

Compliance, empresa y sistema penal (comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo Español)¹

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Profesor-Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la Universidad
Autónoma de Chiapas. Socio Fundador de
www.criminalcompliancemexico.com

Resumo: O presente trabalho se propôs a comentar as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Espanhol, que cuidam dos temas *compliance*, tratamento penal de pessoas jurídicas dentro do Sistema Penal Espanhol. A averiguação da responsabilidade da pessoa jurídica neste sistema deve ficar também atrelada ao conjunto mínimo dos direitos e garantias conferidas às pessoas físicas.

Palavras-chave: *compliance*; sistema penal Espanhol; pessoa jurídica; direitos e garantias.

1. Introducción

En el verano de 2014, cuatro años después de la reforma española que introdujo la responsabilidad penal de los entes colectivos, el código nacional de procedimientos penales incorporó el —así denominado— «procedimiento para personas jurídicas». Es decir, al contrario de lo sucedido en España, México implementó primero la reforma procesal, mientras que años más tarde abordó la materia penal relativa a la responsabilidad penal de la empresa².

En el CNPP se sentaron las bases para investigar y ejercer acción penal en contra de entes colectivos. Sin embargo, se señalaba también que el ministerio público ejercería acción penal en contra de la persona jurídica, sólo después de ejercer acción penal en contra de la persona física que debiera responder por el delito. Más complicadas resultaban, aún, las reglas para la individualización judicial de la pena, pues expresamente se advertía que «las medidas no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta-típica y

¹ Abreviaturas utilizadas: CPCDMX (Ciudad de México), CPF (Código Penal Federal), CNPP (Código Nacional de Procedimientos Penales), FGE (Fiscalía General del Estado), § (Parágrafo del Código Penal Alemán), TSE (Tribunal Supremo Español).

² En torno a la evolución de esta temática en México; Ontiveros Alonso, Miguel; La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (algunos desafíos de cara a su implementación); en, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. También; Coaña Be, Luis David; La Responsabilidad Penal de las Empresas; INACIPE/Centro Carbonell; México, 2017.

antijurídica», pues se consideraba —concepción que aún persiste—, que los entes colectivos carecían de capacidad de culpabilidad³.

Por otro lado, en diciembre de 2014, el CPCDMX replicó el modelo español de 2010, pero éste se modificó en 2015, por lo que es previsible que se verifiquen nuevas reformas a escala nacional, inspiradas en la legislación española, y comiencen a dictarse las primeras sentencias en la materia que nos ocupa⁴. Así, tarde o temprano el sistema de justicia procesará y sentenciará a personas jurídicas por la comisión de delitos, de ahí que la experiencia española resulte fundamental para nosotros. Ante este escenario surgen algunos interrogantes:

- a) ¿Qué tan grande es el vínculo —si es que éste existe—, entre la jurisprudencia y la doctrina que se ha elaborado en materia de responsabilidad penal de la empresa?
- b) ¿Cuál es la ubicación sistemática de los *compliance programs*? O, formulado este interrogante de otra manera ¿Qué excluye, si es que excluye algo, el *compliance* según las resoluciones judiciales españolas?⁵
- c) ¿Cómo interpreta la jurisprudencia española la disposición del artículo 31.2 del CPE, referente a que la persona jurídica quedará “exenta de responsabilidad”? ¿significa eso exclusión del injusto, exclusión de la culpabilidad, prescindir de la pena o algo diferente?
- d) ¿Por qué en España se protege de manera más amplia —frente a la pena estatal—, a la persona jurídica que a la persona humana y qué dice el TSE al respecto?

Las sentencias dictadas por el TSE debieran servir de orientación a los tribunales latinoamericanos, como también a los alemanes. Y esto es así pues, el —denominado por la doctrina alemana— «proyecto de código penal empresarial alemán»⁶, incorporaría la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania, de tal forma que el derecho comparado puede ser enriquecedor en la tarea que ahora se desarrolla en el congreso de ese país.

2. El modelo alemán de responsabilidad penal empresarial y su probable relación con la normativa iberoamericana

Es cierto, como sostiene Achenbach, «que el sistema alemán no contempla la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, lo que no significa —según el mismo autor—, que el tratamiento jurídico de la empresa esté exento de la dimensión punitiva, pues el juez penal puede imponer determinadas consecuencias a los entes colectivos en sede penal, aunque dichas consecuencias sean, por ahora, de tipo administrativo»⁷.

³ El modelo vigente, derivado de la reforma de junio de 2016, no resuelve el asunto: por un lado, se sostiene un modelo de responsabilidad penal autónoma, mientras que nuestros códigos penales contemplan un modelo de transferencia.

⁴ En torno a las consecuencias que pueden imponerse a la empresa de conformidad con el ordenamiento jurídico mexicano; Pérez Flores, José Christian; Consecuencias jurídicas derivadas del delito para las personas jurídicas. Análisis desde el punto de vista procesal; en; Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico; Ontiveros Consulting / UBIJUS; México, 2015, pp. 303 y ss.

⁵ Ya he desarrollado este tema, más ampliamente, en otro lugar: Ontiveros Alonso, Miguel; ¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal?; en; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/14.pdf>

⁶ Disponible en: <http://www.strafrecht.de/media/files/docs/Gesetzentwurf.pdf>

⁷ Achenbach, Hans; Ransiek, Andreas y Rönnau, Thomas; Handbuch Wirtschaftsstrafrecht; 4ª edición, C.F. Müller; Múnich, 2015; p. 4.

Mi parecer es, sin embargo, que la tradición alemana en esta materia está por cambiar. El caso Siemens — que ya es antiguo —⁸ el de German-Wings, más reciente, o el fraude mundial de Volkswagen, evidencian no sólo daños a la economía, sino también al ambiente y a la vida de personas humanas. El común denominador de estos delitos — que casi siempre está presente en la criminalidad económica —, es la corrupción.

Aunado a lo anterior, parece claro que el derecho administrativo no rinde lo suficiente frente a estos fenómenos delictivos, tal y como se desprende de la exposición de motivos del proyecto alemán. Esto no significa que el derecho administrativo no funcione, sino que no está hecho para prevenir y sancionar fenómenos criminógenos de dimensiones mundiales, como aquellos a los que se ha hecho referencia más arriba.

El diseño y presentación del «proyecto de ley que incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania» — es una muestra de ello. Esa iniciativa incorpora la responsabilidad penal de los entes colectivos, impone penas, establece medidas procesales, incluidas algunas interesantes relativas a la competencia jurisdiccional, que podrían orientar a operadores del sistema penal latinoamericano, mientras que también establece medidas preventivas frente a la posible comisión de delitos cometidos por entes colectivos.

El proyecto de referencia, que aún se encuentra en el debate legislativo, podría generar que el Estado de Nordrhein-Westfalen sirviera como ejemplo para una regulación «en cascada» del resto de ordenamientos jurídicos alemanes. Creo, por ello, que la incorporación de la responsabilidad penal empresarial en Alemania está en camino de ser realidad⁹. ¿Qué dimensiones del código penal empresarial alemán pueden ser utilidad de para Iberoamérica? Este es un interrogante que no se puede resolver aquí, pero sí se pueden señalar tres ejes estratégicos:

La facultad del Fiscal para que — en armonía con el principio de oportunidad — se abstenga de perseguir el delito.

a) La exclusión de la jurisdicción o competencia de determinados jueces (§ 16), cuando se ubiquen en algunos de los casos ahí señalados, por ejemplo: cuando el juzgador, o su pareja, tenga alguna relación con la persona jurídica. Lo mismo sucedería en caso de que algún familiar, en línea directa y hasta el tercer grado, tenga relación con la empresa o haya estado vinculado al ente colectivo.

b) La prohibición, para los defensores (§18) de intervenir simultáneamente como defensor de la persona jurídica y una física, y que dicha actuación genere un conflicto de intereses o afecte el derecho de defensa de alguna de aquellas dos.

⁸ Al respecto, el destacado texto de Carrión, Andy; Criminal Compliance. De la ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento; Thompson Reuters; Lima; 2014; pp. 96-97; «La deficiente implementación de un programa de cumplimiento efectivo fue el punto medular más acrítico advertido en las conclusiones de las investigaciones estatales e internas. La aprobación de un código de conducta, por ejemplo, no vino complementada en la práctica con otras medidas específicas para garantizar el seguimiento de esas reglas y principios».

⁹ De una opinión diferente es Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, quien advierte: «no está claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrezca ventajas frente a las sanciones administrativas impuestas a las empresas»; en, Strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen in Spanien; en; Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (coordinadores); Compliance und Strafrecht; pp. 227-228.

3. La sentencia del pleno de la sala segunda del tribunal supremo del 29 de febrero de 2016 (ponente: José Manuel Maza Martín)

Una observación preliminar: el TSE y sus barreras entre teoría y práctica. Al TSE le incomoda dar crédito a la doctrina. Esta es la primera impresión que un lector ajeno al debate español, y acostumbrado a la jurisprudencia mexicana, puede llevarse de la lectura completa de la sentencia. Cuando el TSE entra al análisis de los recursos procesales interpuestos por las personas jurídicas, hace referencia constante a «la doctrina», pero no dice algo más. Incluso afirma, textualmente, que «para cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones...».

Con ese preámbulo, cualquier lector pensaría que lo siguiente es un análisis de las consideraciones doctrinales más sobresalientes, aunque no se tome postura a favor en contra. Sin embargo, lo que se afirma es lo siguiente: «es conveniente señalar, intentando *eludir* en lo posible categorías doctrinales, que sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales *confusiones* interpretativas. Lo que no admite duda, visto el texto legal, es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la pretendida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización».

El TSE no hace una sola referencia a algún autor, ni a obra alguna, pero sí se inspira en la literatura penal de aquel país. Esto evidencia dos cosas: el recelo de los jueces a reconocer que sí se orientan por la doctrina y, segundo, un ánimo de protagonismo. No es raro —en España— escuchar a los magistrados ponentes impartiendo conferencias, talleres o entrevistas, en las que exponen los fundamentos de la resolución que dictaron (resolución que difícilmente hubieran podido dictar, sin la riqueza obtenida por la discusión de la dogmática española).

Algo similar ha sucedido en relación con la Sentencia número 221/2016 (ponente Magistrado Manuel Marchena Gómez), relativa a la Sociedad *Anjuma* y el delito de apropiación indebida, pues el TSE sostiene ahí—sin citar nombres—, que el debate parece inacabable y el hecho de que «algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones».

También la FGE incurre en esta práctica pues, en la circular 1/2011, critica a la «doctrina científica» que busca mantener intactas las categorías dogmáticas, para más tarde referirse a «algún autor», señalando lo siguiente: «de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, al día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos»¹⁰.

¹⁰ No obstante lo afirmado por el TSE, es en el seno de la doctrina española donde —con una fuerte influencia de la dogmática alemana—, se gesta una teoría sólida de la autorresponsabilidad empresarial. Véase, al respecto, Gómez-Jara Díez, Carlos; Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas; ARA, Perú, 2010.

4. ¿Cuál es la ubicación sistemática del compliance según el TSE? ¿se trata de una regla de imputación, de exclusión de la culpabilidad, de una excusa absolutoria o atenuante?

El rol que juegan los *compliance programs* es motivo de un amplio debate. Una postura, que parece mayoritaria, considera que éstos aplican para acreditar o excluir el delito empresarial en sede de culpabilidad. Sin embargo, esta postura, que ha encontrado aceptación en la doctrina española y que encabeza Gómez-Jara Díez, puede ser cuestionada. Efectivamente, si se considera que ya desde el tipo objetivo se aprecia que la persona jurídica ajusta plenamente su actividad empresarial a los contenidos del programa de cumplimiento, tal y como sucede con las personas humanas en relación a la *lex artis*, la persona jurídica estaría cubierta por un riesgo permitido, quedando excluida la imputación al tipo objetivo y por lo tanto el injusto.

Como sostiene la doctrina mayoritaria, una conducta amparada por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor—, teoría constructivista de la responsabilidad empresarial, el propio Gómez-Jara señala lo siguiente; «en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido. Brevemente se puede indicar que un dato especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten configurar un *ciudadano empresarial medio*.

Según sostiene Roxin, habrá que entender por riesgo permitido: «una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo»¹¹. Mi parecer es que los casos de resultados producidos por personas jurídicas pueden resolverse con el mismo instrumento.

El ordenamiento jurídico establece deberes de control de fuentes de peligro para las empresas —por ejemplo, las dedicadas a la industria de la construcción—, cuya infracción puede traducirse en la creación de un riesgo no permitido generado por el ente colectivo. Esto puede reflejarse, finalmente, en la imputación del resultado de lesiones o muerte de un empleado de la construcción a la propia empresa.

La postura expuesta tiene dos pilares, en mi parecer, sólidos: la resolución judicial aquí comentada y, por otro lado, la postura expuesta por Silva Sánchez¹². Si se observa con atención, el TSE afirma lo siguiente: «Y ello, más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en

¹¹ «Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario»; DPPG; p. 371. Para confirmar, con ejemplos, que esta teoría se aplica entre nosotros; Ontiveros Alonso, Miguel; Derecho Penal. Parte General; Instituto Nacional de Ciencias Penales/UBIJUS/Alexander von Humboldt-Stiftung, México, 2017; pp. 201-221.

¹² En su destacado artículo, «La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en, Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico, Ontiveros Consulting/UBIJUS, México, 2017 (en prensa).

ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

Así, por ejemplo, —retomando las palabras de Silva Sánchez—, «dado que, pese a todo, el riesgo empresa como tal no puede ser prohibido, dados los costes inasumibles de tal prohibición, cabría la posibilidad de establecer condiciones para su permisión, cuya concurrencia fuera controlada mediante actuaciones directas de una policía preventiva centralizada (organismos de autorización, supervisión y control)»¹³.

Lo anterior —en otras palabras— es *compliance* y su implementación efectiva. Ante una hipótesis como la expuesta, el ministerio público tendría que declarar la actualización de una causa excluyente de responsabilidad penal¹⁴, en el caso, de atipicidad por no poderse atribuir objetivamente el resultado a la persona jurídica. Con esto quiero decir que la disposición de nuestros códigos penales —por lo menos el español y el mexicano—, hacen referencia a una regla de imputación. En mi opinión, de imputación objetiva por superación del riesgo jurídicamente tolerado, que no tiene mucho que ver con la teoría de la culpabilidad empresarial. Con otras palabras:

«Dicho riesgo jurídicamente desaprobado o estado de cosas de favorecimiento o de incapacidad de evitación ex ante», sería constitutivo —prima facie— de un estado de cosas antijurídico con virtualidad de favorecimiento objetivo»¹⁵.

Por el contrario, la implementación de un programa preventivo, generaría las condiciones para que el ente colectivo mantenga el riesgo empresarial dentro de los ámbitos asumibles por el ordenamiento jurídico y librar —desde un principio y a escala del injusto, sin necesidad de llegar al análisis de la culpabilidad—, la responsabilidad. En suma: la acción o conducta empresarial no sufriría un juicio de desvalorización a escala penal. Esta es una interpretación que puede ser perfectamente cuestionada, como de ella se puede afirmar que tiene un sustento sólido. A su favor habla una parte —ciertamente minoritaria— de la doctrina, pero también el desarrollo empresarial globalizado: como sucede con la actividad médica, también las empresas van generando líneas directrices de actuación

¹³ Idem.

¹⁴ Como he apuntado en otro lugar, retomando lo sostenido por la doctrina dominante, una conducta amparada por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. Acerca de esta determinación, así como del alcance y función del riesgo permitido en derecho penal; Ontiveros Alonso, Miguel; Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección; Inacipe, 2010, p. 157. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor— teoría del delito empresarial; Gómez-Jara Diez, Carlos; “en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido; ¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?; en; Ontiveros Alonso, Miguel; La responsabilidad penal ...; p. 180.

¹⁵ Silva Sánchez, Jesús-María; La eximente...

cuidadosa según su ramo y sus riesgos: farmacéuticas, fabricantes de autos o la industria hotelera, por ejemplo.

Por eso creo que la afirmación del TSE es sólida, y que su crítica a la circular 1-2016-FGE, no sólo resulta plausible, sino que se puede trasladar —evidenciando así que las resoluciones judiciales españolas pueden orientar al legislador mexicano y alemán—, al proyecto de código penal empresarial que se debate en Alemania, que en su §5 contempla una función de «excusa absolutoria» a los programas de *compliance*.

Así, el TSE afirma: «según la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien, en las proximidades de una “excusa absolutoria”, vinculada a la punibilidad, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una excusa absolutoria ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio, la presencia de adecuados mecanismos de control, lo que supone es la inexistencia misma de la infracción».

A mayor abundamiento, la tesis que aquí se sostiene está en armonía con la resolución judicial relativa al caso *Osasuna*, pues ahí se afirma que «existe una indeterminación a priori, cuando menos respecto de uno de los elementos del tipo penal examinado (el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), sobre qué colmaría las exigencias de unas adecuadas medidas de control».

Aunque no es muy clara, también la circular 1/2016 parece decantarse por una vía diferente a la sostenida por el voto particular, al señalar que: «como se ha dicho, estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Se trata, por tanto, de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no de una culpabilidad por “defecto de organización” de la persona jurídica. Aunque también es cierto que más adelante señala: «estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación».

La postura de la FGE, y del proyecto alemán, parece limitada frente a las dimensiones y *virtudes* de la teoría del *compliance* en materia penal. La FGE, en su circular 1/2016, afirma, «en consecuencia, los señores Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación y deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no sólo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo». Esto es lo mismo que hace el § 5 del proyecto alemán y, según me parece, es un alcance pobre.

Sin embargo, más adelante la Circular 1/2016, es clara al afirmar que «si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva, bien la parte objetiva. No se trataría, en puridad, de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurrirá un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva».

De esta forma, la FGE afirma lo que más tarde reconoce el TSE: que se trata de un elemento cuya sede es el injusto y no la culpabilidad. Habría, por lo menos —según la Fiscalía— una doble posición del *compliance*, es decir, que opera de dos formas: excluyendo

el injusto o a modo de excusa absolutoria: «como una causa de exclusión personal de la punibilidad».

5. Acerca del voto particular disidente

Los Magistrados que firman el Voto Particular se orientan por la —así denominada—, finalidad nomofiláctica y de unificación doctrinal. Ahí se afirma que en las circulares de la FGE se mantiene, entre otras materias, una posición diferente de la sostenida en la sentencia sobre la calificación de la ausencia de una cultura de control de la empresa, como elemento del tipo objetivo, que deba ser probado, necesariamente y caso a caso, por la acusación. No compartimos —dicen los Magistrados—, que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como «el núcleo de la tipicidad» o como un elemento autónomo del tipo objetivo.

Mi parecer es que los Magistrados llevan razón cuando afirman que «la ausencia de una cultura de respeto al derecho en el seno de la persona jurídica no constituye un elemento adicional del tipo objetivo». Ello es así pues, ciertamente, atentaría en contra del principio de legalidad. Creo, sin embargo, que se trata de un problema de interpretación de la redacción de la sentencia, pues en realidad el TSE habla de los programas de cumplimiento entendiéndolos —cuestión que comparto— como una figura atendible a escala de la tipicidad: «el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

Creo también que será necesario, de cara a futuras resoluciones judiciales, abordar la distinción entre programas de cumplimiento efectivo y la fidelidad al derecho en el seno de la empresa: ni implican lo mismo, ni una figura excluya a la otra. Con palabras de los Magistrados disidentes: «Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico, en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir, como consecuencia, la exclusión de su responsabilidad penal».

No obstante, creo que los Magistrados que elaboraron el Voto Particular fallan cuando —ya casi al final de su argumentación—, advierten lo siguiente: «como hemos señalado, y sin desconocer la relevancia de los mecanismos de prevención que el legislador ha atribuido expresamente la función de exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal, estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como “la ausencia de una cultura de respeto al derecho” no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal que aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que la definen».

En todo caso, la crítica formulada por los Magistrados disidentes aplicaría también a su postura, pues ese elemento tan evanescente como lo es la «ausencia de una cultura de respeto al derecho», tendría la misma calidad de débil o etéreo, independientemente de que se implementara a escala del injusto o la culpabilidad. Creo que si los magistrados hubiesen acudido a la doctrina para explicar un poco mejor sus posturas —tanto la sentencia como el

voto particular—, quizás subsistiría el debate acerca de la ubicación sistemática del *compliance*, es decir, la del injusto o la culpabilidad, pero ya no se afirmarían lo relativo a la calidad de evanescente de la cultura de respeto al derecho.

Ciertamente, la poca claridad que aún existe en esta materia, es reconocida expresamente por el TSE en la sentencia del caso *Ajuma* cuando se afirma —en torno a los efectos de los programas de cumplimiento—, lo siguiente: «en efecto, ya se califican esas causas excluyentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como «subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, de elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas».

6. El TSE confirmó la violación al debido proceso de la persona jurídica imputada y no resolvió en consecuencia

Mi parecer es que el TSE no supo resolver el desafío planteado por el recurso interpuesto por *Transpinelo*, relativo a la vulneración del derecho de defensa contemplado en el artículo 24.2 de la CE y que con eso deja un mal precedente. Según se desprende de la resolución, «sólo se dio audiencia en el correspondiente momento procesal a la persona física representante legal de la recurrente, también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de su representada».

El TSE afirma, también, que «en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios, con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento».

El problema se agrava cuando la persona a quien se encomiende la defensa sea, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada: la persona física optaría —dice el TSE—, por evadir su responsabilidad, llegando rápidamente a acuerdos reparatorios, perjudicando a la empresa para salvarse a sí misma.

Finalmente, el TSE «se inmuniza ante una probable crítica» sugiriendo a Fiscales y Jueces que «eviten este tipo de situaciones que pueden llegar a vulnerar el derecho de defensa» y concluye con un “llamado” al legislador para que evite este tipo «situaciones indeseables». Esta conclusión del TSE empaña el buen desempeño que había tenido a lo largo de la sentencia. En mi parecer, es claro que se vulneró el derecho de defensa de la empresa imputada, pues no fue oída en juicio. Algo similar sucede con la imputada que responde a la denominación de GEORMADRID, en torno a la cual el TSE afirma «a lo que se añadiría, igualmente, la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y jurídica por el mismo abogado».

Lo sostenido hasta ahora se confirma con la argumentación del TSE en el caso *Anjuma*, cuando afirma, en relación al principio de presunción de inocencia —lo que definitivamente, creo, hay que compartir— que «sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular

naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado».

Efectivamente, todo indica que para el TSE existen dos categorías de personas jurídicas: las que merecen ser tratadas bajo los principios del debido proceso, y otras a las que no aplica dicho principio. Por eso la sentencia del caso *Anjuma* me parece —de entre aquellas a las que he tenido acceso—, la más sólida en este aspecto. Ahí se afirma: «la responsabilidad de las personas jurídicas —ya se suscriba a un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad—, sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías»¹⁶.

¹⁶ En torno al catálogo de derechos que deben salvaguardar a la empresa frente al sistema penal; Sanguiné, Odone; Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal; en; La responsabilidad penal de las personas jurídicas; Ontiveros Alonso, Miguel (coordinador); Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014: «El hecho de que la persona jurídica sea un sujeto pasivo de un proceso penal exige reconocerle, justamente, una serie de derechos y garantías sin las cuales no estaría legitimada la persecución penal y el ulterior castigo, pues no podría ser puesta en peor condición o con menos derechos que la persona física».