

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA

AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN THE CRIMINAL LIABILITY OF A LEGAL ENTITY

JOSE MARÍA AYALA DE LA TORRE

Abogado del Estado en excedencia.
Socio director de AYALA DE LA TORRE

Sumario: *I. De la responsabilidad penal de la persona jurídica al delito corporativo. II. Autoría y participación en el delito de la persona jurídica.*

Resumen: El delito de la persona jurídica, basado en el principio de responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad, requiere la concurrencia de un *presupuesto*: la comisión de un delito de los expresamente previstos en el Código como susceptibles de originar responsabilidad penal a la persona jurídica por las personas físicas mencionadas en el artículo 31 bis del Código Penal; y de un *fundamento*: el incumplimiento del debido control por la persona jurídica, ya sea por inexistencia de un sistema de prevención de delito, ya sea por la tenencia de uno ineficaz habida cuenta de las circunstancias del caso. Por ello el concepto de autor del delito corporativo tiene una doble vertiente: por un lado, la persona física que comete el hecho delictivo (el presupuesto del delito corporativo) y por otro la persona jurídica que incumple el debido control (fundamento).

En virtud de dicha configuración y atendiendo al principio de legalidad de los artículos 9 y 25 de la CE, en relación con el artículo 31 bis del Código Penal, no hay delito corporativo (por falta de tipicidad) cuando alguna de las personas físicas a que se refiere el referido precepto penal participa como inductor, cooperador necesario o cóm-

plice en el delito de un tercero. En cambio, es perfectamente posible la participación de un tercero (como inductor, cooperador necesario o cómplice) en el delito de la persona jurídica, sobre la base de las reglas generales de participación de los artículos 28 y 29 del Código Penal.

Palabras clave: Responsabilidad penal de la persona jurídica, delito corporativo, autoría y participación de la persona jurídica, presupuesto y fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Abstract: The corporate criminal liability, based on the principle of accountability for one's own actions or self-responsibility, requires the fulfillment of a *prerequisite*: the commission of a crime explicitly listed in the Penal Code as susceptible to causing criminal liability for the legal entity due to the actions of the natural persons mentioned in Article 31 bis of the Penal Code; and a *basis*: the failure to exercise proper control by the legal entity, either due to the absence of a crime prevention program or due to the existence of an ineffective program given the circumstances of the case. Thus, the concept of the perpetrator of a corporate crime has a dual aspect: on the one hand, the natural person who commits the criminal act (the prerequisite for corporate crime) and, on the other hand, the legal entity that fails to exercise proper control (the basis).

In accordance with this configuration and considering the principle of legality as established by Articles 9 and 25 of the Spanish Constitution, in relation to Article 31 bis of the Penal Code, there is no corporate crime (due to lack of typicity) when any of the natural persons referred to in the aforementioned legal provision participates as an instigator, necessary collaborator, or accessory in the crime of a third party. In contrast, it is perfectly possible for a third party (as an instigator, necessary collaborator, or accessory) to participate in the crime of a legal entity, based on the general rules of participation established in Articles 28 and 29 of the Penal Code.

Key words: Criminal liability of a legal entity, corporate crime, authorship and participation of the legal entity, Prerequisite and basis of the criminal liability of a legal entity.

I. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA AL DELITO CORPORATIVO

Decía Foucault que lo nuevo no está en lo que se dice, sino en el acontecimiento de su retorno. Por eso no decimos nada nuevo cuando afirmamos que la introducción en el ordenamiento jurídico español de la (mal llamada) responsabilidad penal de la persona jurídica supuso un cambio radical en una rama del Derecho, el Derecho Penal, muy apegada al campo de los hechos y, por consiguiente, a un concepto de autoría y participación exclusivo de las personas físicas y, por completo, ajeno a las jurídicas, universo penal donde la atribución de consecuencias jurídicas a sujetos distintos de las personas físicas no deja de ser una *verdad asentada en estructuras de ficción*, extrapolando la terminología *lacaniana*, propia del psicoanálisis, a la dogmática jurídico penal¹. Quizá por ello, como decía Borges, *lo sobrenatural, si se repite, deja de atemorizar*.

La primera cuestión que debía resolver el legislador español en 2010 al introducir en España el delito de la persona jurídica era la relativa a su naturaleza, existiendo posiciones diferenciadas en la doctrina y en el Derecho comparado:

i) Por un lado, el modelo vicarial de responsabilidad o de responsabilidad por transferencia o heterorresponsabilidad, conforme al cual el delito cometido por una persona física que forma parte de la organización, cuando lo hace en nombre y en beneficio de la misma, conlleva de forma automática la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. Y ello con independencia de que la organización a la que se impute el delito tenga un sistema de prevención penal (Plan de prevención o *corporate compliance program*) eficaz o carezca del mismo, dado que lo relevante para atribuir responsabilidad penal (para derivar la responsabilidad hacia la corporación) a la persona jurídica no es la ausencia de medidas de prevención, sino el hecho de formar parte integrante de la organización a la que se imputa responsabilidad la persona física que comete el delito por cuenta o en nombre y en beneficio de la misma. Es el modelo que rige en Estados Unidos y, como decimos, se basa en la *agency relationship*: el principal debe

¹ Incluso hoy día un cierto sector de la doctrina sigue empeñado en tratar de desprestigiar la existencia del delito de la persona jurídica calificándola de mera ficción, ficción que, sin embargo, como decía Derrida, es más poderosa de que la verdad de la que es capaz; ficción de la que sólo nos ocupamos cuando tenemos que recurrir a ella, como indica acertadamente Vila Matas. Sin embargo, todas estas críticas son tan legítimas como superfluas dado que el delito de la persona jurídica es, sencillamente, una realidad incuestionable.

responder por los actos del agente. En este sistema, el hecho de que la entidad disponga de un *corporate compliance program* no la exime² de responsabilidad penal si la entidad es llevada a juicio, dado que el modelo vicarial presupone la ajenidad a toda idea de culpabilidad de la propia organización.

ii) Por otro lado, el modelo de culpabilidad de la propia organización, responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad, en el que la esencia de la responsabilidad es la ausencia de un sistema de control adecuado que impida la comisión de delitos en la organización, modelo que es más acorde a las nociones de cultura de cumplimiento y de *buen ciudadano corporativo*.

La diferencia entre ambos sistemas tiene consecuencias prácticas de índole procesal trascendentales: mientras que en el sistema vicarial a la defensa de la persona jurídica le corresponderá acreditar que cumplió con sus deberes de supervisión, vigilancia y control, en el sistema de autorresponsabilidad o de responsabilidad por hecho propio será labor propia de la acusación demostrar que la persona jurídica no ha cumplido con dichos deberes de debido control (ya sea por no disponer de un Plan de Prevención de Delito, ya sea por disponer de uno que no sea eficaz para prevenir delitos).

Pues bien, desde el año 2016, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por un modelo de autorresponsabilidad, exigiendo a las acusaciones la prueba de la ausencia o ineficacia de los sistemas de control de la persona jurídica. Así se indicaba en la primigenia sentencia 154/2016, de 29 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al indicar que:

si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida «cultura de cumplimiento» que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la

² Aunque no la exima de responsabilidad, el hecho de que la compañía disponga de un sistema de prevención de delito eficaz tiene capital importancia en el modelo norteamericano, donde los acuerdos entre Fiscalía y defensa son la forma más habitual de terminación de los procedimientos penales (ya sea en forma de acuerdo de terminación del procedimiento con reconocimiento de los hechos o *plea guilty*, ya sea en forma de no acusación por parte de la Fiscalía a cambio del cumplimiento de ciertas condiciones o *non prosecution agreement* o acusación y petición por Fiscalía de la suspensión del procedimiento como contrapartida del cumplimiento de las referidas condiciones o *deferred prosecution agreement* o, directamente, la no acusación de Fiscalía o *declination letter*) y se supeditan al cumplimiento de una serie de requisitos entre los que siempre está la disposición de un modelo de *corporate compliance* eficaz.

sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial.

Esta doctrina no deja de ser una especificación de los principios básicos de nuestro sistema jurídico, que recoge por ejemplo el artículo. 6.1 de la Directiva (UE) 2016/343 al establecer que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Así ha sido entendido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia 871/2023 de 23 noviembre, cuando señala que *«un consolidado cuerpo de doctrina ha considerado que el principio acusatorio impone la carga de la prueba a la acusación»*, y que *«se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa»* (STS 164/2019, de 27 de marzo).

Por ello, sentencias del Tribunal Supremo como la 747/2022, de 27 de julio de 2022, han sostenido que nuestro sistema jurídico descansa sobre el principio de autorresponsabilidad de las personas jurídicas:

Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad.

Para apreciar dicha responsabilidad de la persona jurídica debe constatarse la comisión de un delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica (presupuesto de la responsabilidad) y que la persona jurídica haya incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos (fundamento de la responsabilidad). En este sentido, diferenciando la imputación de la persona jurídica y de la persona física que ha realizado el concreto acto, la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo, indica que:

«El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva

en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa»³.

Precisamente por ello el Tribunal Supremo dio un paso más en la Sentencia 221/2016 de 16 de marzo al hablar directamente de «delito corporativo», en el que el juicio de autoría de la persona jurídica exige a la acusación no sólo probar la comisión del hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el 31 bis, dado que *el desafío probatorio del Ministerio Fiscal no puede detenerse ahí por impedirlo nuestro sistema constitucional*, sino que debe acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad *por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica*. En definitiva, dice la sentencia citada, no es posible hablar de una responsabilidad penal de la persona jurídica pero no de un delito de la persona jurídica, dado que *no hay responsabilidad penal sin delito precedente*.

El sistema originario de responsabilidad de la persona jurídica, donde la carga de la prueba corresponde a las acusaciones, en cambio, se ha visto enturbiado por la aplicación práctica de la norma por nuestros Tribunales, que ha acabado por desdibujar el sistema hasta convertirlo en un modelo de responsabilidad vicarial. Prueba de este cambio de rumbo es la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 298/2024, de 8 de abril, que, partiendo de la base de que la distinción dogmática entre la responsabilidad vicarial y el sistema de responsabilidad por hecho propio o culpabilidad de la propia organización carece de relevancia práctica⁴, opta de facto por el modelo vicarial o de heterorresponsabilidad en el que corresponde a la persona jurídica probar que dispone de un plan de prevención eficaz, dado que según

³ Es importante indicar aquí que el Tribunal Supremo considera, a la hora de fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, que el tamaño importa, al afirmar en la sentencia 894/2022, de 11 de noviembre que:

[P]ara hablar del fundamento de esa responsabilidad exigible a la persona jurídica por su propio delito, es preciso partir de la constatación de algún defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad, y ello porque la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables, sirviendo de apoyo, de alguna manera, para esto que decimos el distinto tratamiento que en orden a las funciones de supervisión se establecen en el propio art. 31 bis CP para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en comparación con los mecanismos de compliance propios de las de mayor complejidad

⁴ Llegando a calificar de bizantina una discusión (la de si estamos ante un modelo vicarial o ante uno de responsabilidad por hecho propio) de indudables y trascendentes consecuencias prácticas.

dicha sentencia, si la persona jurídica»*se abstiene de proponer prueba alguna al respecto y no realiza ni siquiera el amago de aportar un plan de cumplimiento y o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código penal, será legítimo entender acreditado que no exista tal plan de cumplimiento»; añadiendo más adelante que «no parece que el derecho de defensa quede erosionado porque las acusaciones no hiciese constar en sus escritos que no reinaba en esas empresas una cultura de cumplimiento. Si no se dice nada y se acusa a la sociedad, esa negación (que no afirmación) está implícita. A cualquier jurista, por poco familiarizado que esté con el derecho penal le bastará leer el artículo 31 bis para deducir que si no se hace constar nada al respecto es que la acusación excluye esa causa exoneradora*

En esta última sentencia, que supone un importante cambio en la jurisprudencia existente hasta el momento, el Tribunal Supremo se inclina por entender que con el sistema de cumplimiento de la persona jurídica nos hallamos ante una causa exoneradora de responsabilidad cuya prueba compete al acusado, contradiciendo, como decimos la tesis consolidada según la cual la existencia de los modelos de prevención forma parte de los elementos del tipo y no de la culpabilidad, siendo así que *la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integra el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física* (Sentencia del tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero).

En todo caso, en nuestro sistema para que exista responsabilidad penal de la persona jurídica no basta con la comisión de un delito por una persona de la organización, sino que debe concurrir un *presupuesto* (delito cometido en beneficio de la persona jurídica por sus directivos o administradores o por empleados o personas que se hallan bajo la dependencia de aquellos) y un *fundamento* (incumplimiento del debido control, es decir, el incumplimiento por parte de las personas jurídicas de la obligación de adoptar, antes de que cometa el delito cometido la persona física, medidas idóneas de prevención, vigilancia y control que reduzcan de forma significativa el riesgo de su comisión; o, desde un enunciado negativo, que no exista un programa de cumplimiento que se pueda considerar adecuado o eficaz en un juicio *ex ante*). Si no concurren ambos requisitos (fundamento y presupuesto), sencillamente no habrá responsabilidad penal de la persona jurídica precisamente por no existir delito de la persona jurídica⁵.

⁵ Lo contrario (es decir, hablar de responsabilidad penal sin delito previo) abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal, como acertadamente dice la STS 221/2016 de 16 de marzo.

Por consiguiente, el presupuesto de atribución de responsabilidad penal opera en dos supuestos diferenciados: por un lado, los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto por sus *representantes legales o quienes individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de administración y control dentro de la sociedad*; y por otro, los delitos cometidos *en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas* por empleados de la compañía o terceros que se relacionan con la misma *cuando hayan podido cometer el delito por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso* (artículo 31 bis del CP).

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA

Es autor quien realiza la acción típica, es decir, el sujeto que dirige, de propia mano, el acontecer del hecho típico. El artículo 28 del Código Penal establece que *son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*, señalando acto seguido que los inductores y los cooperadores necesarios *se consideran* asimismo autores, de modo que los cómplices no llegan a ser considerados autores (artículo 29 del Código Penal). Como dice MIR PUIG el autor es aquel sujeto que *se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen formas imperfectas de ejecución*.

En el caso de los delitos de las personas jurídicas podemos decir que el concepto de autor requiere distinguir dos vertientes: por un lado, una persona física que comete el hecho delictivo (el presupuesto del delito corporativo) y una persona jurídica que incumple el debido control (fundamento del referido delito de la persona jurídica). Pero donde puede hablarse en sentido estricto de autoría en el delito de la persona jurídica no es en el ámbito del presupuesto, sino en el fundamento y desde esa perspectiva puede afirmarse que:

i) El delito de la persona jurídica es un *delito común*⁶, que puede ser cometido, en línea de principio, por cualquier persona jurídica,

⁶ Con independencia que el delito subyacente, el que comete la persona física, sea un delito común o uno especial por fundamentarse en una previa infracción del deber de garante establecida en una norma extrapenal.

entendiendo por tal aquella que se encuentra en los supuestos del artículo 35 del Código Civil.

ii) Por consiguiente, pueden ser autores del delito desde luego: las asociaciones⁷, las fundaciones⁸, las sociedades civiles⁹, las sociedades mercantiles¹⁰, incluidas las sociedades mercantiles públicas¹¹.

iii) No pueden ser autores ciertas entidades que actuando en el tráfico no tienen personalidad, como las UTE o las sociedades ocultas¹².

iv) Tampoco pueden ser autores las sociedades unipersonales, dado que el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física (Sentencia del Tribunal Supremo 747/2022, de 27 de julio)¹³ ni las sociedades meramente instrumentales o pantalla, creadas para servir de instrumento en la comisión del delito, que si bien formalmente son personas jurídicas, materialmente carece del suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física (Sentencia del Tribunal Supremo 833/2023, de 15 de noviembre).

v) No pueden serlo las entidades públicas territoriales: Estado, CCAA y Corporaciones Locales.

Mayor dificultad presenta el concepto de autor en lo referente al presupuesto del delito corporativo, dado que se trata de un delito cometido por una persona física que tiene relación con la jurídica. El 31 bis contempla dos supuestos:

⁷ Que adquieren personalidad jurídica con su constitución en escritura pública, sin que precisen de inscripción en el registro de asociaciones que tiene un efecto meramente publicitario, en base al artículo 22 de la CE.

⁸ Que adquieren personalidad con el otorgamiento de la escritura de constitución y la inscripción en el Registro de Fundaciones.

⁹ Que adquieren personalidad desde la celebración del contrato, artículo 1679 del CC.

¹⁰ Que adquieren personalidad con la escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil.

¹¹ Hasta la reforma de 2015, sólo podían cometer delito las sociedades mercantiles que no ejecutasen políticas públicas ni prestasen servicios de interés general, desde entonces también éstas pueden ser autoras del delito, si bien únicamente pueden ser sancionadas con pena de multa o de intervención en interés de los socios o de terceros.

¹² No tendrán personalidad las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de ellos contrate con terceros como si el asunto fuera personal suyo (artículo 1669 del CC).

¹³ En estos casos, como indica el Tribunal Supremo opera el principio de consunción, de modo que al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también la desidia e indiferencia por no prevenir sus propios delitos (STS 747/2022).

i) Los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio por sus representantes, administradores o quienes están autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización o control.

ii) Los delitos cometidos por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriormente citadas han podido realizar el hecho por haber incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso. Se incluyen en este caso los delitos cometidos por empleados, pero también por terceros que estén sometidos a los directivos y administradores de la persona jurídica, como pueden ser proveedores, contratistas, subcontratistas. No se incluyen, por consiguiente, los terceros que se relacionan con la compañía pero sin estar sometidos a la autoridad de los directivos o administradores de ésta, como pueden ser clientes o asesores externos.

Por tanto, el delito de la persona jurídica requiere que la persona física que cometa el delito tenga una relación especial con la persona jurídica que delinque, ya sea por ser administrador o directivo, ya lo sea por ser empleado o tercero que se halle en relación de dependencia de la organización (por *estar sometido a la autoridad* de los administradores o directivos de la organización). No hay delito corporativo cuando el que comete el hecho no está en relación de subordinación o dependencia, y ello con independencia de que el delito beneficie a una persona jurídica de la que no forma parte el autor del delito. Sencillamente porque falta el presupuesto del 31 bis del CP.

Por consiguiente, es perfectamente posible participar en el delito de la persona jurídica, algo que sucederá tanto cuando se induzca a la persona física a cometer alguno de los delitos previstos en el CP en los términos del 31 bis del CP o se coopere en el hecho delictivo con ésta, como cuando se induzca o coopere con la persona jurídica a incumplir el debido control cuyo quebrantamiento es la esencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En estos casos, cuando el delito cometido por la persona jurídica sea un delito de infracción de deber (por estar la persona jurídica en posición de garante extrapeenal), la participación del tercero únicamente podrá serlo como *extra-neus* y por consiguiente como inductor, cooperador necesario o cómplice, en ningún caso como coautor, pues el tercero no será nunca quien infrinja el deber. Es el caso del asesor fiscal que coopera con la persona jurídica como asesor externo en el fraude fiscal de ésta diseñando la operación de ocultación para eludir el pago de impuestos o

el del director financiero de la entidad que elabora (para su posterior formulación por las administradores de la misma) las cuentas de la misma falseando u ocultando la imagen fiel del patrimonio societario para perjudicar a terceros inversores que, de ese modo, se ven engañados e invierten en una compañía pensando que es solvente cuando no lo es.

En cambio, no resulta imaginable que la persona jurídica participe delictivamente (como inductor, cooperador necesario o cómplice) en el delito de otro, tanto si se trata de un delito común como si estamos ante un delito especial¹⁴. Ello por cuanto que el delito de la persona jurídica presupone la previa comisión de un delito por la persona física (el delito subyacente a que antes hemos hecho referencia y que es el presupuesto del delito corporativo) y no la simple participación delictiva de la persona física en el delito de otro, especialmente cuando nos encontremos ante delitos de infracción de deber donde no exista, por consiguiente, la posición de garante extrapenal en la persona física relacionada con la persona jurídica. Quiere decirse con ello que el tipo del 31 bis del Código Penal exige, para que haya delito corporativo, la previa comisión de un delito por las personas físicas que menciona el precepto y no la mera participación de las mismas en el delito cometido por otro, aun cuando ese delito cometido por un tercero en el que participan como *extraneus* las personas físicas mencionadas en el 31 bis beneficie directa o indirectamente a la persona jurídica. Sencillamente, la participación de la persona jurídica en el delito de otro es una conducta atípica desde la perspectiva del delito de la persona jurídica. La interpretación contraria, es decir, aquella que entendiéndose que hay delito corporativo cuando la persona física integrada en la jurídica participase en el delito de otro sería una interpretación extensiva de la norma contenida en el artículo 31 bis del Código Penal, interpretación que supondría una manifiesta extralimitación respecto del tipo legal vedada por el principio de legalidad de los artículos 9 y 25 de la CE, que al afectar

¹⁴ Como decimos, es perfectamente posible que un tercero participe en el delito de la persona jurídica, como ocurre con el asesor fiscal que diseña la operación para que la persona jurídica cometa delito fiscal, que será castigado como cooperador necesario del delito fiscal de ésta; pero no que la persona jurídica cometa delito corporativo por participar en el delito de otro: en el caso anterior, si el asesor fiscal que diseña el plan para que cometa el delito fiscal la persona jurídica A forma parte a su vez de una persona jurídica B que se beneficia por esta actuación, esta persona jurídica en que se integra el asesor fiscal (B) no cometerá delito corporativo por la participación del asesor en el delito fiscal de A.

a los derechos fundamentales básicos debiera tener protección vía amparo constitucional caso de no haberlo obtenido previamente en los tribunales ordinarios¹⁵.

¹⁵ Téngase en cuenta que no queda impune el comportamiento delictivo, la participación en el delito de otro, ya que la persona física que participa en el delito sí será castigada como cooperador necesario, cómplice o inductor; quien no puede serlo es la persona jurídica por no estar previsto en el 31 bis del CP el delito corporativo por la participación en el delito de otro, sino por la comisión de delitos por las personas en el mismo señaladas.