díez Ripollés, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, n.1, 2012 (disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/Diez-Ripolle%CC%81s.pdf>; última consulta 22/03/2021).

Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en De La Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J.A., Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 129-168.

Feijoo Sánchez, B.J., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B.J. y Gómez-Jara Díez, C. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, Cibur Menor, 2016, pp. 67-74.

Feijoo Sánchez, B.J., “Los requisitos del art. 31 bis 1”, en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B.J. y Gómez-Jara Díez, C. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, Cibur Menor, 2016, pp. 75-88.

Galán Muñoz, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Gimeno Beví, J., “El proceso penal de las personas jurídicas”, *Universidad de Castilla La Mancha*, 2014 (disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%20c3%a1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta 10/03/2021).

Gómez-Jara Díez, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)” en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B.J. y Gómez-Jara Díez, C. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, Cibur Menor, 2016, pp. 121-142.

Gómez-Jara Díez, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B.J. y Gómez-Jara Díez, C. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, Cibur Menor, 2016, pp. 89-120.

Gómez-Jara Díez, C., “La culpabilidad de la persona jurídica” en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B.J. y Gómez-Jara Díez, C. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, Cibur Menor, 2016, pp. 143-2220.

Gómez-Jara Díez, C., “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel”, *Política Criminal*, vol. 5, nº 10, 2010, pp. 455-475 (disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v5n10/art05.pdf>; última consulta 11/04/2021).

González Cussac, J.L., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Programas de Cumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

González Rus, J.J., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Palma Herrera, J.M. (dir.), González Tapia, M.I. (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 19-43.

González Sierra, P., *La Imputación Penal de las Personas Jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 188-204.

Gracia Martín, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016 (disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>; última consulta: 31/03/2021).

Gutierrez Pérez, E., “La figura del compliance officer. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, *Diario La Ley*, nº. 8653, 2015, p. 2 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5257519>, última consulta 6/02/2021).

Lascuráin Sánchez, J.A., “La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa” en De La Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J, Lascuráin Sánchez, J.A., Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 87-128.

Mendo Estrella, A., “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 70, 2017, pp. 113-138 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930584>; última consulta 12/04/2021).

Molina Pérez, T. “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, *Anuario jurídico y Económico Escorialense*, nº 38, 2005, pp. 93-116 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1143004>; última consulta 18 de febrero de 2021).

Ontiveros Alonso, A. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 382.

Pérez Arias, J., “Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”, *Universidad de Murcia*, 2013 (disponible en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/37516/1/Tesis%20Doctoral%20Jacinto%20P%c3%a9rez%20Arias.pdf>; última consulta 16/03/2021).

Pérez Arias, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014.

Silva Sánchez, J.M., “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: una breve contribución”, *Indret Penal*, nº 1, 2021 (disponible en <https://indret.com/el-debate-sobre-la-prueba-del-modelo-de-compliance-una-breve-contribucion/>; última consulta 13/03/2021).

Ragúes i Vallès, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

4. RECURSOS DE INTERNET

Carrasco Perera, A., Almarcha Jaime, J., “Alcance de la responsabilidad penal de la persona jurídica según el Tribunal Supremo”, *Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*, 2016 (disponible en <https://www.gap.com/wp-content/uploads/2018/03/alcance-de-la-responsabilidad-penal-de-la-persona-juridica-segun-el-tribunal-supremo.pdf>, última consulta 23 de marzo de 2021).

Castellanos Moreno, C., “Comentario a la STS 154/2016, de 29 de febrero, primer pronunciamiento condenatorio del Alto Tribunal que aprecia la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *actualidad alliantia*, 2016 (disponible en http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/alliantia/pdf/Comentario_STS_154_2016_Resp_penal_31_bis.pdf; última consulta: 31/03/2021).

Lacasa, F., Fernández, L., “2. Para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Deconstruyendo el 31 bis”, *GrantThornton*, 2017 (disponible en: <https://www.grantthornton.es/perspectivas/compliance-penal/para-prevenir-delitos-o-para-reducir-de-forma-significativa-el-riesgo-de-su-comision/>; última consulta 10/03/2021).

Molina Fernández, F. (coord.), “Memento práctico Francis Lefebvre Penal”, *Lefebvre El Derecho*, 2020 (disponible en: <https://online.elderecho.com/login.do>; última consulta: 10/03/2021).

Real Academia Española, 2020 (disponible en: <https://dle.rae.es/beneficiar>; última consulta 27/02/2021).

Propuesta del Código Procesal Penal, 2013 (disponible en: <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2018/05/2013-BORRADOR-DE-C%C3%93DIGO-PROCESAL-PENAL-PP.pdf>, última consulta: 6/02/2021).

5. OTROS

Circular FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (BOE 1 de junio de 2011).

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

Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dictamen del Consejo de Estado nº 358/2013, de Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 27-06-2013.

VI. ANEXO

La STS 154/2016 acepta y reproduce los hechos probados recogidos en la sentencia dictada previamente por la Audiencia Nacional (SAN 4525/2014, de 17 de noviembre), los cuales se recogen aquí resumidamente:

1- Durante los años 2007 y 2010, el procesado **Javier** había sido objeto de diversas investigaciones judiciales relacionadas con la comisión de un delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes de sustancia que causaba grave perjuicio para la salud (cocaína). Asimismo, se tramitaba ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Coslada, Diligencias Previas 1902/2010 por un presunto delito de blanqueo de capitales proveniente de la actividad ilícita relacionada con el tráfico de estupefacientes.

Dado que el Juzgado no aceptó el trámite de diligencias por delito de tráfico de estupefacientes, el Ministerio Fiscal judicializó en 2011 la investigación ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

La actividad denunciada estaba dirigida por Javier y la llevaba a cabo a través de terceros, tanto personas físicas como jurídicas, los cuales estaban bajo su supervisión y toma de decisiones.

El procesado **Remigio**, relacionado con el anterior por razones de parentesco y de dependencia, realizaba labores en las empresas TRANSPINELO, S.L. e INVESTISSMENT TRANS SPAIN AFRICA (en adelante, ITSA), las cuales eran utilizadas por Javier para el tráfico ilícito de drogas. Su función era suplir a Javier cuando este se ausentaba de España, disponiendo de efectivo y dando órdenes para el trabajo. Aparece también relacionado con esta actividad ilícita el procesado **Valeriano**, por auxiliar en la logística de los viajes, desplazamientos y envíos a Javier.

Tres fueron las personas jurídicas objeto de enjuiciamiento:

- **TRANSPINELO, S.L.**, dirigida por Javier, aunque formalmente aparecía como administrador el procesado **Remigio**.

- **ITSA**, constituida en Mali, dirigida y financiada por Javier, si bien aparecía bajo la administración única y representación de otras dos personas no procesadas.

Estas dos entidades participaban en la actividad ilícita a través del envío de máquinas de obras públicas desde España a Venezuela y viceversa.

- **GEORMADRID MACHINERY, S.L.**, que aparece como destinataria de las máquinas mencionadas, y se encontraba administrada por el procesado **Ignacio**. Este último, también intervino en la entidad ITSA.

Las entidades TRANSPINELO e ITSA realizaban actividades comerciales, pero no consta actividad sobre la empresa GEORMADRID. Las tres eran utilizadas por Javier para articular actividades de importación y exportación de máquinas en cuyo interior escondía sustancias estupefacientes.

2- Durante los primeros meses de 2011, Javier y su organización (Remigio, Valeriano e Ignacio), comenzaron los trámites para el envío de la maquinaria a Venezuela, las cuales serían reimportadas posteriormente a España con droga en su interior. Las máquinas que figuraban a nombre de TRANSPINELO, S.L. eran dos excavadoras y dos volteos.

Con la finalidad de llevar a cabo tal operación, Javier viajó a Venezuela los días 7 y 8 de febrero de 2011. El día 23 de marzo de 2011, acudió Valeriano para reunirse con Javier, formalizar la llegada de la maquinaria y preparar la introducción de la droga en las máquinas que luego serían reimportadas a España. Ambos permanecieron en Venezuela hasta su vuelta a España realizada por Valeriano los días 8 y 9 de mayo, y por Javier el 3 de junio de 2011. Ambos tenían prohibida la salida del territorio nacional. No obstante, Valeriano obtuvo una autorización para viajar en marzo y mayo de 2011 por motivos laborales a Holanda y Alemania, y sin embargo se desplazó a Venezuela.

3- Para el envío de las máquinas de España a Venezuela y el reenvío posterior de las mismas a España, los procesados Remigio e Ignacio concertaron con la empresa CISMAR, dedicada al tránsito marítimo, el transporte de las cuatro máquinas citadas.

Así, con fecha 17 de febrero de 2011, se emitieron diversas facturas en las que figuran como exportadora la entidad ITSA, simulando la venta de las máquinas a la empresa MULTISERVICIOS Y MAQUINARIA OP, domiciliada en Venezuela. No obstante, las máquinas aparecieron posteriormente como propiedad de la empresa EQUIPOS Y MAQUINARIAS PESADAS CA, al emitir una factura de venta ficticia a otra empresa: JOYMACA.

Sin embargo, la entidad ITSA tenía sede en la República de Mali, por lo que no era posible que pudiera aparecer como exportadora desde España. Por esa razón, Remigio procedió al cambio de las facturas, aportando los datos de la entidad TRANSPINELO. No obstante, los documentos *Bill of Landing* siguen apareciendo extendidos a nombre de ITSA.

4- El día 5 de marzo de 2011, las máquinas embarcaron en el Puerto de Santander con destino Puerto Cabello (Venezuela). Una vez llegadas el 27 de abril, fueron recogidas por su destinataria MULTISERVICIOS Y MAQUINARIA OP y trasladadas a una nave-almacén. Allí se procedió a la manipulación de las máquinas, abriendo huecos en el interior de los brazos y otras partes, realizando aperturas y orificios y creando dobles fondos y caletas que después se soldaron y volvieron a pintar, tras haber introducido la sustancia estupefaciente en los huecos.

5- Las máquinas fueron embarcadas el día 4 de junio, pero la autoridad competente venezolana ordenó desembarcarlas, quedando en custodia judicial por encontrarse dudosamente documentadas.

La empresa que exportaba las máquinas era JOYMACA, cuyo administrador estaba relacionado con la presidenta de la entidad MULTISERVICIOS Y MAQUINARIAS OP. A su vez, la empresa que figuraba como importadora era GEORMADRID MACHINERY S.L., pero en la documentación encontrada en Venezuela, figuraba como receptora GLOVAL MACHINERY SA, empresa que no existe y cuyos datos corresponden a los de GEORMADRID.

La Guardia Nacional venezolana, informada por la Guardia Civil española, procedió a un primer registro el 24 de junio, encontrando en el interior de dos de las

máquinas diversos envoltorios con cocaína con un peso de 5.052 kg y un valor económico de 258.544.480 €.

El 26 de junio se produjo otro registro, encontrando, entre otros documentos, copia auténtica de la escritura de la entidad GEORMADRID MACHINERY, SL y resguardos de *emails* intercambiados entre Valeriano y Viajes Barceló comentando el cambio de fechas del viaje de vuelta a España. El 28 de junio se produjo el registro de la maquinaria restante, hallando un total de 1.650'5 kg de cocaína. La Guardia Nacional Bolivariana procedió a la detención de los venezolanos que trabajan allí a las órdenes de Javier.

El día 28 de junio, Javier y su esposa trataron de huir, junto con sus hijas, de España. Se procedió al registro de los domicilios de Javier y de Valeriano, encontrándose documentación, anotaciones relativas a la maquinaria y cantidades, dinero en efectivo, facturas, móviles, etc. También se practicó la entrada y registro de la sede de TRANSPINELO, encontrándose pertenencias de Remigio y de Valeriano, así como vehículos, documentación, dinero, maquinaria y sustancias.