

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS MATRICES EN RELACIÓN CON LA ACTUACIÓN DE SUS FILIALES¹

CONSIDERATIONS REGARDING THE CRIMINAL LIABILITY OF THE PARENT COMPANIES IN RELATION TO THE ACTIONS OF THEIR SUBSIDIARIES

Juan José GONZÁLEZ LÓPEZ
*Ayuntamiento de Burgos y Universidad de Burgos*²

Resumen: El objeto del presente trabajo es realizar un somero análisis de los diversos enfoques que se han planteado para fundamentar la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con los actos ilícitos de sus empresas filiales y realizar una serie de propuestas para incorporar un tipo penal que, con apoyo en la autorresponsabilidad, sancione la infracción del deber de prevención por parte de las primeras. Más concretamente, se expone la normativa nacional que sería de aplicación y la distribución de la carga de la prueba, respecto de la cual desplegarían un papel de singular relevancia los planes de cumplimiento normativo. Asimismo, se incide en la necesaria implementación de una política global en el sentido apuntado, con especial protagonismo de la Unión Europea, atendidas no sólo la radicación en dicho continente de múltiples matrices de empresas multinacionales, sino también las posibilidades que brinda la armonización comunitaria.

Palabras clave: Responsabilidad penal empresas multinacionales deber de prevención programas de cumplimiento normativo

Abstract: The purpose of this work is to carry out a brief analysis of the various approaches that have been proposed to substantiate the criminal liability of parent companies in relation to the illicit acts of their subsidiaries and to make a serie of proposals to incorporate a criminal offense that, with support in self-responsibility, sanction the violation of the duty of prevention by the first. More specifically, it sets out the national regulations that would be applicable and the distribution of the burden of proof, with respect to which the regulatory compliance programs would play a particularly relevant role. Likewise, the necessary implementation of a global policy in the aforementioned sense is outstanding, with a special role for the European Union, taking into account not only the establishment in said continent of multiple multinational parents, but also the possibilities offered by communitary harmonization.

Keywords: Criminal liability, multinational companies, duty of prevention, compliance programs

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D “La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente” (DER 2017-85144-C2). Entidad financiadora: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

² Titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Burgos/Profesor Colaborador Honorífico de la Universidad de Burgos

Sumario: 1. Aproximación penal a las formas de organización de las empresas multinacionales. 2. Criterios de responsabilidad penal de la empresa matriz en relación con sus filiales. 3. Análisis crítico de los criterios. 4. El defecto en la prevención del delito como fundamento de responsabilidad de la empresa matriz. 4.1. *Determinación normativa del deber de prevención y su alcance.* 4.2. *Prueba del defecto en la prevención del delito.* 4.3. *Acerca de los programas de cumplimiento normativo.* 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. Aproximación penal a las formas de organización de las empresas multinacionales

Una de las claves de la actuación de las empresas multinacionales es la organización societaria de la que se sirven. Es posible distinguir dos supuestos principales:

Por una parte, la empresa multinacional puede hallarse domiciliada en un determinado Estado y servirse de sucursales instaladas en otros para desarrollar su actividad económica³. En tal caso, se advierte la existencia de una única persona jurídica, independientemente del tipo social que adopte, que opera en distintos países.

Por otra, la multinacional puede aparecer como un conglomerado de sociedades que actúan bajo el control más o menos intenso de una dominante. Es el supuesto de los *holdings* internacionales en que, a diferencia del anterior, cada sociedad se presenta con personalidad jurídica propia y distinta del resto, aunque respondan a una orientación o directrices comunes de resultados del control indicado⁴.

³ A esta idea de multinacional responde el concepto que se emplea en Martiñón Cano, G. (2014), p. 325: "persona jurídica, de derecho privado, con múltiple implantación territorial en diversos países, pero con un centro único de decisión".

⁴ El *holding* se corresponde en España con el grupo de sociedades al que se refiere el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC en adelante), que remite al 42 del Código de Comercio (CCo en adelante).

Establece el primero de dichos preceptos que "A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el [artículo 42 del Código de Comercio](#), y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras".

Y el 42.1 CCo, que:

"Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este



La relevancia de esta distinción radica en que las posibilidades de enjuiciamiento de la multinacional en el Estado "matriz" difieren sustancialmente⁵.

De actuar la empresa multinacional con personalidad jurídica única, la jurisdicción depende de la aplicación de los principios de territorialidad y personalidad activa, siendo este segundo el susceptible de permitir el enjuiciamiento en el Estado en que radica el centro de decisiones de la empresa multinacional⁶. A este respecto, la comisión del delito o delitos en el Estado en que la empresa opera por medio de una sucursal, a la vez que posibilita el enjuiciamiento en el Estado de ejecución material de las actuaciones constitutivas del ilícito, no impide que se inicie la investigación y eventual enjuiciamiento en el Estado en que se halla la sede central siempre que la persona jurídica sea nacional de dicho Estado y se contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello sin perjuicio de que deba respetarse, necesariamente, el *ne bis in idem*.

En el caso de España, la nacionalidad de las sociedades de capital se rige por lo dispuesto en el artículo 8 TRLSC⁷. Dicho precepto condiciona la nacionalidad al domicilio, lo que exige acudir al artículo 9 de la misma norma⁸. La sociedad con domicilio y nacionalidad española puede abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o extranjero sin que ello afecte a su personalidad jurídica única⁹.

A partir de lo anterior, procede acudir al artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, bien sea a su apartado segundo o cuarto. El primero de ellos prevé el conocimiento por la jurisdicción española de los delitos cometidos fuera del territorio nacional siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho (lo que abre la posibilidad de enjuiciar la actuación de sociedades que trasladen su domicilio a España) con sujeción a los requisitos de que el hecho sea punible en el lugar de ejecución (salvo excepción convencional), que se interponga querrela ante los Tribunales españoles y ausencia

supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".

⁵ Lo cual repercute asimismo en las garantías que deben aplicarse y en relación con las cuales se ha propuesto elaborar una Directiva específica que contenga las mínimas para el enjuiciamiento/procedimiento sancionador cuando el sujeto pasivo es una persona jurídica, De Hoyos Sancho, M. (2017).

⁶ Acerca de estos principios, Ollé Sesé, M. (2019).

⁷ "Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido".

⁸ "1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.

2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España".

⁹ Dicha apertura se contempla en el artículo 11.1 TRLSC.

de absolución, indulto o condena o cumplimiento de ésta en el extranjero. El segundo dispone la jurisdicción respecto de distintos delitos, de concurrir las condiciones que se establecen para cada grupo de ellos¹⁰. En todo caso, al tratarse de personas jurídicas, la persecución en España se halla sometida a que se prevea la comisión por este tipo de entes (artículos 31 bis.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, CP en adelante).

El escenario expuesto no es nada sencillo, pero aún es más complejo cuando la actuación de la multinacional no tiene lugar con personalidad jurídica única sino en virtud de *holdings*. En tales casos no cabe acudir al principio de personalidad activa por cuanto no sólo resulta aplicable el principio de territorialidad, sino que, además, al tratarse de personas jurídicas distintas, la nacionalidad de esas empresas corresponderá, en principio y siempre de acuerdo con lo que disponga la normativa del Estado en que se ubican, a la del Estado en que operan. La cuestión que se suscita es, por tanto, si es posible imputar responsabilidad y proceder penalmente contra la sociedad dominante, además, lógicamente, de contra la sociedad que materialmente ha cometido el delito, en relación con delitos perpetrados por esta última.

2. Criterios de responsabilidad penal de la empresa matriz en relación con sus filiales

Al analizar la eventual responsabilidad penal de la empresa matriz por actos materialmente cometidos por sus filiales debe partirse de la "*responsabilidad limitada*" ("*limited liability*") que se aplica a las personas jurídicas integradas en el conglomerado constituido por el *holding*. Las relaciones entre la empresa matriz y sus filiales se rigen por este principio y el de personalidad jurídica separada que permiten constreñir la responsabilidad de cada una, al presentarse como empresas distintas¹¹. De ahí que se haya sostenido que, con arreglo al principio de "*responsabilidad limitada*", "*la empresa matriz no puede ser hallada responsable de los actos de sus filiales, que son entidades legales separadas, sujetas a las leyes del estado huésped ("corporate veil")*"¹².

No obstante lo anterior, sobre la relación que cabe establecer a efectos de responsabilidad penal entre la empresa matriz ("*parent*") y las empresas filiales ("*subsidiaries*") se han perfilado varios criterios categorizados como "*enfoque de entidad*" ("*entity approach*"), "*enfoque empresarial*" ("*enterprise approach*") y "*enfoque dual*" ("*dualistic approach*")¹³. Se advierte que obedecen a una triple perspectiva descendente en la identificación del grado de vinculación de las empresas filiales respecto de la matriz.

¹⁰ Resta el apartado tercero que contempla el conocimiento por la jurisdicción española ya sean españoles o extranjeros los autores, pero únicamente cuando se trate de los delitos taxativamente enunciadados.

¹¹ Ivory, R. and Anna, J. (2017), p. 1179.

¹² Salas-Fouksmann, O. (2013), p. 224.

¹³ Tully, S. (2012).

Así, el "*enfoque de entidad*" responde sustancialmente a la doctrina del "levantamiento del velo", de manera que sólo se admite la exigencia de responsabilidad a la matriz cuando existe un control muy intenso por ésta de la filial. En definitiva, la imputación descansa en la idea de que la filial actúa a modo de instrumento de la matriz, sin auténtica autonomía de esta primera, razón por la cual se atribuye la responsabilidad de los actos a la empresa a quien se identifica como verdadera artífice de éstos.

En el extremo contrario se sitúa el "*enfoque empresarial*", que diluye la personalidad jurídica diferenciada de las entidades del *holding* en la identidad global que se atribuye al grupo dado el control que la empresa matriz ejerce sobre las filiales. Esto es, frente a la separación rígida en que se apoya el enfoque anterior, que sólo en casos de instrumentalización radical de la filial admite la derivación de responsabilidad, éste se funda en una responsabilidad genérica de la matriz respecto de sus filiales. Este planteamiento es en gran medida asimilable a la "*teoría de la responsabilidad del agente principal*" ("*principal-agent theory of liability*"), en sus variantes de "*control directo*" y "*ratificación*"¹⁴. La clave radica en que, en atención al control que ejerce la matriz, que incluye el conocimiento y dirección de los actos de la filial, ésta actúe como agente de la matriz¹⁵.

Aunque ambos enfoques aparentemente convergen en la eventual atribución de responsabilidad penal a la empresa matriz, sus puntos de partida no pueden ser más opuestos. El "*enfoque de entidad*" se apoya en una concepción estricta del principio de personalidades separadas de las empresas integradas en el *holding* y sólo cuando la autonomía de la filial es en realidad ficticia (dada la intensidad del control por la matriz) admite la derivación de la responsabilidad. En cambio, el "*enfoque empresarial*", sin negar la personalidad distinta de las filiales, parte de la existencia de relaciones de control entre las empresas matriz y filiales y atiende a la efectiva concurrencia de ese control para atribuir o no responsabilidad a la primera.

Una posición matizada, a caballo entre las anteriores, la representa el "*enfoque dual*", que se sustenta en las relaciones de control de la matriz sobre las filiales para articular el eventual régimen de responsabilidad de la primera, pero no con fundamento en la atribución a ésta de los actos de sus filiales, sino en virtud de una responsabilidad autónoma derivada del control que ostenta. Ese control origina una responsabilidad específica vinculada a su adecuado o inadecuado ejercicio.

La aplicación de los enfoques indicados a la jurisdicción española ofrece el siguiente panorama. Si se opta por el "*de entidad*", la exigencia de responsabilidad penal a la empresa matriz en caso de levantamiento del velo pasaría por acudir al principio de personalidad activa si lo que se pretende es el enjuiciamiento en España, ya que, pese a atribuirse a la empresa matriz los actos de las filiales y aun de acudir a la teoría de la ubicuidad, como ha hecho el Tribunal Supremo, lo cierto

¹⁴ Bang, N.J. (2013), pp. 1067 y ss. De acuerdo con la primera, el control directo concurre cuando la filial actúa sujeta a la autoridad de la matriz, en tanto, con arreglo a la segunda, también se aprecia control cuando, sin cumplirse la condición expuesta, la filial opera en el marco de sus relaciones con la matriz, en promoción de los negocios de la principal y autorizada o confirmada en su actuación por ésta.

¹⁵ The United States Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act Guide.

es que el delito se comete en el extranjero¹⁶. Otro tanto sucede con el "enfoque empresarial", si bien en este caso con fundamento en la dilución de las personalidades jurídicas separadas.

En cuanto al "enfoque dual", la cuestión, en consonancia con la suscitada con carácter general respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, radica en si el "control", clave de la atribución de la responsabilidad, se ejercita donde radica el domicilio social, pues es el lugar en que se sitúa la administración de la sociedad y se adoptan los acuerdos y medidas de vigilancia¹⁷. No obstante, cabe plantearse el supuesto de que las medidas de control se adopten en lugares distintos del domicilio social, en cuyo caso será aplicable el principio de territorialidad.

Expuesto lo anterior, se advierte que el régimen de responsabilidad de la empresa matriz respecto de las filiales presenta similitudes destacables con el de las personas jurídicas respecto de las personas físicas que integran sus órganos o le prestan servicios. Ciertamente no es equiparable la relación que se establece entre diversas personas jurídicas, todas ellas apoyadas en la ficción que les atribuye personalidad propia y distinta de la de las personas físicas que la integran, y las que existe entre la persona jurídica y "sus" personas físicas, ya que algunas personas físicas son el sustrato de la persona jurídica, el elemento imprescindible que debe concurrir para que la ficción que es la persona jurídica pueda tener una actividad efectiva, en tanto las personas jurídicas se presentan como entes separados, autónomos, capaces de funcionar e interactuar sin necesidad de contar con otras personas jurídicas¹⁸. Sin embargo, no todas las personas físicas que se relacionan o integran en el ámbito organizativo o funcional de la empresa lo hacen como órganos de ésta. Así sucede con los empleados que no forman parte de los órganos de administración y representación y, por tanto, no adoptan las decisiones de la sociedad pero pueden vincularla fácticamente.

Se han distinguido, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tres sistemas de imputación: a) transferencia de responsabilidad a la empresa por delitos cometidos por sus directivos, administradores o empleados siempre que la conducta se haya realizado por cuenta y en provecho de la sociedad; b) autorresponsabilidad, de imputación a la sociedad de los ilícitos penales cometidos por ella misma, aunque con presuposición de que un directivo, administrador o empleado ha realizado un acto por cuenta y en beneficio de la persona jurídica; y c) mixto, de transferencia pero con graduación o exención de responsabilidad en atención a la conducta de la persona jurídica¹⁹. En el *Common*

¹⁶ Por la aplicación de la teoría de la ubicuidad se pronuncia la Resolución del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005.

¹⁷ Así se mantiene, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Gimeno Beviá, J. (2014), p. 44.

¹⁸ No obstante, se plantean supuestos muy próximos al de las personas físicas integrantes de la persona jurídica, cuales son los de personas jurídicas que constituyen una persona, también de esa clase, de ámbito superior, como sucede con las asociaciones compuestas por personas jurídicas.

¹⁹ Díez Ripollés, J.L. (2012), pp. 5 y ss.

law se han resumido en atribución directa (por responsabilidad vicaria o apoyo en el principio de identificación) del delito en sí, e indirecta, por fallo en la prevención o denuncia del delito²⁰.

De los tres sistemas, el de transferencia de la responsabilidad y el mixto son asimilables al "*enfoque empresarial*", pues en definitiva se atribuye a la empresa matriz la responsabilidad por los actos de sus empresas filiales, bien sea de forma absoluta o con la posibilidad de matizar esa responsabilidad hasta el punto de exonerar de ella en atención a la conducta desplegada por la empresa matriz²¹. No lo es, en cambio, el "*enfoque de entidad*", por cuanto, en caso de levantamiento del velo, no se trata de imputar la responsabilidad a la empresa matriz por actos ajenos, sino de la conclusión de que la diferencia de personalidades jurídicas era sólo figurada y que en realidad únicamente existía una persona jurídica "real" que se servía de la aparentemente autónoma empresa filial²². Por su parte, el "*enfoque dual*" es comparable al sistema de autorresponsabilidad, puesto que no consiste en atribuir a la empresa matriz los actos de las filiales, sino de apreciar una responsabilidad de ésta por actos propios, bien que relacionados con la actuación de sus filiales.

3. Análisis crítico de los criterios

Ha de tenerse presente que los criterios expuestos pretenden responder a una cuestión específica: la eventual responsabilidad de la empresa matriz con fundamento en las actuaciones ilícitas materialmente ejecutadas o ejecutables por las filiales. No se trata, por ende, de construcciones destinadas a fundamentar o delimitar la responsabilidad de las empresas matrices por actos que deben calificarse de propios de ésta y autónomos respecto de los de las filiales, aunque concurran o cooperen con los de ellas en la comisión de delitos, posibilidad perfectamente dable, ya que el ilícito puede perpetrarse con participación de matriz y filial, en cuyo caso corresponde la persecución de cada una por sus actos²³.

Esta concreción orienta la comprensión de las relaciones entre los criterios referidos y la teoría del "auxilio e incitación" ("*aiding and abetting*")²⁴. En principio, esta teoría no comporta atribuir a la empresa matriz responsabilidad por actos de las filiales, sino propios de la primera, aunque se relacionen con los de las filiales, ya que el fundamento de la responsabilidad de la empresa matriz es la facilitación de "*apoyo sustancial*" a la empresa filial con el "*propósito*" ("*purpose*")

²⁰ Campbell (2018), pp. 57 y ss.

²¹ Deben diferenciarse, no obstante, dos tipos de imputación: la que se presenta como responsabilidad vicaria por responsabilizarse a la empresa por actos de sus empleados y la que corresponde al principio de identificación, en que se atribuye la de sus administradores sobre la base de que sus actos deben entenderse como actos de la empresa misma, Campbell (2018), pp. 58 y ss.

²² La solución en el ordenamiento español en lo tocante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la inimputabilidad de la "sociedad pantalla", Gómez-Jara Díez, C.G. (2017), pp. 74 y ss.

²³ Esta posibilidad se apunta en Blyshak, P. (2014), p. 658.

²⁴ Al respecto, Blyshak, P. (2014), p. 701.

de promover la violación del derecho fundamental, que se trata de extender al simple "conocimiento" ("knowledge")²⁵. Esto es, hasta en su planteamiento más expansivo no supone responsabilizar a la empresa matriz de los actos de las filiales, sino por su complicidad o cooperación en las infracciones cometidas por las filiales. Y ello es así incluso en la subteoría de la "responsabilidad por mando" ("command responsibility"), conforme a la cual debe probarse, para que opere el "aiding and abetting", que un mando o alto cargo "falló en el cumplimiento de su deber legal de ejercer su poder de control de sus subordinados"²⁶. La razón es que ese incumplimiento se presenta como integrante del "apoyo sustancial" facilitado, por lo que constituye una suerte de auxilio a la comisión del delito por la filial beneficiada del fallo.

Lo anterior parece conducir a la conclusión de que la teoría del "auxilio e incitación", principalmente en su modalidad de "responsabilidad por mando", constituye una manifestación del sistema de autorresponsabilidad al que ya se ha aludido. Sin embargo, existe una diferencia sustancial que anima a situarla al margen de éste. El incumplimiento del deber de control enmarcado en la teoría del "auxilio e incitación" tiene una conexión evidente con los actos de las filiales, pero no se presenta como una responsabilidad propia de la empresa matriz con fundamento en su poder de control y que opera con independencia de la concreta comisión o no de delitos por las filiales, sino que se incardina en una lógica de cooperación o complicidad; de ahí que, además del apoyo sustancial, se requiera el propósito o, al menos, el conocimiento del delito por la matriz, sin lo cual no es factible aplicar esta teoría²⁷. De este modo, se relaciona con los actos ejecutados por las filiales, pero no conlleva la fundamentación de una responsabilidad específica de la empresa matriz con sustento en los actos de las filiales, sino en actos propios de la matriz en el marco de la cooperación o auxilio a la comisión de delitos por las filiales.

Aclarado lo anterior, el "enfoque empresarial", al igual que sucede con el sistema de transferencia de responsabilidad, se presta a las objeciones propias de la imputación a un sujeto (en este caso la empresa matriz) por actos ajenos, con la afeción consiguiente al principio de responsabilidad por hechos propios²⁸. Si no

²⁵ Salas-Fouksmann, O. (2013), pp. 217 y ss.

²⁶ Bang, N.J. (2013), pp. 1062-1063.

²⁷ Como se señala en Smith, A. and Lepeuple, A. (2018), una persecución exitosa depende de que se identifique un "conocimiento y deseo directo en la empresa que ayudó e instigó a la infractora", exigencia que plantea importantes problemas probatorios, Bang, N.J. (2013), p. 1065.

²⁸ Díez Ripollés, J.L. (2012), p. 8. En sentido coincidente, Gómez Martín, V. (2014), pp. 220 y ss.

No sucede así en el Derecho civil, en que sí se establece tal responsabilidad. El artículo 1903 del Código Civil dispone al respecto que "Lo son igualmente [responsables de los perjuicios causados] los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones".

En relación con la responsabilidad civil derivada de delito, artículo 120 CP:

"Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean penalmente:

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.

concorre ni procede el "levantamiento del velo" y, por tanto, se aprecia la existencia de personas jurídicas diferenciadas no sólo aparentemente, sino de forma efectiva, no procede que se obvие esa circunstancia para realizar la imputación indicada. Ello máxime atendido el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en las relaciones entre personas jurídicas y físicas, la ficción sobre la que se construye la persona jurídica es predicable tanto de la matriz como de la filial, por lo que no cabe que se matice el alcance y eficacia de la personalidad en detrimento de una de las dos personas jurídicas cuando ambas se encuentran en igualdad de condiciones, en lo tocante a este punto, por compartir idéntica condición de persona jurídica. Mantener esta postura implica negar la autonomía de cada persona jurídica, que es precisamente el sentido de reconocerle personalidad jurídica propia, y diluirla en una superior y genéricamente atribuible al grupo de sociedades.

Por su parte, el "*enfoque de entidad*", al constreñir la atribución de responsabilidad exclusivamente a supuestos en que la autonomía de las personas jurídicas prácticamente queda desdibujada impide edificar un modelo de imputación que dé respuesta a situaciones en que existe y opera el control, aunque no con tanta intensidad, o que contribuya a reducir la perniciosa exoneración de las empresas matrices con fundamento en la "responsabilidad limitada". Debe hacerse especial hincapié, en este sentido, en el carácter restrictivo de la doctrina del "levantamiento del velo"²⁹.

Es el "*enfoque dual*", asimilable a la autorresponsabilidad como sistema de imputación a la persona jurídica, el que facilita una perspectiva adecuada para abordar la eventual responsabilidad de la empresa matriz, al permitir eludir los reproches correspondientes a los otros dos enfoques. Ahora bien, en el sistema de autorresponsabilidad se han distinguido cuatro criterios alternativos: a) imputación del hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados como delito propio de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona física por un injusto propio ligado a ese mismo hecho; b) imputación de un defecto de organización concreto que ha facilitado o no ha impedido el hecho realizado por los representantes o empleados; c) cultura corporativa defectuosa que facilita o no impide la comisión de delitos como el perpetrado; y d) reacción defectuosa al hecho delictivo cometido por los representantes o empleados³⁰.

3.º *Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.*

4.º *Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.*

5.º *Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas".*

²⁹ El "levantamiento del velo" se presenta como excepcional en las legislaciones nacionales, Ivory, R. and Anna, J. (2017), p. 1180.

³⁰ Díez Ripollés, J.L. (2012), pp. 8-9.

De estos criterios, el primero no resulta extrapolable a las relaciones entre la empresa matriz y la filial, dada la condición de persona jurídica en ambas que reconduce el concierto, connivencia, inducción o instigación (siempre en el supuesto de que existe autonomía en ambas entidades y no se está en el del levantamiento del velo) a la autoría y, en definitiva, al "auxilio e incitación". Habría de acudirse, en consecuencia, a los principios de territorialidad y personalidad activa para perseguir a empresa matriz y filial en los respectivos Estados de que sean nacionales a fin de depurar la correspondiente responsabilidad en atención a la autoría o participación de cada una.

Son, por tanto, los restantes tres criterios los que ofrecen posibilidades de extrapolación a las relaciones entre la empresa matriz y sus filiales y son asimilables al "enfoque dual". Se parte de la autonomía de las sociedades y, por ende, de la atribución de la comisión del delito perpetrado por la filial como hecho propio de ésta y del que, en consecuencia, es específicamente responsable para articular la responsabilidad de la matriz no como autora mediata del ilícito, sino por su papel en la prevención de la comisión del delito³¹. Este deber de prevención que se asigna a la empresa matriz por su condición dominante en el grupo de sociedades puede construirse desde una óptica genérica (cultura corporativa), concreta (respecto del delito efectivamente cometido) o reactiva³². De ello pasamos a ocuparnos.

4. El defecto en la prevención del delito como fundamento de responsabilidad de la empresa matriz

Este tipo de responsabilidad está presente en el Derecho español en el régimen sancionador administrativo y también se ha introducido, jurisprudencialmente, en el penal de las personas jurídicas³³. La diferencia es

³¹ Como se señala en Bueno, N. (2017), p. 572, tanto Naciones Unidas como la OCDE recomiendan aplicar la "influencia" ("leverage"), lo que en el caso de las relaciones entre matriz y filiales supone que "una empresa matriz debería dar los pasos necesarios para prevenir el impacto causado por una filial mediante el empleo de su influencia cuando es susceptible de producir cambios en las prácticas de esa filial".

³² Por el "defecto de organización" se aboga en Nieto Martín, A. (2008), p. 14.

³³ Artículo 28.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante): "Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas".

En cuanto a la responsabilidad penal, para establecer esa responsabilidad no basta una actuación en beneficio directo o indirecto de la empresa por quienes están autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control en la misma y actuaron en nombre o por cuenta de esta (apartado 1.a) del artículo 31 bis CP), o por incumplimiento grave por esas personas físicas de los deberes de supervisión, vigilancia y control atendidas las concretas circunstancias del caso (apartado 1.b)), sino que, además, se reclama a efectos de probar el "delito corporativo" que se acredite "si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho" (Sentencia del Tribunal Supremo, STS en adelante, Sala de lo Penal, 154/2016, de 29 de marzo). Como se señala en Gómez-Jara Díez, C. (2016), "Por lo tanto, con

notable. En el caso del régimen sancionador administrativo se dispone que la responsabilidad aparejada a la infracción del deber de prevención debe estar tipificada en norma legal, en tanto la vinculada a la "ausencia de una cultura de respeto al Derecho" se ha apreciado por los Tribunales sin un asiento normativo claro³⁴. La cuestión no es baladí, pues, sin perjuicio de que el ordenamiento penal responde al modelo compilador en tanto el administrativo sancionador obedece a la tipificación sectorial, resulta precisa una previsión normativa que satisfaga las exigencias del principio de legalidad para que sea factible la sanción a la empresa por una conducta que no es la propia del sujeto dependiente o vinculado (administrador, representante, empleado), sino una propia y específica del sujeto empresarial. Y, de existir, como así sucede en el administrativo sancionador y se estima por la jurisprudencia en el penal, ello suscita otra cuestión que constituye el presupuesto de la sanción y que se da por sobrentendida: la existencia del deber de prevención.

La vía que se plantea en relación con el tema que se aborda en el presente trabajo es la de sancionar a la empresa matriz por una cultura organizativa defectuosa traducida en el "fallo en la prevención de delitos"³⁵. El fundamento de este deber de prevención se residencia en que la empresa matriz ha de procurar un marco disuasorio de los ilícitos, bien sea porque su organización debe eliminar o reducir la oportunidad delictiva, bien porque su reacción eficaz al ilícito tiene un efecto disuasorio³⁶. La clave de bóveda en este caso es el control de la matriz sobre las filiales, pero no contemplado como vía de dominio del acto de la filial o de cooperación o autoría con ésta, sino como fuente de obligaciones de cumplimiento para la matriz, tanto en relación con su propia conducta empresarial como con la de

independencia de la nomenclatura escogida, el canon establecido por el máximo intérprete de la legalidad ordinaria es claro: no se permite transferir la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica —ya sea mediante modelos de «transferencia» o «vicariables»— y la RPPJ descansa en su hecho delictivo propio. El camino, por tanto, hacia la plena vigencia de la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica se ha iniciado”.

³⁴ En Del Rosal Blanco, B. (2016) se mantiene que el criterio de la jurisprudencia “*parece estar construido al margen del contenido de la ley*”.

En Del Moral García, A. (2017), pp. 55 y ss, se afirma que el sistema de responsabilidad del CP es vicarial. Sin embargo, en Pérez-Cruz Martín, A.J. (2017), pp. 250-251, se señala que “*La legislación española, en relación con los sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, a juicio del TS, en S., Sala 2ª, Sección 1ª, n.º 516/2016, de 13 de junio (Roj.: STS 2616/2016) y el Auto del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2016 (Roj.: AATS 6486/2016), es la auto-responsabilidad*”.

³⁵ Ivory, R, Anna, J. (2017), pp. 1195 y ss.

³⁶ González López, J.J. (2011), pp. 343 y ss.

En este sentido, se señala en Campbell, L. (2018), p. 63, que “*Incluso para individuos, la responsabilidad por omisiones es justificable donde existe un deber, siempre que haya capacidad y oportunidad para actuar, y donde el alcance de la obligación legal es limitado. En relación con las entidades corporativas, el deber se acumula a través de la participación voluntaria en un negocio regulado y rentable campo, y la entidad se coloca idealmente en este contexto; uno podría preguntar quién o qué más tendría la oportunidad de prevenir tal criminalidad. Aunque esta cooptación de legal las personas podrían considerarse como su responsabilidad en un desplazamiento de obligaciones policiales, realmente es un reconocimiento del desequilibrio de poder, la opacidad de los negocios estructuras, y la impermeabilidad a la aplicación*”.

sus filiales³⁷. La prevención del delito se presenta como la contrapartida del poder de decisión estratégica u operativa.

En relación con ello, se ha cuestionado la posibilidad de exigir responsabilidad penal a menos que la empresa matriz se beneficie económicamente del delito cometido por la filial³⁸. Un planteamiento de este tipo, que coincide con el plasmado en las distintas Directivas que compelen a prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el artículo 31 bis CP cuando reclama que la actuación se desarrolle en "*beneficio directo o indirecto*" de la persona jurídica, es apropiado para un sistema de responsabilidad vicaria, pero puede superarse merced a uno que, sin negar la distinta personalidad jurídica de empresa matriz y filiales, atienda a las relaciones de jerarquía o control que presiden las relaciones entre éstas³⁹. El hecho de que se trate de personas jurídicas, y no de vinculación entre personas físicas y jurídica, aboga por abstraer la responsabilidad del beneficio y anudarla, como se ha expuesto, al poder de decisión estratégica. Si una empresa dirige a las empresas filiales, que ven de este modo diluida su autonomía, procede exigirle, sin transferirle como propios los actos de estas empresas filiales, que vele por la garantía de unos estándares normativos que le son exigibles en atención a la legislación del Estado de que es nacional y que debe extender, en virtud de su influencia, a las empresas matrices.

No son, sin embargo, pocos los problemas que se plantean⁴⁰.

4.1. Determinación normativa del deber de prevención y su alcance

Esta cuestión se halla condicionada por el grado de abstracción que se atribuya al deber de prevenir delitos cometidos por las filiales. Las posibilidades van desde la exigencia de contar como presupuesto con la comisión no sólo de un delito concreto, sino de que éste se perpetre en beneficio de la empresa matriz, a que simplemente se reclame un delito concreto al que se anuda la responsabilidad de la matriz o únicamente que se facilite o no impida la comisión de delitos como el cometido. Lo primero se aproxima a la responsabilidad vicaria y lo segundo

³⁷ Como se señala en Campbell, L. (2018), pp. 61 y 62, respecto de la responsabilidad por omisiones indirectas ("*indirect omissions liability*"), "*La dimensión extraterritorial también es significativa, ya que, de lo contrario, sería difícil criminalizar y perseguir la conducta en el extranjero*" e "*imponer la responsabilidad penal por el fracaso en la prevención de ciertos delitos transmite una actitud positiva y un importante mensaje sobre las expectativas y responsabilidades de las entidades corporativas*".

³⁸ Smith, A. and Lepeuple, A. (2018).

³⁹ Así se aprecia en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, que exige que los delitos sean cometidos en provecho de la persona jurídica (apartado primero) o en beneficio de ésta (apartado segundo), y en el artículo 7 de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, que reclama que la comisión tenga lugar "*en beneficio*" de la persona jurídica.

⁴⁰ Interesa destacar que nos referimos a la responsabilidad penal, sin abordar la civil, cuestión ésta cuya articulación con la primera se presenta como otra de las problemáticas propias de esta vía de criminalización, Smith, A. and Lepeuple, A. (2018).

conlleva un grado de vinculación del delito de la matriz al de la filial (el cual actúa como presupuesto) que supedita la responsabilidad de la matriz a la constancia del ilícito de la filial.

Descartada la responsabilidad vicaria, resulta inexcusable que se tipifique legalmente el incumplimiento del deber de prevenir la comisión de delitos, al tratarse de un delito propio y específico de la empresa matriz⁴¹. Esa tipificación conlleva de suyo el establecimiento simultáneo de ese deber, pues es presupuesto de la sanción⁴².

Al respecto, existen ejemplos normativos de responsabilidad en supuestos en que el superior de la empresa matriz es conocedor de que una filial incurre o está cerca de incurrir en prácticas corruptas en beneficio de la matriz pero no adopta medidas razonables para prevenir que la filial lo haga⁴³. Es el caso, en el Reino Unido, de la tipificación en la sección 7 de la *Bribery Act 2010* del "fracaso de las organizaciones empresariales en la prevención del soborno" ("*failure of commercial organisations to prevent bribery*"), que se ha identificado como propia de un sistema de responsabilidad indirecta⁴⁴. Debe destacarse que, si bien la responsabilidad de la empresa lo es por una actuación propia (el "fracaso" referido), no es menos cierto que los presupuestos de ésta se hallan formulados en términos restrictivos. Así, la persona "A" cuya conducta es requisito necesario para que concurra la responsabilidad de "C" ("*relevant commercial organisation*"), de acuerdo con la sección 7(1) se identifica en la sección 8, a que se remite la sección 7(4) para la definición de "*persona asociada con C*" ("*person associated with C*") como la que "*realiza servicios para o en nombre de C*" ("*performs services for or on behalf of C*"). A ello se suma que la sección 7(1) exige que el soborno por "A" (cuya prevención fracasada es lo que comporta la responsabilidad de "C") se realice con la "*intención de a) obtener o retener negocios para C o b) obtener o retener una ventaja en el marco de los negocios para C*"⁴⁵. Esto es, la responsabilidad por fracaso en la prevención se condiciona no sólo a que quien realiza la conducta delictiva que debió prevenirse actúe como mandatario de la responsable por ese

41 Como se apunta en Bueno, N. (2017), p. 566, de acuerdo con los Principios de Naciones Unidas los Estados no están obligados a regular las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción, pero, generalmente, tampoco lo tienen prohibido.

42 A este respecto, verbigracia existen iniciativas para implicar al sector privado en la adopción de medidas autorregulativas de prevención del tráfico infantil, pero, como se señala en Rodríguez-López, S. (2018), p.158, su efectividad no está garantizada y en muchos casos su papel se limita al de estrategia publicitaria. Es por ello que resulta precisa la tipificación penal del incumplimiento de las obligaciones que se establezcan en esa línea.

43 Blyshak, P. (2014), pp. 659 y ss.

44 Campbell, L. (2018), p. 59, en que se apunta igualmente que tiene un alcance extraterritorial.

45 Aunque se ha señalado en Campbell, L. (2018), p. 59, que la interpretación de la realización de servicios en nombre o para la organización comercial relevante debe efectuarse en atención a todas las circunstancias relevantes y se la ha dotado de un sentido amplio, se advierte fácilmente que no puede exceder el ámbito del mandato, representativo o no.

Por otra parte, qué ha de entenderse por actuación "en beneficio" de otro presenta sus propias dificultades hermenéuticas, Blyshak, P. (2014), p. 660.

fracaso, sino además a que la actuación del mandatario persiga beneficiar a la empresa mandante.

Mayor alcance presentan las secciones 45 y 46 de la *Criminal Finances Act* 2017, también del Reino Unido⁴⁶. Ambas exigen para la concurrencia de la responsabilidad del "relevant body (B)" (definido en la sección 44(2) como "cuerpo corporativo o sociedad (cualquiera que sea el modo en que se haya constituido o formado)", "body corporate or partnership (wherever incorporated or formed)") que una persona cometa el delito de facilitación de la evasión "cuando actúa en el marco de la capacidad de una persona asociada con B" ("when acting in the capacity of a person associated with B")⁴⁷. Sin embargo, no se precisa un elemento volitivo de comisión en interés de B⁴⁸.

En el caso español, debe descartarse que el artículo 31 bis CP admita una interpretación extensiva que sustente la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas españolas que aparecen como empresas matrices por delitos cometidos por sus filiales. La letra b) identifica como "personas físicas" a los representantes legales o 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 enunciados en la letra a), lo que excluye cualquier pretensión de incluir a personas jurídicas entre tales sujetos. Y esa misma letra del apartado primero del precepto, además de exigir que los delitos cometidos lo sean "por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior", reclama que lo sean "en el ejercicio de actividades sociales", lo que sitúa en el marco de actuación de la persona jurídica de nacionalidad española e impide dar cabida a operaciones de terceras empresas, aunque sean filiales de ésta⁴⁹. Por otra parte, no debe olvidarse que el CP prohíbe la analogía en la aplicación de la Ley penal (artículo 4.1).

⁴⁶ El carácter indirecto de la responsabilidad se advierte claramente en el hecho de que, como se señala en Campbell, L. (2018), pp. 60-61, "Debe destacarse que ambas secciones 45 y 46 son delitos de "responsabilidad estricta", pues no se precisa que el organismo correspondiente ni su alta dirección hayan participado, conocido o sospechado la facilitación o la evasión para que la entidad relevante sea penalmente responsable".

⁴⁷ A tenor de la sección 44(4), "Una persona (P) actúa en el marco de la capacidad de una persona asociada con un ente relevante (B) si P es: a) un empleado de B que actúa en su calidad de empleado; b) un agente de B (que no es un empleado) que actúa en su calidad de agente; o c) cualquier otra persona que realice servicios para o en nombre de B que actúa en el marco de la capacidad de una persona que realiza dichos servicios".

⁴⁸ La importancia de esa exclusión se destaca en Campbell, L. (2012), p. 61, al atribuirle que "incrementa la responsabilidad corporativa al incentivar la introducción de un cumplimiento ("compliance") y políticas de prevención sólidas".

⁴⁹ La STS, Sala de lo Penal, 154/2016, de 29 de febrero, razona que "el término de provecho (o beneficio) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete".

Otro tanto sucede en el marco de la normativa comunitaria. Las Directivas que exigen de los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas penalmente responsables emplean el término "*person*", que podría inducir a considerar comprendidas tanto las personas jurídicas ("*legal persons*") como las físicas ("*natural persons*"), pero el hecho de que, al igual que ocurre en el CP español, su conducta se sitúe en el marco de la actividad de la persona jurídica conduce a la conclusión de que las personas a las que se refiere son las físicas. Es más, por si alguna duda quedara, el apartado tercero alude expresamente a las "*personas físicas*", lo que ahonda en la identificación de las "personas" de los apartados anteriores exclusivamente como "personas físicas"⁵⁰.

De igual modo, resultan insuficientes las disposiciones normativas que imponen a las empresas revelar información sobre cómo abordan determinados derechos humanos en sus actividades en el extranjero⁵¹. En línea con lo ya expuesto previamente, no basta con compromisos o, como es el caso, obligaciones de información, puesto que su eficacia es más que cuestionable.

Frente al panorama normativo actual, abogamos por configurar un delito que, al modo de lo previsto en el régimen administrativo sancionador, tipifique el incumplimiento del deber de prevención de la comisión de delitos por las empresas filiales y del que no sea presupuesto la perpetración de un ilícito concreto por alguna de éstas. Para ello sería preciso establecer concretamente qué delitos tiene la obligación de prevenir la empresa matriz (lo que podría efectuarse en atención a la gravedad de los mismos u otros criterios como la facilidad de comisión) y el grado de control o medidas de vigilancia que debe satisfacer la empresa matriz⁵². Sin desconocer las dificultades que comporta, esta propuesta evitaría que la punición de la empresa matriz dependiera de la conducta concreta de las filiales y permitiría crear una práctica de autorresponsabilidad auténticamente disuasoria, además de clarificar los aspectos probatorios del delito cuya autoría cabría imputar a la empresa matriz y los deberes de ésta en relación con las empresas filiales⁵³.

⁵⁰ Artículo 6 de la Directiva (UE) 2017/1371 y 7 de la Directiva (UE) 2018/1673 ya citadas.

⁵¹ Es el caso de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, transpuesta por Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

El motivo de que se estimen insuficientes es que no clarifican la cuestión central de la responsabilidad de la empresa matriz, Bueno, N. (2017).

⁵² Entre otras cuestiones habría de optarse por el régimen de aplicación de la sanción y, más en concreto, si se opta por un régimen "duro" o de aplicación ágil. Al respecto, Pérez Gil, J. (2017), pp. 26 y ss.

Y es que, como se apunta en Bueno, N. (2017), p. 572, "*el alcance de las medidas específicas que deben adoptarse depende de factores como el tamaño del complejo empresarial, el contexto de sus operaciones y la gravedad de los impactos adversos*".

⁵³ La diferencia entre ambos planteamientos se advierte en el análisis efectuado de la responsabilidad establecida en el artículo 28.4 LRJSP, ya citado. Así, en tanto algunos autores consideran que su

En este sentido, y frente al establecimiento implícito del deber que conlleva la sanción del defecto en la prevención del delito cuando ésta se vincula a la perpetración de un delito concreto por la empresa filial, resultaría del todo imprescindible la delimitación legal clara y taxativa de cuáles son las obligaciones concretas en que se traduce el deber de prevención de la empresa matriz. Sólo de esta manera sería admisible desligar tal deber del hecho delictivo concreto cometido por la empresa filial y articularlo como un deber genérico de prevenir delitos.

4.2. Prueba del defecto en la prevención del delito

Establecido normativamente este deber en los términos expuestos, la acreditación de su incumplimiento recaería sobre la acusación, por cuanto es la omisión de la conducta debida lo que integra el tipo, pero con el matiz de que la acreditación de la comisión de un delito o riesgo de comisión por alguna de las filiales constituiría un indicio del delito propio de la empresa matriz que, cumplidos los requisitos jurisprudenciales al respecto, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia de la empresa matriz y situar a ésta en la necesidad de acreditar la desconexión entre el ilícito o riesgo de delito de la filial constatado y el programa de medidas con que cuenta la empresa matriz. Se trataría de responsabilizar a la empresa matriz por la perpetración o riesgo de comisión de delitos cometidos por sus filiales salvo que probasen la existencia de procedimientos adecuados para prevenir el delito.

De este modo, y de nuevo en comparación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos u omisiones de sus administradores, representantes o empleados, en lugar de hacer recaer sobre la acusación la carga de probar en todo caso un hecho negativo (la infracción del deber de prevención), se equilibrarían las posiciones de ambas partes y se acentuaría el efecto disuasorio del tipo. Se plantearían dos supuestos:

Uno de ausencia de constancia de la comisión o riesgo de perpetración concreto de un delito por las filiales, en que debería ser la acusación la que, a falta de indicios de infracción del deber de prevención, probara esa infracción. En estos casos, en virtud de la carga de probar derivada del derecho a la presunción de inocencia que recae sobre la acusación, ésta habría de acreditar el incumplimiento, lo que pasaría por demostrar la carencia por la empresa matriz de un programa o política de medidas preventivas dirigido a evitar o desincentivar la comisión de ilícitos por las empresas filiales. De contar la empresa matriz con éstos, correspondería a la acusación acreditar su insuficiencia o ineficacia con vistas a evidenciar la infracción del deber de prevención.

De concurrir la comisión o riesgo concreto de perpetración de delito por las filiales, el indicio de incumplimiento del deber de prevención que ello constituye

fundamento es la participación en los hechos del sujeto al que corresponde el deber de vigilancia por su incumplimiento de éste, otros estiman que éste se halla directamente en la Ley, Recuerda Girela, M.A. (2016), p. 1135.

podría ser bastante, cumplidos los requisitos jurisprudenciales, para desvirtuar la presunción de inocencia⁵⁴. Habría de ser en ese supuesto la empresa matriz la que no sólo invocara la existencia de una política o programa de cumplimiento, sino que lograra acreditar que el ilícito cometido o el riesgo de su comisión por la empresa filial tuvo lugar al margen o a pesar de unas medidas claramente idóneas para disuadir, de modo adecuado, de su perpetración.

Ciertamente un planteamiento de este tipo se presta a la crítica de que descansa en una "aproximación preventiva a la justicia" en contra de los principios liberales de protección al individuo frente a la coerción estatal⁵⁵. Mas no se trata de una objeción insalvable, pues si bien el Derecho penal, *ultima ratio*, no es susceptible de aplicaciones tan amplias como las que permite el régimen administrativo sancionador, el hecho de que este delito se proyecte sobre personas jurídicas, no físicas, permitiría salvar los reproches formulables desde la óptica constitucional. No se trata de hacer responder penalmente a una persona física, sino a una persona jurídica cuyas relaciones de dominio sobre otras personas jurídicas no son parangonables a las que se pueden establecer entre personas naturales precisamente por el distinto sustrato y fundamento de unas y otras⁵⁶.

En relación con lo expuesto, resulta cuestionable qué legislación debe tomarse en consideración para apreciar la comisión del delito perpetrado por la empresa matriz⁵⁷. Esta problemática está conectada con el grado de certeza exigible a la comisión del delito al que se asocia la responsabilidad de la empresa matriz. En el ordenamiento español la sanción del delito cometido por la persona física, e incluso la identificación de la persona física, no son requisitos necesarios para el castigo a la persona jurídica. Basta, por ende, que se advierta la comisión de un delito por la persona física que satisfaga las restantes condiciones del artículo 31 bis CP. Mas en el caso de las multinacionales se añade la dificultad de qué normativa aplicar para advertir la comisión del delito por la empresa matriz, lo que es tanto como plantear si la determinación de la existencia de un delito debe establecerse en el Estado de comisión por la empresa matriz o examinarse prejudicialmente a efectos de la sanción a la empresa matriz en el Estado de su nacionalidad. Nuevamente ello se relaciona con el grado de conexión que se exija al delito de la empresa filial con el de la empresa matriz.

⁵⁴ De esta manera se evitaría la objeción apuntada en Campbell, L. (2018), p. 62, de que, de no ser necesaria la prueba del fracaso y, en lugar de eso, existir la carga de probar medidas de cumplimiento razonables o adecuadas, se incurra en una "carga de defensa inversa".

⁵⁵ Ivory, R and Anna, J. (2017), p. 1197.

No en vano, al abordar la perspectiva procesal de los programas de cumplimiento normativo se ha señalado que "*Por otra parte y desde sendas perspectivas penal/procesal, particularidad del nuevo tipo de responsabilidad es la anticipación de dicha responsabilidad penal al momento pre-procesal e incluso pre-delictivo*", Jimeno Bulnes, M. (2019).

⁵⁶ Como se señala en Campbell, L. (2018), p. 57, las personas jurídicas difieren de las personas naturales en las formas en que se pueden presentar, que van de sociedades unipersonales a amplias empresas multinacionales, lo que ocasiona que "*Estas estructuras organizativas crean oportunidades únicas para que tenga lugar el comportamiento ilegal y sea ocultado, y las actividades empresariales cotidianas pueden implicar un riesgo considerable o daño potencial*".

⁵⁷ Ivory, R. and Anna, J. (2017), p. 1179.

De acuerdo con la propuesta que se efectúa en el presente trabajo, dado que el delito que se atribuye a la empresa matriz no es el supuestamente cometido por la filial, no sería imprescindible que la perpetración del delito por la empresa filial se declarara por resolución judicial del Estado en que ésta opera, sino que, al constituir un indicio (no un presupuesto) de la conducta típica de la empresa matriz, podría examinarse a la luz de la normativa del Estado de que es nacional la empresa matriz y ni siquiera sería necesario que se apreciara su comisión, sino que bastaría con un riesgo advertible⁵⁸.

Lo anterior también permite salir al paso de la objeción formulada con apoyo en la necesidad de doble incriminación⁵⁹. Al no hacerse responsable a la empresa matriz del delito cometido por la empresa filial (cuya concurrencia ni siquiera es precisa, aunque sí indiciaria, del ilícito que se reprocha a la empresa matriz), no resulta necesario que la conducta sea penalmente punible en ambos Estados (el de la empresa matriz y el de la filial). Puesto que el sistema de responsabilidad se articularía sobre la base de la autorresponsabilidad, habría de ser la normativa del Estado del que es nacional la empresa matriz la que concretara qué delitos (obviamente conforme a su tipificación en dicho Estado) debe prevenir la empresa matriz, así como las medidas apropiadas para ello, de manera que el incumplimiento de dicho deber se examinaría únicamente a la luz de la normativa del Estado de que es nacional la empresa matriz. El que la conducta aparentemente realizada o en riesgo de perpetración por la empresa filial no sea constitutiva de delito en el Estado de que es nacional la empresa filial devendría irrelevante, por cuanto no es ese delito el que se enjuicia y la responsabilidad de la empresa matriz no es vicaria. Esa conducta de la empresa filial se examinaría por los Tribunales del Estado de la empresa matriz con arreglo a su normativa, pero no como presupuesto imprescindible para declarar la responsabilidad de la empresa matriz, sino como indicio de defecto en la prevención del delito y conducta integrante, por ende, del tipo establecido en la normativa del Estado de la empresa matriz.

En relación con lo precedente, se advierte que, en la medida en que la comisión, al menos aparente, de un delito por una empresa filial constituye un indicio de la perpetración del delito atribuible a la empresa matriz, esta circunstancia será objeto de prueba⁶⁰. Ello genera una situación en principio comparable a la suscitada por el sistema español de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en supuestos de acoso laboral⁶¹. En el supuesto que

⁵⁸ En este sentido, en la *Bribery Act 2010* no se exige que "A" haya sido condenado por su delito, y lo mismo sucede en la *Criminal Finances Act 2017*, Campbell, L. (2018), pp. 59 y 60.

⁵⁹ Se afirma en Smith, A. and Lepeuple, A. (2018), que "*sin el requisito de doble criminalidad* [en el Estado de la empresa matriz y en el Estado donde se comete el delito], *las empresas del Reino Unido* [en el caso examinado en el artículo] *harían frente a su responsabilidad por defecto en la prevención de delitos contra los derechos humanos, pero no por la comisión de esos mismos delitos en el Reino Unido o el Estado extranjero*".

⁶⁰ Como se apunta en Campbell, L. (2018), p. 62, "*Mientras no hay necesidad de una condena por el delito sustantivo para probar el fracaso en su prevención, parte del caso de la acusación es establecer a la altura del estándar relevante que el delito dado ocurrió, lo que puede ser difícil*".

⁶¹ En el ordenamiento español la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración por acoso laboral perpetrado por uno de sus funcionarios ha de dirigirse exclusivamente contra la

abordamos, la acreditación de la existencia de una conducta aparentemente delictiva por parte de la empresa filial se presenta como una cuestión prejudicial en el proceso seguido contra la empresa matriz por la infracción de su deber de prevención⁶². Ocurre, sin embargo, que, de acuerdo con lo previamente razonado, la comisión del delito por la filial no debe configurarse como presupuesto de la responsabilidad de la empresa matriz (lo que sí sucede en el artículo 31 bis CP), sino como indicio. Por tanto, no es preciso que su perpetración quede perfectamente probada, sino que basta con que se evidencie la apariencia de su comisión o riesgo de que se produzca a fin de acreditar que la empresa matriz no satisface su deber de prevenir los delitos que pueden cometer sus empresas filiales en los términos en que dicho deber se haya configurado en el Estado de que es nacional la empresa matriz. Aunque obviamente una línea de defensa será la dirigida a desvirtuar la apariencia de ilícito penal por la empresa matriz y la sentencia que se dicte valorará esa apariencia, las declaraciones al respecto no sólo no han de surtir efectos de cosa juzgada, sino que tampoco revestirán una intensidad asimilable a la que sí despliegan los razonamientos judiciales cuando la cuestión debatida integra un presupuesto imprescindible, y no un indicio, de la conducta sancionada⁶³.

4.3. Acerca de los programas de cumplimiento normativo

La configuración de un tipo autónomo consistente en la infracción del deber de prevención de delitos perpetrables por las empresas filiales comportaría un

Administración, sin participación como interesado del supuesto acosador, al haber concluido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 15/2016, de 1 de febrero, que no concurre interés legítimo en la persona natural a la que se atribuye el acoso que lo habilite para personarse como interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al entender que "la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica".

⁶² En este sentido, nuevamente en relación con el acoso laboral, señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2018, asunto Vicente del Campo c. España, que "El Tribunal admite que el procedimiento de responsabilidad contra la administración pública contaba con características específicas que deben ser tenidas en cuenta. A pesar de ello, este Tribunal señala que el Tribunal Superior de Justicia no se limitó en su razonamiento a declarar la responsabilidad objetiva de la administración pública ni a concluir que la situación sufrida por la colega del demandante había constituido acoso laboral o que las autoridades educativas, a pesar de ser conscientes de la situación, no habían tomado medidas efectivas para prevenirla o ponerle fin. Fue más allá al afirmar que la conducta del demandante había supuesto un acoso psicológico reiterado. El Tribunal Superior de Justicia alcanzó dichas conclusiones mediante un análisis exhaustivo de los hechos y de las pruebas disponibles que identificaban al demandante indicando su nombre completo y otros datos relevantes".

⁶³ En esta línea se pronuncia Campbell, L. (2018), p. 63: "[el aparente sobornado o facilitador] se encontrará con pruebas en su contra en el curso del juicio, dado que sus actos ilícitos deben ser establecidos. Este no es su juicio penal y no existirá convicción personal; sin embargo, no tiene capacidad de defensa de sí mismo contra esas afirmaciones. Aunque esto pueda parecer inadecuado, no vulnera su derecho a ser considerado inocente. Puede estimar comprometidas su reputación y prestigio profesional en virtud de las consideraciones judiciales de que su conducta constituyó soborno o facilitación, pero esto no viene al caso, ya que ni la jurisprudencia doméstica ni la del TEDH impiden esto, ya que no está siendo juzgado, condenado o sancionado. En consecuencia, se concluye que no hay objeciones desde la óptica del debido proceso a la perspectiva de la extensión del fracaso en la prevención".

importante papel de los programas de cumplimiento normativo ("*compliance*")⁶⁴. Éste puede variar desde su consideración como elemento acreditativo de la existencia de una "cultura corporativa" de cumplimiento, que obligaría a la acusación a probar su ineficacia o inidoneidad, al de circunstancia atenuante o exigente de responsabilidad.

En línea con lo apuntado previamente, la eficacia que habría de otorgarse a los programas de cumplimiento depende de que existan indicios de incumplimiento del deber de prevención, significativamente la comisión o riesgo de comisión de delitos por las empresas filiales. De no concurrir, la existencia y aplicación de un programa de cumplimiento proporciona la apariencia de satisfacción del deber de prevención, por lo que, al igual que sucede en el enjuiciamiento en España de los delitos perpetrados por personas jurídicas, habría de ser la acusación la que acreditara la insuficiencia o defectos del programa⁶⁵. Mas de contarse con indicios, el programa podría exonerar de responsabilidad, pero no se presentaría como elemento integrante de una "cultura corporativa" idónea que la acusación habría de probar que no concurre⁶⁶. En cualquier caso, la implantación del programa debe ser previa a la imputación y no admitirse el compromiso de adoptarlos como elemento de negociación o atenuante. Si la finalidad del tipo es garantizar la prevención del delito, el programa de cumplimiento constituye un indicio del incumplimiento de dicho deber, que no sólo viene dado por esa carencia, de manera que el propósito de implantarlo no excluye ni aminora la responsabilidad que se pueda apreciar en el proceso correspondiente.

No resulta aceptable que los programas de cumplimiento normativo se erijan en una suerte de salvaguarda prácticamente inatacable frente a la exigencia de responsabilidad penal, sea a la persona jurídica por sus actos o, en el modelo que

⁶⁴ De las diversas definiciones que se han ofrecido nos serviremos de la que los conceptúa como "programas que constan de un conjunto de instrumentos como un código ético, protocolos de investigaciones internas, canal de denuncias, controles generales y específicos, toma de decisiones, etc. o códigos de conducta y un catálogo de medidas dirigidas a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de la organización", De Prada Rodríguez, M, Santos Alonso, J. (2014), p. 3. Estos programas se incardinan en el "modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión" al que se refieren los apartados 2.1ª, 4 y 5 del artículo 31 bis CP, y con el "modelo de prevención" al que se alude en el apartado 2.2ª y 3ª de ese mismo precepto.

⁶⁵ No en vano, la jurisprudencia a que se ha hecho referencia conlleva que actualmente es la acusación la que debe acreditar la ausencia de la "cultura corporativa", por lo que su labor se torna sumamente más dificultosa de existir un programa de cumplimiento normativo. De ello se advierte en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, p. 51 (previa, ha de destacarse, a la jurisprudencia enunciada): "A tenor de lo ya expuesto, no resultará sencillo a Fiscales y Jueces comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis".

⁶⁶ Coincidimos con Campbell, L. (2018), p. 62, en que ello "permite a los entes corporativos demandados exonerarse a través de la articulación de procedimientos de cumplimiento; es más apropiado que el que la fiscalía deba probar los detalles de los procedimientos internos e implementación en la práctica; y la imposición de la carga es necesaria, razonable y no arbitraria. Además, y lo que es crucial, la carga de defensa inversa no requiere prueba de falta de culpabilidad; lo que debe establecerse únicamente es la presencia y empleo de procedimientos adecuados/razonables".

proponemos, a las empresas matrices por los de sus filiales⁶⁷. Además de las dudas acerca de la eficacia de estos programas, ha de tenerse presente que el tipo no ha de consistir en la carencia de programas, sino en la infracción del deber de prevención, de modo que los programas, siempre que sean adecuados, únicamente pueden contribuir a acreditar la satisfacción del estándar exigible en lo relativo al deber de prevención, que precisamente se ve cuestionado cuando, a pesar del supuesto cumplimiento de las obligaciones al respecto, se han cometido, o existe riesgo probado, delitos para cuya evitación justamente se establece el tipo.

Y, en todo caso, para que desplieguen la eficacia apuntada es preciso que se garantice la suficiencia e idoneidad de esos programas⁶⁸. A este respecto, no puede obviarse que los programas de cumplimiento normativo responden a un modelo de prevención y control interno, lo que origina las suspicacias propias de los mecanismos de control que se insertan en una estructura jerárquica y se encomiendan a personal dependiente de aquellos cuyo comportamiento, entre el de otros, está sujeto a su fiscalización o, en caso de externalización, de que la empresa que se contrate dependerá de la elección de su cliente, por lo que existirá un evidente deseo de complacerlo y, en definitiva, una tensión entre la eficacia del modelo y las reticencias que plantee la empresa a determinados elementos de éste.

La eficacia de este tipo de controles resulta, además, de compleja evaluación, por lo que la condición de prevención o reducción significativa del riesgo de comisión que se les exige es de difícil comprobación empírica. En el caso concreto la supervisión interna se efectúa con arreglo a los parámetros fijados en el propio programa, con lo que se corre el riesgo de que la constatación de eficacia obedezca a una suerte de profecía autocumplida o que se acuda al argumento *ad ignorantiam*. Y contemplada desde una óptica general de un sector de actividad o clase de personas jurídicas, el contraste de la situación *ante y post compliance* se antoja sumamente incierto y sujeto a una metodología de resultados inseguros como son las encuestas de victimación⁶⁹. No en vano se ha advertido de la inexistencia de datos empíricos suficientes de la eficacia de estos programas para prevenir la comisión de delitos en el seno de las empresas⁷⁰.

Para evitar o al menos minimizar estas carencias, resulta necesario que se establezcan pautas concretas que permitan examinar la eficacia y calidad de los programas de cumplimiento normativo, so pena, de no hacerlo, de incurrir en un análisis superficial de los mismos⁷¹. En todo caso, el programa debe adaptarse a la

⁶⁷ En relación con la eficacia que se atribuye jurisprudencialmente a los programas de cumplimiento, se ha reprochado la reducción de la sanción a lo excepcional, Gómez Tomillo, M. (2016). Igualmente crítico, Roca de Agapito, L. (2018), pp. 229 y ss.

⁶⁸ Campbell, L. (2018), pp. 63 y 64.

⁶⁹ Los resultados, además, son ambiguos. Se apunta en Nieto Martín, A. (2015).

⁷⁰ Bachmeier Winter, L. (2012). A este respecto, en Tiedemann, K. (2013), p. 37, se afirma que “la eficacia de estos instrumentos resulta dudosa, por lo que existen considerables reservas, sobre todo en Francia y en Alemania, frente a la moda importada de los EE.UU. de los compliance programs”.

⁷¹ Se advierte en Muñoz de Morales Romero, M. (2013), p. 229, respecto de la experiencia en el Derecho comparado, que “los jueces y tribunales realizan una evaluación de los programas de

actividad y características de cada empresa⁷². En esta línea, la *Bribery Act 2010* dispone en su sección 7(4) que la Secretaría de Estado tiene la obligación de publicar una guía acerca de los "*adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct*" que la sección 7(2) prevé como defensa para "C", lo que se hizo con inclusión de ejemplos de casos de estudio y descripción de seis principios: procesos proporcionados; compromiso de alto nivel; evaluación de riesgos; diligencia debida; comunicación (incluido entrenamiento); y monitorización y revisión⁷³. Ello sin perjuicio de que se acuda igualmente a certificaciones externas, que por sí solas, sin embargo, no deben estimarse bastantes para acreditar la idoneidad de los programas de cumplimiento normativo⁷⁴.

Lo expuesto no debe entenderse como un rechazo a los programas de cumplimiento, sino como la exigencia de que sean realmente efectivos y prevenir contra el exceso de confianza en ellos. No parece adecuado que unos programas voluntarios, sin fiscalización externa obligatoria, ni privada ni pública, previa a la constatación de la comisión del delito y con dudas razonables acerca de su eficacia, se conviertan en la práctica en una vía de elusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en el supuesto que se aborda, de las empresas matrices, y, en suma, se corra el riesgo de que su adopción y ejecución tengan lugar con el propósito de soslayar mediante una mera apariencia cumplidora esa responsabilidad y no con el de conseguir la "cultura de respeto al Derecho" que bien podría implantarse por otras vías⁷⁵.

Al mismo tiempo, hemos de apuntar que el papel asignado a estos programas se enmarca en la finalidad de la introducción del delito que proponemos *lege ferenda*, que no es sólo contribuir a una política de cumplimiento, sino, con un

cumplimiento normativo en sus fallos judiciales de una manera muy fragmentaria y en cualquier caso poco detallada".

⁷² Jimeno Bulnes (2019).

⁷³ Campbell, L. (2018), p. 59.

La *Criminal Finances Act 2017*, en cambio, se refiere en sus secciones 45 y 46 a que "*B hubiera adoptado todos los procesos de prevención que fuera razonable esperar de B atendidas todas las circunstancias*" o que "*no fuera razonable, atendidas todas las circunstancias, esperar que B hubiera de adoptar procesos de prevención*"

La generalidad en la concreción de los deberes de supervisión se advierte igualmente en las Directivas ya citadas, en que simplemente se alude a "*falta de vigilancia o control*" y "*supervisión o control*", respectivamente.

⁷⁴ La conveniencia de acudir a la certificación externa se mantiene en Alexandre González, J. (2016).

⁷⁵ Se afirma en Tiedemann, K. (2013), p. 37, respecto de los programas de "*compliance*", que "*su carencia principal radica en que son voluntarios y su infracción no va acompañada de una sanción externa*", y, respecto de Estados Unidos, que "*las empresas utilizan estos programas muchas veces como una pantalla protectora contra las sanciones estatales y las investigaciones criminológicas informan cómo los altos directivos de empresas con programas impresionantes hacen a la vez un "guiño" para la comisión de delitos*". Por su parte, la Circular 1/2016, p. 43, señala que "*No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas*". Del riesgo de que estos programas se empleen para "tapar y dejar pasar" se advierte igualmente en Sieber. SIEBER, U., "Programas...", cit., pp.100 y 101

alcance más amplio, luchar contra la criminalidad a través de la disuasión asociada a la penalización de la omisión de la empresa matriz. Y ello no con el efecto de usurpar la tipificación, persecución y punición, lo que se ha reprochado al modelo preventivo con enfoque en el cumplimiento normativo, sino, por el contrario, de habilitar vías para éste⁷⁶.

Como reflexión final, cabe señalar que la incorporación de tipos penales como el expuesto debe venir acompañada de una tendencia generalizada en esta línea, no sólo en el ámbito de la Unión Europea, sino a escala global. Es evidente que la atribución a las empresas matrices de un deber de prevención expreso y terminante respecto de las actividades de sus filiales, aunque se limite a aquellas conductas más reprobables, está llamado a encontrar fuertes resistencias por motivos vinculados al lucro empresarial. En este sentido, la modificación de la normativa en la línea enunciada puede originar la deslocalización, o al menos la amenaza de que ello ocurra, de no llevarse a efecto en el marco de una decisión compartida por al menos aquellos Estados más desarrollados en que se hallan establecidas las empresas matrices.

Resulta indudable que, a la luz de lo anterior, la Unión Europea está llamada a desempeñar un papel crucial en este ámbito, de asumirse el planteamiento indicado. Es necesaria una política comunitaria decidida que ahonde en la senda de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la extienda para prevenir la delincuencia transnacional a través de la armonización de las normativas de origen nacional. Actualmente la progresiva introducción en las Directivas de preceptos expresamente dirigidos a reclamar de los Estados miembros la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas está permitiendo superar los reproches que se formularon a la ausencia de un modelo de respuesta común a esa forma de criminalidad⁷⁷. Es el momento de dar un paso más y afrontar la responsabilidad no sólo conectada a las personas físicas, sino también a las filiales como una manifestación más del deber empresarial de evitar en origen las vulneraciones más graves de bienes jurídicos.

5. Conclusiones

1. Es posible distinguir dos supuestos principales de organización societaria de las empresas multinacionales: a) domiciliación de la empresa multinacional en un determinado Estado con sucursales instaladas en otros (una sola persona jurídica), y b) conglomerado de sociedades que actúan bajo el control más o menos intenso de una dominante (*holdings* en que cada sociedad se presenta con personalidad jurídica propia y distinta del resto).

2. Sobre la relación que cabe establecer a efectos de responsabilidad penal entre la empresa matriz y las empresas filiales se han perfilado varios criterios

⁷⁶ Campbell, L. (2018), p. 65.

⁷⁷ De la Cuesta Arzamendi, J.L. y Pérez Machío, A.I. (2013), pp. 158-159.

categorizados como "*enfoque de entidad*", "*enfoque empresarial*" y "*enfoque dual*". El primero responde sustancialmente a la doctrina del "levantamiento del velo". El segundo es en gran medida asimilable a la "*teoría de la responsabilidad del agente principal*" en sus variantes de "*control directo*" y "*ratificación*". El tercero representa una posición matizada que se sustenta en las relaciones de control de la matriz sobre las filiales para articular el eventual régimen de responsabilidad de la primera en virtud de una responsabilidad autónoma derivada del control que ostenta.

3. El "*enfoque empresarial*" se presta a las objeciones propias de la imputación a un sujeto (en este caso la empresa matriz) por actos ajenos, con la afección consiguiente al principio de responsabilidad por hechos propios. El "*enfoque de entidad*" impide edificar un modelo de imputación que dé respuesta a situaciones en que existe y opera el control, aunque no con tanta intensidad, o que contribuya a reducir la perniciosa exoneración de las empresas matrices con fundamento en la "responsabilidad limitada". Es el "*enfoque dual*", asimilable a la autorresponsabilidad como sistema de imputación a la persona jurídica, el que facilita una perspectiva adecuada para abordar la eventual responsabilidad de la empresa matriz.

4. Con fundamento en el "*enfoque dual*", la vía que se plantea es la de sancionar a la empresa matriz por una cultura organizativa defectuosa traducida en el "fallo en la prevención de delitos". La clave de bóveda es el control de la matriz sobre las filiales, pero no contemplado como vía de dominio del acto de la filial o de cooperación o autoría con ésta, sino como fuente de obligaciones de cumplimiento para la matriz, tanto en relación con su propia conducta empresarial como con la de sus filiales. La prevención del delito se presenta como la contrapartida del poder de decisión estratégica u operativa.

5. Resulta inexcusable que se tipifique legalmente el incumplimiento del deber de prevenir la comisión de delitos, al tratarse de un delito propio y específico de la empresa matriz. Esa tipificación conlleva de suyo el establecimiento simultáneo de ese deber, pues es presupuesto de la sanción.

6. En el caso español, debe descartarse que el artículo 31 bis CP admita una interpretación extensiva que sustente la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas españolas que aparecen como empresas matrices por delitos cometidos por sus filiales. Otro tanto sucede en el marco de la normativa comunitaria.

7. Frente al panorama normativo actual, abogamos por configurar un delito que, al modo de lo previsto en el régimen administrativo sancionador, tipifique el incumplimiento del deber de prevención de la comisión de delitos por las empresas filiales y del que no sea presupuesto la perpetración de un ilícito concreto por alguna de éstas. Para ello sería preciso establecer concretamente qué delitos tiene la obligación de prevenir la empresa matriz y el grado de control o medidas de vigilancia que debe satisfacer la empresa matriz.

8. Establecido normativamente este deber en los términos expuestos, la acreditación de su incumplimiento recaería sobre la acusación, por cuanto es la

omisión de la conducta debida lo que integra el tipo, pero con el matiz de que la acreditación de la comisión de un delito o riesgo de comisión por alguna de las filiales constituiría un indicio del delito propio de la empresa matriz que, cumplidos los requisitos jurisprudenciales al respecto, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia de la empresa matriz y situar a ésta en la necesidad de acreditar la desconexión entre el ilícito o riesgo de delito de la filial constatado y el programa de medidas con que cuenta la empresa matriz.

9. Dado que el delito que se atribuye a la empresa matriz no es el supuestamente cometido por la filial, no sería imprescindible que la perpetración del delito por la empresa filial se declarara por resolución judicial del Estado en que ésta opera, sino que, al constituir un indicio (no un presupuesto) de la conducta típica de la empresa matriz, podría examinarse a la luz de la normativa del Estado de que es nacional la empresa matriz y ni siquiera sería necesario que se apreciara su comisión, sino que bastaría con un riesgo advertible.

10. La configuración de un tipo autónomo consistente en la infracción del deber de prevención de delitos perpetrables por las empresas filiales comportaría un importante papel de los programas de cumplimiento normativo ("*compliance*"), siempre que se garantice su suficiencia e idoneidad.

11. La incorporación de tipos penales como el expuesto debe venir acompañada de una tendencia generalizada en esta línea a escala global. Resulta indudable que la Unión Europea está llamada a desempeñar un papel crucial en este ámbito, de asumirse el planteamiento indicado.

6. Referencias bibliográficas

- Alexandre González, J. (2016): "El papel de la certificación en los modelos de prevención penal". *Diario La Ley* 8848.
- Bachmeier Winter, L. (2012): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance". *Diario La Ley* 7938.
- Bang, N.J. (2013): "Justice for Victims of Human Trafficking and Forced Labor: Why Current Theories of Corporate Liability Do No Work". *The University of Memphis Law Review*, 43(4), pp. 1047-1096.
- Blyshak, P. (2014): "Corporate Liability for Foreign Corrupt Practices under Canadian Law". *Revue de Droit de McGill* 59(3), pp. 655-705.
- Bueno, N. (2017): "Corporate liability for violations of the human rights to just conditions of work in extraterritorial operations". *The International Journal of Human Rights* 21(5), pp. 565-588.
- Campbell, L. (2018): "Corporate Liability and the Criminalisation of Failure". *Law and Financial Markets Review* 12(2), pp. 57-70.
- De Hoyos Sancho, M. (2017): "Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea: valoración de la situación actual y algunas propuestas". *Revista General de Derecho Procesal* 43.
- De Prada Rodríguez, M. y Santos Alonso, J. (2014): "El nuevo escenario de la reforma del Código Penal: los programas de compliance". *Diario La Ley* 8422.
- Del Moral García, A. (2017): "Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español". En Pérez-Cruz Martín, A-J. (Director) y Neira Pena, A.M. (Coord.) *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 47-76.

- Del Rosal Blanco, B. (2016): "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado". *Diario La Ley* 8732.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. y Pérez Machío, A.I. (2013): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los estados". En De la Mata Barranco, N.J. y De la Cuesta Arzamendi, J.L. (Directores) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 129-160.
- Díez Ripollés, J.L. (2012): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española". *Indret. Revista para el análisis del Derecho* 1, pp. 1-32.
- Gimeno Beviá, J. (2014): *El proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).
- Gómez-Jara Díez, C. (2016): "Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Diario La Ley* 8830.
- Gómez-Jara Díez, C.G. (2017): *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).
- Gómez Martín, V. (2014): "Falsa alarma: *societas delinquere non potest*". En Ontiveros Alonso, M. (Coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Tirant lo blanch. Valencia, pp. 207-254.
- Gómez Tomillo, M. (2016): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento". *Diario La Ley* 8861.
- González López, J.J. (2011): "Los deberes de colaboración de las empresas en la prevención e investigación de delitos: algunas consideraciones". En Pérez Gil, J. y de Román Pérez, R. (Coord.) *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*. Universidad de Burgos, pp. 339-354.
- Ivory, R. and Anna, J. (2017): "Holding Companies Responsible? The Criminal Liability of Australian Corporations for Extraterritorial Human Rights Violations". *University of New South Wales Law Journal* 43, pp. 1175-1199.
- Jimeno Bulnes, M. (2019): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de compliance: un supuesto de anticipación probatoria". *Revista General de Derecho Penal* 32.
- Martiñón Cano, G. (2014): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución". En Ontiveros Alonso, M. (Coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Tirant lo blanch. Valencia, pp. 321-335.
- Muñoz de Morales Romero, M. (2013): "Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada". En Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Directores) *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Tirant lo blanch. Valencia 2013.
- Nieto Martín, A. (2008): "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa". *Política Criminal* 3(5), pp. 1-18.
- Nieto Martín, A. (2015): "Cumplimiento normativo basado en evidencias empíricas", www.almacendelderecho.org
- Ollé Sesé, M. (2019): *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).
- Pérez-Cruz Martín, A.J. (2017): "Las respuestas de la Sala 2ª del Tribunal Supremo a algunas cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En Pérez-Cruz Martín, A.J. (Director) y Neira Pena, A.M. (Coord.) *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp.227-266.
- Pérez Gil, J. (2017): "Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal". En Pérez-Cruz Martín, A.J. (Director) y Neira Pena, A.M. (Coord.) *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 25-46.



- Recuerda Girela, M.A. (2016): *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).
- Roca de Agapito, L. (2018): "Novedades acerca del sistema de sanciones penales para las personas jurídicas tras la reforma de 2015. Aproximación a los primeros pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo". En Huergo Lora, A. (Director) *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*. Iustel. Madrid, pp. 207-234.
- Rodríguez-López, S. (2018): "Perpetrators or Preventers? The Double Role of Corporations in Child Trafficking in a Global Context?". *Oñati Socio-Legal Series* 8(1), pp. 145-164.
- Salas-Fouksmann, O. (2013): "Corporate Liability of Energy/Natural Resources Companies at National Law for Breach of International Human Rights Norms". *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 2(1), pp. 201-229.
- Sieber, U. (2013): "Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica". En Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Directores) *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Tirant lo blanch. Valencia 2013.
- Smith, A. and Lepeuple, A. (2018): "Holding companies criminally liable for human rights abuses", https://www.corkerbinning.com/holding-companies-criminally-liable-for-human-rights-abuses/#_ftnref5, 17 de julio de 2018
- Tiedemann, K. (2013): "El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico". En Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Directores) *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Tirant lo blanch. Valencia 2013.
- Tully, S. (2012): *International Corporate Legal Responsibility*. Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn.