

Hoyos Duque, Tomás, “¿De qué se acusa a la persona jurídica? Relaciones entre responsabilidad penal corporativa, *nemo tenetur* y *compliance*”, *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025).

## **¿De qué se acusa a la persona jurídica? Relaciones entre responsabilidad penal corporativa, *nemo tenetur* y *compliance*<sup>1</sup>**

*What Are Corporations Accused Of?*

*Interrelations Between Corporate Criminal Liability, Nemo  
Tenetur, and Compliance*

Fecha de recibo: 07/02/2025. Fecha de aceptación: 10/04/2025.

DOI: 10.17230/nfp21.104.7

TOMÁS HOYOS DUQUE\*

### **Resumen**

El fundamento material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas condiciona el objeto de su incriminación. Puede que se entienda que el fundamento de la responsabilidad descansa en la ausencia o ineficacia de un programa de *compliance*, o puede ser que sea en la comisión de delitos al tenor literal del art. 31 bis 1 y 2 del Código Penal español. Por tanto, la propia concepción de ese fundamento influirá en el tratamiento del derecho al *nemo tenetur* dentro del proceso penal.

---

1 Este trabajo, con algunas adiciones y correcciones, corresponde a la tesis de maestría presentada para la obtención del título de Máster en Derecho penal y procesal penal de la Universidad Carlos III de Madrid, obteniendo la máxima calificación con mención honorífica. Un agradecimiento especial merece el Prof. Dr. D. Jacobo Dopico Gómez-Aller por su dirección e indispensables críticas y observaciones.

\* Abogado, especialista en Derecho penal (Universidad EAFIT); estudios en Compliance (Universidad de los Andes) y Máster en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Carlos III de Madrid). Socio en Hoyos Simoné. Contacto: thoyos@simone.legal

La investigación examina los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas analizando los enfoques teóricos más relevantes para interpretar el artículo 31 bis del Código Penal, y evalúa las consecuencias prácticas del reconocimiento del principio *nemo tenetur* como garantía procesal reconocida a las personas jurídicas, buscando el necesario equilibrio entre las necesidades de la persecución penal y los derechos fundamentales de estas.

## Abstract

The substantive grounds for corporate criminal liability shape the very scope of what can be criminally charged. On one view, liability is based on the absence or ineffectiveness of a compliance program; on another, it depends strictly on the commission of offences as set out in Article 31 bis (1) and (2) of the Spanish Criminal Code. That underlying conception will, in turn, determine how the *nemo tenetur* principle—the right against self-incrimination—is handled in criminal proceedings.

This study explores the foundations of corporate criminal liability by critically reviewing the leading theoretical approaches to Article 31 bis. It then evaluates the practical implications of extending *nemo tenetur* as a procedural right to corporations, seeking to strike the necessary balance between effective criminal enforcement and the fundamental rights of corporations.

## Palabras clave

*Nemo tenetur*, responsabilidad penal de la persona jurídica, defecto de organización, derecho a no incriminarse, carga de la prueba, *compliance*, requerimiento, orden de entrada y registro.

## Keywords

*Nemo tenetur*; corporate criminal liability; organizational defect; right against self-incrimination; burden of proof; compliance; formal request; search and entry warrant

## Sumario

1. Introducción. 2. Modelos de responsabilidad penal para personas jurídicas. a. Teoría de la responsabilidad vicarial: breve referencia al modelo anglosajón y a las doctrinas del *respondeat superior* e *identification*. b. Teoría de la responsabilidad por el defecto de organización y los modelos interpretativos de Silva Sánchez y Mongillo. c. El modelo sistémico-constructivista: incumplimiento de la legalidad. 3. El modelo positivo de responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal. a. Primera vía de imputación: el delito de administradores y sujetos asimilados. b. Segunda vía de imputación: el delito de empleados. 5. Balance. 6. *Nemo tenetur* y responsabilidad penal de la persona

jurídica. a. *Nemo tenetur se ipsum accusare* ¿acusarse de qué? b. Contenido del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas. c. Luces y sombras en el reconocimiento en el derecho a la persona jurídica. 7. Requerimiento de los programas de *compliance* a la persona jurídica. A propósito del Auto 394/2021 de la Audiencia Nacional de Madrid. 8. La discusión de la carga probatoria ¿perspectiva de solución al hilo de la STS 298/24? 9. Toma de postura. 10. Conclusiones.

## 1. Introducción

Hace algo más de diez años, la Ley Orgánica 1/2010 introdujo por primera vez penas para las personas jurídicas en el derecho penal español, rompiendo con el clásico principio *societas delinquere non potest*. Desde entonces se las ha concebido como sujetos capaces –si se quiere– de acción y culpabilidad, bien como auténticos destinatarios de normas penales o, como una “ficción útil”<sup>2</sup>. Sin embargo, si se pretende seguir tratando a las personas jurídicas como cuerpos extraños dentro del derecho penal es simplemente nadar contra la corriente. Solo en la medida en que se entienda a la persona jurídica como sujeto del derecho penal, sea como destinataria o de valoración de normas penales, los fundamentos de imputación o atribución para la sanción adquieran sentido y con ello las garantías procesales, que, aunque no se trata de *humanizarla*, lo es de ajustar su naturaleza al sistema penal. Sin duda, la peculiar naturaleza o personificación de las personas jurídicas ha obligado a adaptar el contenido de los presupuestos de la responsabilidad a efectos de imponer sanciones para así conseguir la mejor protección de los intereses del derecho<sup>3</sup>, pudiendo afirmarse que en el contexto actual de la teoría del delito coexisten dos subsistemas relativamente diferenciados, uno de imputación y otro –si se quiere– de atribución del hecho: uno de personas físicas y otro de personas jurídicas.

Ahora bien, es indudable que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha alcanzado niveles de hipersaturación académica, es tanto lo que se ha escrito sobre la materia que este trabajo posiblemente tiene la virtualidad de ser reiterativo y perderá vigencia, máxime de la alta calidad de aportaciones que ya han perfilado

---

2 Cfr. Jesús María Silva Sánchez, “Lo real y lo ficticio en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, n.º1. (2023): 3 y 9.

3 Cfr. José Manuel Gómez-Benítez, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal* (Editorial Colex: Madrid. 2001), 66.

la interpretación del derecho positivo<sup>4</sup>. No obstante, existe una aproximación teórico-práctica que pudiera ser interesante y a la vez conveniente. Aún persiste incertidumbre sobre el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, la naturaleza del hecho por el que habrá de penársele. Y habiendo convenido –en parte– sobre el sustrato en el que se ancla la responsabilidad, surgen cuestiones en torno a la ubicación sistemática que se le otorga a los programas de cumplimiento, pues podrá ser que este se conciba como un elemento del injusto, de la culpabilidad o, si se acepta, de la punibilidad. No obstante, este trabajo no pretende abarcar las intensas discusiones en el foro. La propuesta es más modesta, y propende por articular las interpretaciones legislativa y jurisprudenciales sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y proveer una u otra conclusión plausible, fundamentalmente, de cara a la correcta aplicación del art. 31 bis del Código Penal.

Así resueltas las cuestiones de naturaleza eminentemente dogmática, puede darse una conclusión necesaria –aunque provisional– en el aspecto procesal: el alcance del derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica, especialmente, frente al deber de colaboración que podrá conducir a la entrega del programa de *compliance*, bien por requerimiento o por virtud de una orden de entrada y registro. Como advierte Goena Vives, la interpretación sustantiva del modelo de atribución condiciona el modo en el que deba comprenderse el *nemo tenetur* de la empresa<sup>5</sup>.

Hasta donde se ha llegado, se ha notado cierto grado de perplejidad entre los operadores jurídicos sobre el núcleo esencial del reproche jurídico penal a personas jurídicas (el hecho de conexión). Y es que si no se aprehende materialmente el fundamento (sea la perspectiva teórica que se siga), ello naturalmente conduce a antinomias y posturas jurisprudenciales contradictorias. Las aproximaciones desde fundamentos distintos al fundamento material del art. 31 bis y ss. conduce a resultados diferentes porque el orden de los factores en este caso sí altera el resultado.

Así las cosas, las condiciones están dadas para afrontar las dificultades dogmáticas y procesales, si bien no se pretende hallar –ni mucho menos– novedosas formulaciones o realizar juegos de lenguaje, más bien, revisitar un estado

4 Sin ánimo de exhaustividad, Miguel Bajo Fernández et al., *Tratado de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur menor: Civitas, 2016). Beatriz Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2017); Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2005); Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo* (Iustel: Madrid, 2008). Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos de Derecho penal de la empresa* (Madrid: Edisofer, 2016).

5 Beatriz Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23-22, (2021): 27.

de cosas que, con suerte, puede contribuir a un mejor entendimiento del sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, permitiendo –en el plano ideal– una aplicación más segura y racional del Derecho penal<sup>6</sup>.

El trabajo se encuentra dividido en dos partes: la primera aborda los enfoques teóricos más relevantes sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, iniciando con la discusión en el *Common Law* que, cuanto menos, constituye un punto de partida metodológico imprescindible, para pasar luego a esbozar – sintéticamente – los modelos de la responsabilidad vicarial y autorresponsabilidad, de cara a aterrizarlos al modelo introducido en la reforma de la LO 1/2010. La segunda parte examina las relaciones entre el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la operatividad del *nemo tenetur se ipso accusare* dentro del denominado Derecho penal de personas jurídicas.

## 2. Modelos de responsabilidad penal para personas jurídicas

El estudio de la responsabilidad de las personas jurídicas es actualmente inagotable y humanamente inabarcable<sup>7</sup>, por lo que se procurara delimitar un conjunto de enfoques relevantes a partir de los cuales se ha desarrollado la discusión dogmática y jurisprudencial, incluso corriendo el riesgo de ser reiterativo y asistemático. Este apartado inicial es el punto de partida metodológico como herramienta conceptual para examinar más adelante el *nemo tenetur* de la persona jurídica como núcleo de la investigación, es decir, aclarando “*la cuestión sobre qué tipo de imputación determina el pensamiento del legislador en el contexto de la punición de la persona jurídica*”<sup>8</sup>.

Los problemas fundamentales de responsabilidad de las personas jurídicas han sido divididos tradicionalmente en dos modelos discursivos: (i) la heterorresponsabilidad y; (ii) la autorresponsabilidad. No se trata, sin embargo, de una

6 Enrique Gimbernat Ordeig “¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?”, en *Estudios de Derecho penal*. (Madrid: Tecnos, 1990), 159. “...conocido el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos en que se apoya, correcta –por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca– o incorrecta –cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo”.

7 Una exposición detallada en Jesús María Silva Sánchez, “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”, *Derecho penal y criminología* 29, n.º 86-87 (2008): 129-148.

8 Wolfgang Frisch, “Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121 (2017): 391.

división formal, existiendo construcciones o criterios correctivos dentro de cada uno de los enfoques en procura de un mayor rendimiento teórico-práctico. Por ejemplo, no sería correcto afirmar que quien sigue un sistema de heterorresponsabilidad mixto niega la culpabilidad penal o que quien construye el fundamento material de la responsabilidad desde la autopoiesis la afirma. Lo cierto es que ya la cuestión no se limita exclusivamente a contrastar visiones contrapuestas (una de modernización y otra de resistencia) sino a develar la interpretación más plausible del modelo impuesto en el art. 31 bis y ss. del Código Penal, que en su momento respondió a una necesidad de política criminal global que hoy es mayoritariamente aceptada. En cualquier caso, la interpretación jurídica del modelo debe propender por la mayor utilidad dentro del contexto en que este opera evitando discusiones estériles en procura de justicia. El fin último es la mejor aplicación de un régimen de responsabilidad que, con más o menos acierto y claridad, está establecido en el Código Penal y lo aplican los tribunales<sup>9</sup>.

#### **a. Teoría de la responsabilidad vicarial: breve referencia al modelo anglosajón y a las doctrina del respondeat superior e identification**

En el ámbito del *Common Law* se ha reavivado toda una discusión entre los defensores y contradictores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentalmente desde tres perspectivas familiares: el fundamento material de la responsabilidad (*corporate criminal liability*), la ineficacia disuasiva de la sanción (*non deterrence*) y el reconocimiento de derechos constitucionales (especialmente los contenidos en la cuarta y quinta enmienda la Constitución de EE. UU). Baste con señalar por ahora, que el fundamento de la responsabilidad se limita a razones eminentemente disuasivas y pragmáticas<sup>10</sup>, al margen de consideraciones sobre la capacidad moral (y no jurídica) de las corporaciones. Si las personas jurídicas son una realidad social que en variedad de contextos se les reconoce el derecho de propiedad, capacidad para celebrar contratos, cometer agravios, demandar y ser demandadas<sup>11</sup>, nada obsta para afirmar que en ejercicio de estas prerrogativas

9 Miguel Díaz y García Conledo, "Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos", *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, nº 2. (2023): 34.

10 Vid. Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2016), 206.

11 Sara Sun Beale, "A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, 46 (2009): 1482-1483.

también pueden cometer delitos y ser sancionadas. No obstante, desde alguna perspectiva, lo anterior entraña una contradicción lógica que repercute en el reconocimiento de derechos como acusada dentro del proceso penal continental, algo que habrá de examinarse más adelante de cara a la no autoincriminación.

De cualquier modo, “*No soul to damn, no body to kick*” es un expresivo título de un viejo y famoso artículo del profesor de Columbia, John C. Coffee, bien sugestivo sobre el estado de frustración que evoca el tratamiento penal de las personas jurídicas, las que evidentemente no tienen alma que condenar o cuerpo que golpear: sufrir una pena –en sentido corporal–.

Es posible que cuando se adscribe el significado de lo penal a un modelo de responsabilidad, este adquiere un sentido comunicativo distinto. Garrett con referencia a Buell, señala que la persecución penal a las empresas –desde cierto punto de vista– sirve para avergonzarlas, perjudicar su reputación y colocarlas en el escarnio. La responsabilidad penal corporativa tiene una importante función de inculpación:

*la vergüenza puede hacer maravillas para hacer que una corporación se ponga en forma después de sus malas acciones*, aunque ello dependerá de la dimensión de la empresa y la clase de delito, porque no siempre se logra ese efecto<sup>12</sup>.

Así lo explica el mismo Buell:

*No es controvertido que (1) la divulgación de delitos puede hacer que los observadores reduzcan su apreciación sobre el valor de una empresa y tomen decisiones para reducir o alterar las relaciones con una empresa; (2) los procesos legales pueden afectar el grado en que los observadores revelan y comprenden los delitos; y (3) algunos aspectos de las sanciones legales pueden ser manipulables en función de la variable de cómo impactan la reputación de una empresa, aunque sea de manera aproximada*<sup>13</sup>.

Es cierto que la amenaza del castigo penal pretende incentivar el cumplimiento de la ley por parte de la empresa, acorde con un modelo disuasorio imperante de costo-beneficio como sustituto a la amenaza de castigo individual cuando el sistema

12 Cfr. Brandon Garrett, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations* (Cambridge: Harvard University Press, 2014), 168.

13 Cfr. Samuel Buell, “A Restatement of Corporate Criminal Liability’s Theory and Research Agenda”. *The Journal of Corporation Law* 47:4 (2022): 942. “La pena es también, y en primer plano, reproche social, y con ello daño al honor”. Vid. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, “Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Un modelo integral de Derecho penal”, en *Libro Homenaje a la Profesora Mirenxtu Corcoy Bidasolo*, coord. Vicente Valiente Ivañez y Guillermo Ramírez Martín, dir. Víctor Gómez Martín, Carolina Bolea Bardón, José Ignacio Gallego Soler, Juan Carlos Hortal Ibarra y Ujala Joshi Jubert (Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2022), 202.

de justicia no logra imponer sanciones directamente al personal responsable<sup>14</sup>. Sin embargo, si al castigo se le añade esta lógica retributiva de dudosos límites constitucionales, como si tal consistiese en el “*suplicio de un Damiens corporativo*”, se corre el riesgo de instrumentalizar arbitrariamente a la empresa, convirtiéndola en un mero centro de imputación donde se descarga la complejidad social. Además, difícilmente puede afirmarse que la sanción penal afecte estrictamente a quienes la merecen, por tanto la cosificación es un efecto a evitar principalmente respecto de sus integrantes<sup>15</sup>.

Al margen de las anteriores consideraciones, en el sistema estadounidense impera el modelo de atribución *agency/respondeat superior*. Bajo esta doctrina la persona jurídica podrá ser considerada penalmente responsable por actos de cualquiera de sus agentes cuando aquellos por cuenta (*within the scope*) de su empleo y con la intención de beneficiar a la persona jurídica cometan un delito<sup>16</sup>. De lo anterior, se infieren dos presupuestos o requisitos fundamentales para atribuir responsabilidad: (i) actuación en función del empleo y, (ii) la intención de beneficio para la empresa.

El primero de los presupuestos consiste en que la persona jurídica podrá ser imputada cuando conociendo (*knowingly*) y queriendo (*willfully*) ha autorizado a un administrador o incluso a cualquiera de sus empleados actuar en beneficio de ella dentro de un ámbito que ha sido autorizado por esta, bien de manera explícita o implícita. El segundo presupuesto es la actuación en beneficio, que requiere que el comportamiento desplegado por el agente sea beneficioso para la persona jurídica, y, por supuesto, no es necesario que tal beneficio sea alcanzado sino que se actúe con la intención de conseguirlo<sup>17</sup>.

Todo lo anterior coincidiría con un auténtico modelo vicarial o de transferencia, en donde el injusto (*actus rea*) y culpabilidad (*mens rea*) de la persona física se transmite –automáticamente– a la persona jurídica. Así, el *compliance* –eficaz– juega un papel exclusivamente político criminal a efectos de incentivar a la persona jurídica a evitar la comisión de delitos en su seno. De acuerdo con las *Guidelines for*

14 Brent Fisse y John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability* (New York: Cambridge University Press, 1993), 32-33.

15 Javier Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 370-372.

16 Celia Wells, *Corporations and criminal responsibility* (New York: Oxford University Press, 2001), 134.

17 Carlos Gómez-Jara Díez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010), 238-242.

*Sentencing Organizations*, el *compliance* es en realidad una recompensa –que solo incide en la determinación de la sanción– por lo que las personas jurídicas prefieren cooperar con la justicia para obtener sugerentes rebajas de pena o acuerdos que cesan o suspenden la acción penal.

Como en EE.UU prevalece una visión próxima al *respondeat superior*, el *compliance* no constituye el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Para condenar a la empresa lo que debe demostrarse judicialmente es la infracción cometida por otro acusado, sea empleado o representante y no la “ausencia de *compliance*”. En este contexto, no se ven obligadas a proporcionar evidencia sobre su presunta falta de cumplimiento con los estándares regulatorios y, siendo esto así, el *nemo tenetur* carece de toda relevancia y no se reconoce a las empresas.

De otro lado, en el derecho de Inglaterra (y en general en el *Common Law*) se utiliza la *identification doctrine* que contrastada con el modelo acogido por España presenta características comunes, máxime de su empleo en los fundamentos de alguna jurisprudencia del TS<sup>18</sup>, pero especialmente en la Circular 1/2016 de la FGE<sup>19</sup>.

La doctrina de la identificación –en su corriente restrictiva– traslada la culpabilidad de la persona física a la jurídica, esencialmente a la empresa se le hace responsable del delito cuando uno de sus funcionarios de mayor rango ha actuado con la culpabilidad requerida<sup>20</sup>. Haciendo uso de la célebre metáfora antropomórfica se equipara a la persona física con la persona jurídica, afirmándose que la persona física actúa en realidad como la propia empresa y es la mente que dirige sus actos –*the directing mind*–, siendo el representante una encarnación de la empresa<sup>21</sup>. En este contexto, de cara a la carga probatoria, a la persona jurídica le compete probar la debida diligencia a través de la adopción de medidas tendientes a evitar las circunstancias que rodearon la comisión del delito por aquellos con poder de decisión<sup>22</sup>.

---

18 Por todas, Tribunal Supremo español, STS 279/ 2019 (Ponente Excmo. D. Luciano Varela Castro).

19 Vid. Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo* (Madrid: Iustel, 2008), 94.

20 Cfr. Wells, *Corporations and criminal responsibility*, 101.

21 Critica acertada la ofrece Mongillo cuando señala que esta teoría vulnera el principio de personalidad de las penas porque “el órgano sería castigado dos veces por el *ídem factum*: una vez como persona física, otra vez como (coincidiendo con la) entidad”. Vincenzo Mongillo, “Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, Vol. I., ed. Rosario de Vicente Martínez, Diego Gómez Iniesta, Teresa Martín López, Marta Muñoz de Morales Romero y Adán Nieto Martín, (Madrid: BOE, 2021), 445.

22 Cfr. Mark Dzsouza, “The Corporate Agent in Criminal Law. An argument for comprehensive identification”, *UCL Working Paper Series*, n.º6 (2019): 6-8.

Nieto Martín, señalaba para la época en que se tramitaba el proyecto de reforma del CP español, que a su vez inspirado en las Decisiones Marco de la Unión Europea, se acogía una versión intermedia de la doctrina de la identificación para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ello, no es de extrañar que el actual art. 31 bis mantenga un sistema de doble vía en donde:

*(...) los agentes pueden ser quienes tienen el poder de representación y autoridad para tomar decisiones, esto es, los controlling officers en sentido estricto, pero también quienes tienen autoridad para ejercer controles, y donde los delitos imputados a la persona jurídica pueden ser tanto los realizados de propia mano por estos sujetos, como los cometidos por personas sujetas a su supervisión<sup>23</sup>.*

Con todo lo anterior, es suficiente con afirmar que al modelo norteamericano no le preocupa mucho la relación entre el programa de cumplimiento y el delito concreto cometido, lo importante radica en la eficacia del *compliance* para prevenir los delitos como política criminal<sup>24</sup>. En realidad, el escenario más conveniente siempre será un *DPA (deferred prosecution agreement)* o *NPA (non prosecution agreement)*; o conformidad en España.

## **b. Teoría de la responsabilidad por el defecto de organización y los modelos interpretativos de Silva Sánchez y Mongillo**

La idea precursora del defecto organizativo o culpa por organización (*Organizationsverschulden*) como base de legitimación para responsabilizar a personas jurídicas en el derecho continental surge con Tiedemann, quien sostuvo que la culpabilidad de la empresa residiría en la conducción –defectuosa– de la actividad empresarial hacia fines delictivos, porque la organización correcta es un deber de la persona jurídica misma, y no únicamente de las personas físicas. Entonces, como la empresa puede realizar un contrato, y es ella el sujeto de las obligaciones que se originan, también puede violarlas (fraudulentamente). Por tanto, las acciones de las personas físicas que actúan en beneficio de la empresa deben considerarse como propias de ésta<sup>25</sup>.

---

23 Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 95.

24 Cfr. Adán Nieto Martín, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, dir. Adán Nieto Martín (Tirant lo Blanch: Valencia, 2015), 73.

25 Klaus Tiedemann, “Nuevas tendencias en la responsabilidad de personas jurídicas”, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* (Lima: Griley, 2007), 102.

Del mismo modo, como ya lo han dicho otros autores, la culpabilidad de la persona jurídica consistiría en que no ha organizado su actividad conforme a las exigencias del ordenamiento y tal falta de organización sería la causa de la posterior comisión de hechos delictivos<sup>26</sup>. Así las cosas, el defecto organizativo constituye un doble fundamento, de un lado como injusto material y, del otro, culpabilidad propia de la persona jurídica en cuanto a exigencia de actuación conforme a derecho.

Es cierto que ese estado de cosas antijurídico (o irresponsabilidad organizada) solo es posible construirlo sobre la base de las acciones de los órganos o representantes que vinculan a la persona jurídica<sup>27</sup>. De allí que, esta teoría se muestre como un modelo de heteroresponsabilidad mixto, pues para proceder a la atribución debe definirse un hecho de conexión derivado de un comportamiento ajeno (del administrador, representante o autorizado), debiéndose probar no solo la acción o la omisión de la persona natural, sino también su culpabilidad<sup>28</sup>. En consecuencia, para trabajar con este modelo y comprobar el déficit organizativo, primero habrá que evaluar el comportamiento individual, cumpliendo con todos los criterios de imputación de responsabilidad y, segundo, transponer a la empresa la responsabilidad por el hecho del autor<sup>29</sup>. En esta línea de pensamiento, aunque con matices, advierte Dannecker:

*La conexión de la antijuricidad sólo existirá cuando se pueda averiguar respecto al hecho concreto que la lesión del bien jurídico se posibilitó a través de una deficiente estructura organizativa o de una filosofía de la empresa no correspondiente a los requisitos ético-sociales y que la lesión del bien jurídico era evitable mediante aportaciones posibles y razonables de la empresa<sup>30</sup>.*

26 María Ángeles Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario* (Barcelona: Bosch, 1998), 102.

27 En referencia al sistema vicarial, Yesid Reyes Alvarado, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas.” *Derecho penal contemporáneo*, n.º25 (2008): 45. “En realidad corresponde a acciones que han desarrollado una o varias personas naturales y porque quienes tienen la libertad de decidir conscientemente si se comportan conforme o contra las normas no es la persona jurídica sino las personas naturales que la conforman”.

28 Tiedemann, “Nuevas tendencias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 105.

29 Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009), 311-312. También con referencias. José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 215-226.

30 Si bien este autor defiende un círculo amplio de personas (no solo administradores) que pueden actuar por la persona jurídica. Gerhard Dannecker, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Penal*, n.º7 (2001): 47-51; Vid. también Klaus Tiedemann, “Corporate

Tiedemann aporta una nota distintiva afirmando que el hecho delictivo de la empresa, en tanto destinatarias –pudiendo aportar lo que es jurídicamente debido– de normas jurídicas revestidas de un carácter ético, se daría a través de la *cultura corporativa* a la cual se podría atribuir la infracción y, esa *cultura corporativa* es una expresión del concepto de culpabilidad colectiva de la organización, que no solamente constituye un criterio legitimador de la punibilidad de la agrupación sino que reemplaza a la culpabilidad o constituye por sí misma una culpabilidad<sup>31</sup>.

Para otros como Frister, aun acogiendo el anterior razonamiento, lo hace con escepticismo, sosteniendo que, aunque se suela hacer referencia a cultura o filosofía de una empresa esta es una metáfora, porque lo que se entiende por cultura corporativa es el producto de una interacción de las personas naturales que actúan en la empresa, de modo que las empresas son vividas como “realidad social” independiente, pero en nada modifica que su vivencia y obrar está transmitida necesariamente por la vivencia y el obrar de las personas naturales que actúan para ella<sup>32</sup>.

Por su lado, Silva Sánchez, quien pese a rechazar la imposición de penas –en estricto sentido jurídico penal–, ha dicho que las personas jurídicas no son destinatarias de normas de determinación (aunque sí de valoración), ofreciendo una vía de solución intermedia en línea con lo expuesto hasta ahora. Este autor –siguiendo a Lampe– afirma que a las personas jurídicas no se les imputa un injusto personal, sino que se atribuye un estado de injusto (*Systemunrecht*) a partir de las complejas dinámicas de grupo que progresivamente pueden llegar a conformar una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que integran la organización. Esa realidad criminógena, entonces, viene a constituir el déficit de organización suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-penales<sup>33</sup>, siendo innecesaria la construcción de una culpabilidad.

---

Criminal Liability as a Third Track”, en *Regulating Corporate Criminal Liability*, ed. Dominik Brodowski, Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra, Klaus Tiedemann y Joachim Vogel (Springer, 2014), 16.

31 Cfr. Tiedemann, “Nuevas tendencias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 105-106.

32 Helmut Frister y Sara Brinkmann, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Buenos Aires: Hammurabi, 2018), 29-30. Similar, Bernardo Feijoo Sánchez, “El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: Un debate interminable”, en *Orden socioeconómico y delito*, (Buenos Aires-Montevideo, 2016), 192. “La cultura empresarial o el “clima ético” de una organización son el fruto o la consecuencia de una red de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional”.

33 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos de Derecho penal de la empresa* (Madrid: Edisofer, 2016), 358-360.

Tampoco muy convencido del papel de un derecho penal de personas jurídicas, Frisch argumenta que no se trata de un castigo a la persona jurídica por un injusto propio y culpable, sino de una obligación de responsabilizarse por el injusto culpable de otros<sup>34</sup>:

*Lo que se podría cargar a la persona jurídica, como mucho, es que ella, por medio de su existencia, de determinadas estructuras (inclusive ciertos déficits) y por la falta de precauciones, posibilita o facilita la comisión de delitos por la(s) persona(s) natural(es). Tal vez también que ella (por déficits estructurales) ha incentivado esas conductas. El aporte de la persona jurídica se limita así –en categorías clásicas del injusto penal– al injusto de la participación (con lo cual evidentemente no está dicho que los demás requisitos del injusto se hayan cumplido)*<sup>35</sup>.

Un refinamiento e interesante desarrollo de este enfoque teórico lo presenta Mongillo, quien, en clave de la dogmática germánica ha sostenido una teoría bipartita donde el elemento objetivo de la infracción de la persona jurídica lo integra un hecho de desorganización; un defecto sistémico compuesto por decisiones erróneas o fallidas, de acciones y omisiones disfuncionales a cargo de las personas físicas encargadas de la adopción, gestión y aplicación efectiva del cumplimiento penal, que han favorecido significativamente el hecho individual de cara a la esfera de intereses de la persona jurídica. De su lado, la culpabilidad como exigencia subjetiva vendría dada como la capacidad concreta de una entidad para cumplir con los estándares de diligencia organizativa debida, con arreglo a unos parámetros de exigibilidad subjetiva (v.gr. cognoscibilidad del precepto regulatorio para conjurar el riesgo, previsibilidad de los riesgos penales concretos y operatividad del *compliance*; tamaño y capacidad de la empresa para organizarse y tipo de jurisdicción)<sup>36</sup>.

Mongillo entiende el hecho de desorganización como una infracción estructuralmente culposa y normativa, pero que no se reduce a la omisión de control y vigilancia por el directivo sino a una carencia de prevención del delito que conduciría a un defecto organizativo sistémico como aquella interacción disfuncional

34 Idéntico con referencia a von Liszt, Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 208.

35 Frisch, “Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación”, 393. Similar, José Luis Díez-Ripollés, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Indret*, n.º1 (2012): 15. “La responsabilidad de la persona jurídica se vincula así a un concepto similar al de accesoriedad limitada de la participación”.

36 Cfr. Vincenzo Mongillo, “El defecto de organización: enigma y esencia de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas en la experiencia de la aplicación italiana”, *La Ley Compliance Penal*, n.º14 (2023): 27-28. Con ulterior desarrollo sobre la categoría de exigibilidad subjetiva, vid. Mongillo, “Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 452-454.

entre los individuos que operan dentro de la persona jurídica. En consecuencia, esa disfuncionalidad o defecto facilita (o incluso fomenta) la comisión de delitos beneficiosos para la organización<sup>37</sup>.

En definitiva, esta idea iniciada por Tiedemann (y aún en desarrollo) presenta un notable esfuerzo por compatibilizar las exigencias político-criminales con arreglo a la dogmática penal continental, a partir de la construcción de un injusto y culpabilidad propios para la persona jurídica deslindado –parcialmente– de la persona natural, y legitimando constitucionalmente la pena a partir de los fines preventivos y retributivos. Para esta teoría conviene combinar las dos soluciones imponiendo sanciones tanto a la persona física como a la persona jurídica<sup>38</sup>. En últimas, si a la persona humana en uso defectuoso de su libertad puede ser castigada limitándole ese derecho, a la persona jurídica también puede castigársele con su patrimonio cuando en ejercicio de su actividad económica –por quien o quienes tienen la capacidad decisoria– ha realizado o no ha evitado en su seno la comisión de delitos estando en condiciones de hacerlo.

### **c. El modelo sistémico-constructivista: incumplimiento de la legalidad**

El modelo constructivista es, posiblemente, el sistema de autorresponsabilidad más acabado –teóricamente– por la coherencia entre su punto de partida metodológico y las reglas de imputación que se desprenden de este<sup>39</sup>; cualidad propia de las teorías funcionalistas sistémicas<sup>40</sup>. Este modelo, contrario al del defecto de organización primigenio de Tiedemann, separa el fundamento de injusto y de la culpabilidad elaborando una teoría del delito de la persona jurídica autónoma

37 Mongillo, "Estructura y función", 446-449.

38 Tiedemann, "Nuevas tendencias de la responsabilidad penal", 110.

39 Dicho de manera muy simplista, se trata de la reducción de los fines del Derecho penal a uno solo: a la imposición de una pena. Si los fines de la pena son re establecer la vigencia del ordenamiento jurídico, de ello se sigue que, si la persona jurídica ha configurado defectuosamente su libertad empresarial debe entonces imponerse una pena con el fin de que ajuste su fidelidad al Derecho a través de la sanción.

40 Gómez-Jara es el mayor exponente e impulsor de las anteriores ideas, proponiéndose a desarrollar y afinar un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio desde las bases y experiencia del sistema norteamericano pero anclado a su visión sistémico-constructivista.

Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2005); Carlos Gómez-Jara, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2010); Miguel Bajo Fernandez et al. *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor: Aranzadi, 2016).

o diferenciada de la persona física. Esta concepción –minoritaria en la doctrina– se basa fundamentalmente en la teoría de los sistemas sociales autopoeíticos de la que, lógicamente, presupone una capacidad de las personas jurídicas para cuestionar la vigencia de determinadas normas fundamentales de la sociedad<sup>41</sup>, empleándose para ello un método de equivalencia funcional en el orden de categorías dogmáticas normativizadas (v.gr. acción, imputación, dolo y culpabilidad), y así construir una culpabilidad propia de la persona jurídica con referencia ya no en un hecho de conexión (la persona física es apenas un presupuesto), sino en un injusto propio desde una perspectiva sociológica a la manera de Jakobs y Luhmann, fundamentalmente así:

*la cuestión, en última instancia, radicará en determinar si la ejecución por parte de la persona física es una expresión de sentido únicamente individual (expresión de sentido individual), o si por el contrario está expresando también una falta de fidelidad al Derecho por parte de la empresa (expresión de sentido empresarial)*<sup>42</sup>.

En el planteamiento constructivista, el defecto de organización, aunque es el núcleo del injusto penal, desde el punto de vista de la culpabilidad lo relevante es constatar la existencia de una cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad (*non compliance*)<sup>43</sup>. El reproche a la persona jurídica será la infracción del rol de buen ciudadano corporativo (*Good corporate citizen*) fiel al Derecho que ostenta plena capacidad para cuestionar la vigencia de la norma<sup>44</sup>.

Para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas no debería operarse con las instituciones tradicionales de la teoría del delito o al menos deben reformularse en su alcance y significado, de este modo, se plantean equivalentes funcionales para otorgar a la persona jurídica el *estatus* de sujeto para el Derecho penal, mediante un cotejo de las categorías dogmáticas del delito entre persona física y jurídica, concluyendo palabras más, palabras menos, que operan funcionalmente de igual forma.

---

41 Gómez-Jara, *Tratado sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 165.

42 Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. (Cizur Menor: Aranzadi, 2019), 85.

43 En otras palabras, Reyes Alvarado, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 61-62 “como la acción de las personas jurídicas no es equivalente a la conducta individual de cada uno de sus integrantes u órganos, sino que corresponde a una “acción compleja” que socialmente tiene un significado diverso del que posee el comportamiento desplegado por cada uno de sus miembros, la culpabilidad de la persona jurídica no es la culpabilidad derivada de los defectos de organización propios de quienes la componen o representan, sino que es una culpabilidad por la inadecuada organización de esa “acción compleja” de la persona jurídica”.

44 Gómez-Jara, *Tratado sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 165.

Es en virtud de la complejidad interna suficiente que las organizaciones poseen caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación<sup>45</sup>. Por tanto, es en esa medida que serían capaces para organizar su ámbito de competencia y responsabilizarse por las consecuencias devenidas de su actuación delictiva. Es decir, en un primer momento de la imputación objetiva se parte de una posición de garantía que ostentan las personas jurídicas y les obliga a configurar su ámbito de organización dentro de los niveles tolerables del riesgo permitido, por lo que un rebasamiento de tales niveles vendría conformar el defecto de organización. Segundo, de cara la imputación subjetiva se entiende que toda vez que las personas jurídicas participan en el proceso de creación y definición de las normas sociales (*corporate free speech*) les permite expresar un sentido comunicativo bien de fidelidad al derecho o bien de incumplimiento. El incumplimiento de una cultura de la legalidad (la no institucionalización de un programa de *compliance*) supone el quebranto del rol de ciudadano corporativo, y esto último sería la manifestación más propia de la culpabilidad jurídico-penal empresarial<sup>46</sup>.

Así, un concepto que es consustancial a este modelo y define materialmente la culpabilidad de la persona jurídica, se halla en el *compliance* o modelos de gestión y organización –en la terminología del art. 31 bis 5 del CP–. Para este modelo, la cultura de cumplimiento de la legalidad de la persona jurídica es inherente a la existencia o eficiencia de un programa de cumplimiento y acreditaría su fidelidad al Derecho o disposición jurídica, y ello precisamente permitiría afirmar o no su culpabilidad: “*la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad equivale a una cultura de incumplimiento de la legalidad. Precisamente por ello, la carencia de una adecuada cultura de compliance equivale a una defectuosa cultura de compliance*”<sup>47</sup>

Reyes Alvarado ha expresado razones ulteriores dentro de esta postura para fundamentar tanto la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica como su culpabilidad, arguyendo que si el programa de cumplimiento no se implementa o la empresa tiene una filosofía delictiva que facilita la comisión de delitos constituye su culpabilidad:

*Por eso, en el evento de que como consecuencia de la inexistencia de ese programa interno de cumplimiento o de esa filosofía delictiva se posibilite una*

45 Una explicación pedagógica sobre estos conceptos vid. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 77-79.

46 Gómez-Jara *Tratado*, 103-107. Sobre los equivalentes funcionales entre persona jurídica y física, vid. más adelante en la misma obra, 165-168.

47 *Ibid.*, 177.

*indebida forma de ataque a un bien jurídico (por ejemplo la contaminación de aguas con desechos tóxicos), el desconocimiento de esa obligación puede verse como una acción de la empresa que no solo sería contraria a la norma, sino que demostraría una conducta que no ha sido organizada en el sentido de fidelidad a la norma, lo cual hace posible que respecto de esa empresa pueda predicarse un juicio de culpabilidad*<sup>48</sup>.

Como se mencionó al principio, si bien se trata de una postura minoritaria en la doctrina, no lo es en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo a partir de la STS 154/2016 ha mantenido una línea argumental relativamente homogénea en la que la ausencia del programa de *compliance* se erige como el fundamento mismo de la responsabilidad penal de la empresa, tanto para los apartados a) y b) del art. 31 bis. Al respecto, por citar una relevante y reciente jurisprudencia:

*La responsabilidad penal de los entes corporativos, introducida en nuestro ordenamiento penal por la LO 5/2010 y matizada por la ulterior LO 1/2015, tiene su fundamento en un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión sobre sus administradores y empleados en relación con los delitos susceptibles de ser cometidos por aquellos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica*<sup>49</sup>.

Al hilo de lo anterior, este modelo de responsabilidad adopta el criterio del defecto de organización ubicándolo dentro del injusto, por lo que la carga probatoria en cabeza de la acusación supone –naturalmente– demostrar la ausencia de idoneidad de las medidas en relación con el delito concreto *atendidas las concretas circunstancias del caso* ex art. 31 bis. 1 b) para con ello acreditar un riesgo jurídico penalmente relevante. El punto neurálgico en la culpabilidad entendida como infidelidad al Derecho donde el programa de *compliance* se transforma en eximiente, implica que la defensa deberá probar que –al momento de los hechos– gozaba de una adecuada cultura de cumplimiento<sup>50</sup>.

Reformulado lo anterior de otro modo, el injusto de la persona jurídica se comprueba si, efectivamente, no existen unos procesos decisarios internos dotados de debidas pautas de supervisión y vigilancia, mientras que el programa de cumplimiento es una cuestión de culpabilidad jurídico penal. En estricto sentido, el injusto de la persona jurídica no viene integrado por ausencia o existencia del programa.

48 Cfr. Reyes Alvarado, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 62.

49 Un ejemplo reciente del grado de ambivalencia en el fundamento de la responsabilidad vid. Tribunal Supremo español, STS 710/2021 (Ponente: Excmo. Dña. Ana María Ferrer García).

50 Cfr. Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo*, 103.

Todo lo anterior obedece a la búsqueda de la coherencia intrasistemática que caracteriza a los modelos sistémicos. Bajo esta construcción teórica el primer párrafo del art. 31 bis ofrecería un escaso margen<sup>51</sup> para derivar un modelo de autorresponsabilidad, por lo que, para fundamentar un auténtico sistema constitucionalmente ajustado, debe leerse en concordancia con el apartado b), en tanto este sí especifica un deber jurídico exigible:

*(...) y que no por el hecho de que la falta del debido control sólo resulte mencionada de manera expresa en el párrafo segundo del art. 31 bis 1, deja de ser legalmente exigible respecto de los hechos de sus administradores o representantes contemplados en el párrafo primero, habida cuenta de la delimitación legal de su actuar y de la reconducción del mismo al giro propio de la entidad, esto es, al "ámbito que la persona jurídica podría y debería haber controlado", por ser el desplegado "al amparo de su nombre y/o con la ayuda de sus recursos"<sup>52</sup>.*

Una cuestión singular que genera cierta distorsión de cara a la ley positiva es afirmar que el fundamento de toda la responsabilidad de la persona jurídica descansa en la infracción de las obligaciones de *compliance*: "falta de medidas de control más falta de cultura de cumplimiento de la legalidad"<sup>53</sup>. Pareciera ser que este enfoque, unifica o fusiona el complejo y extenso art. 31 bis y lo torna en una cláusula de comisión por omisión genérica a la manera del art. 11 del CP y §13 StGB alemán, derivando una posición de garantía que se reconduciría a un deber de control de la persona jurídica sobre sus dirigentes y sus empleados<sup>54</sup>.

#### **4. El modelo positivo de responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal**

Habiendo esbozado sintéticamente los modelos teóricos de atribución o responsabilidad de las personas jurídicas quizá más relevantes, conviene analizar

51 José Luis de la Cuesta, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho penal* (2011): 14

52 Ibid., 16.

53 Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo*, 84.

54 Críticamente, Jacobo Dopico Gómez-Aller, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Derecho penal económico y de la empresa*, por Norberto J. de la Mata Barranco, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Adán Nieto Martín (Madrid: Dykinson, 2018), 146. afirmando frente a la primera vía que, "establecer este modelo organizativo de "control del controlador" no es en sentido estricto un deber jurídico de la persona jurídica. No existe una obligación legal de implementar este tipo de modelo de organización". En definitiva, sería una herramienta optativa.

el art. 31 bis del CP, toda vez que los enfoques o aproximaciones anteriores han contribuido a perfilar la interpretación positiva y, sobre todo la de la jurisprudencia. Sin embargo, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas del Derecho vigente no se decanta propiamente por un planteamiento sistémico-constructivista o de autorresponsabilidad, sobre todo porque mantiene la mirada bien puesta en la acción u omisión de una persona física<sup>55</sup>, sin que de ello se desprenda una responsabilidad objetiva por el hecho ajeno o vicarial pura. De hecho, se trata de una auténtica responsabilidad penal, pero eso sí, como afirma Dopico Gómez-Aller con acierto “*a la italiana*”<sup>56</sup>, con tradiciones algo alejadas de las sistémicas y mucho más cercanas –si se quiere– a las individualistas metodológicas<sup>57</sup>.

Debe ser puesto de relieve que, Bacigalupo Zapater ha considerado que del art. 31 bis no se desprende un modelo de imputación (o atribución) de doble vía, sino un sistema de doble autoría de los hechos imputables a la persona jurídica, tratándose –en su opinión– de una distinción desacertada e innecesaria. Así, en la norma se contemplarían dos categorías de autores individuales: (1) los administradores y empleados con facultades para obligar a la persona jurídica y, (2) los que estén sometidos a la autoridad de estos, por cuyos hechos también responderá la persona jurídica. Para este autor, lo que sucede es que el déficit de organización solo ha sido establecido como presupuesto de punibilidad para los casos de la infracción de los deberes de vigilancia y control sobre los subordinados (art. 31 bis. b), mientras que en el apartado a) referido a la responsabilidad de los administradores se ha renunciado al déficit organizacional como requisito, cuando en realidad el fundamento para ambos presupuestos de responsabilidad debiera ser el mismo en ambos casos<sup>58</sup>.

Estese de acuerdo o no, a fin de cuentas, el art. 31 bis y ss. contiene un modelo de doble vía de imputación a la persona jurídica, por tanto, los requisitos para atribuirle responsabilidad según el catálogo cerrado de delitos como para eximirla

---

55 Cfr. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dir. Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares (Madrid: La Ley, 2011), 468.

56 Con ulteriores referencias vid. Jacobo Dopico Gómez-Aller, “Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)”, *Revista Logos Guardia Civil*, (febrero, 2023): 205-207.

57 No se refiere al ordenamiento italiano, pero es una lectura que puede hacerse a partir de los planteamientos de Ortiz de Urbina Gimeno, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 491 y ss. Sin embargo, expresamente, Mongillo, “Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 442.

58 Cfr. Enrique Bacigalupo, *Compliance y Derecho penal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2011), 98-99.

de ella, son distintos por una y otra vía<sup>59</sup>. Dos son las reglas de imputación para tener en cuenta: (i) que el delito ha sido cometido por un directivo o (ii) por un subordinado con infracción de los deberes de supervisión y vigilancia del directivo. El canon gramatical de los numerales a) y b) del art. 31 bis.1 señala en uno y otro apartado que el delito es cometido “*por los*”, “*por sus*” y “*por quienes*”. O bien como apuntala Silva Sánchez, de la literalidad del texto del art. 31 bis 1. CP se desprende con cierta claridad que el delito lo cometen otros (a saber, personas físicas). Y que sobre la persona jurídica recae una responsabilidad que surge de dicha comisión del hecho por terceros<sup>60</sup>.

Ahora bien, la distinción entre las dos vías de imputación es solo por ahora cualitativa dado que a efectos penológicos la consecuencia es la misma. Pero en realidad de *lege ferenda*, si debiera tener una consecuencia más grave el supuesto de directivos que el de los empleados<sup>61</sup>, en la medida en que son estos los que expresan la “soberanía delictiva” de la persona jurídica, de acuerdo con lo que dice Del Rosal Blasco:

*El por qué sea eso así, probablemente viene explicado, como en el caso italiano, porque, en el caso de los directivos, su conducta expresa la propia voluntad de la sociedad en todas sus relaciones externas, mientras que, en el caso de los empleados, la empresa solo tiene, sobre ellos, un deber de control, que, además, se habrá de demostrar que se ha incumplido gravemente, presumiéndose su cumplimiento en otro caso<sup>62</sup>.*

Naturalmente, de este modelo de doble vía también se desprenden consecuencias procesales importantes, porque no será lo mismo hacerle frente a una acusación que afirma la comisión de un delito por un directivo, que ha actuado en beneficio de la persona jurídica eludiendo fraudulentamente las medidas de control dispuestas para su evitación, que defenderse cuando se argumenta la no adopción de medidas de control frente a la actuación ilícita de subordinados

59 También será distinto lo que deberá probarse en uno y otro supuesto. Jacobo Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Memento Penal* (Francis Lefebvre, 2023), n. 3114; El mismo, “Dos interpretaciones contra legem”, 207.

60 Jesús María Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa y Compliance*. (Barcelona: Atelier, 2013), 24.

61 Ello contribuiría, sin duda, a despejar dudas sobre lo que se debe exigir en cada supuesto de hecho, si se entiende que la gravedad del dolo no es la misma que la de la culpa. De otra opinión, la STS 1932/2024: “en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas no existe esa correlación ajustada entre gravedad del delito y gravedad de la pena. Un delito muy grave puede quedar sancionado solo con multa; y un delito de escaso relieve acarrear la disolución de la persona jurídica”.

62 Bernardo del Rosal Blasco, *Derecho penal de sociedades mercantiles*. (Cizur Menor: Aranzadi, 2022), 49.

sometidos al control del directivo. Así las cosas, la ubicación sistemática y exigencia probatoria del programa de cumplimiento variará según la primera o la segunda vía. En la primera podría ser una cuestión de culpabilidad (defensa) y en la segunda una cuestión de injusto (acusación) como es apenas habitual en la dinámica procesal penal. Ya veremos.

### **a. Primera vía de imputación: el delito de administradores y sujetos asimilados**

El primer supuesto del art. 31 bis a) recoge un círculo de sujetos que podría reconducirse a la figura del administrador de hecho o de derecho, o dicho de más manera gráfica, aquellos con poder de mando o capacidad de dirigir la persona jurídica<sup>63</sup> y vincularla materialmente. En este sentido, Dopico Gómez-Aller afirma que:

*la conducta de un administrador actuando en nombre o por cuenta de una persona jurídica, o que omite un deber que ostenta precisamente en tanto que administrador, no puede ser considerado un hecho ajeno a ésta, sino, por el contrario, el hecho paradigmáticamente más propio del ente colectivo*<sup>64</sup>.

La responsabilidad del directivo se ve reflejada en dos situaciones paradigmáticas pero diferenciadas: (i) cometer el delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica o (ii) incumplir los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados. No obstante, frente al primer supuesto lo que se exige es que el administrador o representante realice su conducta en tanto que administrador o representante, si bien desviándose del legítimo ejercicio de sus funciones<sup>65</sup>.

Esta primera vía se muestra muchísimo más exigente<sup>66</sup> en torno a la carga de la prueba para la defensa que la segunda como más adelante se podrá reparar, toda vez que para eximir de responsabilidad a la persona jurídica habrá de probarse la presencia de cuatro hechos o condiciones de acuerdo con el art. 31 bis. 2, a saber: (i) la adopción y ejecución de un programa de cumplimiento *ex ante* eficaz para la prevención o mitigación de los delitos, (ii) un *compliance officer* o auditoría autónomos encargados de monitorear el programa (órgano de vigilancia), (iii) la elusión fraudulenta de las medidas de prevención, vigilancia y control por parte de los directivos y, (iv) una omisión eminentemente dolosa que

---

63 Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 140.

64 Ibid., 137.

65 Ibid., 142.

66 Dopico Gómez-Aller: “Dos interpretaciones contra legem”, 209.

genere una posición de garantía en cabeza del *compliance officer* o de la auditoría encargados del *compliance*<sup>67</sup>.

Se observa con cierta claridad que el artículo 31 bis. 2 cataloga cuatro cargas que contribuyen a perfilar el comportamiento típico de los sujetos del apartado 1. Aunque el artículo 31 bis 2 especifica conductas con un marcado acento omisivo, no son el fundamento de la responsabilidad, es decir, no es propiamente un deber tener un *compliance*. En realidad, en lo que respecta a los delitos de directivos, en el debate procesal lo que realmente interesa es demostrar cómo, cuándo y de qué modo estos se desviaron concretamente de los deberes fiduciarios que les competían para con la persona jurídica cometiendo un delito de los que puede responder la persona jurídica. La existencia de *compliance* idóneo sería apenas un instrumento auxiliar no para exteriorizar una cultura de legalidad sino, para determinar el umbral del riesgo permitido y con ello la tipicidad del hecho atribuible a la persona jurídica que cometan las personas físicas<sup>68</sup>.

Por su parte, si el directivo actuando en nombre por cuenta y en beneficio de la persona jurídica ha cometido un delito, para declarar la ausencia de responsabilidad el CP exige que se hubiesen adoptado medidas especialmente incisivas: unas de un carácter tal que, para poder cometer el delito, el dirigente hubiese debido actuar mediante una elusión fraudulenta para soslayar el control o engañar al controlador<sup>69</sup>. Sin embargo, las razones de este modelo pueden ser –aparentemente– más sencillas; se imputa responsabilidad a la persona jurídica, por cuanto uno o varios de sus directivos como máximos gobernantes de la entidad cometieron los delitos dolosamente en beneficio de aquella.

Lo anterior –aunque paradójico– exige acreditar además del delito de la persona física, el injusto propio de la persona jurídica: el defecto de organización consistente en una *interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de la multiplicidad difusa de personas físicas que conforman los órganos de la empresa*, que va más allá de la mera transferencia de un hecho ajeno. Si se parte de una concepción de la

67 Cfr. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, *Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)*, en Responsabilidad de la empresa y compliance, dir. Santiago Mir, Mirenxtu Corcoy y Víctor Gómez Martín (Montevideo: Editorial B de F, 2014), 15-19, Jacobo Dopico Gómez-Aller, “Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”, en *Derecho penal económico en la era Compliance*, dir. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 181-184.

68 Cfr. Beatriz Goena Vives: *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 345.

69 Con cita de Nieto Martín, Dopico Gómez-Aller, J., “Dos interpretaciones contra legem”, 215.

empresa como riesgo permitido, esta deja de serlo cuando las acciones u omisiones de sus dirigentes la convierten en un riesgo desvalorado por el Derecho penal<sup>70</sup>.

A mayor abundamiento, y con base en la doctrina de la identificación orgánica esbozada en el apartado *supra* 3.a, Nieto Martín explica —según esta concepción— que la comisión del hecho por parte de un directivo representaría la transferencia de un injusto y una culpabilidad mayor, que la realización del hecho por un empleado como consecuencia de la infracción de deberes de vigilancia por parte del directivo. No es que se transfiera el delito en sí —v.gr. la corrupción entre particulares—, sino un injusto y culpabilidad distintos. Entonces, si para la segunda vía será la infracción grave del deber de vigilancia<sup>71</sup>, en esta primera vía la imputación consistirá en la actuación ilícita de la persona física en tanto que órgano de la persona jurídica, por lo que se ha de justificar que el delito no es expresión exclusivamente de una conducta individual, sino del “*nosotros colectivo*”<sup>72</sup>.

Lo anterior supone que en la primera de las vías no se exija para castigar a la persona jurídica prueba de que haya habido una falta de supervisión, vigilancia y control. Basta con que se pruebe que el administrador o representante cometió el delito en beneficio de la persona jurídica. Así, al hilo del FJ tercero de la STS 279/2019 —empero, jurisprudencia minoritaria— se excluiría la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control; por el contrario, lo que legitima la imputación o atribución del hecho típico a la persona jurídica en esta primera vía es el propio comportamiento del administrador o directivo quien, por su especial posición jurídica (poder de mando, *leading position* o *brain area*) realiza dentro de la organización (por cuenta y en beneficio) un delito por los que habrá de responder la empresa de acuerdo con el sistema *numerus clausus* previsto en el CP. Ni más, ni menos.

Otra cuestión es que en el actual sistema español los directivos están sometidos al control y vigilancia de una instancia *ad hoc* que tiene poderes autónomos de control sobre ellos (el “órgano de vigilancia” *ex art. 31 bis 2 b*), es decir, un mecanismo optativo —no obligatorio— de la persona jurídica para desplegar una diligencia cualificada en ejecución del programa de cumplimiento, monitoreando las amplias facultades de organización y control de los administradores. La justificación de ello estriba en que,

70 Con referencia a Jesús María Silva Sánchez y Beatriz Goena Vives, “Culpabilidad ¿Juicio de imputación o de atribución? Estudio a partir de la responsabilidad penal corporativa”, en *Delito y empresa*, dir. Ramón Ragués I Vallés y Ricardo Robles Planas (Barcelona: Atelier, 2018), 268.

71 Cfr. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 97.

72 Cfr. Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 334.

la empresa que ha situado por encima de sus propios administradores una instancia supervisora —donde la capacidad de control no culmina en los administradores, existiendo controles sobre ellos— debe ser exonerada, siendo consecuentes con un modelo que reivindica el hecho propio de la persona jurídica. No obstante, esta circunstancia deberá ser alegada por la defensa según *infra* apartado 8.

Es bien sabido que la reforma de LO 1/2015 propició el debate sobre la naturaleza exoneratoria de los programas de cumplimiento, discutiéndose especialmente entre los operadores jurídicos si aquellos constituyan una causa de atipicidad o una eximente vinculada con la antijuridicidad y culpabilidad<sup>73</sup>. Pero, al margen de la intrincada discusión dogmática que le subyace a esto, basta con poner de relieve que de la lectura más elemental del art. 31 bis 2 se desprende que: *si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen acumulativamente las condiciones allí listadas.* Y, por si fuera poco, el marco tradicional de las eximentes del art. 20 del CP emplea la misma terminología<sup>74</sup>, siendo lo más razonable admitir que el legislador dispuso el programa de cumplimiento como eximente.

Todo lo anterior, no es sino una razón más para afirmar que el legislador decidió distinguir dos reglas de atribución de responsabilidad y, con ello, distintas exigencias para su exención en caso de delitos de los dirigentes y en el de delitos de sus subordinados. Ese elevado nivel de exigencia lo es únicamente para la cláusula de exoneración en relación con delitos de los máximos dirigentes<sup>75</sup>.

Que ello sea así, se debe no solo a la fuente de inspiración legislativa sino también a una cuestión político criminal interesada en la prevención de los grandes delitos corporativos —generalmente realizados por la alta dirigencia—. En consecuencia, suponen mayor exigibilidad, en el entendido que disponer de un órgano de vigilancia especialmente encargado de monitorear —eficazmente— la actuación de los cerebros de la organización podría fundamentar su ausencia de responsabilidad, cuando pese a la existencia del comportamiento desviado del máximo dirigente, la persona jurídica se ha esforzado *controlando al controlador*<sup>76</sup>.

---

73 Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes*, 347.

74 Antonio del Moral García, "Aspectos procesales de la responsabilidad penal corporativa", en *Defensa corporativa y compliance*, coord. Antonio Alcolea Cantos y Juana María Pardo Pardo (Cizur Menor: Aranzadi, 2019), 219

75 Vid. Dopico Gómez-Aller, "Dos interpretaciones contra legem", 209 y 213

76 Dopico Gómez-Aller, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", 139.

## b. Segunda vía de imputación: el delito de empleados

El denominado delito de empleado o de subordinado suele confundirse o solaparse con el delito del directivo. Sigue que usualmente los déficits de organización comienzan a intuirse a partir de la confluencia de actividades delictivas desarrolladas por los niveles bajos y medios de la estructura jerárquica, pero claro, estas situaciones vienen precedidas por decisiones empresariales del *top management*, de manera que debe reconducirse a la aplicación del art. 31 bis 1.a). Con razón expresa Feijoo Sánchez, cuando afirma que en caso de que alguna de las personas a las que se refiere la letra a) actúe dolosamente pasaría a ser directamente aplicable la primera modalidad. Si el subordinado actúa en provecho de la persona jurídica y el superior no lo evita, éste estará también actuando en provecho de la persona jurídica<sup>77</sup>.

Con lo anterior, quiere decirse que el art 31 bis. b) contiene un fundamento diametralmente distinto, máxime que prevé la imprudencia grave como título de imputación subjetiva paradigmático. Como sistema de imputación prevé una responsabilidad por culpa *in vigilando*, de tal manera que la infracción a los deberes de supervisión, vigilancia y control se erige como el núcleo típico de la infracción de la persona jurídica; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre, como ya se vio, en la primera vía, no se exige un organismo de vigilancia especial pues naturalmente bastan los resortes habituales del poder de dirección<sup>78</sup>.

El apartado b) del art 31 bis. 1 indica que a la persona jurídica le será imputado el hecho cuando aquellos que en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, estando sometidos a la autoridad de los directivos, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente *por aquellos* los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Estos deberes constituyen una auténtica posición de garantía reflejados en el establecimiento de mecanismos de obtención de información sobre el comportamiento del subordinado y, ii) mecanismos de corrección de tal comportamiento, si es que se prevé o se debe prever como delictivo<sup>79</sup>.

77 Bernardo Feijoo Sánchez, “Los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, coord. Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 87-88.

78 Dopico Gómez-Aller. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 146.

79 Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa*, 22; Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch. 2017), 174-175. Vid. también, José Luis González Cussac: *Responsabilidad penal de personas*

En cuanto a la carga probatoria, posee el tratamiento de cualquier otro elemento típico; hecho negativo que le corresponde a la acusación probar: ausencia de medidas efectivas de control idóneas para cuya elusión sea necesario un mínimo de energía por parte del empleado<sup>80</sup>. Así, la persona jurídica podrá verse eximida de responsabilidad cuando pueda afirmarse que pese a haberse omitido el debido control, en las circunstancias del caso, su cumplimiento no habría logrado evitar el hecho del subordinado<sup>81</sup>. Este estándar, conocido como prueba del comportamiento alternativo conforme a derecho emplea un enfoque más flexible, pues bastará demostrar la implementación de medidas razonables de prevención, por tanto, no es requerida la elevada exigencia del art. 31 bis 2.

## 5. Balance

La cuestión no es encapsular un modelo teórico en la prescripción normativa sino dotarla —*lege lata*— de plausibilidad y razonabilidad atendiendo al principio de legalidad. Es cierto, como expresa Del Moral, que la aplicación judicial en lo sustantivo probablemente no variará en la mayoría de los casos —aunque no en todos— sea cual sea la concepción teórica que se adopte<sup>82</sup>; no tan cierto es que según la lectura *ex lege* que se realice, el *onus probandi* se mantendrá igual, sobre todo en lo atinente al programa de cumplimiento porque claramente no se ha alcanzado consenso sobre su alcance probatorio; su naturaleza o ubicación sistemática, basta con contrastar la primigenia STS 154/2016 y la reciente STS 1932 de 2024 de las que nos ocuparemos más adelante.

Si afirmamos que existen dos vías diferenciadas de imputación, la distinción debe significar algo a efectos de prueba, pues en uno y otro caso el estándar probatorio de la acusación aumentara o disminuirá, pero paradójicamente la exigencia probatoria no es que vuelva las cosas más sencillas. Probar la segunda vía es constatar un hecho en comisión por omisión, una acción compleja por parte de subordinados sin la supervisión de los directivos: un auténtico defecto de organización. En la primera, una voluntad societaria criminógena que se compadecería con una doctrina de la identificación orgánica en la que el programa de cumplimiento juega exclusivamente un instrumento de exención.

---

*jurídicas y programas de cumplimiento* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 200

80 Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad”, en *Memento Penal*, n. 3134.

81 Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa*, 22

82 Cfr. Antonio del Moral, prólogo a la segunda edición de *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, por Carlos Gómez-Jara Díez (Cizur Menor: Aranzadi, 2019), 35

Dopico Gómez-Aller ofrece una explicación más precisa cuando se refiere a que el Derecho positivo español no ha optado por un sistema de autorresponsabilidad o de heterorresponsabilidad puro, sino por uno de naturaleza dual o mixta. Un sistema que se aproximaría a la doctrina de la identificación orgánica restrictiva o intermedia, estableciendo regímenes de responsabilidad claramente diferenciados:

*En el caso de los delitos «de directivos», pues, la simple comisión del delito por parte del administrador o directivo por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica; y sólo se deberá entrar a analizar si hubo una adecuada supervisión y control en el caso de que se alegue la concurrencia de un supuesto de los de exención de responsabilidad de la persona jurídica a que se refiere el CP art.31 bis 2. Por el contrario, en el caso de los delitos «de empleados» sólo cabe atribuir la responsabilidad a la persona jurídica si se demuestra ese incumplimiento grave de los deberes de supervisión y control<sup>83</sup>.*

Con todo, pueden extraerse provisionalmente dos consecuencias al tenor de la ley:

- i. En la primera vía la interpretación del art. 31 bis (a) sugiere que la responsabilidad penal se corrobora a partir de la actuación ilícita de la persona física como órgano de la persona jurídica, requiriéndose justificar que la acción no es puramente individual sino la manifestación de un “nosotros colectivo”. Este enfoque permite distinguir entre una responsabilidad por las acciones de los altos cargos y la que surge en la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre sus empleados.
- ii. En la segunda vía según art 31 bis (b), corresponde es verificar que el subordinado actuó delictivamente con ocasión de la infracción grave de los deberes propios del directivo de supervisión, vigilancia y control, de manera que, en sede de tipicidad debe verificarse la naturaleza de infracción con arreglo a la idoneidad *ex ante* de las medidas para la prevención del delito. Para exonerarse de responsabilidad, la persona jurídica habrá de demostrar que antes de la comisión del delito gozaba de un programa de cumplimiento para la prevención de los delitos de su misma naturaleza.

---

83 Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad”, en *Memento Penal*, n.º3148.

## 6. **Nemo tenetur y responsabilidad penal de la persona jurídica**

### a. ***Nemo tenetur se ipsum accusare* ¿acusarse de qué?**

Una de las cuestiones más problemáticas en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el derecho a la no autoincriminación<sup>84</sup>. Como se ha podido ver, si el fundamento material de tal responsabilidad no está del todo claro, mucho menos será el tratamiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal.

Históricamente, el *nemo tenetur* se ha ligado al proceso justo y al derecho de defensa con el avance hacia el derecho penal post-ilustrado, en especial frente a la prohibición de sufrir tratos inhumanos, degradantes y de tortura. Es pues, una garantía procesal vinculada estrechamente a la dignidad humana<sup>85</sup> y presunción de inocencia. No es de extrañar que la mera alusión a un derecho de no autoincriminación para las personas jurídicas causa desconcierto en algunos dada su esencia personalísima, máxime de la escasa casuística.

Podría decirse que una vez vinculada la persona jurídica como acusada al proceso penal, puede anclarse el contenido objetivo del derecho en la presunción de inocencia, por lo que la cuestión nuclear reside en establecer su alcance y realización desde una perspectiva que permita garantizar el equilibrio entre las partes dentro de un proceso acusatorio y contradictorio, que instituye el derecho del acusado a no colaborar en su propia acusación y en su condena, exigiendo que sean los poderes públicos los que aporten los medios de prueba que desvirtúen tal presunción<sup>86</sup>.

Pero desde luego que reconocer el derecho a la no autoincriminación a la persona jurídica plantea una contradicción del sistema, no tanto por la dificultad de dotar de contenido al derecho fundamental, sino porque riñe con su fundamento político criminal, teniendo en cuenta que sus raíces –sistema estadounidense actual– se basan en la colaboración de las empresas con las autoridades estatales.

Si de las ideas de autorresponsabilidad organizada y de autorregulación regulada se sigue por un lado que las personas jurídicas tienen un derecho a organizarse autónomamente –libertad empresarial–, y del otro, un deber de colaborar con el Estado en la prevención y reacción contra la corrupción y el delito –deber de colaboración–, la

84 Jacobo Dopico Gómez-Aller, "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos", *Diario La Ley*, , n.º 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2012, p. 8.

85 Adán Nieto Martín y Axel Blumenberg, "Nemo tenetur se ipsum accusare", en *Derecho penal económico europeo. Curso en Derecho penal económico* (Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2008), 294.

86 Juan José González López, "Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa", *Revista Jurídica de Castilla y León*. n.º40 (2016): 46.

tensión es evidente. El reconocimiento del derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica implicaría justamente el derecho a negarse en colaborar con la justicia sin que se vean mermadas sus garantías luego dentro del proceso<sup>87</sup>. Pero también, el reconocimiento absoluto del derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica puede ser visto como una obstrucción a la justicia torpedeando su administración y funcionamiento.

Más complejo se muestra lo que ocurre con los programas de cumplimiento, siendo estos el rasgo más claro de la política criminal en materia de responsabilidad penal corporativa. El legislador ha buscado *premiar* exonerando o atenuando la responsabilidad a las empresas que implementan un *tailored compliance ex art. 31 bis 5*, pero también es cierto que, la justicia en el afán de acusar y someter a enjuiciamiento a las personas jurídicas se les requiere a través del juez de instrucción o de las ordenes de entrada y registro estos programas para edificar la acusación –“el dilema de los programas de cumplimiento interno”–. Goldsmith y King han dicho que:

(…) tales programas han producido un dilema inesperado para muchas empresas: cuando una empresa responde a incentivos regulatorios implementando un programa de cumplimiento integral que promueve una conducta legal, corre el riesgo de generar información incriminatoria que puede generar responsabilidad penal o civil<sup>88</sup>.

En este escenario, una extendida línea jurisprudencial entiende que en la ausencia de los programas de cumplimiento descansa la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para esta opinión, la carga de la prueba de la acusación se referirá a la demostración de la ineficacia o inexistencia del modelo de cumplimiento.

Se pretende entonces indagar si es plausible reconocer el derecho a no incriminarse en el contexto de la persona jurídica imputada, y examinar si aquella goza de la prerrogativa de negarse a entregar o aportar el modelo de *compliance*, porque según la interpretación que se siga sobre el fundamento material de la responsabilidad penal de personas jurídicas el derecho al *nemo tenetur* tiene un alcance distinto.

Si se sostiene como hasta ahora que, la acusación no debe probar –genéricamente– la ausencia de una cultura de cumplimiento o fidelidad al derecho sino algo distinto según una u otra vía de atribución: un delito de directivos –art. 31 bis. letra (a)– o un delito de empleados –art. 31 bis letra (b)–, podría encaminarse la materia a un plano donde la incriminación consiste en la comisión de delitos en su seno y no en la ausencia o ineficacia de un programa de cumplimiento como núcleo de la responsabilidad.

---

87 Cfr. Nieto Martín y Blumenberg, “*Nemo tenetur se ipsum accusare*”, 281-282.

88 Michael Goldsmith y Chad W. King, “Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance programs”, 50 *Vanderbilt Law Review* XV (1997): 4.

## b. Contenido del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas

Se da por hecho que la persona jurídica es titular del derecho fundamental a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable<sup>89</sup>. No obstante, la cuestión práctica que más incertidumbre suscita es las ordenes de entrada y registro para obtener la documentación que pueda servir de prueba para acusarlas (apartado 7 *infra*). Lo usual sería decir que esto es plenamente válido, pues también se ordenan esta clase de diligencias para recabar el arma en el domicilio de una persona investigada de un homicidio o el uso de las pruebas de alcoholemia para averiguar el grado de intoxicación ética. En ultimas, se trata de investigar hechos de apariencia delictiva, pero al menos, en el proceso penal moderno el fin no justifica los medios y desde la apertura de la investigación debe saberse qué se investiga específicamente.

Sin perjuicio del margen limitado respecto de las personas que pueden ejercer el derecho, la reforma de la Ley 37/2011 reconoce el *nemo tenetur* de la persona jurídica en los art. 409 bis y 786 bis de la LECrim<sup>90</sup>; y con el art. 24.2 de la Constitución española se extrae el fundamento más preciso del derecho de la persona jurídica a no declarar contra sí misma, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia con todas las implicaciones que se desprenden. Las razones más elementales –o principalísticas– de su reconocimiento son por la intensidad de los efectos del derecho penal como señala Echarri Casi:

*La aplicación a la persona jurídica de derechos y garantías procesales como la presunción de inocencia, no autoincriminación, defensa real y efectiva, deben serlo sin condicionamiento alguno, y no sólo por la reconocida capacidad positiva de sufrir penas, sino porque la naturaleza de aquellas es esencialmente idéntica a las de las personas físicas, y arrastra un componente estigmatizador y de daño reputacional evidente<sup>91</sup>.*

89 "En cuanto imputado o acusado en un proceso penal, lo es a todos los efectos y con todas las consecuencias. Cosa distinta, en cambio, es que resulte posible y/o conveniente trasladarle en bloque y de forma mimética y acrítica el estatuto jurídico procesal configurado para el imputado, persona física". Coral Arangüena Fanego, "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance", en *Tratado Sobre Compliance Penal*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 441.

90 "Parece que la remisión a la LECrim habría de entenderse una LECrim debidamente interpretada a la luz de los preceptos constitucionales correspondientes, entre ellos el art. 24.2". Vid. Guillermo Ormazabal Sánchez, *El derecho a no incriminarse* (Cizur Menor: Aranzadi, 2015), 233.

91 Fermín Echarri Casi, "Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas ¿Ficción o realidad?" *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance I*, (Primavera, 2023): 5.

Ormazábal Sánchez desde una perspectiva particular, sostiene que para cobijar a las personas jurídicas con el *nemo tenetur* y el derecho a no colaborar activamente, debe tenerse en cuenta que en su trasfondo están las personas físicas que la integran, quienes podrían verse afectadas en sus propios intereses por las consecuencias adversas que pueda correr la persona jurídica en el proceso penal. Según esta opinión, compelir con sanciones u otro tipo de consecuencias perjudiciales al representante de una sociedad para que declare o aporte información incriminatoria en contra de la persona jurídica equivaldría a perjudicar a la entidad de cuya buena marcha depende su propia subsistencia económica, personal y familiar, su reputación social y profesional<sup>92</sup>. Por lo tanto, la interpretación del canon constitucional recogido en el art. 24.2 sugeriría que la persona jurídica ha de quedar eximida de cualquier tipo de cooperación activa sin padecer consecuencias adversas o ser compelida a entregar documentos, revelar ciertos datos o cooperar en cualquier otro modo<sup>93</sup>.

A la inversa, esta postura obedece más a razones de filosofía moral o de la ética que sin duda merecen un tratamiento más profundo. Sin embargo, en el proceso penal de las personas jurídicas la afectación de los intereses de los socios por posibles sanciones o responsabilidades económicas es un riesgo y costo implícito de la inversión que están obligados a soportar (tanto como lo es asumir las pérdidas de una mala inversión). El proceso y la amenaza de la pena contra la persona jurídica constituyen externalidades negativas para los socios, pero ello caería en una categoría similar al perjuicio que experimenta la familia de una persona condenada o enjuiciada<sup>94</sup>. A este respecto, Fisse y Braithwaite aportan razones convincentes para rechazar esta propuesta:

*En primer lugar, los socios que asumen costos no están sujetos al estigma del proceso y castigo penal: no son acusados sino beneficiarios corporativos. En segundo lugar, los empleados y accionistas acceden a un esquema distributivo en que las ganancias y pérdidas de las actividades corporativas se distribuyen sobre la base de su posición en la empresa o tipo de inversión más que grado de merecido elogio o reproche. Los participantes en este tipo de esquema no pueden negar que el flujo de pérdidas corporativas es justo, porque han optado por derechos sujetos a riesgo corporativo, no solo merecimientos. En tercer lugar, y sobre todo, no castigar a una empresa culpable sería permitir que las corporaciones acumularan y distribuyeran a los socios un conjunto de recursos que no reflejan el costo social de la producción<sup>95</sup>.*

92 Cfr. Ormazabal Sánchez, *El derecho a no incriminarse*, 234.

93 Ibid., 273.

94 Fisse y Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, 50

95 Ibid., 50.

En otro orden de ideas, los derechos a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a no colaborar activamente son, desde luego, garantías que avalan que el acusado guarde silencio sobre aquellos hechos que podrían suponer su incriminación o agravamiento de su situación procesal. A efectos prácticos, cabe entender que las vertientes del *nemo tenetur* se reconducen a un único derecho fundamental: el derecho a no autoincriminarse, cuyo contenido básico consiste en no realizar declaraciones perjudiciales, para decidir por sí mismo la forma y el modo en que sus declaraciones pueden convertirse en prueba, pudiendo optar como estrategia defensiva una actitud pasiva o no colaborativa<sup>96</sup>. Es por esto último que en el contexto del proceso penal contra personas jurídicas resulta más adecuado referirse a un derecho a la no colaboración o cooperación, porque las declaraciones del investigado –en estricto sentido– no constituyen el único anclaje del *nemo tenetur*. Gascón Inchausti señala que también se proyecta sobre: (i) la negativa de la persona jurídica a suministrar la información y los documentos que le sean reclamados y posean carácter incriminatorio, (ii) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a suministrar esa misma información y documentos, (iii) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a responder preguntas de contenido incriminatorio para la persona jurídica en el contexto de una investigación o proceso penal<sup>97</sup>.

Quizá todo lo anterior pueda ser una aproximación apriorística, porque el problema es más intrincado y requiere de formulaciones pragmáticas, y es que ya la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011 advertía que: “desde ese punto de vista, la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el ius puniendo estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se las facultaría para rehusar toda cooperación”. Pero también es cierto que, “pocos elementos probatorios hay más rentables para una acusación, procesalmente hablando, que un informe de investigación interna, o informe de autoevaluación, que concluya que los mecanismos de prevención no funcionaron”<sup>98</sup>.

96 Arangüena Fanego, “El derecho al silencio”, 463; Echarri Casi, “Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas”, 4.

97 Fernando Gascón Inchausti, *Proceso penal y persona jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 121. También, él mismo, *Memento Penal Francis Lefebvre* (Lefebvre: 2023), n.º3203.

98 Carlos Aguilera Fernández y Alfredo Liñán Lafuente, “El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del “compliance officer””, en *Persuadir y Razonar. Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo II, coord. Carlos Gómez-Jara Díez (Cizur Menor: Aranzadi), 2018, 805.

El canal de denuncias y los informes sobre investigaciones internas proyectan, naturalmente, la imagen más nítida sobre la operatividad y eficacia del programa de *compliance* de una organización empresarial, y nada se hace con un programa de prevención de riesgos penales plasmado en papeles. Las investigaciones internas permiten construir una versión objetiva de los hechos que pueden perjudicar los intereses de la persona jurídica, pues es apenas natural que dentro de la organización confluyan diversas versiones sobre los acontecimientos y los intereses se contrapongan de cara a que prevalezca una u otra versión. De manera que, en el curso de una investigación penal la empresa puede verse incentivada a revelar la información que procede de las investigaciones internas; sin embargo, no tiene en absoluto la obligación de denunciar hechos que puedan perjudicarle, toda vez que le asiste ese derecho a no colaborar en su propia incriminación y guardar silencio<sup>99</sup>. Además, el *compliance* o las investigaciones internas pueden contener datos sobre el hecho de conexión y/o sobre un eventual efecto beneficioso para la persona jurídica<sup>100</sup>. Nada será más atractivo para la acusación que conocer los resultados de las investigaciones para hallar indicios o pruebas suficientes para vincular al proceso a la persona jurídica, al menos en línea con la jurisprudencia mayoritaria que aboca por un estándar de prueba consistente en demostrar la inexistencia de *compliance* para condenar a la empresa.

Sin embargo, si se es consecuente con la responsabilidad por el hecho propio deberá entonces propenderse por un equilibrio entre la protección del derecho de las personas jurídicas y la urgencia de obtener información relevante para la investigación. Es pues, una cuestión de límites y distribución de competencias procesales.

Como reglas generales, el representante de una persona jurídica tendrá derecho a no colaborar con la investigación siempre que actúa en nombre y representación de esta, porque en todo los demás el representante posee el tratamiento de un tercero, y ciertamente como tercero está sujeto al régimen general aplicable a terceros del proceso penal que implica el deber de colaborar en todo lo que pueda ser útil para la investigación y el enjuiciamiento. Si posee información relevante, es un testigo sometido al deber de veracidad, al igual que si tiene en su poder documentos u otros objetos relevantes, estaría obligado –en principio– a entregarlos<sup>101</sup>. Incluso, si un socio es llamado a declarar como testigo está obligado a hacerlo, otra cosa es que

---

99 Cfr. Nieto Martín, *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, 264-265.

100 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 37.

101 Cfr. Héctor Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLI, (1er semestre, 2015): 248.

como estrategia de defensa pudiera añadir información que pueda favorecer a sus intereses frente a lo que le pueda ser preguntado.

En definitiva, se trata de distinguir entre un *nemo tenetur* individual (en beneficio propio) de uno colectivo (en beneficio de la persona jurídica). González López explica con acierto que:

(...) la persona jurídica no puede exonerarse de colaborar cuando la información se solicita en relación con la investigación que se sigue contra una persona física, aunque esté vinculada a ella. No cabe realizar una confusión de persona natural y jurídica a efectos de la aplicación del derecho<sup>102</sup>.

### **c. Luces y sombras en el reconocimiento en el derecho a la persona jurídica**

Es una obviedad que las personas jurídicas no tienen voz propia y su voz es la de las personas físicas que la integran –*the hands and those who represent the brains*<sup>103</sup>–, por lo que la LECrim mantiene para el caso de las personas jurídicas una cláusula de reconocimiento relativo o condicionado frente a la prerrogativa a guardar silencio. El art. 409 bis expresa literalmente que esta será aplicable en *lo que no sea incompatible con su especial naturaleza*, de manera que *de lege lata*, no cabe identificar el derecho de forma absoluta con el de la persona física. Adicionalmente, el art. 709 bis establece que solo la persona especialmente designada será la habilitada para guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. Lo anterior, por supuesto, no deja de ser problemático.

Si se trata de concretar ese derecho al silencio del que son titulares –en su extensión objetiva y subjetiva–, conviene destacar algunas cuestiones merecedoras de atención, como quien debe ser la parte y en qué condiciones exterioriza el derecho a la no incriminación de la persona jurídica y puede hacerlo efectivo.

Dopico Gómez-Aller señalaba tiempo atrás que el silencio al que tiene derecho el imputado —persona física o jurídica— supone cierto obstáculo a la investigación, pero un Estado que permitiese a los mecanismos de represión penal obligar al imputado a hablar en su contra sería inaceptable<sup>104</sup>, además porque ello constituye una ruptura de la igualdad de armas y ventajas desproporcionadas para la acusación.

102 González López, "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", 62-63.

103 Wells, *Corporations*, 101.

104 Dopico Gómez-Aller, "Proceso penal contra personas jurídicas", 9.

Goena Vives<sup>105</sup> en su original trabajo sobre la funcionalidad o compatibilidad en el reconocimiento absoluto al *nemo tenetur* de la persona jurídica, examina las vicisitudes de la cuestión construyendo tres subcategorías que la autora divide en: (i) problemas de factibilidad ontológica, (ii) problemas de legitimidad y (iii) problemas de coherencia sistémica.

El problema de factibilidad ontológica se halla en que la defensa de la persona jurídica depende de sus miembros que son personas físicas, y en esa medida, garantizar el silencio de la organización se dificulta cuando con frecuencia los intereses entre sus agentes y la corporación son contrapuestos.

Por tal motivo, el derecho a la no autoincriminación debe ser reconocido en función de un criterio material-institucional del representante que se designa por la empresa; aquellos con el suficiente conocimiento y poder de decisión que faculte el ejercicio o no del derecho en el plano de las posibilidades e intereses defensivos de la persona jurídica. Es indudable que no cualquier persona dentro de la organización tiene la capacidad para vincular jurídica y materialmente a la persona jurídica:

*La materialidad del derecho fundamental a no declarar contra uno mismo no puede depender del formalismo de la designación como representante. Así, en los supuestos de administración plural, sería absurdo concluir que solo un administrador estaría amparado por dicho derecho y los demás no. El círculo de personas que pueden ejercer este derecho debe determinarse con base en consideraciones materiales*<sup>106</sup>.

El derecho a la no colaboración activa de las personas jurídicas entendido como *nemo tenetur corporativo* puede aprehenderse materialmente con una interpretación que limite su extensión a las personas físicas que actúan como órganos de la persona jurídica y conlleve una actuación propia de dichos órganos<sup>107</sup>. Desde esta perspectiva: “

*(...) la única vulneración posible del derecho se daría cuando se obligara al representante a colaborar con la investigación y el enjuiciamiento de la persona jurídica en esa precisa calidad de representante, es decir, representándola*<sup>108</sup>.

La LECrim limita la representación a una persona pero el efectivo reconocimiento de esta garantía a la persona jurídica requeriría que se extendiese más allá del

---

105 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 30.

106 Dopico Gómez-Aller, “Proceso penal contra personas jurídicas”, 10.

107 González López, “Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa”, 64.

108 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 248

representante procesal<sup>109</sup>. Tal vez es deseable de *lege ferenda* ajustarse a las disposiciones suizas sobre esta materia, que extienden el derecho al silencio a todas aquellas personas físicas que ostentan facultades de representación de la persona jurídica en el tráfico aunque no sean quienes la representen en el proceso penal<sup>110</sup>. Lo anterior, es lo ideal para evitar conflictos de intereses y fraudes de ley (v.gr. llamarlos como testigos), así como el establecimiento de una línea o directriz sobre la actuación judicial para evitar las contradicciones procesales que plantearía una eventual sucesión de representantes<sup>111</sup>:

*La persecución penal de las personas jurídicas se resentiría enormemente si los individuos que se desempeñan en ellas y que poseen información relevante sobre los hechos pudieran abstenerse de declarar o, sobre todo, de entregar documentación u otros objetos en virtud de este derecho, tanto más si el círculo de sujetos con esa prerrogativa se define extensivamente o si la prerrogativa se extiende hasta alcanzar el ocultamiento o la destrucción de información, todo lo cual es conceptualmente posible una vez que se reconoce el derecho<sup>112</sup>.*

Pero también surgen problemas de justificación o legitimidad, porque aun reconociendo tal derecho podría blindar a aquellos sujetos con la máxima capacidad decisoria con riesgo de *infra* protección para los subordinados, que sometidos a los superiores jerárquicos han decidido colaborar (*scapegoating*). Es cierto y no es nada ingenuo que el ejercicio del derecho por parte de aquellos con poder de decisión—en los momentos de investigación y enjuiciamiento— sea la verdadera voluntad corporativa. Además, si se tiene en cuenta que la persona jurídica no puede ser responsable por delito de desobediencia, pero si lo pueden ser las personas físicas<sup>113</sup>. Dicho de otro modo: “si quien puede aportar la información no lo hace, la entregará quien se encuentre en la premura de hacerlo”. A este respecto aclara, Hernández Basualto:

109 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 37.

110 Con referencia a Gascón Inchausti vid. Ormazabal Sánchez, *El derecho a no incriminarse*, 236.

111 Una lectura armónica de los art. 309 LEC y 786 bis LECrime, permitiría que la persona física que ejerce la función de representante *ad-hoc* pueda cambiarse a lo largo de la sustanciación del proceso penal, o por lo menos durante la fase de instrucción. Con las diligencias de investigación y sus resultados la persona jurídica puede advertir la necesidad de designar como portador de sus derechos y garantías procesales durante el juicio oral a un representante distinto del que ha intervenido en su nombre en la fase de instrucción. Cfr. Mercedes Serrano Massip, “El interrogatorio de la persona jurídica y la admisión de hechos objeto de *compliance*” en *Tratado sobre compliance penal*, coord. Juan Luis Gómez Colomer y Christa María Madrid Boquín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 1208-1209.

112 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 245.

113 Cfr. Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 32-33 y 37.

*Sin embargo, se pasa por alto que en tal caso se trata de una situación del todo diferente, pues el representante no corre el riesgo de incriminarse a sí mismo, sino que al ente que representa (sin que exista a su respecto, obviamente, un vínculo familiar como el que justifica la ampliación del derecho a ciertos parientes cercanos), en tanto que si eventualmente corriera riesgo, podría hacer valer su propio derecho contra la autoincriminación<sup>114</sup>.*

Los subordinados de rango inferior siempre tienen derecho a guardar silencio en lo que respecta a sus posibles responsabilidades penales personales, independientemente de la implicación de la persona jurídica. Sin embargo, a estos subordinados no se les permitirá guardar silencio cuando su testimonio pueda afectar a la persona jurídica. En otras palabras, no pueden abstenerse de declarar si ello pudiera perjudicar a la entidad, pues adquieren la condición de testigos sometidos al deber de veracidad.

Ahora bien, no se trata de ampliar el contenido del *nemo tenetur* para mutarlo en algo que pueda ser calificado como obstrucción, pero si cabe una matización importante a efectos de garantizar el derecho a la no autoincriminación y sea este operativo. Puede entenderse que el derecho a guardar silencio –en su sentido más literal– es garantizado únicamente al representante *ad hoc* de acuerdo con el art. 786 bis, por ser quien conoce y posee información potencialmente incriminatoria para la persona jurídica. Sin embargo, en cuanto a la variante del derecho a no colaborar que puede ser manifestado en la negativa a entregar documentación por directivos y empleados, debe señalarse que aquellos son, en realidad, servidores de la posesión ajena que la detentan en nombre y por cuenta de la persona jurídica, es decir, el director financiero o de desarrollo del negocio no puede disponer de una información de la que no es titular. Al hilo del Auto AN 391/2021, con referencia a *Saunders v Reino Unido*, para que el derecho a no autoincriminarse despliegue sus efectos, es preciso que la medida coactiva se dirija a la obtención de documentos o fuentes de prueba, cuya existencia dependa de la voluntad del investigado. Por tanto, es razonable entender que el derecho de la empresa a negarse a la entrega de documentos no puede burlarse por la vía de solicitárselos a título personal a quienes trabajan en ella, estos sujetos pueden negarse legítimamente a entregarlos, sin temor a las consecuencias del art.575 de la LECrim<sup>115</sup>. La forma correcta de proceder será requerir a la empresa que, no obstante, podrá negarse a suministrar dicha información, si así lo considera, o autorizar la entrega a quien se le solicita.

---

114 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 243.

115 Fernando Gascón Inchausti, *Memento Penal Francis Lefebvre* (Lefebvre, 2023), n.º3205.

Mas a fondo, no puede obviarse el dato sobre la intensidad penal o el grado de aflicción que soporta la persona física en comparación con el de la persona jurídica investigada o acusada, máxime de la práctica existente de deslizamientos de responsabilidad desde los niveles altos hacia los medios y bajos<sup>116</sup>. De ello se deduce que no puede considerarse adecuada una construcción conceptual del derecho a no autoincriminarse que omita el conflicto mencionado y deje de valorarlo como intolerable desde la perspectiva de la experiencia sensible de las personas<sup>117</sup>.

El reconocimiento del derecho a la no incriminación de la persona jurídica –en todas sus vertientes–, no se construye desde el fundamento para las personas físicas vinculado a la dignidad humana. Debe entonces, propenderse por un ejercicio diferenciado del *nemo tenetur* buscando así el mejor aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica como acusada en un proceso penal. Inclusive, para garantizar dicho equilibrio de intereses se ha propuesto que en los eventos en que la empresa decida no guardar silencio o colaborar, aquello deberá tener el mismo tratamiento que el de un coimputado, debiendo ser valorado escrupulosamente por el juez<sup>118</sup>, aunque esto sea ya una cuestión propia del campo de la motivación judicial.

Una última cuestión que es quizás la más problemática tiene que ver con los problemas de coherencia sistémica, por cuanto el reconocimiento de un derecho a la no incriminación a la persona jurídica sería incompatible con los fines del régimen penal para las personas jurídicas. Y es que, si el fin político criminal del sistema tiene que ver con la idea de la autorregulación regulada, donde se descargan funciones estatales en la empresa con miras a que sea vigilante de su propia actividad y coopere con los órganos de persecución penal en la prevención y reacción al delito, sería un contrasentido que un proceso penal orientado a promover la colaboración de la entidad procesada avale una estrategia que, además de hacer impracticables sus propios incentivos, se pueda volver en contra del sujeto al que supuestamente protege<sup>119</sup>. Es por esto que, Hernández Basualto<sup>120</sup> propone que en lugar de invocar un derecho subjetivo de la persona jurídica frente a la compulsión estatal ha de apelarse a ciertos deberes básicos de corrección procesal que el Estado debe respetar, incluso en ausencia de un derecho correlativo, además porque la renuncia

116 El denominado *whistleblowing* a la inversa o *risk shifting*. Vid. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 207-208.

117 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 241.

118 Cfr. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 212.

119 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 34-35.

120 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 243-244.

a la colaboración de la persona jurídica imputada viene impuesta por la lógica de un proceso penal de carácter acusatorio y contradictorio, especialmente en lo concerniente a la formación de la prueba.

Por lo pronto, atendiendo a la actual dinámica y realidad del proceso penal, la defensa de la persona jurídica contaría con dos alternativas: “la acreditación con “preponderancia de evidencia” de que la persona jurídica contaba con un programa de *compliance* adecuado, o a través de la aportación proactiva de información en el proceso”<sup>121</sup>.

## **7. Requerimiento de los programas de compliance a la persona jurídica. A propósito del Auto 394/2021 de la Audiencia Nacional de Madrid**

Una de las cuestiones más acuciantes en la práctica desde el aterrizaje de las personas jurídicas en el Derecho penal español han sido los programas de cumplimiento y su función probatoria (e incriminatoria) en el proceso, según la lectura que se haga de los arts. 31 bis 2-4 y *quater* del CP. En consecuencia, determinando qué es lo que debe probarse en cada una de las vías de imputación, el *nemo tenetur* podría tener dos aplicaciones diferenciadas en la medida en que también existen dos vías de atribución diferenciadas, valga la redundancia. No obstante, a partir de la interpretación de ese conjunto de normas se ha inferido por la jurisprudencia mayoritaria que los programas de cumplimiento son la razón de ser del sistema, de tal manera que a la acusación le corresponde probar la ausencia o ineficacia de tal modelo o de las medidas de gestión y control para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Cabría delimitar en qué medida la información que integra el programa de cumplimiento puede ser accesible para la acusación, puesto que la acusación la podría requerir a través de solicitud al juez de instrucción u obtenerla través de una orden de entrada y registro en el domicilio de la empresa o locales de sus directivos y asesores externos<sup>122</sup>.

Con mayor o menor cierto según se opine, el Auto 394/2021 de la Audiencia Nacional de Madrid se pronunció –quizá por primera vez– sobre el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica, y su relación con la expresa facultad

---

121 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 35.

122 Adán Nieto Martín propone una solución práctica y plausible para limitar el acceso del Estado a la información generada mediante investigaciones internas a través del derecho de defensa, el secreto profesional y la dispensa a no declarar. Este mecanismo blindaría a la empresa frente a una orden de entrada y registro en el despacho de abogados externo que prepara la estrategia de defensa a la luz del art. 24 de la CE. Vid. Adán Nieto Martín, *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, 266-267.

de negarse a aportar las copias certificadas de los programas de cumplimiento normativo, así como la totalidad de las denuncias internas recibidas a través del canal de denuncias junto con los expedientes de tramitación de estas.

La Audiencia Nacional destaca el pleno reconocimiento del derecho a no incriminarse de las personas jurídicas con arreglo al art. 24.2 de la CE, toda vez que no se puede exigir a una persona física o jurídica investigada la aportación de documentos que sostengan o puedan sostener directamente su atribución mediante el requerimiento de aportar elementos probatorios de contenido incriminatorio *v.gr.* el programa de *compliance*, además porque no son obligatorios *ex lege* como sí son los datos de naturaleza económica y contable.

Considera la Audiencia Nacional que el medio lícito para obtener tal documentación podría ser a través de la orden de entrada y registro, porque por lógica los programas de cumplimiento normativo deben ser recabados de una entidad mercantil a través de esta clase de diligencia, en el sentido que expresa Goena Vives: “por mucho que la entidad acusada se acogiera al derecho al silencio legalmente reconocido, las autoridades podrían obtener la misma —o más— información, mediante otras medidas “paralelas” mucho más invasivas. Es el caso, por ejemplo, de las entradas y registros”<sup>123</sup>.

Que lo anterior sea lo habitual —y justificado— no llama la atención porque lo mismo ocurre con la persona física investigada por un homicidio u otro delito. Según esta decisión, por la vía de la cooperación voluntaria no es dable requerir el programa de *compliance* a la persona jurídica si esta se niega. La vía idónea para obtenerlo, si es lo que desea la acusación, es a través de la orden de entrada y registro de naturaleza eminentemente coactiva y excepcional, por tanto, sujeta a las exigencias del triple juicio de ponderación (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta). Aunque, curiosamente, también se afirma que el momento procesal oportuno de su aportación formaría parte de la estrategia defensiva interna.

A lo anterior subyace el fundamento que jurisprudencialmente ha sido mantenido desde la STS 154/2016, que afirma que *el thema decidendi* en el proceso penal contra personas jurídicas es el injusto típico conformado por una organización defectuosa y una culpabilidad de cultura de cumplimiento inexistente, insuficiente o meramente complaciente con las exigencias legales. Desde esa aproximación la decisión es absolutamente coherente entre su premisa y su conclusión aunque no precisamente correcta.

---

123 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur”, 32.

Cabe entonces plantear dos interrogantes: ¿Qué ocurre si la orden de entrada y registro se ordena en la etapa inicial de la instrucción sin imputación concreta? ¿El derecho a lo no autoincriminación o *nemo tenetur* tiene alcances distintos según se trate del supuesto art. 31 bis (a) o (b)?

Frente a lo primero, es poco probable que una entrada y registro se ordene sin una imputación previa o del conjunto de indicios suficientemente graves para vincular a la persona jurídica al procedimiento. En cambio, lo segundo puede ser visto desde dos perspectivas diferentes según como se entienda el art. 31 bis:

- i. Si el tema de prueba en el proceso consiste en demostrar la falta de medidas de control y organización para estructurar el delito corporativo y la persona jurídica se niega a aportar la información ante el requerimiento, nada obsta para avalar –legal y proporcionalmente– el registro para su obtención, pues es una actividad investigativa que contribuye a verificar el hecho constitutivo o impeditivo del delito, cualquiera sea la vía de atribución.
- ii. De acuerdo con el apartado (a), ni el juez de instrucción requiere ni la acusación debe pedir el programa de cumplimiento para estructurar el cargo contra la persona jurídica porque no forma del núcleo de la responsabilidad y materia de cargo. Por añadidura, la teleología de los arts. 552 y 573 de la LECrim indicarían que no se trata de un elemento relevante para la investigación. El art 31 bis (a) no establece un deber en estricto sentido –tener un programa de cumplimiento–, mucho menos puede ser fuente de prueba para la incriminación su ausencia o presencia defectuosa.

Considérese que en un caso de corrupción donde se encuentra implicado un administrador, lo que realmente interesa a la causa es recabar documentación sobre la entrega de una dádiva a un funcionario público que fue destinada a favorecer la contratación de productos o servicios de la persona jurídica (la comisión de un delito por el directivo).

En realidad, en la primera de las vías la virtualidad del derecho a la no incriminación o no colaboración pierde relevancia cuando la solución recae en la corrección de facultades jurisdiccionales, controlando el mérito y validez de la entrada y registro. Si un *compliance* no es idóneo para probar el delito en esta vía, tampoco es necesario invocar el *nemo tenetur* cuando la incriminación ni siquiera consiste en la falta de medidas de control y supervisión. No se trata de requerir el *compliance* de manera automática, sino saber para qué.

Por el contrario, en el apartado (b) puede ser necesario eventualmente –según las circunstancias del caso– probar la falta de supervisión vigilancia y control sobre determinados empleados como autores materiales del delito de un hecho concreto. Si los mecanismos de control y supervisión se encuentran dentro del programa de cumplimiento, en ese caso, sí que se podrían requerir razonadamente, pero también la empresa puede negarse a proporcionar la información sobre la falta de supervisión, vigilancia y control haciendo uso del derecho en ese aspecto concreto, porque esto ya pasaría a integrar el delito por el que se le investiga.

## 8. La discusión de la carga probatoria ¿perspectiva de solución al hilo de la STS 298/24?

En el apartado 6.b *supra* se utilizó la analogía al uso de la orden de entrada y registro en un delito de homicidio para recabar el arma. Parece claro que en estos supuestos el arma constituye una pieza probatoria de indudable relevancia toda vez que seguramente será el medio comisivo; sin embargo, de cara al art. 31 bis literal a) el *compliance* no es fundamento, medio, u objeto del delito corporativo y para el b) lo es en una medida circunstancial. Como ya se advirtió, los esfuerzos de la acusación no deberían enfocarse hacia su obtención coactiva o siquiera ser materia de requerimiento, al menos de forma automática. Es pues, una decisión exclusiva de la defensa de la persona jurídica aportarlo o proponerlo como prueba, máxime que su ausencia (o presencia) según el CP no es elemento integrador de ningún tipo penal. Es una opción voluntaria por la que se podrá optar para excluir la responsabilidad penal.

En cualquier caso, la discrecionalidad del máximo interprete jurisdiccional ha distorsionado el sistema al punto de exigir a quién concretar lo que no requiere ser demostrado. A estos efectos, basta con analizar brevemente las STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016, y la reciente STS 298/24 de 8 de abril. No cabe, por supuesto, detenerse mucho en ello, la STS 154/2016 ha sido ya comentada y objeto de férreas críticas por la doctrina más cualificada<sup>124</sup>, además de lo argumentado en el voto particular por los magistrados discrepantes. En lo que aquí importa, basta con señalar que esta decisión interpreta el art. 31 bis como un tipo penal autónomo diferente al que se imputa a la persona física, consistente en la ausencia de adecuados mecanismos de control. Entonces, si la presencia de adecuados mecanismos de control supone la inexistencia misma de la infracción esta ha de

---

124 Recientemente vid. por todos Dopico Gómez-Aller, "Dos interpretaciones contra legem", 210 y ss.

consistir en la omisión de su implantación<sup>125</sup>.

Esta interpretación jurisprudencial –mayoritaria– ha traído consigo escollos probatorios que han hecho cuestionar la operatividad del sistema o hablar de la *huida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*<sup>126</sup>, porque según el F.J 8 de la STS 154/2016:

*(...) la determinación del actuar de la persona jurídica ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran (...).*

En consecuencia, el núcleo de su responsabilidad:

*no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliances” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente (...).*

La dinámica procesal y probatoria que se desprende de esta interpretación presenta una paradoja que parece vaciar de contenido el *nemo tenetur* de la persona jurídica frente al requerimiento del programa de cumplimiento manifestándose en lo siguiente: si el fundamento material de la responsabilidad de la persona jurídica reside en la inexistencia de un programa de cumplimiento, la respuesta defensiva más lógica será aportarlo porque para qué negarse si con ello es suficiente para exonerarse de responsabilidad. Y al reverso, si la persona jurídica decide no colaborar bien porque no quiere aportar la información o porque no la tiene, lo usual es que la acusación o el juez instructor se abstengan de requerir el programa para no vulnerar el derecho a no autoincriminarse, como señala González Cussac:

*(...) porque si corresponde a la acusación solicitar a la empresa su programa de cumplimiento junto al resto de documentación necesaria para probar su eficacia e idoneidad, la defensa bien podría alegar su negativa amparada en el derecho a no incriminarse. De modo que esta construcción también desde este prisma aboca a un bucle sin salida<sup>127</sup>.*

125 Bernardo Feijoo Sánchez, *El delito corporativo en el código penal español* (Cizur Menor: Civitas, 2016), 100-101.

126 José Luis González Cussac, “La huida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º4, (2024): 9.

127 *Ibid.*, 16-17.

Bajo la línea argumental de la STS 154/2016 y el Auto de la AN 394/2021, abarcando el juicio de ponderación adecuado —especialmente considerando los criterios de idoneidad y necesidad—, es lógico que deba ser autorizada la entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica para recabar el programa de cumplimiento. Así las cosas, la persona jurídica que carezca —para ese momento— de *compliance* tiene altas probabilidades de recibir una condena, y en el mejor de los casos, deberá inclinarse por la atenuante del art. 31 *quater d*)<sup>128</sup>.

En contraste con todo lo anterior, la STS 298/24 vino a paliar —en cierta medida— este *entuerto* afirmando en su FJ 4 que:

*Sea cual sea el modelo que atraiga las simpatías en el plano teórico de uno u otro intérprete, en la práctica lo que es exigible para unos y otros es que se constate la presencia de todos y cada uno de los elementos que a tenor del art. 31 bis CP arrastran la imposición de una pena a una persona jurídica. Entre ellos está también ese elemento negativo -carencia de unos protocolos eficaces de prevención referidos al concreto delito perpetrado-, que, por ser negativo, implica unas mecánicas probatorias diferentes y específicas, lo que no significa que en ese ámbito no opere el principio *in dubio*.*

*(...)la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa. Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento; como, sin que se quiera extremar la analogía que, deliberadamente, es un tanto hiperbólica, tampoco se detecta inconveniente alguno en, a pesar de no contar con ninguna prueba o informe *ad hoc*, considerar imputable al acusado de un delito, cuando no existe el más mínimo indicio de un padecimiento psíquico, ni su defensa ha alegado nada al respecto.*

## 9. Toma de postura

Según la interpretación aquí sostenida, los programas de *compliance* en la fórmula del art. 31 bis 1 no incidirían en la dimensión objetiva de las infracciones de las letras

---

128 Por ejemplo, el conductor que imprudentemente arrolla a un peatón, pero porta la licencia de conducción no sería responsable, mientras que, si el mismo conductor realiza la misma infracción y además no posee la licencia, sí lo sería. Además, podría ver atenuada su pena si antes del enjuiciamiento obtiene la licencia de conducción.

310 “¿De qué se acusa a la persona jurídica? Relaciones entre responsabilidad penal corporativa, *nemo tenetur* y *compliance*”  
Tomás Hoyos Duque

a) y b)<sup>129</sup>. Entrarían en el campo de las eximentes de ser alegadas con mayor o menor exigencia según se trate de un directivo o de un subordinado<sup>130</sup>, porque en el delito de empleados el programa si podrá ser objeto de prueba según corresponda.

En el supuesto del literal a) bastará con que la acusación pruebe un injusto típico en el que el administrador o representante –como órgano societario o *as the directing mind*– ha cometido el delito en beneficio de la persona jurídica en tanto aquellos portan la capacidad de decisión y dirección de la persona jurídica<sup>131</sup>. Una cuestión diferente es que, si pese a la existencia de medidas específicas según el artículo 31 bis 2, el controlador no pudo ser controlado por la empresa<sup>132</sup>, correspondería a la defensa alegar a modo de eximente la supervisión cualificada y efectiva sobre los administradores orientada –específicamente– a evitar la clase de delitos que han cometido. Por tanto, la carga de la prueba de la defensa no será demostrar un mecanismo de prevención de riesgos penales (y tampoco a la acusación como hecho negativo), sino más bien la eficacia de un órgano supervisor pese a cuya diligencia el delito fue cometido por los directivos<sup>133</sup>.

Desde la línea argumental que se ha pretendido seguir, el defecto de organización solo es relevante considerarlo en los supuestos de empleados. Las medidas de *compliance* tampoco son algo que puedan perfilar la infracción, ni mucho menos expresar un juicio valorativo de culpabilidad, porque *su inexistencia en la organización empresarial no equivale necesariamente a la infracción de un deber de supervisión, vigilancia y control con capacidad de activar la regla de atribución de responsabilidad del art. 31 bis.1 b)*<sup>134</sup>.

---

129 Su aplicación sirve de pauta instrumental para delimitar el riesgo permitido de la infracción que se le imputa a la persona jurídica y, por ello, su contenido podría llegar a ser incriminatorio.

130 Julio Pérez Gil, “Carga de la prueba y sistemas de gestión de *compliance*”, en *Tratado Sobre Compliance Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 1080.

131 “Ello lo hará sobre la base de cuantos indicios pueda ser capaz de aglutinar, argumentándolos y poniéndolos en contraste con los debidos medios de prueba (testifical, pericial, documental). A partir de ese momento la pelota estará en el tejado de la defensa, quien habrá de rebatir tales afirmaciones”. *Ibid.* p. 1081.

132 Cfr. Dopico Gómez-Aller, *Derecho penal económico y de la empresa*, 139 y 146.

133 Según los apartados 2 y 4 del art. 31 bis 2, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si prueba que: “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con 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. Y adicionalmente, no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano”.

134 Beatriz Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 38.

Luego, lo que si deberá probar la acusación es un incumplimiento – cualitativamente– *grave* de unos deberes específicos<sup>135</sup> de supervisión, vigilancia y control de los directivos sobre la actividad de sus empleados, ello es justamente lo que vendría a conformar un defecto estructural de la organización. Sin embargo, esta culpa *in instruendo, in vigilando e in eligendo* no coincide ni se circumscribe a un programa de cumplimiento, sino que guarda su origen en la infracción del deber del directivo en evitar la realización de riesgos penalmente relevantes, por quienes están a su cargo en el desarrollo de la actividad mercantil.

Algo bien distinto es que se deba revisar la idoneidad del *compliance* en un supuesto concreto según el art 31 bis 4, por ejemplo, cuando la empresa ya lo había adoptado y la defensa a través de una prueba pericial pretenda alegar la exención. Pero, en la generalidad de los casos, será suficiente con determinar la infracción del deber y su gravedad –atendiendo en concreto al delito imputado– que ha desencadenado un estado de cosas lesivo para bienes jurídicos. Con acierto argumenta Fernández Teruelo que:

(…) no parece racional que una previsión que tiene carácter voluntario, y cuyo objeto es que las empresas puedan ver reducido su riesgo de ser condenadas mediante la adopción de determinadas medidas de control, pueda tener el efecto inverso, incorporando nuevas obligaciones, que incrementen el riesgo de condena penal<sup>136</sup>.

## 10. Conclusiones

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema penal español, dada su relativamente temprana edad, ha planteado numerosos desafíos y dudas: un recorrido extenso y fructífero, aunque no con la velocidad deseable. Doctrina<sup>137</sup> y jurisprudencia han seguido caminos distintos; pero el principal desafío, a mediano plazo, no será la imposición de la teoría más coherente sino la más practicable atendiendo el tenor literal de la ley. El derecho debe ser práctico y operativo, y la dogmática debe emplear criterios teleológicos y de eficacia práctica. En efecto, las prolongadas disquisiciones teóricas sobre la materia han retrasado respuestas

135 “Tendrán que determinarse normativamente las obligaciones cuyo incumplimiento grave ocasiona la atribución a la persona jurídica”. González Cussac, *Responsabilidad penal de personas jurídicas y programas de cumplimiento*, 147 y ss.

136 Javier Fernández Teruelo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º21 (2019): 5.

137 En realidad, en lo que respecta a la opinión aquí sostenida.

necesarias —que no explican el cómo y el porqué de sancionar penalmente a las personas jurídicas—. Y es que, cuando el derecho penal se pierde en los conceptos, la aplicación práctica del derecho se vuelve evanescente:

*(...) como son verdades absolutas, en ellos mismos, y tampoco hay razón que dar. Lo único es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra*<sup>138</sup>.

En definitiva, luego de haber analizado la doctrina más relevante en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas caben las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad penal de los entes colectivos se compadece más con una teoría de la identificación según *supra* apartado 3.a para el delito de directivos, y con una teoría del defecto de organización para los de los subordinados (apartado 3.b *supra*).

Diffícilmente puede comprenderse la capacidad de acción de la persona jurídica sin su principal sustrato óntico que son las personas físicas que la integran. Cuestión distinta es que desde una perspectiva valorativa puedan tener una responsabilidad autónoma y ser destinatarias de auténticas penas de acuerdo con su naturaleza. No se trata de un fraude de etiquetas. La práctica ha demostrado que muchas empresas vienen ajustando su actividad mercantil a los estándares de cumplimiento normativo, no tanto por su capacidad probatoria dentro del proceso, sino simple y llanamente por la prevención general negativa que genera el Derecho penal.

2. Si se sostiene que la acusación no necesita probar de manera genérica la ausencia de una cultura de cumplimiento o fidelidad al derecho, sino que debe probar elementos específicos según se trate de una vía u otra de atribución de responsabilidad (ya sea por delitos de directivos o de empleados), esto podría conducir a un enfoque donde el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se diferencia. En la primera vía, se centraría en la comisión por parte de quienes ocupan los órganos de la empresa (siendo razón suficiente para castigar a la persona jurídica). En la segunda vía, el injusto consiste en el comportamiento del empleado sumado a la falta de control. La ausencia o ineficacia de un programa de cumplimiento no es *per se* el elemento central de la responsabilidad. En la primera vía, es un hecho obstativo o impeditorio de la responsabilidad, mientras que, en la segunda,

---

138 Me refiero al cuento satírico de Rudolph von Ihering en Gustavo Carreño (comp.) *La Picaresca Jurídica Universal* (Bogotá: Ibáñez, 1993), 94

aunque pueda ser elemento integrador del tipo, la eximente tiene una naturaleza distinta desligada a la existencia de un organismo de vigilancia.

3. El vínculo en la primera vía se halla en que el autor del delito ha actuado desde un órgano de la persona jurídica (administrador o alto directivo) siendo este extremo lo que debe probar la acusación. Según lo expuesto *supra* en el apartado 7, esto supondría que una orden de entrada y registro para la obtención de documentos que no sean de carácter obligatorio (como un programa de *compliance*), deberían ser *–prima facie–* rechazados por el juez por carencia de motivación suficiente a la luz del *thema probandi* que es: el hecho de que los máximos responsables de la persona jurídica, actuando en tanto que tales, han cometido un delito de aquellos por los que debe responder la organización según el sistema *numerus clausus* del Código Penal.
4. La segunda vía de atribución de la persona jurídica entraña el dilema de la prueba de los delitos de comisión por omisión –el juicio hipotético de deber de evitación más capacidad de evitabilidad–; sin embargo, ello no es óbice para un tratamiento adecuado en donde el ejercicio del *nemo tenetur* de la persona jurídica pueda limitar también el acceso a determinada información incriminatoria (*v.gr.* proveer una evaluación de riesgos del departamento dirigido por un alto directivo)<sup>139</sup>. La acusación debe probar el incumplimiento de deberes específicos del directivo sobre sus subordinados, y como la supervisión, vigilancia y control se implantan con mucha frecuencia como mecanismos de cumplimiento regulatorio o a través de pautas de *compliance*, es posible entonces –aunque no necesario– que el sistema de cumplimiento sea el cauce por el que se haya prestado (o se haya dejado de prestar) la supervisión, la vigilancia o el control.
5. Esta interpretación sugiere un cambio en el enfoque de la responsabilidad penal corporativa, alejándose de la mera evaluación de los programas de cumplimiento y centrándose más en los actos delictivos concretos cometidos o tolerados por quienes ocupan órganos de la organización. Este planteamiento podría tener implicaciones significativas en cómo se abordan los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, posiblemente haciendo más directo el vínculo entre los delitos específicos y la responsabilidad de la empresa.

---

139 Cfr. Beatriz Goena Vives, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*", 38

## 10. Bibliografía

- Aguilar Fernández, Carlos y Alfredo Liñán Lafuente. “El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del “*compliance officer*”” en *Persuadir y Razonar. Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II*. Coordinado por Carlos Gómez-Jara Díez. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.
- Arangüena Fanego, Coral. “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de *compliance*”. En *Tratado Sobre Compliance Penal*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y Christa María Madrid Boquín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Bajo Fernández, Miguel, Carlos Gómez-Jara y Bernardo Feijoo. *Tratado de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur menor: Civitas, 2016.
- Bacigalupo, Enrique. *Compliance y Derecho penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- Beale, Sara Sun. *A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability*, 46, Am. Crim. L. Rev. (2009): 1481.
- Gustavo Carreño (comp.) *La Picaresca Jurídica Universal* (Bogotá: Ibáñez, 1993)
- Cigüela Sola, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Cuadrado Ruiz, María Ángeles. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*. Barcelona: Bosch, 1998.
- Dannecker, Gerhard. “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Penal*, n.º7 (2001): 40-54.
- De la Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”. *Revista electrónica de la AIDP* (2011).
- De la Mata Barranco, Norberto J. , Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuraín Sánchez y Adán Nieto Martín. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Del Rosal Blasco, Bernardo. *Derecho penal de sociedades mercantiles*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.
- Díaz y García Conledo, Miguel. “Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos”. *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, n.º2. (2023): 2-33.

- Díez Ripollés, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española". *Indret*, n.º1 (2012): 1-32.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos". *Diario La Ley*, n.º 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2012.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica". En *Derecho penal económico en la era Compliance*. Dirigido por Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Dos interpretaciones contra *legem* del régimen de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)". *Revista Logos Guardia Civil*, (febrero, 2023).
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Memento Penal. Francis Lefebvre* (Lefebvre, 2023).
- Dzsouza, Mark. The Corporate Agent in Criminal Law. An argument for comprehensive identification. (UCL Working Paper Series 6/2019). UCL Faculty of Laws, London, UK , 2019. Recuperado en: [https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10082690/1/Corporate\\_Agents\\_in\\_Criminal\\_Law\\_An\\_Argu.pdf](https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10082690/1/Corporate_Agents_in_Criminal_Law_An_Argu.pdf)
- Echarri Casi, Fermín. "Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?". *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*. Volumen I. (abril, 2023): 2-48.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. "El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: Un debate interminable". En *Orden socioeconómico y delito*. Buenos Aires-Montevideo. 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Cizur Menor: Civitas, 2016.
- Bernardo Feijoo Sánchez, "Los requisitos del art. 31 bis 1". En *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. Coordinado por Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, 87-88 (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016).
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. n.º21 (2019): 1-25.

- Fisse, Brent. Braithwaite, John. *Corporations, Crime and Accountability*. New York: Cambridge University Press, 1993.
- Frisch, Wolfgang. “Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación”. *CPC*, n.º121, (2017): 385-412.
- Frister, Helmut y Sara Brinkmann. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.
- Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.
- Garrett, Brandon. *Too big to jail*. Harvard University Press, 2014.
- Gascón Inchausti, Fernando. *Memento Penal Francis Lefebvre*. Lefebvre, 2023.
- Gascón Inchausti, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Gimeno Beviá, Jordi. *Compliance y Proceso Penal. El Proceso Penal de las Personas Jurídicas*. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, 2017.
- Gimbernat Ordeig, Enrique “¿Tiene un futuro la dogmática jurídical penal?” En *Estudios de Derecho penal*. Tecnos: Madrid, 1990
- González Cussac, José Luis. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- González Cussac, José Luis. “La huida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, n.º4, (2024): 2-19.
- González López, Juan José. “Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º40. (2016): 20-60.
- Goena Vives, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Goena Vives, Beatriz. “Culpabilidad ¿Juicio de imputación o de atribución? Estudio a partir de la responsabilidad penal corporativa”. En *Delito y empresa*. Dirigido por Ramón Ragués I Vallés y Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2018.
- Goena Vives, Beatriz. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º23-22 (2021): 1-52.
- Goldsmith, Michael King. Chad W, King. “Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance programs”, *Vanderbilt Law Review* 50, n.º1, (1997): 2-46.
- Gómez-Benítez, José Manuel. *Curso de Derecho penal de los negocios a través de los casos. Reflexiones sobre el desorden legal*. Editorial Colex: Madrid. 2001.

- Gómez-Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.
- Hernández Basualto, Héctor "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?" *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º44 (2015): 2017-263.
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)". En *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Dirigido por Santiago Mir, Mirenxtu Corcoy y Víctor Gómez Martín, 15-19 (Montevideo: Editorial B de F, 2014).
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. "Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Un modelo integral de Derecho penal". En *Libro Homenaje a la Profesora Mirenxtu Corcoy Bidasolo*. Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2022.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2016.
- Mongillo, Vincenzo. "Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*. Vol. I. Editado por ed. Rosario de Vicente Martínez, Diego Gómez Iniesta, Teresa Martín López, Marta Muñoz de Morales Romero y Adán Nieto Martín. Madrid: BOE, 2021.
- Mongillo, Vincenzo. "El defecto de organización: enigma y esencia de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas en la experiencia de la aplicación italiana". *La Ley Compliance Penal*, n.º14, julio de 2023.
- Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Iustel: Madrid, 2008.
- Nieto Martín, Adán. *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015.
- Nieto Martín, Adán y Axel Blumenberg. "Nemo tenetur se ipsum accusare". En *El Derecho penal económico europeo. Curso en Derecho penal económico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2008.
- Ormazabal Sánchez, Guillermo. *El derecho a no incriminarse*. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, 2015.
- Ortiz De Urbina Gimeno, Iñigo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico". En *La teoría del delito en la*

- práctica penal económica. Dirigido por Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares. Madrid: La Ley, 2011.
- Pérez Gil, Julio. “Carga de la prueba y sistemas de gestión de *compliance*”. En *Tratado Sobre Compliance Penal*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y Christina María Madrid Boquín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Reyes Alvarado, Yesid. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Derecho penal contemporáneo*, n.º 25 (2008): 43-66.
- Serrano Massip, Mercedes. “El interrogatorio de la persona jurídica y la admisión de hechos objeto de *compliance*”. En *Tratado sobre compliance penal*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y Christina María Madrid Boquín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Silva Sánchez, Jesús María. “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”. *Derecho penal y criminología* 29, N.º 86-87 (2008): 129-148.
- Silva Sánchez, Jesús María. “Lo real y lo ficticio en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 1 (2023): 1-21.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.
- Tiedemann, Klaus. *Nuevas tendencias en la responsabilidad de personas jurídicas en Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Griley, 2007.
- Tiedemann, Klaus. *Corporate Criminal Liability as a Third Track*. AAVV. Regulating Corporate Criminal Liability. Springer, 2014.
- Klaus Tiedemann, “Corporate Criminal Liability as a Third Track”. En *Regulating Corporate Criminal Liability*. Editado por Dominik Brodowski, Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra, Klaus Tiedemann y Joachim Vogel. Springer, 2014.
- Wells, Celia. *Corporations and criminal responsibility*. Oxford University Press, New York, 2001.
- Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- Zugaldía Espinar, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

