

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Abogado, Catedrático de Derecho Penal

Director de la Cátedra Extraordinaria de la Abogacía ICAM-UCM

TIPICIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA, SEGUNDA ÉPOCA: ¿HAY QUE SACAR UN 10 PARA QUE NO TE CONDENEN?

RESUMEN:

La jurisprudencia analiza de manera cada vez más exhaustiva los distintos elementos de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hace unos años, presentar un programa de cumplimiento en un juzgado, y no digamos si venía avalado por una certificación, sumado a unos cursos de formación, un cargo de oficial de cumplimiento y un canal de denuncias, etc., deslumbraba. Hoy día se exige más.

Estas nuevas exigencias son bienvenidas, pero no conviene llevarlas a un extremo, que parece en la actualidad tendencia, consistente en exigir un cumplimiento tan completo que, dicho en términos académicos, o la compañía saca un diez en cumplimiento, o suspende, es decir, es condenada. Y ello, tanto en el tipo objetivo, como en el tipo subjetivo.

Tener que sacar un diez en *compliance* para no ser condenado, no es correcto. Es más, resulta muy desincentivador animar, por un lado, a las empresas al esfuerzo económico y de recursos humanos que supone el mantenimiento de los programas de prevención de delitos, pero, a la vez, exigir unanimidad cumplidora so pena de la tipicidad penal.

En torno a estas exigencias y sus consecuencias giran las reflexiones de la presente contribución.

Palabras clave:

responsabilidad penal de las personas jurídicas, elementos de la tipicidad, dolo, imprudencia, cumplimiento.

ABSTRACT:

Case law is examining, with increasing thoroughness, the various elements of the offence structure underlying the criminal liability of legal persons. A few years ago, presenting a compliance program before a court—particularly if backed by certification, along with training courses, a compliance officer, a whistleblowing channel, and the like—was dazzling. Today, more is required.

These new demands are welcome, but they should not be taken to an extreme that currently appears to be the prevailing trend: requiring a compliance program so complete that, in academic terms, the company either scores a perfect ten in compliance or fails outright—that is, is convicted. This applies both to the objective elements of the offence and to its subjective elements.

Having to score a perfect ten in compliance in order to avoid conviction is not correct. Moreover, it is highly discouraging to, on the one hand, urge companies toward the financial outlay and human-resource effort involved in maintaining crime-prevention programs while, on the other, demanding unanimous compliance on pain of criminal liability.

The reflections offered in this contribution revolve around these demands and their consequences.

Keywords:

criminal liability of legal persons, elements of the offence, intent (*dolo*), negligence, compliance.

SUMARIO:

1. LA POSICIÓN. 2. PREVENCIÓN PARA EL TIPO OBJETIVO. 3. UN DIEZ EN EL TIPO SUBJETIVO, SO PENA DE CONDENA.

1. LA POSICIÓN

1.1. Desde su instauración en el Código Penal, la responsabilidad penal de la persona jurídica ha tenido una sabia evolución jurisprudencial. El Tribunal Supremo, acompañado por las Audiencias, y también por los órganos de instrucción, ha venido aportando importantes directrices para la interpretación del art. 31 bis del Código Penal y demás preceptos concordantes.

Han sido numerosas las materias que la jurisprudencia ha abordado y para las que se han ofrecido soluciones. Podrá estarse de acuerdo con ellas o en respetuoso desacuerdo, pero seguro ha de reconocerse que han sido fruto de una sólida reflexión y de un esfuerzo clarificador nomofiláctico riguroso. Materias como las garantías procesales, el beneficio como elemento típico, algunas cuestiones de penalidad (cuando existe coincidencia entre las personas físicas y la jurídica), la necesidad de que exista una sociedad como actor corporativo a los efectos de imputabilidad¹, la tentativa, etc., han sido abordadas por la jurisprudencia, mientras algunas otras han sido apuntadas sin que por el momento haya quedado trazada una línea definitiva. El presente Boletín ICAM es buen ejemplo de las numerosas materias que ha suscitado la jurisprudencia: las bases fundamentales del propio sistema, la posición del oficial de cumplimiento —que tanto interés como preocupación ha despertado—, los límites con la parte especial, y todo lo que guarda relación con la reacción posterior: las investigaciones internas, la colaboración y reparación, las circunstancias atenuantes, el deber o no de declarar, etc.

1.2. En esta que podemos llamar primera época —y que estamos abandonando— el análisis jurisprudencial —lógicamente, dado lo incipiente del sistema—, en muchas ocasiones se había limitado a la comprobación del cumplimiento de una serie de requisitos casi formales o a modo de listado, que podríamos considerar de mínimos. La ponderación que la jurisprudencia realizaba era ciertamente sencilla y acorde con la evolución de los supuestos de hecho sometidos a su análisis, pues los casos, por así decir, venían —en muchas ocasiones— *tan obviamente delictivos* para la persona jurídica, que

1 Vid. por ejemplo STS de 11 de noviembre de 2022.

poco más habría que comprobar más allá de lo que ya constaba a simple vista y se mostraba sin necesidad de mayor interpretación del art. 31 bis del Código Penal y otros: existieron casos, por ejemplo —en los supuestos más claros—, en los que la persona jurídica directamente carecía de un programa de cumplimiento, y en ellos, obviamente, pocos problemas de prueba o tipicidad pueden resultar. Hubo también varios supuestos sometidos a enjuiciamiento, en los que la persona jurídica había sido creada al propósito delictivo, es decir, directamente para la comisión del hecho, etc.

Sin embargo, esos casos poco a poco han ido (e irán) desapareciendo, porque hasta incluso cuando una persona jurídica tiene por una de sus finalidades dolosas la comisión de un delito, la urdimbre criminal suele procurar encubrirlo, lógicamente, y así, la delincuente persona jurídica buscará proveerse de un programa de cumplimiento, aunque sea de fachada y por si las cosas —policialmente— vienen mal dadas. Esperar que el autor de un delito, en este caso la persona jurídica, haya sido un *chapuzas* y no trate de disimular su actividad criminal o procure su encubrimiento posterior, a veces funciona, pero no es método probatorio fiable o de averiguación de la tipicidad como tal...

1.3. Por ello, la jurisprudencia últimamente se ha visto obligada a un análisis cada vez más pormenorizado de los distintos elementos de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los supuestos cada vez son más complejos, y el análisis de los jueces cada día más exhaustivo. Dicho en términos hiperbólicos, pero claros: hace unos años presentar un programa de cumplimiento en un juzgado, y no digamos si venía avalado por una certificación, sumado a unos cursos de formación, un cargo de oficial de cumplimiento y un canal de denuncias, etc., deslumbraba. Hoy día, en cambio, contar con un programa de cumplimiento, haber impartido cursos de formación, informar sobre el organigrama societario con un departamento de compliance y un oficial de cumplimiento (incluso habilitado con alguno de los títulos que vienen siendo expedidos expresamente sobre la materia), o hasta haber logrado alguna de las certificaciones de las instituciones dedicadas a ello, etc., puede ser el inicio de una buena relación con el juzgado y la fiscalía, pero son aspectos que ya nada aseguran sobre si la cosa acabará bien. La actual jurisprudencia pide más. Pide el análisis cada vez más prolijo de que estos y otros aspectos funcionan, de que el programa está activo y activado, no simplemente de que se cuenta con él o de que está. Y, además, lo pide con mucho conocimiento de causa, es decir, con una sólida formación en la materia, de manera que no se deja deslumbrar ya por formalidades.

Y está bien que sea así —vaya por delante— y no debe haber queja alguna en estas exigencias de los diversos requisitos de la tipicidad de la persona jurídica, que hasta ahora apenas afloraban en los casos prácticos y que como mucho aparecían en estudios doctrinales. Dicho en términos académicos, está bien que las personas jurídicas que hayan hecho sus deberes puedan

responder ante un tribunal de justicia y sacar un diez, vale decir, porque ello resulta muy incentivador; tal y como, por cierto, la jurisprudencia ha tratado de resaltar desde sus primeras resoluciones: animar a las empresas al esfuerzo económico y de recursos humanos que suponía el *compliance*. Ahora bien, ¿quién no saque un diez debe suspender? ¿Es un todo o nada? Veremos con las presentes reflexiones a qué nos referimos.

1.4. Las líneas que siguen abordan desde una perspectiva crítica esta evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de segunda época. Y es que, en concreto, conviene no pasar, en una suerte de ley del péndulo, de un lado a otro, sin tasa, cayendo, quizás exageradamente, en unas exigencias desmesuradas para las personas jurídicas so pena de responsabilidad criminal.

Y así, como a continuación expondremos, conviene recordar que, entre la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, de antaño, previa al 2010, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas *con tendencia a generalizarse*, de 15 años después, debe haber puntos intermedios que serán los correctos. En otras palabras, que hasta el más mínimo supuesto incumplimiento de los muchísimos requisitos que se imponen a la persona jurídica, dé lugar a responsabilidad penal, en esa suerte de ley del encaje pendular —ahora en el otro lado—, suele ser sospechoso de no ser lo correcto. Decir a una persona jurídica que o saca un diez en la evaluación o examen de *compliance*, o se le impone una pena, no solo resulta muy desincentivador, sino también contrario al Código Penal.

1.5. Quizás el error sistemático surja de que, en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no hay reproches intermedios, a diferencia de en otros delitos. Nos explicamos: es sabido que hay ilícitos societarios, por ejemplo, que pueden ser delito (de abuso de mayorías, de ausencia de información al socio, de administración desleal), pero también hay otros que son simples ilícitos mercantiles, corregibles en tal ámbito mediante la anulación de acuerdos societarios, responsabilidad patrimonial del administrador, etc. O también: hay ilícitos fiscales, igualmente, que pueden ser delito (fiscal), pero también hay otros que pueden ser ilícitos tributario administrativos, sancionados en tal vía y sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa. O un último, tercer, ejemplo: hay engaños que pueden ser estafa, pero también hay otros de dolo civil y nulidad; y así un largo etcétera. Esas zonas intermedias facilitan la aplicación del principio de *ultima ratio* (o, en realidad, son consecuencia de él) y, en todo caso, habilitan que quien, por así decir, en materia fiscal no tenga un diez, sino que solo haya logrado un cinco o un seis, sea corregido no en vía penal, sino en vía administrativa, o que quien incluso haya suspendido porque desplegó un cierto ardid, sea reconvenido civilmente con una nulidad del contrato, pero sin llegar a la imposición de una pena (criminal).

Empero, en el ámbito de la responsabilidad penal no parece haber esas zonas intermedias para los ilícitos de *compliance*: un mal programa de cumplimiento o es delito (si además se produce el hecho de referencia) o no es nada (ni siquiera una tentativa sin hecho de referencia), es decir, no es un ilícito administrativo, ni mercantil, etc. En efecto, las otras dos posibilidades imaginables, no cubren este ámbito. La primera, porque un eventual delito de administración desleal, del que se habló en su día, no ha terminado de cuajar. Para poder deducir responsabilidad penal, al menos contra los administradores por la ausencia dolosa de control —a salvo del delito de administración desleal—, debería haberse instaurado un precepto a semejanza del que en su día se creó en Alemania (parágrafo 130 de la Ley de contravenciones alemana), que preveía estas situaciones; en España tal posibilidad estuvo en un proyecto de reforma, pero no fue aprobado. La segunda, porque es cierto que existen posibles sanciones administrativas a las personas jurídicas por infracciones de competencia, de protección de datos, fiscales, etc., pero tales reacciones no son el correlato del delito corporativo, sino el trasunto de delitos de la parte especial para las personas físicas. El correlato del delito corporativo consistiría en que si existiese un ilícito administrativo para ciertos supuestos de ausencia del programa de cumplimiento —algo menores, debieran ser—, o un ilícito mercantil, por ejemplo, para esos mismos supuestos, etc. No existe.

1.6. Y todo ello, como decíamos, parece estar dando lugar a lo que en términos académicos hemos querido llevar a nuestro título: quizás ahora se esté siendo más papista que el Papa, y se esté exigiendo para que no te condenen, sacar un diez en *compliance*, sin que sea suficiente un seis, o un ocho, acaso ni tan siquiera un nueve. Todo lo demás, no serviría. El lector atento habrá reparado en que hemos dicho “para que no te condenen, un diez” —y no “para que te condenen sacar un cero”, que, al fin y al cabo, estamos en penal—.

Ello es muestra de otro de los problemas que está aflorando y que es parte esta misma cuestión: la inversión de la carga de la prueba que alguna jurisprudencia considera que es pertinente.² Según esta corriente, es la persona jurídica la que debería dar muestras de su buen hacer, de su cumplimiento; la defensa la que debe probar su programa, no la acusación la que debe probar el incumplimiento. La situación es crítica: no solo no basta cualquier

2 Vid. STS 298/2024, de 8 de abril: “la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa”. O también: “la abulia indagatoria y probatoria sobre ese elemento negativo, no ha de traducirse necesariamente en una duda sobre su concurrencia. La presunción de inocencia no obliga a presumir que todas las asociaciones y organizaciones o sociedades mercantiles y personas jurídicas en general cuentan con un programa de cumplimiento ajustado a las exigencias del Código Penal”.

nota, sino un diez, y encima tampoco existe el no presentado para que no corra convocatoria: llegas en estatus de suspenso, y a ver si apruebas, y no basta cualquier nota, como decimos, porque del 1 al 9 es suspenso, solo si sacas un diez te aprueban, es decir, solo si la persona jurídica demuestra que cumplía todos los requisitos que supuestamente la exoneran (precisamente por ser denominados exonerantes, según esta tesis de la inversión de la carga de la prueba, es por lo que la persona jurídica necesitaría cumplir todos esos requisitos). Esta radicalidad punitiva existe tanto en el tipo objetivo, como en el tipo subjetivo, como veremos seguidamente.

La inversión de la carga de la prueba, pues, no es baladí. Para el tipo objetivo, la inversión da lugar a una situación que glosaremos *infra*, pero que, en todo caso, no se oculta: directamente se habla de elementos negativos:³ si no sacas un diez, si no aciertas todas las preguntas, está claro que no habrás demostrado totalmente que eras inocente, luego seguirás siendo culpable. Lo veremos.

Y en cuanto al tipo subjetivo, otro tanto sucede: de forma casi unánime se está exigiendo en la actualidad un diez en *compliance* en cuanto al dolo: todo perfecto, una matrícula de honor desde el punto de vista de cumplimiento, de tal manera que si por ejemplo hubo una imprudencia —una nota más baja en el deber de cuidado— no se obtiene un aprobado penal aunque fuera con menor nota, o incluso un suspenso penal igualmente derivado de la baja calificación en cumplimiento (y una pena por imprudencia), sino que se impone la misma tipicidad que si se hubiera sacado la pésima nota que corresponde al dolo. Consecuencia de ello es que, incluso para aquellos supuestos para los que el legislador no ha previsto como punible la responsabilidad imprudente, la situación no afloja: haya sido establecido un error en la persona jurídica (imprudencia) o una situación de propósito (dolo) concurrirá la misma tipicidad penal. *Infra* dedicaremos el tercer y último apartado completo a ello.

3 Vid., de nuevo, la cit. STS 298/2024, de 8 de abril, enumerando los elementos que fundamentarían la responsabilidad penal de las personas jurídicas: “La responsabilidad penal de una persona jurídica además de un elemento nuclear positivo (comisión de un delito por quien actúa como directivo o empleado del ente) (i), otro normativo (que se trate de uno de los delitos en que está prevista esa posible responsabilidad) (ii) y otro negativo (que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado para la actuación delictiva del agente) (iii) reclama un elemento accesorio que es pieza imprescindible: el delito, objetivamente considerado y con independencia del móvil del agente, ha de redundar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (iv)”. Tras ello, la Alta Sala indica lógicamente (es consecuente) que corresponde a la defensa acreditar la existencia del hecho exonerante o su implementación efectiva, en tanto factor excluyente de la responsabilidad.

1.7. El anterior estado de cosas, sin perjuicio de lo que desarrollaremos a continuación, no convence. En ningún otro delito que no sea el de la persona jurídica, da igual el dolo o la imprudencia —por referirnos a lo último— y en ningún otro delito se exige un diez o te condenan: en los demás delitos, cuando falta algún requisito típico te absuelven, al menos del delito consumado y dependiendo de cuál sea la ausencia (si lo que queda no alcanza a un principio de ejecución) hasta de la tentativa. No hay dieces o nada en la teoría jurídica del delito.

2. PREVENCIÓN PARA EL TIPO OBJETIVO

2.1. Conviene comenzar recordando, brevemente, qué contenido deben tener unos hechos probados que pretendan ser sustento de un tipo objetivo para una condena *ex art. 31 bis CP*. Pues, va de suyo, los elementos típicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben tener su asiento en los hechos probados, sin que sea atendible algo así como que la supuesta inversión de la carga de la prueba dé lugar exacerbadamente a que en los hechos probados debiera aparecer únicamente el hecho de referencia y, si no consta nada más, es que la persona jurídica no probó su “exoneración” y debe ser condenada. Ello no es nada distinto que para las personas físicas. Ejemplo: no basta con que la fundamentación jurídica de una sentencia afirme que concurre, por ejemplo, una estafa, sino que en el hecho probado habrá de tener asiento un hecho constitutivo de engaño bastante, otro de error, todo ello descrito fácticamente a la perfección, un acto de disposición patrimonial con sus detalles de lugar y tiempo, etc. Y si de un supuesto delito de comisión por omisión se tratase, no basta la descripción del hecho de referencia no impedido, sino que también los hechos probados deben recoger minuciosamente las circunstancias precisas del omitente, el *factum* que da lugar a su posición de garante, su capacidad de revertir el resultado, etc.

Lo dicho podría parecer una obviedad, pero lamentablemente no lo es. Porque la posición que sostiene que es correcto invertir la carga de la prueba en la punibilidad de la persona jurídica puede acabar dando lugar a que se entienda que el tipo objetivo se cumple con tal de que se haya producido el hecho de referencia, y luego a partir de ahí, como veremos seguidamente, se exija un diez, de tal modo que, por sorprendente que pueda parecer, esto que acaba de ser afirmado no sea así, sino al revés: *habría tipicidad a salvo de que la persona jurídica aporte todos y cada uno de los datos de su correcto programa de cumplimiento*, el tan repetido diez en *compliance*.

2.2. Proclamamos aquí lo contrario: así, entre ellos, los hechos probados de una sentencia que pretendiese ser condenatoria, para la subsunción tienen que contener, por ejemplo, que la persona jurídica no contaba con un correcto mapa y evaluación de riesgos penales previo y eficaz; que no habían

elaborado una normativa interna que reflejase con precisión el proceso y órganos encargados de la toma de decisiones y su ejecución; y constar, además, unos hechos probados demostrativos de que no existía una adecuación de las medidas a los riesgos concretos identificados y al tamaño, estructura y actividad de la organización; y un sustrato fáctico que sea revelador de que no existían, en definitiva, las concretas normativas anti corrupción, anti blanqueo de capitales, de protección de datos, de protección del medio ambiente, etc. Y, por supuesto, unos hechos probados que expongan que no existiría, en su caso, una comunicación efectiva de las medidas a todos los niveles de la organización; y un *factum*, igualmente, que expusiese (insistimos: para que pueda derivarse una condena) que no existiría una asignación expresa de responsables para la implementación y supervisión de cada medida, es decir, que no existiría, como impone el Código penal un llamado oficial de cumplimiento para reducir la probabilidad de comisión de delitos (advertencia: reducir, mitigar o dificultar el delito, no necesariamente un “impedir” directamente [como pretenden algunas sentencias, ya lo adelantamos]. De otro modo, la responsabilidad penal de las personas jurídica, en contra de lo que dispone la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sería automática u objetiva, incorrectamente.

También, los hechos probados tendrán que contener, incluso, un *factum* relativo a que el programa de cumplimiento dejaba de lado, indebidamente, controles sobre terceros (proveedores, agentes, socios) cuando existan riesgos respecto de ellos. En otro orden de cosas, los hechos probados para una condena del art. 31 bis Código penal tendrán que describir que o no existía un canal de denuncias o su funcionamiento no era efectivo, o estaba instaurado, por ejemplo, únicamente, por así decir, *pro forma*, sin accesibilidad y confidencialidad garantizadas. O, al respecto también, que no existía, modernamente, protección real al denunciante frente a represalias. Y, por ir finalizando, también el hecho probado a subsumir deberá contener que las normativas no eran efectivas porque carecían de un adecuado régimen disciplinario. Para terminar, debe contener el hecho probado el *factum* adecuado para que después la fundamentación jurídica pueda subsumir que entre el hecho probado “indebido *compliance*” y el hecho de referencia, había una relación causal.

2.3. Todo lo anterior, no es una *probatio diabolica* o prueba de un hecho negativo, sino la acreditación con normalidad de los elementos de la tipicidad. La cuestión no es baladí porque, como avanzamos *supra*, precisamente de negar esta doctrina es de donde procede la exigencia de un diez.

Sírvanos de ejemplo, en este punto, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 34/2025, de 19 de diciembre, que ha enjuiciado en la llamada “operación púnica” a una multinacional que contaba con un completo recorrido en *compliance*, es decir, una situación que *supra* caracterizamos

como de la “segunda época”, y en la que parece que se consolida la tendencia a exigir un diez, tanto en el tipo objetivo, como, veremos en su momento, en el subjetivo. Adelantemos, en efecto, que la mayoría de los hechos probados de esa sentencia —basta leerlos— dedican sus páginas a la descripción de los hechos de referencia (calificados como cohechos y un tráfico de influencias), y describen solo algunas fallas de *compliance*, pese a lo cual, como a continuación veremos, ha recaído condena.

2.4. Así, por ejemplo, los hechos probados explican que los acusados llegaron a “*sustituir subrepticamente*” las ofertas que la empresa había presentado y que fueron cambiadas por otras, rehechas, para poder sortear o saltarse así el programa de cumplimiento (lo cual recuerda al “...*eludiendo fraudulentamente...*” del Código penal, pese a lo cual, como decimos, se ha condenado a la persona jurídica). También exponen los hechos que los técnicos del departamento comercial no acusados, pese a estar trabajando con aquellos datos obtenidos subrepticamente, no conocían las prácticas corruptas (lo cual parece afectar a si las prácticas podían o no ser detectadas).⁴

Del mismo modo, el hecho probado, en otra de sus partes, afirma que los acusados idearon un nuevo ardid para que la sociedad M., a través de sus protocolos ordinarios de compras, pero simuladamente (solo conocido por los miembros de la organización), pudiera atender el pago de las facturas emitidas por las sociedades instrumentales. El hecho probado utiliza expresiones como “*diseñaron*”, “*simular*” o “*ardid*”, reveladoras de una actuación fraudulenta frente a los mecanismos internos de control. Dicho con toda bre-

4 SAN 19/12/2025: (uno de los acusados) “*en el caso del Ayuntamiento de Moraleja llegó a reformular, a cambiar y a sustituir SUBREPTICIAMENTE las ofertas ya presentadas por la sociedad M. por otras nuevas, rehechas después de conocer las ofertas técnicas y económicas de sus competidores. Todo ello en connivencia con los técnicos y autoridades municipales que de forma ilícita maniobraban (...). La transmisión de información desde los ayuntamientos y en dirección a estos, se realizaba preferentemente por P., que reenviaba luego los archivos y datos a G. con copia a M., SIN QUE CONSTE EL CONOCIMIENTO DEL RESTO DE LOS TÉCNICOS DEL DEPARTAMENTO DE COMERCIAL DE LOS ACUERDOS DE CORRUPCIÓN O DEL ORIGEN DE LAS INFORMACIONES con las que trabajaban o el intercambio de documentación con los ayuntamientos respectivos. La acusada G. dirigía las sesiones de lanzamiento de cada contrato con la presencia de su equipo y de los distintos departamentos implicados, SIN REVELARLES los acuerdos sobre los pagos de comisiones ilegales que SE OCULTABAN tras los importes de las partidas de Success Fee/comisión de éxito o Project Managment/gestión del proyecto*” (pp. 44–45). “*Las facturas de la sociedad CONSTRUCCIONES Y R. servían de COBERTURA O JUSTIFICACIÓN SUBREPTICIA, para detraer fondos de la compañía M. con los que atender los pagos de las dádivas acordadas con alcaldes, ediles y funcionarios*” (p. 47). “*No consta fehacientemente que más allá de (...), implicados directamente en los hechos que nos ocupan (...), que EL RESTO DE LOS DIRECTIVOS (...) CONOCIERA LOS PAGOS DE CORRUPCIÓN QUE SE ENMASCARABAN en los conceptos de gastos de partidas como Success Fee, Project Management y Auditorias*” (p. 50).

vedad, parece que tenían que hacerlo así porque el programa de prevención, que existía, les encorsetaba grandemente.⁵ En concreto, los hechos probados exponen que existían unos protocolos muy específicos de compras y que los acusados “*burlaron*” dichos controles. Por ejemplo, la sentencia describe la existencia de un protocolo de facturación que exigía, con carácter previo, la emisión de un pedido del servicio u obra a contratar por la sociedad M., así como la solicitud de tres presupuestos de empresas distintas, y que, precisamente por ello, tales controles hubieron de ser sorteados o burlados: para lograrlo, las sociedades instrumentales vinculadas a uno de los acusados aportaban presupuestos simulados —con apariencia de autenticidad—, de modo que la operación pudiera presentarse externamente como regular y no reveladora de que la adjudicación estaba ya predeterminada. No en vano, el relato vuelve a emplear expresiones especialmente significativas, como que determinadas facturas servían de “*cobertura*” o que una de las acusadas “*encubría*” estos pagos frente al resto de empleados, presentándolos como simples compromisos comerciales.⁶

En suma, este *modus operandi* corrobora que los hechos probados no solo se centran en los hechos de referencia, sino que, además, son precisamente la base fáctica para explicar que la persona jurídica fue “*burlada*”, en acertada expresión del hecho probado: los hechos probados describen los esfuer-

5 “Los acusados de la sociedad M., SIGUIENDO LOS PROPIOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN COMERCIAL FIJADOS POR LA SOCIEDAD, idearon que el importe de las comisiones o dádivas que les venían solicitadas se recogiese en el Plan de Negocio, Business Plan, como un gasto más del contrato, (...).

De esta forma, los acusados añadieron al Business Plan los nuevos epígrafes Success Fee, Project Management y Auditorías, que RECOGÍAN DE FORMA ENCUBIERTA LOS GASTOS SOLICITADOS por el seguidor para ganar la licitación pública (...). Respecto a las partidas de Success Fee y Project Management, los acusados (...) DISEÑARON UN NUEVO ARDID para que la sociedad M., a través de sus protocolos de compras, pudiese atender el pago de todas las facturas que a nombre de empresas instrumentales presentarían los colaboradores externos (...)” (pp. 51–52).

6 “Para poder validar dichas facturas EL PROTOCOLO MARCABA que debía existir previamente un pedido del servicio u obra a contratar por la sociedad M. Dicho pedido lo debía realizar, o el departamento de servicios-mantenimiento o el departamento de instalaciones. Una vez realizado el pedido dichos departamentos tenían que solicitar tres presupuestos a tres empresas distintas, teniendo un mayor peso a la hora de ser seleccionado el menor precio del servicio. PARA BURLAR ESTE PROCEDIMIENTO, los acusados acompañaron el presupuesto presentado por las empresas instrumentales del acusado D. de otros dos presupuestos simulados, bien solicitando un presupuesto de favor a otras mercantiles o confeccionando ellos mismos una factura utilizando su papel con membrete comercial, fingiéndose así una concurrencia, pero al final siempre era la sociedad instrumental del acusado D. (...). En las sesiones de lanzamiento de los contratos la acusada G. encubría frente al resto de empleados los costes de las dádivas, manifestando que eran acuerdos y compromisos comerciales” (pp. 52–53).

zos delictivos de los acusados para eludir fraudulentamente la prevención de delitos.

Es más, incluso un aspecto que la sentencia luego habrá de mencionar como declarativo de culpabilidad de la persona jurídica, a saber: el número de intervinientes de ella que pertenecían a la empresa (hasta seis y de varios departamentos)⁷, puede incluso ser interpretado justamente, al contrario. En efecto, los hechos probados también afirman que varios acusados trajeron a su plan delictivo a otro de los finalmente acusados, el director de la zona centro, pues hubo de ser incorporado al sistema ya que existían controles que no podían ser superados sin su intervención. Como exponen los hechos probados, la colaboración de este acusado fue obligada porque resultaban necesarios informes y documentos que debía elaborar él.⁸ Ello confirma que el programa de cumplimiento dificultaba la comisión del delito, aunque, como ocurre con ciertos mecanismos de control —por ejemplo, la firma mancomunada—, también puede provocar lamentablemente que, si finalmente el delito se ejecuta, sea necesario implicar a más personas para sortearlo. Es la doble cara de la moneda del *compliance*, necesariamente. Sofisticación en el sistema delictivo a través de sociedades pantalla *versus* controles implantados, y necesidad en coautoría de ir adaptando el plan delictivo a la vista de los controles existentes (incluso de tener que incluir a nuevos implicados). En definitiva, una compleja urdimbre criminal elusiva del sistema de cumplimiento, a la que se vieron obligados los acusados para no ser detectados y poder sortear los controles con los que contaba la sociedad enjuiciada por la sentencia de la Audiencia Nacional.

2.5. A pesar de lo dicho, la sentencia también hace referencia, claro está, a carencias en el sistema. El análisis definitivo lo realizará el Tribunal Supremo, puesto que la sentencia no es firme. En todo caso, veremos que la tendencia es exigente. Pese al comportamiento de las personas físicas sorteando con habilidad el sistema, como acabamos de ver, los fallos del sistema que la sentencia cita han conducido a la condena. Una fuerte condena por lo demás: multa de 3 años y 6 meses con cuota diaria de 2.500 euros día por un delito continuado de cohecho y multa de 6 meses con cuota de 2.500 euros día por un delito de tráfico de influencias, es decir, más de tres millones y medio de euros.

7 “Varios departamentos se vieron involucrados en los hechos” (p. 64).

8 Para hacer posible lo anterior, [algunos acusados]necesitaban de la colaboración del director de la Zona Centro del Departamento de Service (Mantenimiento de las instalaciones), el acusado A., para que formalizase los contratos de M. En segundo lugar, la colaboración de A. como directivo de la zona centro era importante para que encomendase al acusado J. A. la realización de informes y documentos como si fuera R. E., para pasarlos luego a [otros acusados]”.

Así, bajo el epígrafe “9. Sobre el debido control ejercido por la persona jurídica” los hechos probados mencionan las carencias del sistema. Lo glosaremos seguidamente. De forma obligada, solo podrá ser una parte, la que consideramos principal. Para el resto, remitimos encarecidamente a la lectura de la sentencia.

El epígrafe comienza constatando que existía un sistema de *compliance*, recordando que la compañía M. seguía un procedimiento interno bien definido, reconociendo también que existían varios niveles y división en la toma de decisiones, involucrando a diferentes directivos y comités, cada uno con límites específicos de aprobación. El hecho probado, a renglón seguido y sin mayor explicación, indica que se habría dotado al *compliance* de “*escasos recursos*”, aunque sin mencionar las supuestas fechas en las que los recursos serían supuestamente escasos y, sobre todo, sin presentar cifra alguna de esa supuesta escasez, para que el analista del hecho probado pueda conocer qué entiende la Sala *a quo* por “*escasos recursos*” (¿50.000 €, 100.000 €, 200.000 €?).⁹ La expresión “*escasos recursos*”, por tanto, nada dice pues es un concepto totalmente abierto. Máxime cuando en los fundamentos jurídicos de la sentencia no aparece de nuevo esta cuestión de manera que no sabemos la fuente de prueba que habría dado lugar a tal hecho probado. Piénsese que la Legislación no establece *ex ante* y en abstracto (sería imposible) cuántos recursos serían necesarios, pues ello depende de la persona jurídica de que se trate, es decir, lo que puede ser escaso para una compañía de una enorme actividad y gran número de trabajadores, puede en cambio erigirse en unos recursos sobrados para otra compañía de menor tamaño o más eficiente, y viceversa. Habrá que estar caso por caso.

Pero vayamos de forma más concreta *con nuestro diez en cumplimiento*. Y es que, además, la sentencia carece de información de una doble comprobación que a nuestro respetuoso entender debería constar para una correcta subsunción en el art. 31 bis CP: la primera y principal, si tal aserto es relevante, es decir, si la supuesta constatación de “*escasos recursos*” es suficiente

9 “9. Sobre el debido control ejercido por la persona jurídica. M. contaba con varios comités y departamentos relevantes en su organización. Su sistema de autorizaciones aseguraba que todas las decisiones importantes, especialmente las relacionadas con ofertas y gestión de contratos, fueran aprobadas por los órganos competentes. Los protocolos de aprobación y firmas jerarquizaban la toma de decisiones, desarrollándose de forma piramidal desde la Dirección General. La autorización de pagos, gastos y facturas seguía un procedimiento interno bien definido, con varios niveles de autorización según el importe y la naturaleza del gasto, involucrando a diferentes directivos y comités, cada uno con límites específicos de aprobación: (...) Este código ético fue acompañado de escasos recursos, limitados a la creación de una Dirección de Ética y Cumplimiento, con la designación de un responsable de Ética, un etólogo que era a la vez el responsable de la Asesoría Jurídica, así como la creación de un canal de denuncias a disposición de todos los empleados”(pp. 62–63).

para poder decir que el hecho ya hay que subsumirlo en el art. 31 bis CP; como venimos advirtiendo, sería extraño que cualquier supuesto déficit de un programa de prevención condujera a la tipificación y así, por ejemplo, puede existir el déficit pero no ser causal para el hecho de referencia.¹⁰ La segunda comprobación es coyuntural: qué se entiende por escasos recursos ha ido variando a lo largo de los años, pues piénsese para la sentencia concreta con la que estamos ejemplificando que las fechas a las que se refiere el hecho probado no son las actuales, y que en la época de tales hechos (2012–14) ni siquiera se había producido la reforma de 2015 del art. 31 bis del CP, en el sentido de que el legislador expresase todos los elementos, de manera prolija, que debía contener un programa de *compliance*.

2.6. Otro de los reproches de la sentencia es que el programa de prevención no fue eficaz, como un fundamento más de la condena.

En efecto, el hecho probado destaca una suerte de enmienda a la totalidad al sistema de *compliance*: que “los protocolos de la actuación ética y de medidas anticorrupción no fueron eficaces”. En otro lugar, se reitera que “dichos mecanismos formales se revelaron ineficaces para prevenir y evitar las prácticas anticorrupción (sic: de corrupción)”.¹¹

Empero, tal factum es irrelevante y su toma en consideración colisionaría con la doctrina del Tribunal Supremo. Como es sabido, lo jurídicamente relevante no es que los protocolos no fueran eficaces en el sentido de no evitar el delito de las personas físicas, pues ello es evidente ya que de otra manera no habría hecho de referencia de las personas físicas y nada habría que discutir, sino si el sistema era suficiente para dificultar los delitos. En ocasiones se habla erróneamente (y la sentencia parece haber caído en esa suerte de trampa dialéctica) de que el sistema de *compliance* debe impedir delitos, y a ello parece que se suma la Sala *a quo* cuando indica que “las medidas anticorrupción no fueron eficaces” y que “dichos mecanismos formales se revela-

10 Tal y como viene reiterando la jurisprudencia del TS, la responsabilidad penal de la persona jurídica no surge de forma automática por la mera comisión de un delito por parte de una persona física, sino que exige la existencia de un verdadero hecho de referencia o de conexión entre dicho ilícito y la entidad, de modo que pueda afirmarse que el delito fue posible o resultó facilitado por un defecto estructural de organización, supervisión o control. Así, desde la pionera STS 221/2016 de 16 de marzo declara que «el hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física», añadiendo que la investigación debe centrarse, una vez determinado este hito típico referencial, sobre «aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión».

11 “En definitiva, las normas éticas de las que se había dotado el grupo no fueron implementadas adecuadamente por M., pues aun cuando documentó unas guías prácticas éticas, creó la función del Etólogo y un canal de denuncias, dichos mecanismos formales se revelaron como ineficaces para prevenir y evitar las prácticas anticorrupción, diseñadas y puestas en práctica desde el núcleo de la compañía” (pp. 64–65).

ron como ineficaces para prevenir y evitar las prácticas anticorrupción”. Y no, porque evidentemente si el estándar a valorar fuese si la compañía impidió o no, entonces se caería en responsabilidad objetiva de las personas jurídicas. Y nadie, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia aboga por tal responsabilidad objetiva para el caso de que se haya cometido el hecho de referencia.

Lo relevante jurídicamente, antes bien, es única y exclusivamente si *ex ante* existían medidas de eficacia preventiva, no si se trataba de medidas que han sido eficaces, es decir que han impedido el delito. Por ello, cuando los hechos probados de la sentencia que venimos comentando concluyen también que las normas éticas adoptadas por el grupo no fueron implementadas adecuadamente por la sociedad M. porque no evitaron el delito, ello es una concepción incorrecta, a nuestro respetuoso entender. Hay en ello un sesgo retrospectivo: el hecho probado no describe por qué el modelo sería pretendidamente inadecuado *ex ante*, sino que se limita a aseverar que, al no haber impedido las prácticas corruptas finalmente descubiertas, sus mecanismos se revelaron ineficaces, y ello, a pesar de las páginas y páginas de hechos probados describiendo cómo las personas físicas urdieron un plan para eludir fraudulentamente el sistema de control.

Por tanto, la eficacia del sistema de cumplimiento no puede enjuiciarse *ex post*, atendiendo al resultado finalmente producido, pues ello convertiría la mera comisión del delito antecedente en una prueba automática del defecto organizativo y, en definitiva, instauraría una forma de responsabilidad objetiva expresamente rechazada por el Tribunal Supremo.¹²

2.7. La sentencia con la que venimos ejemplificando también aborda otra cuestión de sumo interés: otro de los hechos probados inculpativos es

12 En este sentido, la STS 123/2019, de 8 de marzo, desplaza el juicio desde la mera constatación retrospectiva del resultado hacia la valoración de la aptitud preventiva del modelo organizativo. En efecto, cuando el TS exige acreditar que las medidas omitidas “podrían haber evitado” la comisión del delito, está imponiendo necesariamente un juicio hipotético de evitabilidad, esto es, un análisis dirigido a determinar si, antes de la comisión del hecho, el sistema de cumplimiento implantado era objetivamente idóneo para prevenir o reducir significativamente el riesgo del concreto delito finalmente cometido.

En la misma línea, la STS 894/2022, de 11 de noviembre, rechaza expresamente cualquier automatismo entre el delito cometido por la persona física y la responsabilidad penal de la persona jurídica, afirmando que la imputación de la persona jurídica descansa en el infinitamente reiterado defecto de organización. Y esta doctrina enlaza directamente con la primigenia STS 221/2016, de 16 de marzo, que advierte que el desafío probatorio no puede quedar simplificado en acreditar el delito cometido por la persona física, sino que habrá de demostrarse la causalidad con respecto del defecto estructural que ha permitido su comisión, rechazando expresamente la tesis de que la responsabilidad penal de la persona jurídica actúa automáticamente como resorte toda vez se haya cometido un delito por parte de la persona física en su seno.

un hecho formulado en duda. Sí, en duda: la sala *a quo* dice desconocer el seguimiento de los cursos de *compliance* y de allí deriva un nuevo elemento de la tipicidad. La circunstancia de que se traiga una duda a una sentencia penal, abiertamente, merece detenimiento.

Dice la sentencia que entre los años 2012 a 2014 “solo” constaría que los empleados y asesores externos debían realizar un test inicial sobre ética y prácticas anticorrupción y unas sesiones de formación *online* cuyo seguimiento se desconocería. En efecto, a pesar de que la sentencia reconoce ampliamente la existencia del sistema de normas de *compliance*, los mapas de riesgos, el canal de denuncias, etc., e incluso los cursos de formación, se incide y reprocha en el desconocimiento del seguimiento. Dice la sentencia en primer término: “3. *La defensa de la compañía M. sostiene que dicha compañía había implementado medidas voluntarias de ejercicio del “debido control” con anterioridad a 2010, contando con una Carta Ética desde 2006, un Deontólogo desde 2009, políticas éticas impregnadas de la cultura del cumplimiento, que contenían una prohibición clara de realizar actos corruptos, con identificación de los riesgos, entre ellos, la corrupción, también en relación con la contratación pública, control de la gestión de los recursos financieros. Además, se estableció un canal de denuncias a partir de 2009 en el que los empleados pudieran poner en conocimiento cualquier incumplimiento y un sistema disciplinario. Y se dio formación online a los empleados y a los directivos, en concreto, recibieron cuatro cursos de formación online el director general, dos directivos de mercado y dos de compras y el director comercial acudió además a un curso presencial en París. No es controvertido que el Grupo al que pertenecía la sociedad M. había desarrollado un modelo de cumplimiento normativo en prevención del delito corporativo que hizo extensivo a sus filiales, cuando en España aún no se había introducido la responsabilidad de la persona jurídica*”. Para, sin embargo, añadir también: “En los años 2012 al 2014, sólo consta que los empleados y asesores externos debían realizar un test inicial sobre ética y prácticas de anticorrupción y unas sesiones de formación online, cuyo seguimiento se desconoce. Estas medidas no tienen por sí mismas potencial para fomentar la cultura de integridad y de responsabilidad social”.¹³ De este modo, como vemos, la sentencia produce una inversión de la carga de la prueba y, además, exige un diez: la defensa no ha probado el seguimiento, y además se desconocería el potencial de tales cursos para fomentar la cultura de cumplimiento.

Debemos ser críticos. En una primera aproximación, si se desconoce el seguimiento de los cursos, la conclusión (sin inversión de la carga de la prueba) sería que ello introduce una duda probatoria (fruto del desconocimiento) que debería ser interpretada *pro reo*. Es decir, lo único realmente incrimi-

13 SAN citada, pp. 63–64.

nador hubiera sido que el hecho probado hubiera determinado —cosa que no hace— que el seguimiento fue escaso o nulo (no que se desconoce), por ejemplo, porque durante la instrucción de la causa el juzgado hubiera solicitado las hojas de seguimiento, y de estas se dedujese que el curso se dirigió a pocos empleados o que lo siguieron unos pocos. Sin embargo, derivar del aserto “*desconocimiento del seguimiento de los cursos*” la pretendida conclusión “*no seguimiento de los cursos*” o “*nulo seguimiento de los cursos*”, es una inferencia contraria al *in dubio pro reo*, o, peor aún, una ilícita inversión de la carga de la prueba. Por lo demás, el párrafo termina indicando que estas medidas no tendrían por sí mismas potencial para fomentar la cultura de integridad y de responsabilidad social, afirmación con la que tampoco se puede estar de acuerdo. En primer lugar, porque se trata de una cuestión jurídica y de valoración que no tendría por qué aparecer en los hechos probados. Y, en segundo término, lo cierto es que para esos años (2012–14) este sistema era un adelantado a su tiempo, además de que no sabemos realmente qué otros sistemas tendría la sentencia como válidos, que no fueran precisamente los cursos de formación, como ha establecido la doctrina y la jurisprudencia de forma constante. La redacción parece que desdeña la formación como método válido, pese a que, tanto en España como en el derecho comparado, es lo que están efectuando absolutamente todas las compañías.

2.8. En suma, sirvan las anteriores páginas como ejemplo de la cuestión que suscitamos *supra*. ¿Cuántas carencias respecto de un diez dan lugar a la tipicidad?

En efecto, en la sentencia que hemos tomado de ejemplo, hemos podido ir viendo dos tipos de hechos probados: en primer término, los numerosísimos de ellos que plasman, repetidamente, que los acusados eludieron fraudulentamente un amplio programa de cumplimiento. Hay decenas de referencias concretas en los hechos probados, algunas de las cuales hemos subrayado, que explicaban que las personas físicas eludieron fraudulentamente los controles. En segundo término, los hechos probados que han mostrado déficits en el programa de cumplimiento: entre ellos, que se habría dotado al programa de “*escasos recursos*”, o que de los cursos de formación (en todo casos existentes) se desconocería su seguimiento. También se cita que hasta seis personas estuvieron implicadas y que procedían de diversos departamentos. Finalmente, hay otro “reproche”, pero que en realidad no es tal, como vimos, cuando la sentencia señalaba que las medidas no habrían evitado los delitos.

Pues bien, la pregunta es: ¿con cuántos reproches es suficiente? ¿Hay que sacar un diez y cualquier otra nota menor da lugar a tipicidad? Dejamos el debate abierto, tras las dudas mostradas.

Piénsese que la sentencia ha sido tan exigente, que, pese a que concede como acreditado que la compañía, con anterioridad al comienzo de las sesiones de Juicio Oral, tenía un programa de cumplimiento que ha logrado dos prestigiosas acreditaciones, no ha gozado de al menos la atenuante que

para tales supuestos ha previsto el Código penal. Se refiere la sentencia, en efecto, a la evaluación positiva de la Norma UNE 19601 de Sistemas de Gestión de Compliance Penal y a la Norma Internacional ISO 37001 de Sistemas de Gestión Antisoborno.¹⁴

3. UN DIEZ EN EL TIPO SUBJETIVO, SO PENA DE CONDENA

3.1. También en el tipo subjetivo se obliga a las compañías a sacar un diez. Ni un leve desliz se les permite. En esta ocasión —a diferencia de respecto del tipo objetivo— la exigencia ni se nombra: el tipo subjetivo ni se menciona, de tal manera que, si una persona jurídica tiene, digamos de momento preliminarmente, dolo porque se dedica al delito, o solo imprudencia porque se descuidó, incluso aunque sea leve, ni se tematiza.

Sin embargo, conviene recordar que la tipicidad no solo valora el tipo objetivo, sino el tipo subjetivo, y que ello es trascendental también para la persona jurídica. En unos delitos, la mayoría de los de la persona jurídica, porque el legislador solo ha previsto punibilidad para el dolo, de manera que si se detectase imprudencia (un fallo de cumplimiento) lo lógico sería absolver. Y en otros delitos, que sí tienen punibilidad por imprudencia, porque la pena a imponer parece que siendo consecuente debiera ser menor que en los supuestos de dolo.¹⁵

En cambio, respecto de la persona jurídica y su responsabilidad, se ha difundido la tesis de que la persona jurídica ha de sacar un diez, en el sentido de que cualquier desliz o fallo, un cinco o un seis, incluso un siete o un nueve en el tipo subjetivo, no sirve. Es una suerte de tesis según la cual las

14 [Conforme a la pericial presentada] “CON POSTERIORIDAD A ESTE PROCEDIMIENTO la sociedad M. CONTINUÓ DESARROLLANDO EL MODELO DE COMPLIANCE AL RITMO DE ACTUACIONES POSTERIORES. En la página 12 hay un cuadro con una línea de tiempo en la que se ven las medidas adoptadas por año y que a partir de 2012 se sigue desarrollando el modelo, lógicamente tras la reforma de 2015 se adecua para el cumplimiento de las condiciones exigidas, en la página 13 se aprecia que sigue un ritmo subsecuente y ya en 2021 se detiene porque es el año del informe. M. tiene implementada la norma ISO 37001 que es un estándar global de estar alineada en la mitigación de prácticas corruptas y la norma española UNE-19601” (p. 562). Véase también la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: aunque este tipo de certificaciones «en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial» señala que «las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia» (pág. 52).

15 Más en extenso: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Capítulo 9 (“El dolo de la persona jurídica”), en: La imputación y la defensa de la persona jurídica, Barja de Quiroga, Jacobo (coordinador), Aranzadi 2025, págs. 289 y ss.

personas jurídicas serían punibles por igual tanto si actuaron de propósito (por ejemplo, tenían una caja b para pagos, o peor, no tenían ni programa de cumplimiento), como si *fallan* en la prevención de delitos, de manera que, por culpa de ese *fallo* o *descuido* —por esa *inadvertencia* fatal—, uno o varios de sus directivos o trabajadores pudieron cometer un delito. Tal fallo, tal descuido, semejante tropiezo o error serían delito para la persona jurídica.

Sin embargo, parece un exceso, por no decir un abuso, imputar la comisión de delitos a empresas que, más allá de fallos o errores, sí tengan implantado un programa de prevención de delitos y empleen enormes recursos económicos y humanos, decididamente, dedicados a tal función preventiva. Un abuso, y además una práctica muy desincentivadora: ¿para qué gastar todos esos recursos —se dirán las empresas— si, al final, por cualquier fallo —y, como tal, imprevisible—, te pudieran imputar?

3.2. Y es que, en este debate ha de tenerse en cuenta que el sistema del tipo subjetivo no ha sido modificado en absoluto en las dos grandes ocasiones que el legislador se ha ocupado de las personas jurídicas: ni en 2010, ni en 2015, el legislador ha tocado nada —de nada— en orden al tipo subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ni para expresar que para estas entidades —que ya pueden ser sujetos del Derecho penal igual que las personas físicas— no rijan las disposiciones previstas en la Parte General en cuanto al dolo, ni para expresar que rijan otras distintas, ni para expresar, en fin, que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretendidamente no haya que atender al tipo subjetivo o que “su” teoría jurídica del delito deba ser una teoría distinta o mutilada respecto de la teoría de las personas físicas, teoría en la que faltaría —o no sería necesario— el tipo subjetivo. Nada de nada, insistimos.

Ante ello, es decir, ante las puertas de una ley que ningún elemento ha querido particularizar al respecto y que, por tanto, mantiene el sistema general *ex principio* de legalidad, debiera concluirse que también para las personas jurídicas debe procederse al análisis de siempre (entre otros, de la mano del art. 14 CP): esto es, si la tipicidad penal de tal o cual delito (para las personas jurídicas) prevé la incriminación imprudente, o si solo lo hace, como suele ser habitual, para el comportamiento doloso. Breve: afirmar que una persona jurídica negligente deba responder, por ejemplo, de un delito de cohecho o de un delito fiscal es un quebranto no solo de la presunción de inocencia, sino incluso del principio de legalidad penal.

No son plausibles, pues, pretendidas posiciones igualitaristas, según las cuales, a la postre, todo sería uniforme, con más impostura que fundamentación: lo mismo daría la compañía que cometiese un cohecho o delito fiscal porque su programa dejó de par en par las puertas abiertas para tal fin (o la compañía que, estando cerrada la puerta, abrió una ventana a tal propósito), que la compañía a la que se le hubiera colado una serie de cohechos por los quicios y bombines de puertas o ventanas, es decir, por algunos de

sus directivos y empleados. En otras palabras, lo mismo daría el dolo que la imprudencia para la persona jurídica, injustamente.

Y, sin embargo, no es lo mismo una sociedad que, sin programa de cumplimiento, decide cohechar; o una sociedad que, con programa de cumplimiento, ningún control estableció anti cohecho, con un propósito de dejar esa ventana entreabierta por si un día venía bien al negocio hacer la vista gorda al cohecho; pues ambos casos son equivalentes al dolo. Y en cambio, son diferentes de una sociedad con programa de cumplimiento, pero unos deficitarios controles anti cohecho; una sociedad con férreos controles anti cohecho que varios de sus empleados o directivos sortearon inteligente y esforzadamente (el delincuente puede ser más hábil que el programa, como lo puede ser frente a la policía, los fiscales y jueces, y, en suma, frente a los códigos penales).

3.3. Por el momento, aunque existe algún pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo respecto de esta cuestión (en contra de lo que acaba de decirse), no hay una línea definida. Y es que, más bien se ha tratado de algún apunte *obiter dictum*, que ha deslizado alguna sentencia.

Nos estamos refiriendo a la sentencia de la Excma. Sala 958/2023, de 21 de diciembre, que resuelve la impugnación contra dos Autos dictados por la Audiencia Provincial de Madrid, decretando el sobreseimiento libre tanto respecto de una persona física como respecto de una persona jurídica. Dice esta Excma. Sala: *“la primera de las resoluciones alude reiterada y machacosamente a la falta de conocimiento por parte de la persona jurídica del dato ocultado y, en consecuencia, la ausencia de dolo. El argumento es asumible, aunque precisa una cierta reconstrucción, implícita en el razonamiento, y luego confirmada con el sobreseimiento decretado frente al administrador. Es obvio que cuando se dice que Patrimonio Farmacéutico S. L. no debía conocer los gravámenes, se habla en un sentido figurado. Una persona jurídica no puede conocer o ignorar o dejar de conocer. Cuando se le atribuyen esas conductas, lo que se está expresando, es que las personas físicas que actuaban en su nombre no conocían. La responsabilidad penal de la persona jurídica surgirá, no porque ella actúe con dolo o con imprudencia, sino porque alguien dependiente de ella y/o actuando en su nombre (un empleado, un directivo: art. 31 bis CP) ha cometido un delito, doloso o imprudente, según los casos”*.

Tal cuestión es reiterada en el voto particular que fórmula el Excmo. Sr. Sánchez Melgar: *“el art. 31 bis CP no exige que la entidad mercantil ‘conociera’, en el sentido del dolo típico, la existencia de los embargos, sino que el delito se cometa en su nombre, como así ocurrió, y en su beneficio, como así también se supone sucedió, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, o bien, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas*

en el párrafo anterior (...). A nuestro juicio, la Audiencia Provincial se limita a realizar un juicio de tipicidad impropio de esta fase procesal (calificando los hechos de imprudencia y descartando implícitamente otras opciones como la existencia de un dolo directo o un doble eventual o una situación de ignorancia deliberada) y analiza, sin embargo, un elemento irrelevante en la imputación de la persona jurídica (si Patrimonio Farmacéutico S. L., como persona jurídica, tuvo conocimiento o no de la existencia de los embargos)”.

3.4. En general, como las citas que acabamos de efectuar demuestran, se suele decir que el problema sería que no es posible encontrar la distinción entre dolo e imprudencia en las personas jurídicas, más allá de las personas físicas. Sin embargo, al hilo de la sentencia de la Audiencia Nacional que citamos *supra*, queremos poner en duda tal tesis.

En efecto, los hechos probados de la sentencia, incluso aunque se quisiese considerar que reúnen la tipicidad objetiva del delito, indudablemente no describen una connivencia dolosa de la persona jurídica con la trama, sino una supuesta ausencia de impedir. Es decir, no reprochan una suerte de dolo o connivencia de la persona jurídica con la trama corrupta, sino un no impedir.

Así, son muchos los lugares de la sentencia en los que la Sala *a quo* deja claro que no se ha condenado por connivencia o fomento de una trama corrupta, ni por no tener en absoluto un programa de *compliance*, o por tenerlo como una fachada o, por ejemplo, por contar subrepticamente con una caja B para las dádivas, sino por no haber detectado la traza corrupta de sus directivos y empleados, esto es, por haber “fallado”. Refiriéndose por ejemplo al sistema de cumplimiento, la sentencia dice expresamente que no fue implementado adecuadamente. En concreto, que se reveló (es decir, a posteriori, ¿dolo *subsequens*?) como ineficaz: “dichos mecanismos formales se revelaron ineficaces para prevenir y evitar las prácticas anticorrupción (sic: de corrupción)”.¹⁶ Añade asimismo la sentencia que el programa no habría funcionado correctamente, es decir, que habría *fallado*, de manera que la propia terminología emplea la palabra “fallo” que evidentemente evoca la imprudencia y no el dolo (“el modelo de cumplimiento que la compañía tenía escrito y que había divulgado entre sus empleados a través de sus canales internos, no fue eficaz para prevenir las actividades corruptas [...]por haber fallado los controles de supervisión de dicho cumplimiento”).¹⁷ O, de igual modo, en

16 “En definitiva, las normas éticas de las que se había dotado el grupo no fueron implementadas adecuadamente por M., pues aun cuando documentó unas guías prácticas éticas, creó la función del Etólogo y un canal de denuncias, dichos mecanismos formales se revelaron como ineficaces para prevenir y evitar las prácticas anticorrupción, diseñadas y puestas en práctica desde el núcleo de la compañía” (pp. 64–65).

17 “La cuestión estriba en la implementación realizada por M., a la vista del mayor indicador de riesgo de corrupción que presentaba nuestro país, lo que exigía medidas específicas de prevención y detección de este riesgo. La prueba practicada ha puesto

el epígrafe citado “4. *Calificación jurídica*”, la sentencia resalta y detecta expresamente que de haber sido *más diligente* la persona jurídica, se podrían haber evitado los delitos, es decir, se habrían podido detectar si el programa (que se reconoce como tal) hubiera funcionado correctamente. De nuevo, pues, recuerda esta terminología incluso a, como veremos, el error evitable del propio art. 14.1 CP (imprudencia) (“*hubiera podido evitarse si los mecanismos de los que estaba dotada la empresa para detectar prácticas corruptas hubieran sido eficaces. (...) evitarse si todos los procedimientos de control y gestión internos hubieran funcionado correctamente*”).¹⁸

O, como también explica el fundamento jurídico 13.º, la Sala *a quo* expresa que tendrían que haber saltado las alarmas y que con una mínima investigación por parte de *compliance* se habrían visto aspectos que no se detectaron:¹⁹ pero ello, esa no detección, es la descripción de una imprudencia, no de un supuesto doloso. O, finalmente, por poner un último ejemplo, parecidos hechos describe la sentencia respecto de la actuación del auditor interno, en donde la resolución también insiste en que fallaron los controles y que hubo una incapacidad de detectar (“*fallaron todos los controles de auditoría interna, (...) fue incapaz de detectar*”).²⁰

de manifiesto que el modelo de cumplimiento que la compañía tenía escrito y que había divulgado entre sus empleados a través de sus canales internos, no fue eficaz para prevenir las actividades corruptas realizadas por varios directivos bajo el liderazgo del director general y que implicaron a varios departamentos, comercial, de compras y de producción durante tres años, POR HABER FALLADO LOS CONTROLES DE SUPERVISIÓN DE DICHO CUMPLIMIENTO” (p. 567).

18 “4.1.Conforme a la prueba expuesta, M. ha de ser declarada como responsable penal (...). La prueba practicada ha acreditado que dicha compañía incumplió los deberes de control y vigilancia sobre la actividad de sus directivos y sus empleados, (...), LO QUE HUBIERA PODIDO EVITARSE SI LOS MECANISMOS DE LOS QUE ESTABA DOTADA LA EMPRESA PARA DETECTAR PRÁCTICAS CORRUPTAS HUBIERAN SIDO EFICACES. (...). Respecto a la responsabilidad de M., considera el tribunal que también es imputable a la empresa dicho delito al tratarse de la manifestación de otra práctica corrupta que PUDO EVITARSE SI TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y GESTIÓN INTERNOS HUBIERAN FUNCIONADO CORRECTAMENTE. Una auditoría interna sobre el departamento comercial HUBIERA PERMITIDO DETECTAR que en su seno se elaboraban pliegos de contratación pública que se enviaban en este caso al ayuntamiento de Parla, (...)” (pp. 572–573).

19 “Se creó la función del deontólogo, para la que se nombró a (...), la propia designación y contratación por M. de la empresa que iba a auditar su trabajo como adjudicataria, DEBERÍA HABER HECHO SALTAR LAS ALARMAS JURÍDICAS, (...). Aun cuando aparecía como administrador A., ni se contactó con él ni se investigó su capacidad y solvencia, CUANDO UNA MÍNIMA INVESTIGACIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL HUBIERA PERMITIDO COMPROBAR que dicha sociedad pertenecía a D., el asesor comercial que M. tenía contratado para conseguir adjudicaciones, que se había creado dos meses antes con € 3000 de capital y al frente de la misma había una persona con la que ni siquiera se contactó” (pp. 567–569).

20 “Por otro lado, en cuanto al posible control del auditor interno (...). Considera el Tri-

No es necesario continuar: es claro que la sentencia condena no por una connivencia con la trama, dolosa, vale decir, sino por un no detectar que tendría que haberse evitado con un mejor programa de cumplimiento (es decir, un no detectar por error, imprudente), un haber fallado los controles.

Así las cosas, desde luego ya desde este primer punto de vista, desde lo fáctico, se muestra como realmente implausible una pretendida posición igualitarista, según la cual, a la postre, todo sería uniforme: lo mismo daría que cualquier compañía hubiese tenido un sistema para cometer cohechos (por ejemplo con una caja B perfectamente establecida en una contabilidad paralela, o con un simulador y mero programa de fachada que no se aplicara o cuya única finalidad fuera procurar disimular por si surgía un problema), que una compañía como M. respecto de la cual los hechos probados reconocen abiertamente que no le saltaron las alarmas, que no vieron determinadas alertas, etc., es decir, que tendrían que haber tenido un programa mejor para evitar los cohechos (incluso sin hacerse cargo de la temprana fecha en cuanto al *compliance* a la que se está refiriendo, 2012–14); es decir, lo mismo daría el dolo que la imprudencia para la persona jurídica, injustamente.

3.5. Tal concepción, como decíamos, debe ser combatida. Y es que, un moderno entendimiento normativo del tipo subjetivo debe llevar, pues es perfectamente posible, a distinguir las dos formas de tipicidad subjetiva, dolo e imprudencia, pues son absolutamente reconocibles también en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, la forma dolosa o más grave (en la que no hay un error de tipo, del art. 14.1 CP) vendrá constituida, en primer lugar, cuando exista una cultura empresarial criminal, si es que se quiere considerar a tales sociedades mercantiles inmersas en el sistema penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (y no declararlas inimputables y realizar con ellas una suerte de levantamiento del velo). Igualmente, la forma más grave o dolosa (en la que no hay un error de tipo, del art. 14.1 CP) habrá de ser afirmada cuando exista una carencia absoluta de programa de cumplimiento por parte de la mercantil, o, en su caso, el programa de cumplimiento se instauró hace tantos años y no ha sido actualizado en absoluto, que es como si no se tuviese: el grado de información actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por ende, el conocimiento de la necesidad de tener programas de cumplimiento, hace que deban ser excluidos por inverosímiles su-

bunal que FALLARON TODOS LOS CONTROLES DE AUDITORÍA INTERNA, (...) FUE INCAPAZ DE DETECTAR que en el procedimiento de compras se estaban realizando presupuestos y comparativos simulados, que terminaban con la designación del mismo proveedor, que presentaba facturas por trabajos o servicios que no describía, que se pagaban por transferencia en algunos casos saltándose el protocolo de pago por confirming a 30, 60 o 90 días de la compañía, en definitiva, se trató de cumplir con un trámite formal que diera garantías de que “todo estaba correcto” (p. 570).

puestos de error al respecto. Por último, en tercer lugar, también habrá que afirmar la forma dolosa (en la que no hay un error de tipo, del art. 14.1 CP) cuando el programa de cumplimiento lo sea tan solo *proforma* que equivalga a una carencia absoluta o a un mero querer aparentar (doloso), por ejemplo, habría una caja b para pagar cohechos, y en ello, obvio es decirlo, no habría ningún error de la persona jurídica que tuviera instaurada tal caja b: aquí, el sortear la norma que se conoce es precisamente lo que permite la atribución y afirmación del dolo.

En cambio, una persona jurídica es claro que sí podrá alegar haber estado inmersa en un error; como ahondaremos a continuación, en los supuestos de defectuosos programas de prevención, porque tales casos sí son verdaderos supuestos de error —se quiere cumplir, pero no se acierta en el cómo—, y por tanto en tales casos es reconocible la forma de la imprudencia si el error fue evitable. O, por expresarlo de una forma más vívida: si una mercantil por ejemplo se puso en manos de un equipo de elaboración de *compliance* aparentemente solvente desde un punto de vista jurídico-técnico, no solo tendrá un error sobre su programa de prevención de delitos, sino que verdaderamente tal error puede que sea incluso inevitable: *ex art. 14.1 primera variante*, ausencia de responsabilidad penal, en todos los casos.

En efecto, el Código penal no es cierto que contenga una definición de dolo basada en un “*inexcusable substrato psicológico*” —como se ha querido decir— para a renglón seguido añadir que tal substrato psicológico no existiría en las personas jurídicas y que, por ende, en ellas no debería regir el mismo sistema de tipo subjetivo que en las personas físicas. Antes bien, las modernas definiciones del dolo han abandonado un tal “substrato psicológico”, para centrar sus esfuerzos en una atribución normativa de imputación de los conocimientos que deben ser asignados al rol en el que se esté interactuando, mecanismo éste de imputación subjetiva que logra que el mismo pueda ser aplicado a la persona jurídica sin estrépito alguno, como acabamos de ver. Breve: no es que haya que adaptar la persona jurídica a una nueva definición de dolo, sino que la definición de dolo que se pretende echar en falta en las personas jurídicas por algunos sectores de la doctrina no es desde luego inexcusable *ex lege*, sino que ha sido superada.

Se trata, en definitiva, de atribución de conocimientos a la persona jurídica, del mismo modo que de atribución de conocimientos a las personas físicas. Regresando a la sentencia de la Audiencia Nacional con la que venimos ejemplificando: no puede ser que rija lo mismo para una sociedad que hubiera estado en connivencia con los directivos y empleados condenados (dolo), que si estos directivos han burlado a la compañía y los sistemas han fallado y no se han evitado los delitos de las personas físicas. La cuestión no es ni mucho menos baladí, como el caso de la sentencia demuestra, puesto que, si distinguimos entre dolo e imprudencia, en tal supuesto de hecho hay que tener en cuenta que la persona jurídica carece precisamente de incrimi-

nación en los casos de imprudencia para ambos delitos por los que habría sido condenada, el cohecho y el tráfico de influencias.

3.6. La dicción del único lugar del Código penal del que extraer una definición legal de dolo —*a sensu contrario*—, cual es la regulación en el art. 14.1 del error de tipo, al señalar que habrá que atender a “*las circunstancias del hecho y las personales del autor*” para decidir sobre la evitabilidad del error, no debe conducir a confusión. La mención al autor no es problemática, pues autora también será la persona jurídica; y en cuanto a las circunstancias “*personales*” es una cuestión de llana y pura interpretación, bien soportada por la letra de la ley: la persona jurídica también puede tener circunstancias personales, *ergo*: relativas a su estructura, organigrama y personalidad jurídica.

El art. 31 bis, por la sola expresión de “debido control” no rompe en absoluto con el completo sistema, entre otros, en el art. 12 del Código penal, según el cual las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley, es decir, la Parte Especial. No es acertado que la expresión de que determinadas personas “*han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*” conduzca necesariamente a tener que afirmar que la falta del control debido evoca la imprudencia: la ausencia de un control puede ser tanto dolosa como imprudente. Ni el art. 31 bis, ni ningún otro precepto de su entorno autorizan excluir el sistema —también de *numerus clausus*— que el legislador ha establecido para la punibilidad de la imprudencia: si la ausencia del debido control fue imprudente —se creyó tener un sistema de eficaz prevención penal—, ello es constitutivo de un error del art. 14.1 del Código penal, que sólo establece punibilidad “en su caso” para el error evitable, esto es, si el precepto de la Parte Especial por el que venga acusada la persona jurídica tenga tal modalidad prevista como punible.

3.7. Frente a todo lo anterior, la doctrina ha ensayado algún intento argumental para tratar de sostener que el sistema general bifronte “dolo/imprudencia”, según hemos expuesto, no regiría, o regiría de distinta manera para las personas jurídicas.

Una primera opción igualitarista, mayoritaria tanto en la doctrina como en la práctica instructora (que la presupone aun sin mayor ni especial debate), consiste en estimar, como ya apuntamos, que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es posible (ni necesario) diferenciar entre el dolo y la imprudencia, puesto que se trataría de dos categorías del tipo subjetivo —se dice— elaboradas para las personas físicas y que no admitirían un correlato en las personas jurídicas. En definitiva, se estaría ante una responsabilidad puramente objetiva, en cuanto a la cuestión del dolo o la

imprudencia. Así, voces, bien autorizadas por lo demás,²¹ vienen a señalar que las categorías del dolo y la imprudencia habrían sido elaboradas para las personas físicas y que una distinción de tal índole en las personas jurídicas carecería de sentido en la medida en que tomaría como base una distinción psicofísica que únicamente residiría en las personas naturales.

A otra segunda teoría en esta doctrina igualitarista (que consideramos con todo respeto errónea) y que no distinguiría entre dolo e imprudencia en las personas jurídicas podríamos darle por nombre el de “la transferencia”:²² consistiría en el intento argumental, aunque igual de breve y también sin mayor debate, de considerar que lo único relevante a los efectos del tipo subjetivo es la concurrencia del dolo o la imprudencia en sede del hecho de referencia, es decir, en la persona física de las letras a) o b) del art. 31 bis del Código penal, y, a partir de ahí, se operaría una maquinal transferencia hacia la persona jurídica.

Empero, debemos insistir en que no podemos estar de acuerdo con ninguna de estas dos propuestas. Y es que las dos anteriores opciones, que en realidad en su materialidad son casi idénticas, incurren en la arritmia de hacer tabla rasa con el sistema de autorresponsabilidad para las personas jurídicas, que, sin embargo, es el que ineludiblemente ha asumido nuestro Código penal, y, desde luego, el Tribunal Supremo: sea porque se considere, en la primera opción, que ni siquiera es necesario un tipo subjetivo para las personas jurídicas, o sea porque, en la segunda opción, que se introduzca el matiz de que el tipo subjetivo de la persona jurídica es rellenado mediante el tipo subjetivo de la persona física, lo cierto es que se llegaría a la tipicidad y condena de la persona jurídica por delitos que exigen dolo mediante un dolo ajeno transferido: el de la persona física. Para dicha condena bastaría el tipo subjetivo de la persona física, bien directamente afirmando que la responsabilidad penal de la persona jurídica no exige la constatación de tipo subjetivo alguno, o bien indirectamente afirmando que el tipo subjetivo de la persona física es transferido por osmosis a la persona jurídica, sin más: de un modo u otro, no se exige para las personas jurídicas nada más y nada menos que la mitad de la tipicidad conforme a la secular teoría jurídica del delito, lo cual, desde luego, es un rompimiento del sistema en toda regla.

21 Gómez Tomillo, Manuel, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Valladolid 2010, página 154 y s.

22 La regla sería que la persona jurídica responda dolosa o imprudentemente “según los conocimientos (dolo) o desconocimientos evitables (imprudencia) de quien no debe realizar el hecho de referencia o debe vigilar su no realización por otros” (Zugaldía Espinar, José Miguel, *Societas delinquere potest* – Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio, en: La Ley Penal — Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, n.º 76, año VII, noviembre 2010, págs. 5 y ss., pág. 9).

Ex lege, la quiebra es igualmente total. Como ya anticipábamos al comienzo de estas líneas: una responsabilidad penal de las personas jurídicas sin tipo subjetivo choca frontalmente con el principio de legalidad, pues tal intento ninguna como inexistentes aquellos preceptos que establecen que sí es necesario —aunque no suficiente— un tipo subjetivo; como el art. 5 CP, que taxativamente recuerda que “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”—es decir: no puede haber pena tampoco para las personas jurídicas que sea indiferente al tipo subjetivo—, o como el art. 10, que dispone igual de taxativo que “*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”—no puede haber un delito de la persona jurídica, por acción u omisión, ajena a tal distinción, dolosa o imprudente—. O, por el otro lado, para la opción de la transferencia por osmosis, el rompimiento se produciría porque la persona jurídica no respondería por su propio tipo subjetivo, sino por un tipo subjetivo ajeno pero que le sería transferido, transferencia para la que tampoco encontramos en el Código penal asiento alguno. Hasta el art. 4.1 del Código penal es costura que también se rasgaría desbordando todo: “*Las leyes penales no aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”: ¿y dónde estaría comprendido, en qué ley, que un déficit en un programa de cumplimiento, incluso aunque deba ser calificado como negligente (que falló, que la corporación tenía que haberse dado cuenta, que tendrían que haberle saltado las alarmas, por error, etc.), pueda dar lugar a una condena por un delito doloso (de cohecho, fiscal, etc.), por ejemplo, tan doloso como si en lugar de un déficit negligente se hubiera efectuado por una compañía una planificación de un cohecho o de un delito fiscal de propósito y sin error alguno?

3.8. Afirmar que una persona jurídica negligente deba responder de un delito doloso, por ejemplo, de cohecho o fiscal (que son dolosos o no son), sería un quebranto del principio de legalidad penal. Es más: incluso en los supuestos en los que el *numerus clausus* de posibles delitos para la persona jurídica abarque delitos que tengan tanto la modalidad dolosa como la imprudente (como el blanqueo de capitales, por ejemplo), también la distinción dolo/imprudencia (de la persona jurídica) tendrá todo su sentido y de ella deberán obtenerse también obligadamente rendimientos procesales: porque igual que la penalidad para las personas físicas no es la misma, obviamente, cuando el comportamiento es doloso frente a cuando el actuar u omitir es imprudente, en el mismo sentido, habrá que establecer las pertinentes distinciones para la persona jurídica; dicho de forma gráfica: a ver si ahora va a ser lo mismo (¡a pesar de que el CP distingue entre blanqueo imprudente y doloso!) una persona jurídica que se dedique a delinquir dolosamente, por ejemplo, a blanquear capitales como meta de su acción —por ponerlo claro—, va a ser igual —decimos— que otra para la que el supuesto reproche penal consista simplemente en atribuirle que tenía un programa de cumplimiento penal deficitario —negligente—, que no le saltaron las alarmas, que

los controles fallaron y que, de esta manera, ello dio lugar a un blanqueo de capitales. Ni son lo mismo, ni pueden tener igual tratamiento penal, ni puede haber una equidistancia en el tipo subjetivo de la primera parte de nuestro ejemplo (una sociedad blanqueadora: dolo) y la segunda parte (una sociedad en error, que creía que tenía mejores controles, una sociedad que imprudentemente coadyuvó a un blanqueo).

3.9. La cuestión, como también dijimos, es muy relevante porque únicamente unos pocos de los delitos de la persona jurídica contemplan también su incriminación por imprudencia, como es sabido. En concreto, la insolvencia punible, el blanqueo de capitales, alguna modalidad de los delitos contra la salud pública, el delito medioambiental, y el delito de contrabando (art. 2.6 en relación con el art. 2.6, LO 12/1995, de Represión del Contrabando).²³

Es más, no es solo que el legislador haya decidido incluir en el sistema de *numerus clausus* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas muy pocos delitos que tengan prevista la modalidad imprudente como típica, sino que incluso algunos de ellos excluyen expresamente la tipicidad por negligencia para las personas jurídicas: en los delitos contra la salud pública, por ejemplo, está prevista la modalidad imprudente en el art. 367 CP, pero la responsabilidad penal de la persona jurídica que viene establecida a través del art. 366 no se extiende, de propósito (legislativo), a dicha modalidad imprudente; estamos, pues, ante un legislador que ha excluido la imprudencia de manera muy consciente y positivamente.

Ello incluso fue criticado por parte de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado que señaló que, a su criterio, esta exclusión era “*desafortunada, pues imposibilita(ría) la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones, no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española*”, en una referencia sin duda al caso del aceite de colza (STS 23 de abril de 1992) y otros.

La cita es rica. En primer término, porque con tal reflexión la propia fiscalía observa que, en efecto, hay posibilidad cierta de distinguir entre una persona jurídica que “*haya incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia*”, es decir, una empresa imprudente, y otras empresas que serían al menos de dos clases diferentes, por contraposición: las que no lo hayan incumplido (comportamientos atípicos), y las que los hayan incumplido pero no solo por imprudencia, sino de propósito: un programa de cumplimiento que situase, por delante de la salud, los beneficios empresariales, por ejemplo, alzaprimando los rendimientos económicos frente a mapas de riegos

23 Quizás también el delito el de vertidos y emisiones de materiales y radiaciones ionizantes, art. 343.3 en relación con el art. 344.

inexistentes para no tener que encorsetarse en ellos, o con ausencia de protocolos de control como fin empresarial de abaratar costes, etc., es decir, una empresa que tuviese —sin error alguno, por sistema— instaurado un sistema de *cumple-miento* tramposo.

Y también es provechosa la cita porque al hilo de la queja crítica que hemos transcrito *supra*, la Fiscalía General del Estado viene a manifestar que habría delitos respecto de los que sí merecería la pena que el derecho penal interviniese, frente a las personas jurídicas incluso en supuestos de negligencias graves, mientras que en otros debe seguirse el mismo sistema que para las personas físicas: incriminación únicamente en supuestos de dolo. *De facto*, pues, y ello no debe pasar desapercibido, la citada circular de la fiscalía está distinguiendo entre dolo e imprudencia también para las personas jurídicas (de ahí su crítica: es desafortunado que no esté prevista la imprudencia en el caso al que se está refiriendo). Sin embargo, de esta acertada aproximación teórica por parte de la fiscalía finalmente no se han extraído consecuencias, a nuestro modo de ver, incorrectamente.

3.10. En suma, tampoco para el tipo subjetivo es cierto que haya que sacar un diez para que no te condenen por delitos dolosos. La imprudencia debe ser admisible. Hemos visto en las páginas precedentes las numerosas arritmias que produce una ausencia de distinción entre ambas formas dolo/imprudencia.