

Réplica a Javier Cigüela

A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo

Bernardo Feijoo Sánchez

Universidad Autónoma de Madrid

Abstract

Estudio sobre el modelo español de responsabilidad penal de personas jurídicas.

Untersuchung über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen im spanischen Strafgesetzbuch.

Study of corporate criminal liability in Spanish Law.

Titel: Replik gegen Javier Cigüela. Gleichzeitig Überlegungen über die neuesten Entwicklungen im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen.

Title: A response to Javier Cigüela. Reflections on the New Developments on Corporate Criminal Liability.

Palabras clave: Responsabilidad penal de personas jurídicas, delito corporativo, modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Stichworte: Strafbarkeit juristischer Personen, Unternehmensstrafrecht, die spanische Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen.

Keywords: Corporate Criminal Liability, corporate crime, the Spanish regulation of corporate criminal liability.

Sumario

- 1. El modelo español tras la reforma del Código Penal mediante la LO 1/2015**
- 2. Contestación a Javier CIGÜELA**
 - 2.1. Sobre la responsabilidad de carácter estructural**
 - 2.2. Sobre el argumento de la identidad**
 - 2.3. Conclusión**
- 3. Análisis crítico del modelo de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016**
 - 3.1. La defensa de un modelo de responsabilidad vicarial o por transferencia**
 - 3.2. La naturaleza de la exención y la carga de la prueba**
 - 3.3. Conclusión**
- 4. La Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero: una respuesta oportuna a la Circular**
- 5. La Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo: un camino a seguir y profundizar**
- 6. Tabla de jurisprudencia citada**
- 7. Bibliografía**

1. El modelo español tras la reforma del Código Penal mediante la LO 1/2015

Una de las novedades más llamativas que la LO 5/2010 introdujo en el Código Penal fue el establecimiento de un modelo de responsabilidad auténtica o genuina de las personas jurídicas que carecía de precedentes. La posterior reforma operada mediante la LO 1/2015 en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas obliga a plantearse cuál es el modelo que finalmente ha adoptado el Derecho Penal español y cuál es el papel dogmático de los denominados modelos de organización y gestión cuya efectividad excluye dicha responsabilidad (conocidos en el mundo empresarial como programas o políticas de cumplimiento -*Compliance*-).

Es cierto que esta última reforma se autodefine como una mera mejora técnica con respecto a la del 2010, pero creo que ello se debe más a querer restarle importancia a un añadido que no estaba en el texto del Anteproyecto de 2012 y que, por ello, no pudo ser valorado en los preceptivos informes del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial. Sólo se pudo pronunciar el Consejo de Estado.

La gran novedad de la reforma mediante la LO 1/2015 es que se regula expresamente la exclusión de responsabilidad si “se cumplen” determinadas condiciones, requisitos que sirven también para la atenuación cuando son insuficientes para la exoneración de responsabilidad. Ciertos esfuerzos de un sector de la doctrina que buscábamos equivalencias con la teoría jurídica del delito tradicional para personas físicas con el fin de excluir la responsabilidad penal en casos en los que no se podía entender que ésta fuera razonable han de ser reemplazados por la interpretación de la nueva regulación del art. 31 *bis*. Existen otras modificaciones a las que se refiere la Exposición de Motivos como que la responsabilidad penal abarque a todas las Sociedades mercantiles públicas sin excepción, pero sin duda la relativa a las condiciones de exclusión de la responsabilidad es la más relevante desde una perspectiva material.

Desde la reforma del año 2010 el debate doctrinal ha girado en gran medida alrededor de la definición del modelo español como un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad o la posibilidad de entenderlo como un modelo de auto-responsabilidad. La importancia de esta cuestión se puede apreciar en la siguiente manifestación de la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015, de 2 de septiembre (Ponente Manuel Marchena Gómez)¹:

“Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 *bis* del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

¹ Vid. también Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, FJ 8º, cuyo Voto Particular suscrito por 7 de los 15 Magistrados da muestras evidentes de la importancia de esta cuestión, especialmente en lo que respecta a la carga de la prueba.

Esta cita deja en evidencia que hay muchas cuestiones básicas para la futura aplicación del art. 31 *bis* CP que dependen de la asunción como punto de partida bien de un modelo de heterorresponsabilidad o bien de responsabilidad por el hecho propio. En mi opinión, la reforma mediante LO 1/2015 aboga por el entendimiento de que el modelo español no es de heterorresponsabilidad. La propia Exposición de Motivos declara expresamente que con la reforma “se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”. A pesar del valor relativo de los Preámbulos, la reforma obedece a la voluntad expresa de excluir que el modelo español se corresponda con un “régimen de responsabilidad vicarial” en el que el principal –cuando se trata de una persona jurídica– responda automáticamente por aquellos agentes que actúan en su nombre o representación o en una relación de dependencia o subordinación.

Sin embargo, como vengo sosteniendo desde el año 2010, no se trata de un modelo puro de autorresponsabilidad², sino de co-responsabilidad³ en el cual no se puede hablar en puridad de una culpabilidad exclusiva y excluyente de la persona jurídica, sino acumulativa. Los protagonistas del Derecho Penal español siguen siendo las personas físicas, aunque hayan dejado de ser los únicos sujetos de imputación.

Creo que partiendo de la idea de co-responsabilidad, pero asumiendo que se trata de una responsabilidad penal⁴ propia, autónoma e independiente de la persona jurídica, se puede no sólo encontrar un amplio consenso en la doctrina, sino sobre todo entender mejor lo dispuesto en los arts. 31 *bis* y siguientes del Código Penal, es decir, las características esenciales del modelo español.

El Código Penal establece en los arts. 31 *bis* y ss. cuáles son las condiciones en las que se puede hacer a una persona jurídica co-responsable de un delito (con independencia de que no se pueda identificar o condenar a la persona individual que cometió la conducta típica y antijurídica). Esta es una diferencia esencial con la regulación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP (tanto antes como después de la reforma de 2010), en las que no existía una responsabilización por el hecho: con el art. 129 las personas físicas en exclusiva son responsabilizadas de hechos relevantes para el Derecho Penal.

Esta interpretación que se propone del actual modelo español tras la LO 1/2015 se basa en las siguientes premisas:

- a) La mayor responsabilización de las personas jurídicas está estrechamente vinculada al mayor papel institucional que se les otorga, especialmente en relación al cumplimiento de la legalidad en las organizaciones de las que son titulares. El Derecho penal no es –ni

² *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 73.

³ «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, 2011, pp. 91 s.

⁴ Sobre la naturaleza penal de la responsabilidad establecida en el Código Penal, FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 33 ss.

puede ser- inmune a la transformación valorativa de determinadas realidades sociales, que acaba generando situaciones jurídicas desconocidas en el pasado pero no por ello ilógicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas está estrechamente vinculada a una creciente dimensión institucional que excede de los fines privados de conseguir determinados objetivos para sus miembros o socios.

- b) En este sentido la reforma de 2015 ha venido a establecer con mayor claridad para las personas jurídicas una responsabilidad por el hecho delictivo en relación al establecimiento de estructuras de cumplimiento de la legalidad. Si las causas de exclusión de la responsabilidad son de carácter estructural u organizativo (modelos de organización y gestión que cumplen determinadas condiciones o ciertos requisitos), parece evidente que el Código Penal partiría de una responsabilidad de esta naturaleza. Hay una decisión expresa de la ley consistente en que las causas de exclusión de la responsabilidad obedezcan a razones normativas distintas en el caso de personas físicas y jurídicas, por lo que hay que partir en consecuencia de que el fundamento también es distinto.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene tres presupuestos:

- a) Una acción típica y antijurídica de una persona física que tenga una relación funcional con la persona jurídica siempre que de la acción delictiva deriven efectos beneficiosos para la entidad. A la persona jurídica la responsabilidad le llega siempre a través del injusto de la persona física.
- b) Una infracción grave de deberes de supervisión, vigilancia y control cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana en la certeza. En el caso de empleados dichos deberes corresponden a los superiores jerárquicos con capacidades importantes de decisión y gestión. En el caso de que el delito sea cometido por éstos, será relevante la creación de una estructura de vigilancia de la legalidad de sus decisiones. Por ejemplo, estableciendo un órgano de cumplimiento que realice funciones de Consejo u Órgano de Vigilancia o Comisión de Control del Consejo de Administración.
- c) Un defecto organizativo-estructural relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad. En caso de que se den los dos presupuestos anteriores, la responsabilidad penal de la persona jurídica se puede ver en todo caso excluida siempre que se hayan implantado estructuras o un sistema eficaz de cumplimiento de la legalidad en la organización de la que la persona jurídica es titular.

Supongamos que en una empresa se comete un delito de corrupción pública o privada en su beneficio, infracción que no ha podido ser prevenida porque la empresa no tenía establecido un adecuado control de la contabilidad de acuerdo a sus posibilidades ni procedimientos centralizados de control de pagos. La empresa podría verse exonerada de responsabilidad penal si, por ejemplo, a través de la denuncia de un empleado pone en marcha una rigurosa investigación interna que le permita detectar el soborno e identificar a los responsables del mismo, poniendo el resultado de la investigación y las pruebas obtenidas a disposición de las

autoridades y colaborando con ellas. Como se puede apreciar en este ejemplo, no todo fallo de prevención, control, vigilancia o supervisión supone responsabilidad penal para la persona jurídica, sino que sólo se debe entender como un indicio de defectos estructurales en relación al cumplimiento de la legalidad. No es suficiente un delito de un subordinado en beneficio de la empresa con una falta de control, supervisión y vigilancia por parte de alguien con poder dentro de la misma para que se entienda que existe responsabilidad de la persona jurídica. Hasta la reforma de 2015 sólo era posible llegar a esta conclusión mediante una compleja labor hermenéutica del parco art. 31 *bis* en su versión original. La situación ha cambiado sustancialmente.

A la hora de entender el actual modelo español debemos tener en cuenta que el deseo de utilizar el Derecho Penal para estimular políticas de cumplimiento de la legalidad tuvo un importante papel en la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedando este aspecto todavía más claro tras la reforma de 2015. Frente al escueto artículo 31 *bis* en su versión del 2010, la versión actual opta por determinar de manera más concreta los medios e instrumentos para que las empresas velen por el cumplimiento de la legalidad en función de sus características. Es indisociable el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas del fin de estimular un mayor cumplimiento de la legalidad. Sin tener en cuenta que la persona jurídica ha ido quedando progresivamente configurada por el sistema jurídico como una especie de “responsable de estimular la legalidad” (lo cual tiene una dimensión mucho más amplia que la tradicional posición de garantía del empresario o el administrador con respecto a sus subordinados) no es posible entender el modelo español vigente.

Dicha modificación de las expectativas sociales y jurídicas hacia la empresa y otras personas jurídicas permite combatir problemas sobradamente identificados que venían planteando las organizaciones tradicionalmente y que se habían venido definiendo con expresiones como “irresponsabilidad organizada, estructural o institucionalizada” como característica de la creciente complejidad de las organizaciones o “actitud o espíritu criminal de grupo” como principal factor criminógeno en delitos económicos y empresariales⁵. Pero no se trataba en realidad más que de consecuencias lógicas de una forma de entender las responsabilidades hacia su entorno social por parte de las personas jurídicas titulares de dichas organizaciones, entendimiento que en los últimos años ha sufrido una radical transformación a nivel global. Como consecuencia de dicha transformación, lo que podemos denominar el fin de cumplimiento de la legalidad excede desde diciembre de 2010 del ámbito de la estricta responsabilidad individual con la que tradicionalmente ha actuado el sistema penal español y pasa a ser un cometido de las sociedades mercantiles y otras personas jurídicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene que ver en gran medida con el incumplimiento de este nuevo cometido asignado por el sistema jurídico. El Estado no quiere ya estimular exclusivamente la responsabilidad social corporativa y de las organizaciones mediante premios y reconocimiento, sino de forma más estricta y rigurosa para que las entidades se tomen en serio tal tarea⁶.

⁵ Un referente clásico SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 19 ss., 30 ss. y 149 ss.

⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 30 s.

Siendo esto así, la denominación legal de modelos de organización y gestión o bien la más extendida de *Compliance* hace referencia a la implantación de políticas organizativas o empresariales para incentivar el cumplimiento de la legalidad y, en sentido contrario, desincentivar el logro de fines económicos, empresariales o de otro tipo mediante medios delictivos. Un *Compliance Program* no es más que el conjunto sistemático de medidas a adoptar por la entidad destinadas a garantizar dicho cumplimiento y que abarcan no sólo la prevención, sino también la detección y la reacción frente a los delitos.

Sin embargo, sería un error entender que en un ordenamiento como el nuestro las personas jurídicas se ven obligadas para adecuarse a las exigencias del Código Penal a seguir una estrategia de supervisión, vigilancia y control de los individuos que conduzca a una especie de estado policial o de vigilancia continua en la empresa que ponga en peligro los derechos fundamentales de los integrantes de la empresa al pretender prevenir todos y cada uno de los posibles hechos delictivos. Se cumplen sobradamente las exigencias legales con una dinámica que tienda a estabilizar a largo plazo el cumplimiento de la legalidad en la organización más que a una prevención específica de cada delito⁷. En este último caso se trata más de incidir en una determinada forma de hacer las cosas en la organización, de tal manera que se excluya como opción válida para la entidad la posibilidad de recurrir a actividades delictivas. El Código Penal en el apartado segundo del art. 31 *bis* se refiere a modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, pero es evidente que el modelo tiene un alcance mucho más amplio que la mera vigilancia y control, que sólo es un medio para el objetivo expuesto. Parece más lógico pensar en una perspectiva que podemos denominar macro- que en una perspectiva micro- de control absoluto. En este sentido deben entenderse los requisitos contemplados en el apartado quinto del art. 31 *bis*.

La conclusión de lo dicho es que no debería limitarse la exención de responsabilidad de las personas jurídicas a aquellos supuestos en los que no se constata el más mínimo defecto organizativo o de control, supervisión y vigilancia, sino que se debe extender a aquellos supuestos en los que el defecto organizativo o de control constatado no está vinculado a defectos estructurales en materia de cumplimiento de la legalidad o en relación a una cultura corporativa de cumplimiento. Este es el sentido de los nuevos apartados segundo a quinto del art. 31 *bis*. No es la calidad de la organización y de sus procedimientos internos el objeto de la responsabilidad penal, sino que se trata de imputar la comisión de delitos –además de a las personas físicas– a las personas jurídicas sin una cultura mínima de cumplimiento de la legalidad penal.

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 71 ss., con ulteriores referencias.

2. Contestación a Javier CIGÜELA

En el último número de esta revista Javier CIGÜELA considera que la descripción que se ha expuesto del modelo español estaría construida con conceptos sacados de su tesis sin las correspondientes referencias. Y ello, según este autor, “si bien el autor sostiene un modelo de responsabilidad parcialmente diverso al aquí propuesto”.

Sin embargo, no es cierto que la descripción realizada se corresponda con un modelo de responsabilidad parcialmente diverso, sino *absolutamente opuesto*, como paso a exponer a continuación para evitar que nadie identifique mis tesis con las de aquel autor, que –como he reiterado siempre que he tenido ocasión– son incompatibles con el Derecho positivo. Exagera aquel autor unas similitudes artificiosamente buscadas mientras omite referencias a la crítica expresa que hago en mi obra a su posición y que se desarrolla a lo largo de varias páginas.

Lo primero que quiero dejar claro es que en mi obra *El delito corporativo en el Código penal español* no propongo un modelo propio de responsabilidad o culpabilidad de personas jurídicas, sino que exclusivamente pretendo hacer una interpretación de la regulación del Código Penal español (de ahí la expresa referencia a la regulación positiva española en el título) tras la reforma mediante la LO 1/2015, especialmente en relación a la legitimación de la multa como pena central del sistema. Ya en la Introducción dejo claro que se plantea un modelo que permita explicar el Derecho positivo tras la reforma, no pretendiendo amoldar la regulación a una determinada teoría, sino averiguar el sentido de la ley vigente, es decir, lo que le otorga su lógica.

Lo segundo es que después de exponer mi punto de partida en el Capítulo Primero del libro, en el Capítulo Segundo rechazo expresamente la validez de la propuesta de CIGÜELA para la interpretación y aplicación del Derecho positivo. En dicho Capítulo me ocupo de las posiciones de la doctrina española que niegan naturaleza penal a la responsabilidad regulada en los arts. 31 *bis* y siguientes del Código Penal, centrándome en la posición de ROBLES PLANAS⁸:

“En la medida en la que el sistema español responsabiliza a la empresa del hecho delictivo por el que se le sanciona, la explicación que ofrece ROBLES del Derecho vigente es incompatible con el sistema legal de determinación de la pena de multa como pena principal **y, por tanto, es fallida desde la perspectiva de lege lata**. El art. 66 *bis* CP, a diferencia de lo que sucede en el art. 129 CP con las consecuencias accesorias, establece un sistema de determinación proporcional al hecho (no al injusto y la culpabilidad de la persona física ni a otros factores vinculados a desincentivar el enriquecimiento injusto o situaciones jurídicamente indeseadas). La multa para personas jurídicas en el Código Penal no es ni una multa coercitiva ni una sanción pecuniaria proporcional a los beneficios o al enriquecimiento injusto obtenidos por la persona jurídica, al menos en los tipos penales en los que se encuentra determinada por el sistema de días-multa. Si bien es evidente que, como sanciones, todas las consecuencias para personas jurídicas denominadas penas tienen que ver con el uso de la coacción y la fuerza por parte del Estado, sólo las sanciones interdictivas tienen un carácter estrictamente preventivo-especial. Las multas no son una medida coactiva de control externo para conseguir

⁸ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 41 a 44 (omito notas a pie de página). Se desarrollan aquí críticas que ya habían sido formuladas previamente en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pp. 67 s., nota 8.

determinados efectos en la organización de cara al futuro. Ello es evidente si tenemos en cuenta que la multa se impone aunque la persona jurídica en el momento de la condena no presente especiales necesidades preventivas o, incluso, aunque se haya desprendido de los beneficios económicos generados por el delito. Ello es porque la multa no se impone para buscar cambios en la organización o gestión de la persona jurídica ni para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, sino por lo que ha sucedido en el pasado. Es más, la persona jurídica podría asumir la multa dejando claro que no está dispuesta a re-organizarse ni a cambiar nada y ello sería indiferente para la determinación del monto (otra cosa sería en relación a otras sanciones). Por otro lado, es evidente que tampoco se trata de restituir ni de reparar daños o perjuicios. Nos movemos en el ámbito de lo que se conoce como coactividad de carácter afflictivo o afflictivo-expresivo que tiene que ver con la responsabilidad por un hecho sucedido en el pasado. Es difícil encontrar una categoría intermedia entre lo civil y lo afflictivo que, en todo caso, poco podría aportar para una interpretación razonable del Derecho positivo”.

“En lo que respecta al injusto del que se hace responsable a la persona jurídica como presupuesto de la multa, el ‘enriquecimiento derivado del hecho, que se perpetúa si no se combate’ que propugna ROBLES **no permite explicar el Derecho vigente y es insuficiente**. En relación a la privación del enriquecimiento injusto o de los beneficios ilícitamente obtenidos bastaría y sobraría con el comiso, tal como sucede en otros ordenamientos como el alemán (§ 75 del Código Penal) o con la tradicional figura del partícipe a título lucrativo (receptación civil) del art. 122 CP. Eso ya era posible antes del año 2010 siempre que se dieran los requisitos pertinentes (inexistencia de título oneroso y buena fe). Sin embargo, actualmente el comiso de ganancias de la persona jurídicas deriva de una responsabilidad penal previa de la propia persona jurídica en los mismos términos que el comiso de ganancias para personas físicas. Sin responsabilidad penal de la propia persona jurídica, sólo cabría el decomiso de las ganancias de la persona física (empleado, directivo, administrador). En cuanto a la participación a título lucrativo (beneficio a título gratuito o no oneroso que tiene su origen en un hecho delictivo y que se rige por criterios estrictamente económicos), no parece que unas reformas de la envergadura y de la dimensión de las del 2010 y del 2015 en esta materia no tuvieran más función que crear un régimen específico de participación a título lucrativo para personas jurídicas”.

“**También la somera explicación que se ofrece del fundamento de las restantes sanciones distintas a la pena de multa es incompatible con la regulación**. Según ROBLES se optaría por estas sanciones cuando carece de sentido incentivar a la empresa. Sin embargo, estas sanciones no son alternativas sino acumulativas a la de multa (salvo en relación a organizaciones criminales). La diferencia entre estas sanciones como consecuencias accesorias del art. 129 y como penas es que en este último caso la entidad es hecha responsable del hecho delictivo, no se trata sólo de sufrir una sanción por lo que ha hecho la persona física”.

Como continuación de estas objeciones a un entendimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal como no penal, añado una crítica específica a ciertos argumentos que CIGÜELA defendía en su tesis⁹:

“Con respecto ya al Anteproyecto de 2013 CIGÜELA SOLA, en una tesis inédita hasta la fecha, ha recurrido también a la justicia distributiva para justificar la pena de multa. Sin embargo, como ya se ha señalado, la multa no viene determinada en el Código Penal por el enriquecimiento injusto, por el ahorro de costes de prevención, detección y control o por los beneficios, sino por la gravedad del hecho y las decisiones empresariales de cumplimiento de la legalidad a largo plazo en relación a las condiciones establecidas en el art. 31 *bis* para la exoneración que, aunque sean insuficientes, pueden ser tenidas en cuenta a efectos de determinación de la pena (su mayor o menor concurrencia condiciona

⁹ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 44 a 47 (en texto principal).

una mayor o menor responsabilidad). Desde la perspectiva de una distribución equitativa de costes y beneficios, lo único que debería ser relevante es si se detecta o no un ahorro de costes que debe ser gravado para hacer que tal tipo de decisiones empresariales no resulten rentables. Tal tipo de modelos debería conllevar un sistema de sanciones ajenas a la gravedad del delito que se limitara a compensar ventajas indebidas”.

“Sólo cuando no hubiera razones para compensar ventajas indebidas quedarían, según CIGÜELA SOLA, las sanciones interdictivas. Sin embargo, como también se ha dicho previamente, lo que establece el sistema español es que estas sanciones de orientación preventivo-especial son adicionales a la multa (salvo en el delito de organizaciones criminales)”.

“El modelo vigente en España no es, por tanto, propio de un sistema de justicia distributiva vinculada a un enriquecimiento injusto o a un injusto de enriquecimiento indebido, sino retributiva en sentido amplio (proporcionalidad entre pena y gravedad del delito empresarial). Se entiende que en determinados casos la acción individual no explica por sí sola el delito, por lo que la responsabilidad individual por el hecho es insuficiente para resolver el conflicto. También es responsabilidad adicionalmente de la corporación en su conjunto. La persona jurídica tiene una responsabilidad por el hecho delictivo cometido en el pasado diversa a la responsabilidad individual, que no es de naturaleza meramente distributiva basada primordialmente en la equidad, es decir, en la distribución equitativa de costes o en un reparto equitativo de costes y beneficios. Para ello ya está la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el art. 120 CP y la regulación de la participación a título lucrativo en el art. 122 CP. Es necesario establecer una diferencia de carácter cualitativo entre la responsabilidad penal que tiene como eje el art. 31 *bis* y la responsabilidad civil regulada en los arts. 109 ss. CP cuando se trata de personas jurídicas. El hecho de que en un caso sean relevantes los programas de cumplimiento de la legalidad y en otros no se conceda al empresario –persona física o jurídica– la posibilidad de exonerarse mediante prueba de su diligencia en la elección, vigilancia o cuidado del dependiente culpable demuestra que nos encontramos ante modelos de responsabilidad totalmente distintos”.

“Una interpretación histórica que atienda a la evolución del ordenamiento español ayuda a entender el problema que plantea la negación de la naturaleza penal del modelo que ha establecido el Código Penal para personas jurídicas desde una perspectiva sistemática. El Código Penal de 1995 introdujo un sistema de responsabilidad accesoria o derivada de la individual mediante el art. 129 CP. Dicho sistema tenía una orientación preventivo-especial. Después de algún intento fallido como la responsabilidad solidaria del pago de la multa introducida en el art. 31.2 previo a la reforma de 2010, ésta introdujo un modelo de responsabilidad propia o no derivada de las personas jurídicas como novedad que introducía como pena principal una pena orientada a la prevención-general como la multa. Dicha multa penal ha pasado a cumplir funciones que anteriormente sólo cumplían las multas administrativas, por lo que rige el *ne bis in idem*: no se puede aplicar a una persona jurídica una multa penal y administrativa por el mismo hecho. La reforma del 2010, que se ve ha visto profundizada en el 2015, no consiste en mantener el sistema original del Código de 1995, sino una transformación político-criminal sustancial con respecto a las personas jurídicas (con respecto a otras entidades se ha mantenido el modelo original mediante el residual art. 129). Negar tal evolución no produce más que distorsiones con costes muy serios para las garantías de las personas jurídicas (y, por tanto, para las personas físicas vinculadas a dichas entidades). Mediante el modelo que claramente las Exposiciones de Motivos definen como de responsabilidad penal de personas jurídicas, la sociedad a través de la Administración de Justicia imputa delitos y condena por ellos a personas jurídicas, no sólo las identifica como un factor o contexto criminógeno que precisa una reforma estructural o neutralización. Tampoco es definida meramente como una ‘entidad inocente’ que sólo debe ser privada de enriquecimientos injustos por delitos cometidos por sus representantes o empleados en un modelo de responsabilidad basado en la equidad más cercano al Derecho civil que al punitivo. La pena principal del modelo, que es la multa (y lo que establece en gran parte un antes y un después mediante la

reforma del año 2010), no viene determinada ni por el enriquecimiento injusto ni por el ahorro de costes en materia de cumplimiento normativo, sino que es proporcional a la lesividad del hecho delictivo y a la participación de la estructura organizativa en el mismo o, lo que es lo mismo, a la gravedad del hecho y del defecto estructural u organizativo de la empresa”.

“Las personas jurídicas son hechas responsables de hechos delictivos. Lo que el Código Penal define como penas no son sólo ‘costes’ que la persona jurídica debe asumir por haberse cometido el delito en el marco de su actividad. La persona jurídica carga con los costes sólo en la medida en la que es hecha responsable del delito. Tampoco son tratadas como meros instrumentos u organizaciones peligrosos o defectuosos que dan lugar a un estado de cosas peligroso (tal como se hacía hasta la reforma de 2010 y sigue haciendo el art. 129 vigente con las entidades sin personalidad jurídica o en algunos delitos) ni el objetivo esencial es combatir su enriquecimiento o lucro injusto dentro de una pura lógica de equidad basada en un cálculo de costes y beneficios o de justicia distributiva. Tampoco se les hace simplemente responsables solidariamente de la pena impuesta a las personas físicas como hacía el art. 31.2 CP ya –afortunadamente– derogado. Su castigo es proporcional a la gravedad del hecho y del grado de su responsabilidad como institución, pudiendo verse exonerada o atenuada tal responsabilidad en caso de implantación de políticas de cumplimiento de la legalidad. Este es el aspecto material decisivo”.

“Definir el modelo que el Código Penal define como de responsabilidad de personas jurídicas como no penal fuerza demasiado el tenor literal de los preceptos que configuran este modelo y deja indefensa a las personas jurídicas frente a intervenciones del Estado que no tienen un carácter meramente indemnizatorio, de reparación de daños y perjuicios o de devolución del lucro sin causa lícita. Ello, significa, de acuerdo a los puntos de partida de los autores anteriormente mencionados, que se deja indefensos a los ciudadanos vinculados a dichas personas jurídicas frente a una acción del Estado de carácter punitivo, que no se trata de una reacción meramente restitutoria o reparadora. No podemos esconder el lobo del *ius puniendi* del Estado bajo la piel del cordero de lo formalmente penal”.

A ello añado que las tesis que he expuesto previamente –entre las que se encuentran las de CIGÜELA– **“que niegan naturaleza penal a lo que el Código Penal denomina penas, presentan el enorme problema de que, por este punto de partida, se ven obligadas a desvincular la sanción del hecho y de su gravedad, lo cual no es compatible con el Derecho positivo en el caso de la multa”**¹⁰.

Hasta aquí la extensa crítica en mi monografía al modelo de CIGÜELA para dejar claro que es totalmente desacertado hablar de modelos sólo parcialmente diversos en lo que respecta a la comprensión del modelo establecido en Código Penal. Pasemos ahora a la cuestión a) de la responsabilidad de carácter estructural como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y b) a lo que podemos denominar el argumento crítico con la culpabilidad de las personas jurídicas de la identidad.

2.1. Sobre la responsabilidad de carácter estructural

Las acusaciones parecen centrarse en el apartado del Capítulo Tercero de mi monografía titulado “El defecto estructural en relación al cumplimiento de la legalidad penal”. Sin embargo, a estas alturas del debate científico hacer referencia a una responsabilidad por un defecto o fallo estructural aporta tan poco como hacer referencia a una responsabilidad organizativa o por

¹⁰ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, p. 49

defecto de organización. Se trata de obviedades que por sí solas innovan más bien poco. Lo decisivo es a qué se hace referencia con defecto estructural.

CIGÜELA define su concepto de responsabilidad estructural del siguiente modo:

“serán responsables aquellas organizaciones en cuyo seno se haya cometido un delito que se co-explica, en mayor o menor medida, por la existencia en su interior de factores criminógenos que lo han facilitado o promovido”¹¹.

Es decir, se define a las organizaciones como una estructura criminógena¹².

En mi libro digo lo siguiente, que nada tiene que ver con lo anterior:

“A la pregunta de qué tipo de defecto estructural es el que genera responsabilidad, hay que responder que se trata de condiciones estructurales que permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de la organización. Lo relevante a efectos jurídico-penales es que se llegue a una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la empresa”¹³.

Si bien he utilizado la idea de defecto estructural criminógeno para fundamentar las consecuencias accesorias del art. 129 CP –tanto antes como con posterioridad a la reforma de 2010¹⁴–, en mi opinión ese concepto de la persona jurídica como estructura o factor criminógeno no sirve para entender adecuadamente los arts. 31 *bis* y ss. CP ni para fundamentar dogmáticamente la pena de multa a las personas jurídicas. Precisamente el rechazo de la concepción de la persona jurídica como estructura o factor criminógeno es un punto de partida en mi monografía¹⁵:

¹¹ «El injusto estructural de la organización», *InDret*, (1), 2016, p. 7.

¹² Este era el modelo que *de lege ferenda* yo defendía hasta la reforma de 2010. A título ejemplificativo, «Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, 2ª ed., 2015 (se cita por la segunda edición pero es idéntica a la primera de 2008), pp. 231 s.: “la diferencia esencial entre Nieto Martín y la [postura] que yo vengo sosteniendo es que en el ámbito del Derecho Penal no se trata de estabilizar los deberes de cooperación con el Estado, esa es una función del Derecho Administrativo, sino más bien de evitar que la empresa se convierta en un ‘factor criminógeno’. La legitimación de la intervención del Derecho Penal contra las empresas no debe residir tanto en que la empresa o sociedad infrinja su deber de ayudar a prevenir delitos, como más bien en que no represente un factor que provoca (y puede seguir provocando) la realización de delitos mediante su ‘**estructura criminógena**’. (...) cuanto mayor sea la vinculación de la defectuosa estructura empresarial con la comisión del hecho delictivo, más necesaria será la intervención del Derecho penal”.

Sobre el alcance limitado de la estrategia político-criminal en relación a la reestructuración o reorganización de “empresas con problemas organizativos o estructurales, tanto a nivel técnico (gestión medioambiental) como de cumplimiento de la legalidad (empresa como factor criminógeno en relación a conductas de corrupción”)), vid. mis contribuciones en «Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles», en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 140 ss. y «El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable», *LH-Schünemann*, t. 2, 2014, pp. 44 ss.

¹³ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, p. 67.

¹⁴ *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 265.

¹⁵ Ya previamente, con muy pequeñas variaciones, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, pp. 67 ss.

“El radical cambio político-criminal que representa una responsabilidad penal propia de las personas jurídicas y la despedida del viejo brocardo *societas delinquere non potest* –al que se resiste un sector importante de la doctrina– obedece en gran medida a la idea de que **las organizaciones empresariales, han dejado de ser concebidas exclusivamente como un instrumento idóneo para cometer delitos o como un factor o contexto criminógeno que conduce a las personas físicas a cometer hechos delictivos** (lo que se ha venido denominando cultura, ambiente o clima de incumplimiento de la legalidad o actitud criminógena de grupo) o como entidades que por su desorganización u organización descuidada facilitan la comisión de hechos delictivos como delitos contra el medio ambiente (peligrosidad objetiva de la empresa). Por el contrario, se entiende de forma creciente que, como titulares de organizaciones empresariales, las sociedades mercantiles han de ser garantes de intereses de carácter público como «el cumplimiento de la legalidad o de la adecuación del funcionamiento de la empresa al Derecho». Todo ello surge del entendimiento de que en el actual contexto social el titular de la organización –persona jurídica o física– es responsable de la existencia de un clima de cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por el Derecho, enmarcándose en una tendencia, que, sin duda, ha condicionado al legislador español, que parte de entender que en la moderna sociedad de organizaciones las personas jurídicas titulares de las mismas tienen un papel institucional primordial en el cumplimiento de la legalidad y en la existencia de una realidad social conforme a Derecho. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas avanza a lomos de la idea de que el ordenamiento ya no se puede conformar con la mera expectativa de que la organización no sea un factor criminógeno, sino que su implicación debe ser mayor y debe velar por el cumplimiento de la legalidad, que es una cuestión que ha pasado a ser de su incumbencia o responsabilidad**”¹⁶.

Pero no sólo eso, sino que recuerdo que en mis críticas específicas a CIGÜELA –ya reproducidas anteriormente– también critico la compatibilidad de esta concepción con el Derecho positivo:

“Mediante el modelo que claramente las Exposiciones de Motivos definen como de responsabilidad penal de personas jurídicas, la sociedad a través de la Administración de Justicia imputa delitos y condena por ellos a personas jurídicas, no sólo las identifica como un factor o contexto criminógeno que precisa una reforma estructural o neutralización”.

No se trata de una idea nueva, sino que ya había señalado previamente en otros trabajos previos la insuficiencia político-criminal de la idea de estructura criminógena¹⁷:

“en determinados casos, especialmente de criminalidad de empresa (*Corporate Crime*), un modelo exclusivamente orientado a la prevención especial no tiene suficientemente en cuenta que si bien la sociedad mercantil puede no presentar una especial peligrosidad objetiva o actitud criminógena, con una mejor organización se podría haber hecho realmente más para evitar o prevenir el hecho delictivo. Podría ser interesante por esta razón estimular una mayor responsabilidad de las empresas por los delitos cometidos en su beneficio o en su provecho. Si el Derecho se limita a actuar sólo cuando existen especiales necesidades preventivo-especiales se corre el peligro de fomentar la ‘**irresponsabilidad estructural**’ cuando lo cierto es que la actividad empresarial no está desvinculada o no es ajena a lo que ha sucedido. Puede existir por ello un interés legítimo en que no baste con que la empresa no sea un factor criminógeno, sino que las corporaciones con una actividad económica normal deberían responsabilizarse también de que en su ámbito de organización prime el cumplimiento de la legalidad.

¹⁶ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 19 s. (se omiten notas a pie de página).

¹⁷ En ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 143 s. En sentido similar, LH-Schünemann, t. 2, 2014, p. 47.

Este es un argumento que puede encerrar ya un mayor interés desde la perspectiva del merecimiento de pena”.

Desde mi perspectiva la cuestión esencial pasa a ser la razón por la que el ordenamiento jurídico ha pasado a hacer responsables a las personas jurídicas de sus defectos estructurales. Como ya dije en un trabajo anterior, con respecto a ciertas teorías organizativas como la de NIETO MARTÍN, “la principal fortaleza de este tipo de modelos es tener en cuenta que en determinados supuestos **el delito de empresa es un delito estructural**. Siendo eso cierto, y debiendo compartirse esta apreciación, con ello no está resuelta la cuestión normativa esencial: quién debe ser hecho responsable de ese ‘fallo estructural’ que ha tenido como consecuencia la comisión de un hecho delictivo”¹⁸.

Vuelvo al discurso de la página 68 de mi monografía donde centra CIGÜELA sus acusaciones. En dicha página, habiendo rechazado previamente la responsabilidad penal de la persona jurídica como una acción colectiva y la pena como una sanción colectiva¹⁹, expongo mi explicación de la evolución del Derecho Penal español en el tratamiento de las personas jurídicas:

“Es cierto que los fallos estructurales en organizaciones complejas suelen ser consecuencia de una serie de decisiones difusas a lo largo del tiempo. Expresiones como ‘cultura o disposición corporativa de cumplimiento de la legalidad defectuosa o insuficiente’ son asumibles en cuanto sirven para describir fenómenos inabarcables en su complejidad debido a que tienen que ver con decisiones o dinámicas a largo plazo. Con ello se hace referencia a una difusa responsabilidad adicional a la individual. Como la sociedad ya no está dispuesta a definir como ‘desgracia’, ‘casualidad’ o ‘mala suerte’ hechos que obedecen a una cultura que es consecuencia de ciertas políticas y dinámicas corporativas, junto a la responsabilidad individual recurre a una responsabilidad desindividualizada que denominamos responsabilidad penal de la persona jurídica”.

“La dimensión estructural es incumbencia de la persona jurídica y ya no suele poder ser individualizada porque por sus características es difícil que un solo individuo pueda ser hecho penalmente responsable del cumplimiento generalizado de la legalidad penal en las actividades de la organización a lo largo del tiempo. Sobre todo cuanto mayor sea la complejidad de la organización. No estamos hablando de la posición de garante del superior jerárquico con respecto a una conducta delictiva concreta del subordinado, sino de un sistema de control de tal alcance en organizaciones complejas que excede la capacidad individual o, mejor dicho, donde una intervención individual aislada tiene una escasa capacidad de influencia. No se trata de que la persona jurídica sea en un caso concreto responsable cuando no puede serlo un individuo, sino que no es posible en general individualizar una responsabilidad de este tipo. Las mayores exigencias de cumplimiento de la legalidad en la organización provocan que los mecanismos dogmáticos tradicionales para atribuir responsabilidad individual se muestren insuficientes. Esto es lo que la doctrina ha venido definiendo como ‘irresponsabilidad organizada’²⁰, fenómeno real que no debe ser entendido como producto de una creación intencionada, maliciosa o fraudulenta de lagunas de responsabilidad, sino más bien como un problema estructural que no puede ser resuelto con las normas o instituciones jurídico-penales

¹⁸ En ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, p. 158; *LH-Schünemann*, 2014, t. 2, p. 57.

¹⁹ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 62 a 67. Ya previamente la misma argumentación en *LH-Schünemann*, t. 2, 2014, pp. 62 s.

²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 130 s., con ulteriores referencias.

existentes, en este caso las relativas a la responsabilidad individual (posición de garante, responsabilidad por imprudencia, participación, etc.)”.

Según CIGÜELA las ideas de las pp. 68 y ss. de mi libro habrían salido de su trabajo porque los conceptos con los que realizo mi propuesta son “distintos a los utilizados en obras anteriores”. Pues bien, en esas páginas me remito en nota a pie de página a un trabajo previo en el Libro Homenaje a SCHÜNEMANN en el que había abordado cuáles eran las razones que permitían explicar la expansión en Derecho comparado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a qué se estaba llamando realmente responsabilidad penal de las personas jurídicas²¹. Lo que hago ahora es aprovechar dicha contribución con respecto a nuestro ordenamiento, pero, como se puede apreciar, los conceptos son idénticos:

“Quedaría todavía pendiente exponer la razón normativa última por la que no basta con la responsabilidad individual a efectos preventivo-generales, de tal manera que para estabilizar totalmente las normas penales hace falta también que responda adicionalmente una determinada sociedad mercantil. Es decir, la razón por la que el individuo integrante de la organización y la organización a la que pertenece el individuo son co-responsables de la erosión de la norma correspondiente (prohibido corromper, se debe contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, etc.) y, por ello, sólo el castigo de ambos permite estabilizar completamente la norma penal defraudada. Como ya he dicho anteriormente, la referencia a necesidades de prevención general positiva establece un contexto de legitimación, pero por sí misma no ofrece soluciones relevantes desde la perspectiva del merecimiento de pena o de la justicia del castigo. **Hay que poder fundamentar o justificar la razón por la que es necesario castigar a la persona jurídica titular de la organización o entidad equivalente para estabilizar la norma cuando se afirma al mismo tiempo que los individuos que integran la organización son responsables de erosionar esas mismas normas por los mismos hechos**”.

“Cuando hablamos del fundamento de la responsabilidad de los seres humanos una cuestión esencial de partida es delimitar la responsabilidad individual de la ‘naturaleza’. Por esa razón los sucesivos avances científicos sobre el conocimiento de la naturaleza humana hacen resurgir con fuerza el debate sobre el fundamento del Derecho Penal de la culpabilidad con replanteamientos sobre si no sería más adecuado imputarle los delitos a la “naturaleza” (lo cual da lugar a sistemas puramente instrumentales basados en la intimidación y la inocuización) tal y como se viene planteando en los últimos años a través de las críticas de ciertos neurocientíficos al Derecho Penal vigente. La decisión político-criminal de partida es que, en general, los que tienen derecho a participar en los asuntos públicos son culpables. Las sociedades mercantiles ya no son ‘naturaleza’, sino una creación jurídica al servicio de los intereses de los seres humanos, por lo que la cuestión esencial de partida en el debate sobre la culpabilidad de dichas sociedades es si sus defectos o fallos organizativos deben imputarse a la persona jurídica o a las personas físicas que la integran. *Rectius*, si se deben imputar los defectos organizativos a las personas jurídicas además de a las personas físicas en la medida en la que no existe ningún ordenamiento del mundo que haya sustituido la responsabilidad individual por la de personas jurídicas (como sí se hace en la mayoría con la responsabilidad de tipo administrativo). Aquí la decisión político-criminal que fundamenta la responsabilidad penal es otra: o bien es suficiente para el cumplimiento generalizado de las normas en las organizaciones y la estabilización normativa la responsabilidad individual complementada con sanciones administrativas, comiso de ganancias y medidas de seguridad para

²¹ Pp. 61 ss. Previamente ya había argumentado en el mismo sentido con muy pequeñas variaciones en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 163 ss. Como se puede apreciar en el Libro Homenaje al Prof. SCHÜNEMANN la edición es de agosto de 2014. He comprobado en mi correo que el manuscrito está enviado en abril de 2014. En el caso del libro coordinado por el Prof. ONTIVEROS *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* el manuscrito está enviado en enero de 2013.

entidades supraindividuales o bien la responsabilidad individual es insuficiente para la estabilización. **En este sentido la responsabilidad penal de las personas jurídicas avanza a lomos de la idea de que el ordenamiento ya no se puede conformar con la expectativa de que la organización no sea un factor criminógeno, sino que debe velar por el cumplimiento de la legalidad**".

"Para legitimar dogmáticamente esta idea, algunos autores han propuesto reconocer la existencia de nuevos sujetos de imputación distintos a los sujetos individuales. Esta vía se ha recorrido en algunos casos mediante la referencia a la existencia de un 'sujeto colectivo que realiza comportamientos colectivos'. Sin embargo, identificar responsabilidad corporativa y colectiva resulta insatisfactorio: la pena no se impone a un colectivo, sino **a una entidad con cierta identidad propia** y la multa afecta al patrimonio de ésta. Si hablamos de responsabilidad para la corporación, el 'nosotros' no parece un sujeto idóneo para ser reconocido a efectos de imputación como un agente responsable, plenamente diferenciado de sus integrantes y del que efectivamente se pueda predicar que actúa de forma autónoma. **Si no se acaba de construir un sujeto totalmente autónomo con una identidad propia, parece que no se acaba de romper totalmente con los modelos vicariales de transferencia de la responsabilidad** (...). Es cierto que desde la perspectiva de la organización empresarial no siempre se trata sólo de 'hechos que pasan', sino de hechos que tienen una explicación más compleja que una puntual decisión dolosa o imprudente, pero ello no obliga a abandonar el ámbito de la responsabilidad individual. Si ésta es insuficiente, sólo puede ser porque estemos hablando de una realidad social que presente **una dimensión institucional** que excede lo meramente colectivo como conjunto de decisiones individuales. Ello es lo que puede legitimar que una gestión jurídicamente incorrecta genere una responsabilidad no estrictamente civil para el patrimonio social".

"Un sector minoritario de la doctrina ha ido más allá considerando que determinadas organizaciones empresariales llegan a encerrar tal complejidad interna que acaban adquiriendo 'vida propia' o una auto-nomía desvinculada de las personas físicas que la integran. Se hace referencia así a la auto-referencialidad, auto-conducción y auto-determinación de las organizaciones como sistemas auto-poieticos. Según este planteamiento, **el delito empresarial (Corporate Crime), como delito estructural**, tendría que ver en primer lugar con un defecto de organización, pero la sociedad mercantil sólo será culpable si su 'cultura corporativa o empresarial' defectuosa (infidel al Derecho) constituye un elemento explicativo de ese defecto de organización. Resumiendo las objeciones que se le han hecho a esta perspectiva, si bien es cierto que las organizaciones complejas tienen sus dinámicas propias que se llegan a institucionalizar -por vías formales o informales- de tal manera que es muy difícil que un solo individuo las pueda modificar o influir decisivamente en ellas, no acaba de convencer a la doctrina la idea de una organización que actúa de acuerdo a sus propios fines y razones de forma absolutamente desvinculada del 'factor humano' (que sólo sería entorno, es decir, algo totalmente ajeno) que permite hablar en propiedad de una responsabilidad totalmente desvinculada de los individuos que trabajan para, dirigen y administran la corporación. No se trata de discutir que, desde una perspectiva de sociología de la organización, se puedan identificar dinámicas colectivas o 'culturas corporativas' que por efectos emergentes no se pueden reconducir a actuaciones individuales y se vean como algo cualitativamente distinto a éstas, sino que resulta difícilmente asumir que las organizaciones se puedan auto-administrar sin contar con el 'factor humano'. **Es decir, que exista un ente con identidad permanente en el tiempo que vaya adoptando decisiones autónomas a corto y largo plazo (de primer y segundo orden)**. (...)"

"El núcleo correcto de todas estas ideas es que la identidad de las organizaciones complejas es más el resultado de una compleja interacción de factores que dependen de decisiones humanas (más o menos recurrentes) que se suceden en el tiempo que algo que vaya de forma responsable y autónoma construyendo la propia persona jurídica titular de la organización o la propia sociedad mercantil. La cultura empresarial o el 'clima ético' de una organización son el fruto o la

consecuencia de una red de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional”.

“El problema que se sigue planteando con las empresas es en qué medida se puede hacer responsable a la propia corporación de su ‘cultura de cumplimiento de la legalidad’ y, correspondientemente, de los defectos que se puedan constatar en ese sentido. En sentido metafórico se podría decir que mientras el cerebro es el ‘motor’ de la disposición jurídica de las personas físicas, en las personas jurídicas u organizaciones complejas el ‘motor’ son las personas físicas. Es decir, lo que denominamos ‘actitud’, ‘disposición’, ‘personalidad’, ‘cultura’ o ‘ética’ de la organización es un estado de cosas al que se ha llegado debido al *management* o la gestión de una serie de personas físicas a lo largo del tiempo. Si se quiere hablar de auténtica y genuina responsabilidad de entidades supraindividuales, ello tiene que ver con el hecho de que depende de ‘factores internos’ a la entidad el que se haya generado una cultura bien incompatible con la legalidad o bien de vocación de cumplimiento de la legalidad. No se trata de algo causal o ajeno a la organización”.

“Es cierto que las organizaciones, especialmente las empresariales más complejas (multinacionales), representan una realidad social emergente con dinámicas propias que no se corresponden con las conductas de sus integrantes individualmente consideradas. (...) se puede apreciar como cuando se habla de responsabilidad penal de una sociedad mercantil o una persona jurídica lo que se está constatando como dato normativo relevante es que el hecho delictivo no es casualidad para la entidad porque existen razones estructurales o corporativas necesarias para explicar normativamente el hecho delictivo que exceden la dimensión estrictamente individual. Existen delitos empresariales que obedecen a razones estructurales en organizaciones empresariales altamente complejas. Por ejemplo, si una entidad financiera coloca de forma fraudulenta determinados productos a sus clientes en la mayoría de sus sucursales, no cabe duda de que cada empleado que haya engañado de forma típica a sus clientes se merece un castigo, pero quizás sea cierto que normativamente se trata de una explicación insuficiente si los administradores han impulsado de forma temeraria a sus empleados a esa dinámica con una política de incentivos perversa. Por el contrario, una estafa puntual del Director de una sucursal al margen de las políticas de la entidad permite explicar el hecho como algo estrictamente individual y el castigo a la entidad sería inmerecido y, por lo tanto, preventivamente innecesario. En el segundo caso la condena al Director de sucursal es suficiente, en el primer caso hace falta ‘algo más’. El ‘fallo estructural’ que afecta a varios niveles de la organización es un requisito imprescindible para hablar de un injusto propio, pero hace falta también hacer responsable a la propia entidad de ese ‘fallo estructural’”.

“La responsabilidad de la entidad tiene su origen en que el hecho delictivo está vinculado no sólo a una infracción individual, sino también a la infracción de deberes organizativos (defecto o fallo de organización) por lo que no sólo tiene una explicación vinculada al trabajador o administrador concreto que ha delinquido. Además, ese defecto organizativo debe ser consecuencia de una serie de decisiones difusas a lo largo del tiempo que son incompatibles con el desarrollo de una política corporativa de cumplimiento de la legalidad penal. La expresión ‘cultura o disposición corporativa defectuosa’ puede ser adecuada para describir este fenómeno que tiene que ver con decisiones o dinámicas a largo plazo. Con ello se hace referencia a una responsabilidad desindividualizada adicional a la individual de las personas físicas por su propia disposición jurídica defectuosa. Como la sociedad ya no está dispuesta a definir como ‘desgracia’, ‘casualidad’ o ‘mala suerte’ hechos que obedecen a una cultura que es consecuencia de ciertas políticas y dinámicas corporativas, junto a la responsabilidad individual aparece a una responsabilidad desindividualizada que denominamos responsabilidad penal de la persona jurídica o de la sociedad mercantil. El método del equivalente funcional no se debe utilizar para buscar una equivalencia funcional entre responsabilidad individual y responsabilidad de la persona jurídica o de la propia organización, sino en primer lugar para analizar cuáles son las alternativas funcionalmente equivalentes que el sistema jurídico puede emplear para

resolver el siguiente conflicto social: la existencia de delitos empresariales que obedecen a razones estructurales en organizaciones empresariales complejas (...).

“Cuanto más pequeña sea y menor complejidad tenga una organización, más evidente será que el hecho sólo tiene una explicación individual en la medida en la que las estructuras tradicionales de responsabilidad individual son suficientes. Pero en los casos de organizaciones grandes y complejas existe un problema real relativo a la ‘exigibilidad’ de determinadas políticas corporativas de cumplimiento de la legalidad penal y de la reacción corporativa frente a tales delitos una vez detectados (una empresa con vocación de cumplimiento de la legalidad o dispuesta a observar lo prescrito por las normas debería denunciar los delitos cometidos en su beneficio que detecta). Si alguno de estos dos aspectos no ha quedado bien resuelto entra en juego la responsabilidad penal de la entidad. Se puede hacer responsable a uno o varios individuos de la infracción concreta de deberes de gestión de riesgos empresariales, pero no de las ‘decisiones morales’ a largo plazo que han dado lugar a que la entidad tenga una determinada identidad, cultura o ética más o menos compatible con el Derecho. En este sentido debe interpretarse la relevancia de los programas de cumplimiento de la legalidad penal. No como meros requisitos formales, sino como estrategias de los órganos de gobierno y administración (en quienes delega el titular de la organización la responsabilidad por la legalidad o la posición de garante de la legalidad) para que la organización desarrolle su actividad de acuerdo con lo prescrito por el Derecho y se asegure a largo plazo un cumplimiento generalizado de las normas”.

“En consecuencia, si en el ámbito de las estructuras tradicionales de responsabilidad individual la disposición a cumplir con las normas es un asunto particular que es responsabilidad de cada ciudadano, que acabará sufriendo una pena si –teniendo reconocida la capacidad para ello– no desarrolla estrategias personales para no infringir lo dispuesto por las normas penales, en las personas jurídicas la disposición de la que depende que la organización se comporte conforme a Derecho depende de un devenir que ya no puede ser tratado adecuadamente a través de la responsabilidad individual”.

“(…) Lo que sí debe tener presente el legislador es que el actual ‘clima político-criminal’ a nivel internacional parte de la idea de que un delito motivado por una cultura de incumplimiento de la legalidad o por una deficiente vocación de cumplimiento de la legalidad ya no es tolerable como causalidad, infortunio o ‘cosas que pasan’. Por ello la imputación de la defectuosa cultura corporativa se detiene en la persona jurídica y no retrocede hacia los individuos (...)

“En un modelo legítimo de responsabilidad penal de personas jurídicas basado en la autorresponsabilidad, el injusto, entendido como defecto de la organización, ha de ser imputado a la persona jurídica titular de la organización en la medida en la que sea imputable a un conjunto de decisiones individuales diversas de carácter difuso que han conducido a que en el momento del hecho existiera una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad insuficiente (al igual que la disposición jurídica deficiente no exculpa a los individuos si tal situación es de su responsabilidad). Esto es lo que se esconde bajo la denominación responsabilidad penal propia de ciertas entidades. Se trata de casos en los que la responsabilidad individual no agota la explicación normativa del hecho, por lo que se recurre a una pena complementaria a la entidad para estabilizar adecuadamente la norma. Es decir, la persona jurídica quedaría convertida por decisión del legislador en el centro de imputación de una ‘personalidad corporativa’ que no se puede sub-dividir en responsabilidades individuales o cuyo pasado (¿Quién es responsable de haber llegado a tal situación?) ya no importa al sistema jurídico”.

Pidiendo disculpas por la extensa cita, se puede apreciar como no es cierto que esté utilizando conceptos distintos a obras anteriores. Los argumentos esenciales reflejados en las pp. 68 a 71 de mi monografía están expuestos de forma idéntica en obras anteriores.

2.2. Sobre el argumento de la identidad

Como se puede comprobar en la amplia cita anterior, las referencias a la cuestión de la identidad son continuas. De hecho reivindicó mi derecho a utilizar argumentos relativos a la identidad en cualquiera de mis obras sobre responsabilidad penal de personas jurídicas. En lo que alcanzo a ver, he sido el primer autor en la doctrina española en plantear la objeción de la identidad frente a la idea de culpabilidad de las personas jurídicas recuperando un debate filosófico sobre la identidad personal (continuidad temporal, unidad de actuación, etc.) que se puede remontar a LOCKE. Para mí el argumento decisivo contra la culpabilidad de las personas jurídicas no ha sido tanto el de falta de un equipamiento psicológico para soportar la imputación jurídico-penal como el hecho de que estaríamos ante un sujeto autónomo constituido por otros sujetos autónomos a los que también se exige responsabilidad. He afirmado que fui el primer autor español en tratar estas cuestiones en el debate sobre la culpabilidad de las personas jurídicas, pero es de justicia señalar que dicha línea argumental hay que reconducirla en última instancia a las contribuciones de JAKOBS. Como se puede apreciar en la bibliografía de mi libro *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente* estuve manejando para esa obra el manuscrito de este autor para el Libro Homenaje a LÜDERSSEN al que tuve acceso durante una larga estancia en Bonn para trabajar sobre estos temas. Recordemos que JAKOBS cambió en este trabajo su posición original esbozada en su manual favorable a la culpabilidad de las personas jurídicas por no poder encontrar una responsabilidad de la persona jurídica con una fundamentación independiente de la individual siempre que no se quiera renunciar a ésta. Como señaló mi buen amigo CANCIO MELIÁ en 2006, JAKOBS “presentó recientemente un estudio en el que rechaza la posibilidad del establecimiento de la responsabilidad penal de la empresa, ya que ésta, en su opinión, carece de la ‘identidad a través de consciencia’ que define a la persona en Derecho Penal”²².

En mi monografía –que tanto le debe a JAKOBS– ya hacía referencia a los problemas para “imponer una pena a una persona jurídica debido a su falta de identidad como sujeto”²³. De hecho mi principal crítica a propuestas como la de HEINE consistía en que “el problema específico de la culpabilidad de los entes colectivos es que están integrados a su vez por personas culpables. Formulado en términos sistémicos, no parece que se pueda construir un sistema autónomo de responsabilidad que esté integrado por otros sistemas autónomos de responsabilidad (sistemas psicofísicos)”²⁴. Este punto de partida me llevó a tratar en el contexto previo a la reforma de 2010 a la empresa como mero factor criminógeno o estructura peligrosa²⁵. Estos argumentos han tenido su repercusión en el debate de los últimos años. GÓMEZ-JARA DÍEZ en su relevante monografía *La culpabilidad penal de la empresa* de 2005 dedica un capítulo a responder a las críticas a la posibilidad de construir un concepto de culpabilidad empresarial. Dentro del mismo dedica

²² «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, 2006, pp. 5 s.

²³ *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, 2002, p. 86.

²⁴ *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, 2002, p. 120.

²⁵ *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, 2002, pp. 147 ss. (“especial referencia a la empresa como factor criminógeno”) y p. 221 (conclusiones).

todo un apartado a la cuestión de “la culpabilidad jurídico-penal e identidad de la persona”²⁶, en la que se puede apreciar que sus respuestas van dirigidas principalmente al trabajo de JAKOBS, pero también van referidas a mis críticas relativas al inconveniente de la identidad²⁷. Mi crítica a GÓMEZ-JARA y a la idea de HEINE de que en el Derecho empresarial colectivo “se trata de una conducta despersonalizada, en cierto modo difuminada” era que “afirmar una culpabilidad como presupuesto de la pena basada en exclusiva en los déficits de culpabilidad individual me resulta una base normativa demasiado endeble”²⁸. A todo este sustrato me estoy refiriendo cuando señalo en la página 69 de mi último libro que “el debate político-criminal de los últimos años ha girado alrededor de la idea de si las personas jurídicas tenían una identidad suficiente (desde el punto de vista jurídico y político) para ser declaradas culpables como meta-sujeto”.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos en los que yo había utilizado el argumento de la identidad en sentido crítico contra los partidarios de la culpabilidad de personas jurídicas, me acabo planteando en el libro como colofón de mis argumentos si –más allá de que personalmente entienda que no se trata de la mejor opción político-criminal– la decisión del legislador penal en esta materia se puede tachar de ilegítima, axiológicamente insostenible o contraria a la Constitución, de tal manera que la persona jurídica sometida a la intervención del Derecho Penal tuviera razones atendibles para recurrir en amparo o solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Mi conclusión es que los argumentos que antes del 2010 yo mismo había esgrimido contra autores como GÓMEZ-JARA o HEINE no son definitivos para deslegitimar la opción político-criminal del legislador español, con independencia de que dicha decisión guste más o menos.

Ciertamente CIGÜELA en su tesis ha añadido argumentos filosóficos en contra de la culpabilidad de la persona jurídica por disponer exclusivamente de una “identidad narrativa débil”. Pero, en primer lugar, yo no utilizo ese concepto, sino que me refiero a una cierta identidad institucional propia. En segundo lugar, mi discurso va en un sentido totalmente opuesto al suyo de no deslegitimación del Derecho positivo teniendo en cuenta las transformaciones de los valores sociales que se han plasmado en los últimos años en el ordenamiento jurídico:

“Las sociedades modernas ya no están dispuestas a definir como ‘desgracia’, ‘casualidad’ o ‘mala suerte’ hechos que obedecen a una cultura que es consecuencia de la adopción u omisión de ciertas políticas corporativas. A la semántica social actual no le es suficiente con la explicación de las empresas como meros factores criminógenos o que influyen fácticamente en sus integrantes para que delincan. Por ello **al legislador penal español le ha bastado** una ‘débil identidad’ o ‘mínima identidad’, distinta

²⁶ Pp. 109 ss.

²⁷ Con posterioridad volví a utilizar el argumento de la identidad (continuidad temporal, unidad de actuación, etc.) en mi libro *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 145 ss. y en en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, 2015 (se cita por la segunda edición pero es idéntica a la primera de 2008), pp. 215 ss. A lo largo del tiempo se han ido sucediendo mis críticas a la idea de que las corporaciones “construyen su propia identidad sobre la base de sus propias operaciones autorreferenciales” (en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, p. 167) y las réplicas de GÓMEZ-JARA, que se pueden localizar también en sus contribuciones al libro coordinado por ONTIVEROS *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013 y en el Libro Homenaje a SCHÜNEMANN. La penúltima versión de esta sucesión de réplicas y contrarréplicas es un resumen de mis críticas en *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 51 ss.

²⁸ *Derecho penal de la empresa*, 2007, p. 153 y en en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, 2015, p. 223.

a la de sus integrantes, para optar por responsabilizar a las personas jurídicas en determinados casos en los que la responsabilidad individual resulta insuficiente”²⁹.

Mi descripción del Derecho positivo se basa en que la mayor responsabilización de las personas jurídicas por los hechos que se realizan con ocasión de su actividad tiene que ver con “los mecanismos para que la organización presente una disposición a cumplir con la legalidad, lo que no se puede dejar al azar. Ello depende de decisiones a largo plazo, que son las que hacen que se pueda imputar el hecho delictivo a la persona jurídica. Evidentemente, esas decisiones en organizaciones complejas están condicionadas por multitud de decisiones individuales, pero que aisladamente consideradas son insuficientes para generar responsabilidad penal individual porque exceden de lo que se puede responsabilizar a un individuo. Ya el legislador dio marcha atrás durante la tramitación parlamentaria en este sentido, al desaparecer de la LO 1/2015 el proyectado y mal denominado art. 286 seis del Proyecto de abril de 2013, precepto que fue –con todo merecimiento– duramente criticado por la doctrina. El legislador ha decidido, por ello, que el ‘regreso de responsabilidad’ en lo que respecta al cumplimiento normativo de la organización se para al llegar a la persona jurídica y no retrocede más”³⁰.

Todo ello se basa, a mi entender, en una concepción más institucional que le otorga a las personas jurídicas una identidad relativa o cierta identidad propia, aunque no sea equivalente a la de las personas físicas:

“Si la responsabilidad penal es el reflejo de criterios sociales de reconocimiento y adscripción de la responsabilidad, la progresiva transformación hacia una concepción más institucional –no orientada exclusivamente a los beneficios– de las empresas implica cambios sustantivos en la exigencia de responsabilidad”³¹.

Como se puede apreciar en la larga cita anterior de mi contribución al Libro Homenaje a SCHÜNEMANN tampoco esta es una idea nueva, ya que la referencia a la identidad institucional como una cierta identidad propia es constante.

Esta idea de la identidad institucional no se profundiza en la página 70 del libro porque es tratada en profundidad en el Capítulo Primero de la obra, donde se deja claro que no estamos ante “una cuestión ontológica o filosófica, sino de configuración social y de decisiones de política jurídica previas al ámbito de lo estrictamente penal”³²:

“No se trata tanto de que el legislador de repente a principios del siglo XXI se haya dado cuenta de la importancia de las organizaciones en las sociedades modernas, sino más bien de un cambio de mentalidad con respecto al papel y la responsabilidad que a las personas jurídicas les corresponde con respecto a sus ‘costes externos’ para la sociedad. Lo que ha cambiado es el discurso social o el meta-relato sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en relación a las patologías sociales. Existe la percepción social de que la propia organización no es inocente con respecto a lo que sucede en su sede o que determinados delitos no se trata sólo de ‘cosas que pasan’ o ‘hechos que suceden’ que no tengan

²⁹ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, p. 70.

³⁰ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, p. 70.

³¹ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, p. 70.

³² *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, p. 26.

más explicación que ciertos motivos individuales, sino que también dependen de elementos de carácter más institucional y estructural. Hace tiempo que han pasado a ser lugares comunes las referencias a la ética empresarial o a la responsabilidad social de las empresas y la introducción de la RPPJ ha de entenderse como una ‘vuelta de tuerca’ de esa dinámica social o de un cambio de la visión de la responsabilidad de las corporaciones con la sociedad que ésta está decidida a imponer”³³.

Toda esta transformación está vinculada a otros fenómenos jurídicos que discurren en paralelo como el Movimiento de Buen Gobierno Corporativo que está transformando el Derecho mercantil en lo relativo a las sociedades cotizadas o la autorregulación regulada en el ámbito del Derecho Administrativo³⁴, especialmente de cara a la gestión de los riesgos propios de las modernas sociedades globales del riesgo y como estrategia para que los Estados puedan dominar la creciente complejidad de las empresas.

Como se puede apreciar con suma facilidad esta línea de argumentación no tiene nada que ver con las tesis filosóficas de CIGÜELA relativas a la “identidad narrativa débil”, sino en todo caso va en la línea de ideas aportadas por los principales defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina española. Tampoco esto es nada nuevo, ya que desde mi primer comentario a la reforma de 2010 he señalado reiteradamente como punto de partida la relación existente entre la decisión político-criminal de configurar las personas jurídicas como sujeto de imputación jurídico-penal y su mayor responsabilización para estimular el cumplimiento de la legalidad³⁵. Esta perspectiva tiene parentescos con el concepto importado del debate estadounidense por GÓMEZ-JARA de la empresa como “buen ciudadano corporativo” que implica una responsabilidad social con respecto a intereses que no son sólo las ganancias de los accionistas, si bien creo es que este autor ha sobredimensionado la fuerza de esta idea al entender desde una perspectiva sistémica que “la cultura de la empresa es la que le concede una identidad propia a la organización empresarial”³⁶. Y desde luego es obligado reconocer el carácter pionero en este tipo de argumentos de la obra de NIETO MARTÍN, aunque considere que también sobredimensionó fenómenos que más que otorgar un fundamento a la responsabilidad de las personas jurídicas discurren paralelos indicando ciertas transformaciones del Derecho y de lo que implica el reconocimiento de personalidad jurídica (transformaciones que son globales y de ahí la expansión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho comparado). En todo caso, NIETO tuvo la enorme habilidad de vislumbrar por dónde iban a discurrir las tendencias. No es casualidad que la interpretación del modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas

³³ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 22 s. En nota constan las referencias a estas ideas: “GARCÍA-MARZA, *Ética empresarial*, pp. 19 ss., 165 ss., con ulteriores referencias, incluyendo críticas de autores como FRIEDMAN, *New York Times*, 1970 a esta evolución hacia una concepción institucional de la empresa como responsable no sólo de ciertos intereses privados, sino también de intereses públicos y de terceros ajenos a la empresa. Vid. también el libro colectivo editado por CORTINA, *Ética de la empresa*. No cabe duda de que la creciente responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene que ver con la idea de la empresa como ‘buen ciudadano corporativo’ con obligaciones hacia su comunidad que conllevan una ética empresarial en relación a los costes externos. La empresa ha dejado de ser entendida exclusivamente como una red de contratos entre individuos con el único objetivo de reportar los mayores beneficios económicos a los contratantes. No se describe adecuadamente el papel actual de la empresa con la conclusión de FRIEDMAN de que ‘sólo existe una responsabilidad social de las empresas: incrementar sus beneficios’ (en el mismo sentido, GÓMEZ-JARA, *LH-Schünemann*, p. 96)”.

³⁴ *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 23 ss., con ulteriores referencias.

³⁵ En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, pp. 67 ss.

³⁶ Críticas a esta idea en *Derecho penal de la empresa*, 2007, p. 150.

del Código Penal que llevo a cabo en mi libro *El delito corporativo* tenga muchos puntos de contacto con el modelo de NIETO MARTÍN³⁷. Tras la reforma de 2015 nuestro Código Penal –muy influido por el Decreto Legislativo italiano núm. 231 de 8 de junio de 2001– va en una línea muy cercana a la que este autor viene propugnando desde hace años.

Sin duda la dimensión institucional de las personas jurídicas es más importante en organizaciones grandes y complejas que en organizaciones de dimensiones más reducidas y de estructura sencilla. Centrándonos en las excepciones del Código Penal, desde esta perspectiva es lógico que en los casos de organizaciones criminales se opte preferentemente por la disolución (art. 570 *quáter*). Incluso, como explico en el libro, la ampliación de la responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos mediante la LO 7/2012 no tiene que ver con su repentino descubrimiento como factores o estructuras criminógenas, sino con que la imprescindible regeneración democrática necesita una mayor implicación y responsabilización de estas organizaciones con respecto a la corrupción y el origen de la financiación de sus actividades. No es ajeno a este clima que la última reforma de la ley de financiación de partidos políticos defina a los tradicionales tesoreros de los partidos como “responsables de la gestión económico-financiera” (art. 14 *bis*).

Todo este contexto normativo que se ha ido perfilando en los últimos años hace que haya que aceptar que el legislador penal español se ha movido dentro de los márgenes legítimos de decisión en cuestiones político-criminales, al menos dentro de los amplios márgenes que le concede nuestro Tribunal Constitucional. Había incluso opciones peores como la del nonato y mal denominado art. 286 *seis* del Proyecto de 2013. Por ello considero que, mientras no haya una contra-reforma en estos momentos imprevisible, lo que queda es hacer dogmática estableciendo los criterios para que a una persona jurídica se le pueda hacer penalmente responsable y se consiga así una aplicación razonable del modelo existente, tanto para responsabilizar como para exonerar de responsabilidad.

Es más fácil asumir la decisión del legislador si tenemos en cuenta que no ha optado por una culpabilidad exclusiva y excluyente de las personas jurídicas equivalente a la tradicional responsabilidad individual o personal por el injusto cometido (culpabilidad). Se trata de una responsabilidad complementaria –si bien no accesoria– que llega a través de “las personas que materialmente hayan realizado los hechos” (art. 31 *ter.2*). Por esa razón entiendo que los argumentos críticos –especialmente el relativo a la identidad– que antes del 2010 yo mismo había utilizado contra los autores que, como GÓMEZ-JARA y HEINE, propugnaban para las personas jurídicas un sistema equivalente al de las personas físicas de culpabilidad y penas pierden fuerza frente a la opción más moderada del Código Penal al crear un sistema complementario³⁸.

³⁷ En todo caso, sigo creyendo que mis críticas a los fundamentos de su modelo siguen siendo válidas (en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, 2015, pp. 224 ss., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pp. 77 ss.).

³⁸ Por diversos lugares, *Derecho Penal de la empresa*, 2007, pp. 152 s. (“creo que el argumento esencial de los autores que quieren imputar los hechos delictivos a la propia organización con base en la idea de una responsabilidad propia de la empresa consiste en la imposibilidad de afirmar la culpabilidad individual con respecto a procesos empresariales complejos. En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ considera que sólo las empresas con cierta

2.3. Conclusión

Como se puede apreciar, lo que he hecho básicamente a lo largo de la exposición ha sido comparar lo que aparece en mi libro *El delito corporativo* con trabajos anteriores. Las páginas 68 a 70 del mismo son prácticamente una reproducción con escasas variaciones de mi contribución al Libro Homenaje a SCHÜNEMANN, escrita cuando yo no tenía conocimiento de la tesis de CIGÜELA. Llegados a este punto, me parece poco razonable la exigencia de que cada vez que alguien utilice la palabra “metasujeto” tiene que abrir una nota a pie de página³⁹ para citarle, sobre todo si, como él mismo indica, estamos ante una expresión de amplia tradición filosófica, al igual que la rawlsiana expresión “identidad débil”, ampliamente utilizada con anterioridad a que lo hiciera aquel autor en relación con la de la persona jurídica⁴⁰. En todo caso, lo importante es el significado de las palabras, no el significante. No se debe confundir “concepto” con “término”. Nadie puede tener la expectativa de apropiarse de todos los posibles sentidos de palabras o expresiones de larga tradición por el mero hecho de haberlas repetido muchas veces en un trabajo.

La originalidad académica exige siempre conocerse bien el debate previo y prestar atención a las propuestas anteriores de otros autores sobre el mismo tema⁴¹. CIGÜELA ha sido osado al afirmar de forma tajante que utilizo en las pp. 68 a 70 de mi obra conceptos “distintos de los utilizados en obras anteriores” sin haberse dignado a leer dichas obras, especialmente las publicadas con posterioridad a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal mediante la LO 5/2010⁴². Un mínimo de buena fe y de rigor científico hubieran aconsejado

complejidad organizativa incontrolable por seres humanos (en palabras de este autor, ‘una capacidad autoorganizativa que excede con mucho la capacidad organizativa individual de cualquiera de sus miembros’) pueden ser reconocidas como culpables. En mi opinión, sin embargo, afirmar una culpabilidad como presupuesto de la pena basada en exclusiva en los (supuestos) déficits de culpabilidad individual me resulta una base normativa demasiado endeble (...) si autores como HEINE y GÓMEZ-JARA fueran consecuentes, deberían negar la posibilidad de responsabilidad jurídico-penal individual en el contexto de organizaciones complejas”).

³⁹ La tesis ha sido citada allí donde, según mi criterio, era oportuna la cita. Además de la larga exposición crítica ya recogida en pp. 44 ss. se cita en notas a pie de página de pp. 52 y 62.

⁴⁰ “*The weak identity of the corporation is confirmed by the fact that it is...*”, PAGANO, «Legal persons: The evolution of fictitious species», *Journal of Institutional Economics*, (6 - 1), 2010, p. 120.

⁴¹ El desconocimiento de mis trabajos sobre responsabilidad de personas jurídicas llega hasta tal punto extremo que en nota 15 dice que me he posicionado “a favor de la culpabilidad de la organización” sin ninguna cita específica. Esto es radicalmente falso. En primer lugar no he cambiado mi postura con respecto a las consecuencias accesorias del art. 129, que sigue siendo la misma que defendía en el 2002 (*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 265 ss.). En segundo lugar, he dedicado desde el 2010 muchas páginas a criticar la nutrida posición doctrinal que se limita a entender que basta para imponer las penas que contempla el Código Penal un defecto de organización, sosteniendo que éste debe vincularse a una insuficiente cultura de cumplimiento de la legalidad (*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pp. 15 s. y 73 ss.; en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 159 ss.; *LH-Schünemann*, t. 2, 2014, pp. 57 ss.). Con la reforma de 2010 vinculé la culpabilidad de la persona jurídica a la existencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad (en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, pp. 106 ss.). En esos momentos, ante la parquedad del art. 31 bis, me pareció el mejor recurso dogmático para combatir una visión vicarial o de heteroresponsabilidad del modelo introducido. Lo único que he hecho ahora es adaptar mi posición a las novedades de la LO 1/2015, que facilitan dichas tesis. Para una adecuada comprensión de mi actual posición vid. *infra* mi comentario a STS 221/2016, de 16 de marzo.

⁴² Ni en su tesis ni en el artículo de *InDret*, (1), 2016, refleja en la bibliografía haber consultado las siguientes obras posteriores a 2010: en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, pp. 65 ss.; en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 135 ss.; *LH-Schünemann*, t.

cerciorarse bien de una afirmación de tal gravedad sin base suficiente. Ser más cuidadoso le hubiera permitido entender el sentido y el contexto de mi argumentación y no quedarse meramente en la cáscara y lo anecdótico. Como he expuesto, nada tiene que ver lo que dice aquel autor con lo que sostengo yo con respecto al modelo vigente de responsabilidad penal de personas jurídicas. Ello es evidente si tenemos en cuenta las últimas novedades relevantes en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas que paso a exponer.

3. Análisis crítico del modelo de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016

La Circular de la Fiscalía General del Estado ofrece una interpretación del modelo español opuesto al defendido en el primer apartado de este artículo, aunque en algún punto entienda adecuadamente que la exclusión de responsabilidad de las personas jurídicas tiene su fundamento en “una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental”⁴³. Paso a analizar críticamente los elementos esenciales de su argumentación que son, por un lado, la defensa de un modelo vicarial o por transferencia (infra 3.1) y la asignación a los modelos de organización y gestión (que la propia Circular denomina indistintamente programas de cumplimiento normativo, de organización o de control) de la naturaleza de causa personal de exclusión de la pena (infra 3.2).

3.1. La defensa de un modelo de responsabilidad vicarial o por transferencia

Mi objeción esencial de partida a la Circular es que, en mi opinión, el Código Penal ha establecido un modelo intermedio entre la autorresponsabilidad pura y el sistema vicarial, quedando excluidos tanto modelos extremos de responsabilidad propia como de responsabilidad por el hecho ajeno. Si bien es indiscutible que la responsabilidad de las personas jurídicas va referida a una acción u omisión dolosa o imprudente de una o varias personas físicas (art. 10 CP), a partir de este punto de partida tal responsabilidad *sui generis* tiene una fundamentación ajena a la culpabilidad de la persona física.

Pese a que la Circular reconoce que la reforma introduce significativos cambios estructurales y sustantivos, que “la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor eximente otorgado a los programas de organización”⁴⁴ y que “la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión”⁴⁵, sigue entendiendo que el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y

2, 2014, pp. 41 ss. Como he intentado exponer estas obras son imprescindibles para entender mi actual posición. No estamos hablando de trabajos publicados en revistas de remotas facultades de difícil localización, sino de contribuciones en libros colectivos de referencia publicados en editoriales importantes como Civitas o Tirant lo Blanch sobre la reforma de 2010 o sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Además he publicado en los últimos cinco años una recensión a la estupenda monografía de OSVALDO ARTAZA VARELA en *InDret*, (2), 2014 (Sección *ExLibris*) y he asumido la elaboración de algunos capítulos en el Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas con mis compañeros BAJO FERNÁNDEZ y GÓMEZ-JARA.

⁴³ P. 39.

⁴⁴ P. 9.

⁴⁵ P. 58.

que, como se decía en la Circular 1/2011⁴⁶, se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial. Se trataría –con matices⁴⁷– de “la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación”⁴⁸.

La razón de esta interpretación es que entiende que no es compatible con el art. 31 *bis* un modelo puro de autorresponsabilidad que permita hablar de responsabilidad directa y autónoma de las personas jurídicas. El argumento esencial es que la responsabilidad penal siempre llega a las personas jurídicas a través del comportamiento de personas físicas⁴⁹:

“El art. 31 *bis* no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas ‘serán penalmente responsables de los delitos cometidos’ por personas físicas. La propia condición 3ª del apartado segundo del art. 31 *bis* recuerda que son los ‘autores individuales’ los que ‘han cometido el delito’ y en los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica, no se atribuye a esta la comisión del delito sino que se dice que ‘cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos [correspondientes] se le impondrán las siguientes penas’. Del mismo modo, la expresión ‘responsabilidad penal’ es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”.

Ya la Circular 1/2011 de la FGE entendía, antes de la reforma mediante la LO 1/2015, que, si no “puede prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas”, ello significa que el art. 31 *bis* “no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas –gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial– establece un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el *alter ego* o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esta perspectiva, la corporación debe responder por ellos”⁵⁰.

Sin embargo, es un error de planteamiento entender que un modelo que no prescinde de la imputación del delito individual como presupuesto no pueda ser considerado un modelo de responsabilidad propia y que la única alternativa a un modelo puro de autorresponsabilidad sea

⁴⁶ Una crítica a dicha Circular en FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pp. 65 ss.

⁴⁷ P. 38.

⁴⁸ P. 5.

⁴⁹ Pp. 6 s.

⁵⁰ Pp. 32 ss., 36 y 107.

un modelo vicarial. No es cierto que en el art. 31 *bis* la persona jurídica devenga responsable *por* los delitos cometidos por otros, sino, mejor dicho, *en relación a* los delitos cometidos por otros. Pero que se trate de una modalidad de co-responsabilidad en la que la responsabilidad de la corporación se construye en relación a la comisión de un delito por parte de una persona física no significa que el fundamento de dicha responsabilidad no sea autónomo del delito de la persona física. A las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son distintas. Son como dos caminos que tienen un origen común pero se bifurcan. La responsabilidad de las personas jurídicas presenta características y criterios de imputación diferentes a los conocidos para las personas físicas. Siguiendo con el símil del camino, discurre por territorios distintos.

El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas se caracteriza por ser un sistema de responsabilidad propia que se acumula a la de las personas físicas (no son excluyentes una de la otra), si bien son independientes. El Código Penal deja claro que no se exige una condena conjunta, pudiendo incluso existir responsabilidad empresarial sin responsabilidad penal de ninguna persona física. Esto es algo impropio de un sistema vicarial o de heterorresponsabilidad en el que la persona física transfiere a la jurídica los requisitos de la responsabilidad penal.

Si bien es cierto que una de las características esenciales del modelo español es que debe existir un delito de una persona física en provecho de la persona jurídica, no me parece compatible con el tenor literal de la ley que se pueda fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica en el injusto y la culpabilidad de la persona física. Que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que se tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos. Esto se aprecia muy bien con un sencillo ejemplo: Que el padre que no interviene cuando su hijo menor de edad está agrediendo brutalmente a otro niño o el enfermero que no evita –pudiendo hacerlo– la agresión de un enfermo a otro en un centro psiquiátrico respondan como garantes en relación al hecho injusto de otro, no significa que no haya que constatar su propio injusto (vinculado a su posición de garantía) y que la declaración de culpabilidad no sea independiente de la de aquellos que llevan a cabo directamente la agresión. Estos ejemplos demuestran que lo decisivo es que exista una vinculación o conexión normativa que legitime la intervención penal (posición de garantía, accesoriedad, etc.). El Derecho Penal conoce multitud de supuestos de responsabilidad propia en relación a la acción de otros a través de instituciones dogmáticas como la comisión por omisión o la participación delictiva.

Siendo cierto que los arts. 31 *bis* y ss. presuponen una determinada conexión con un delito individual, ello no significa que para la imputación de tal hecho a las persona jurídicas no sean necesarios requisitos propios adicionales que son los que en realidad legitiman la intervención punitiva frente a la entidad. La responsabilidad penal de las personas jurídicas parte en nuestro ordenamiento del hecho cometido por una persona física, pero el fundamento de dicha responsabilidad es independiente del de dicha persona física. Esa es la razón por la que las exclusiones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedecen a razones distintas que las conocidas hasta ahora cuando sólo existía culpabilidad individual por el hecho. En

definitiva, el modelo español se caracteriza por ser un modelo de co-responsabilidad en el que cada uno de los responsables del mismo hecho lo son por razones normativas distintas. Esa es la razón por la que tanto la exclusión como la atenuación de dicha responsabilidad se rige por parámetros diferentes, aspectos que reconoce la propia Circular.

En contra de la concepción del modelo español como un sistema vicarial o por estricta transferencia tenemos no sólo a) la expresa manifestación de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, sino también b) la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder sin la correspondiente culpabilidad de una persona física y puedan verse excluidas de responsabilidad penal por razones desvinculadas del comportamiento individual, tal como se regula en los apartados 2 y 4 del art. 31 *bis*. La persona jurídica puede ser sometida a un proceso penal con independencia de la persona física (porque no haya sido individualizada, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra las personas físicas, hayan fallecido o se hayan sustraído a la acción de la justicia) y sus posibilidades de absolución son totalmente independientes de las de la persona física que ha cometido el delito. No sólo son autónomas las posibilidades de atenuación (individualización de la pena), como sucede en los sistemas con un modelo vicarial corregido.

Por lo tanto, si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene como presupuesto formal la comisión de un delito por parte de una persona física, existen datos en los arts. 31 *bis* y ss. de que la persona jurídica responde por criterios autónomos absolutamente independientes del delito de la persona física. De dicha autonomía se deriva, coherentemente, la imposibilidad de transferir a la persona jurídica, a efectos de modular su responsabilidad, las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad.

3.2. La naturaleza de la exención y la carga de la prueba

Como se ha expuesto, la Circular de la Fiscalía General del Estado considera que la responsabilidad de la persona jurídica se agota con el delito cometido bien por un directivo o bien por un empleado que no haya sido debidamente controlado, vigilado o supervisado.

Como consecuencia de este punto de partida considera que “a modo de elemento criminal adicional, el apartado 2 del art. 31 *bis* introduce una cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica cuya naturaleza es muy discutida doctrinalmente pero que, en definitiva, depende de la solución que se adopte ante la no menos controvertida cuestión de la naturaleza del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica”⁵¹.

Según la Circular, dicho elemento adicional “remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad”⁵².

⁵¹ P. 55.

⁵² P. 56.

La persona jurídica “quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión”⁵³, pero la defensa del modelo vicarial da lugar a la curiosa conclusión dogmática de que la existencia de un modelo de organización y gestión eficaz de la legalidad no puede operar más que como causa personal de exención de la pena. La Circular entiende que “la cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 *bis* constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales”⁵⁴.

Dicho análisis adicional a los requisitos del apartado primero del art. 31 *bis* no tendría ya nada que ver, según la Circular, con la responsabilidad por el hecho, sino con una valoración del “compromiso ético” de la persona jurídica investigada. En el caso de las empresas, si el fiscal de turno llega a la conclusión de que se trata de “un buen ciudadano corporativo” no dirigirá la acusación contra la corporación. La persona jurídica seguiría siendo responsable de los delitos cometidos por su cuenta, en su nombre o en el ejercicio de actividades sociales, pero se prescinde graciosamente de la pena porque se entiende no necesaria por el “compromiso ético” de la entidad. En el apartado 5 de la Circular, que aborda la cuestión del régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas a través de los modelos de organización y gestión, se reitera que la exclusión tiene que ver con una “cultura ética empresarial”, incurriendo en una valoración ética que resulta bastante extravagante al exigirse de forma reiterada la necesidad de demostrar un “compromiso ético”. Todo pasa a depender de la impresión del fiscal sobre dicho compromiso (lo cual no se diferencia mucho de enjuiciar la “catadura moral” del sospechoso). De esta manera ya no se valoran hechos, sino personalidades o formas de ser, aunque los juicios vayan referidos a personas jurídicas. Se recuperan en cierta manera las ideas de una culpabilidad por el carácter (LAMPE) o por la conducción de la actividad empresarial (HEINE) desvinculadas del hecho concreto, que no sería más que una mera condición objetiva de punibilidad. Toda la reforma del 2015 quedaría reducida –según la Circular– a la posibilidad de otorgar una especie de premio por la valoración del compromiso ético de la entidad. Esta valoración de tal compromiso conlleva necesariamente una revisión total de las políticas de cumplimiento de la legalidad de la persona jurídica aunque carezcan de conexión con el hecho delictivo concreto⁵⁵. La valoración de la existencia o no de responsabilidad de acuerdo con criterios jurídicos queda sustituida por un incierto juicio de oportunidad en función de las características de la persona jurídica⁵⁶.

En este contexto y ante una empresa de tal envergadura en caso de grandes corporaciones pasa a ser lógico –aunque no se comparta tal construcción– que se sostenga que la persona jurídica corre con la carga de probar la razón por la que se merece un premio a pesar de su responsabilidad.

⁵³ P. 56.

⁵⁴ Pp. 64 s.

⁵⁵ En contra de esta interpretación del modelo español, FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 76 s.

⁵⁶ Para ello en el punto 5.6 (pp. 51 ss.) se fijan los “criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión” en relación a los requisitos exigidos en los apartados segundo y quinto del art. 31 *bis*.

No es tan evidente e inequívoco, sin embargo, como afirma la Circular que el legislador haya construido las condiciones del art. 31 *bis* como causa de exención de la pena “a modo de excusa absolutoria”. En la medida en la que a la Circular le gustan los argumentos literales, no se puede dejar de tomar en consideración que el texto del art. 31 *bis* no se refiere a una exclusión de pena porque ésta se muestre innecesaria por el compromiso ético de la entidad, sino a una exención de responsabilidad. El concepto de exención de pena provoca en sentido contrario que la responsabilidad –penal y civil directa– se mantenga intacta, sólo que se renuncia a imponer la sanción. Si el apartado primero del art. 31 *bis* establece los supuestos en los que las personas jurídicas son hechas responsables de los delitos cometidos por personas físicas, los siguientes apartados establecen las condiciones bajo las que la persona jurídica “queda exenta de responsabilidad”. Dicha responsabilidad sólo puede ir referida al hecho y no a una situación personal de “compromiso ético”⁵⁷, en la medida en la que la pena principal del sistema, que es la pena de multa, depende siempre de la gravedad del hecho cometido (no se castiga igual un delito contable tributario que un delito de defraudación tributaria). Además se debe tener en cuenta que la expresión es la misma que se utiliza en el art. 20 CP para las personas físicas: exención de responsabilidad. Evidentemente toda exención de responsabilidad excluye la pena, pero tal expresión literal hace referencia a que falta algún presupuesto legítimo para poder imponer la sanción.

Esta constatación de que estamos hablando de exclusión de la responsabilidad por el hecho debe llevar a la conclusión contraria de la Circular: la persona jurídica no responde en exclusiva por el fallo de control, vigilancia o supervisión de determinados individuos, sino sólo en la medida en la que se trate de un fallo o defecto estructural en relación al establecimiento de políticas o programas de cumplimiento de la legalidad. La Circular entiende como argumento central de su exposición⁵⁸ que la LO 1/2015 atribuye los deberes de supervisión, vigilancia y control a las personas físicas de la letra a) del art. 31 *bis*.1 y no a la propia persona jurídica. Pero ello no hace que sea obligatorio llegar a la conclusión de que los programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión de la legalidad son ajenos al fundamento de la imputación a las personas jurídicas; también es posible entender, como se sostiene aquí, que dichos deberes son un presupuesto necesario aunque insuficiente para responsabilizar a las personas jurídicas, debiendo integrarse ambos aspectos –cultura de control y de cumplimiento de la legalidad– en una teoría global de la responsabilidad de las personas jurídicas.

⁵⁷ Es curioso que se pretenda que a las defensas sí se les exija la prueba de una vinculación entre los modelos de organización y gestión de la legalidad y el hecho: “No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción” (p. 43).

⁵⁸ “Como se ha dicho, la LO 1/2015 sigue atribuyendo el ‘debido control’ (ahora ‘deberes de supervisión, vigilancia y control’) a las personas físicas de la letra a) del art. 31 *bis*.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 *bis*.1 en las concretas circunstancias que detalla” (pp. 38, 61).

En mi opinión, lo que se denomina en diversos puntos de la Circular como cultura corporativa de respeto a la ley o cultura de cumplimiento corporativo⁵⁹ (o el equivalente en otras organizaciones) tiene que ver ya con el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica – y, por tanto también con su exclusión–. El argumento para entender que estas cuestiones afectan a la exclusión de la pena y no a la responsabilidad por el hecho –a pesar del indudable tenor literal del art. 31 *bis*– es bastante endeble. Se hace referencia a que el Código Penal no fundamenta la responsabilidad en un defecto de organización autónomo de las personas físicas que se encuentran mencionadas en los apartados a) y b) del apartado primero del art. 31 *bis*. Pero el Título Primero del Libro I nunca formula la responsabilidad en términos positivos, ni para personas jurídicas ni para personas físicas. Nunca ha ofrecido nuestro Código Penal una definición de lo que es el injusto ni de la culpabilidad, dejando la ley esta labor en manos de la doctrina y la jurisprudencia. Ni siquiera en el caso del dolo se ofrece una definición y el único dato que se aporta es que queda excluido por el error –vencible o invencible– de tipo. Por tanto, el fundamento de la culpabilidad de las personas físicas se ha venido construyendo siempre en relación a las exclusiones de la responsabilidad criminal establecidas en la parte general del Código Penal. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no tiene que ser una excepción a esta forma de legislar. Por ello, no se puede desconocer que se ha creado una causa específica de exclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en los apartados segundo y siguientes del art. 31 *bis* y que esta exclusión tiene que ver con un fundamento específico ajeno a la fundamentación de la responsabilidad individual.

No tiene una menor importancia la consecuencia práctica que se deriva de esta defensa de un modelo vicarial por parte de la Circular: en su modelo la acusación se ve exonerada de probar el defecto organizativo-estructural de la propia entidad, trasladando la carga de la prueba a la persona jurídica. La acusación sólo necesita de esta manera probar el delito del directivo o el incumplimiento de sus deberes de vigilancia, control y supervisión. A partir de ahí sólo tiene que esperar a que la persona jurídica le convenza de su adecuada “cultura ética” de tal manera que le haga digna de la exclusión de la pena.

En este punto la Circular no ha tenido en cuenta las modificaciones que ha sufrido el art. 31 *bis* durante su tramitación hasta llegar a la versión definitiva introducida en el Código Penal mediante la LO 1/2015.

La versión original del texto exigía expresamente para la exclusión de la responsabilidad que la persona jurídica probara la adopción de modelos de organización y gestión. Sin embargo, la versión definitiva que ha acabado siendo Derecho positivo ha eliminado dicha referencia a la exigencia de prueba por parte de la propia persona jurídica. En esta modificación fue sin duda relevante el Dictamen del Consejo de Estado, que decía lo siguiente:

“Resulta llamativo que un precepto penal prevea expresamente que la exención de responsabilidad se concederá ‘si se prueba que’ concurren ciertas condiciones (primer párrafo del apartado 2), y que solo será de aplicación una atenuante ‘si las anteriores circunstancias solo pueden ser objeto de una acreditación parcial’ (último párrafo del apartado 2). Por una parte, huelga decir que todo hecho de

⁵⁹ P. 39.

relevancia penal ha de ser objeto de la correspondiente acreditación; en consecuencia, el precepto debería limitarse a indicar que la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal ‘si se cumplen las siguientes condiciones:...’, en una redacción paralela a la más correcta del apartado 6 (...).’

“Finalmente, y a mayor abundamiento, entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 *bis*.2 del Código Penal podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de *compliance* se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de *compliance* o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras.”

Si este tipo de argumentos condujo a un cambio en la redacción es porque se estaba estableciendo una ilegítima presunción de responsabilidad. Es cierto que el apartado segundo del art. 31 *bis in fine* hace referencia a una “acreditación parcial”, pero de tal expresión no se puede deducir quién corre con la carga de la acreditación de un cumplimiento parcial, que es una cuestión sometida a criterios generales. También es cierto que en Derecho comparado es habitual que sea la persona jurídica la que tiene que aportar la prueba, pero –como bien señala la Circular– es porque abundan los modelos vicariales que llevan a esta consecuencia, opción que la Exposición de Motivos excluyó expresamente y que, como he intentado exponer, se trata de un punto de partida que condicionó el actual texto de la ley.

3.3. Conclusión

Se deben rechazar los dos elementos centrales del modelo interpretativo que plantea la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado:

- a) la concepción del modelo español como un modelo de responsabilidad vicarial o por transferencia, en contra de lo que expresamente manifiesta la Exposición de Motivos de la LO 1/2015.
- b) La concepción de los modelos de organización y gestión (programas de cumplimiento) como una graciosa exclusión de la pena de acuerdo a criterios de oportunidad que depende del compromiso ético de la persona jurídica.

La única alternativa al modelo de la Circular no es un modelo puro de autorresponsabilidad, que tampoco sería compatible con la ley. La Fiscalía General del Estado ha reducido artificialmente las opciones hermenéuticas para poder defender como única alternativa un modelo ampliamente criticado por la doctrina, tanto por su ineficacia como por su falta de legitimidad.

Da la impresión de que la teoría de los modelos de organización y gestión como causa de exclusión de la pena va a tener un corto recorrido en la medida en la que tanto la mayoría de magistrados del Tribunal Supremo que suscribió la Sentencia 154/2016, como los que escribieron y apoyaron el Voto Particular, se han mostrado contrarios a esta interpretación.

4. La Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero: una respuesta oportuna a la Circular

De acuerdo con lo dicho se debe valorar positivamente el rechazo expreso de las tesis de la Circular por parte de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero (Ponente José Manuel Maza Martín), que señala en su Fundamento 8º cómo el delito cometido por la persona física en el seno de la persona jurídica ha de ser posible o facilitado “por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran”, lo que le lleva a rechazar la interpretación de la eximente de la existencia de modelos de organización y gestión eficaces como una excusa absolutoria vinculada a la punibilidad. Argumenta expresamente la Sentencia que esta afirmación de la Circular ha de considerarse “discutible si tenemos en cuenta que una ‘excusa absolutoria’ ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción”⁶⁰. La consecuencia de dicho rechazo es que entiende, en sentido distinto, que se trata de una

“circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente”.

“Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas ‘*compliances*’ o ‘modelos de cumplimiento’, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar (...)”.

⁶⁰ La sentencia tiene un Voto Particular ampliamente suscrito, que se manifiesta en contra de la sentencia mayoritaria en este punto. En todo caso, el Voto Particular parte de que la exención es coherente con el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de tal manera que la existencia de un modelo de organización y gestión eficaz “debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal”. El Voto Particular entiende que el legislador ha atribuido expresamente a los modelos de organización y gestión la función de exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal. De esta manera los Magistrados de este Voto Particular se colocan en una posición intermedia entre la sentencia mayoritaria y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, defendiendo un modelo vicarial con posibilidad de exención autónoma de responsabilidad. No tienen en cuenta, sin embargo, que si la existencia de una cultura de control o de cumplimiento de la legalidad excluye –o, en su caso atenúa– la responsabilidad penal de la persona jurídica es porque tiene que ver con su fundamento, que no se limita, por tanto, a la infracción grave de los deberes de control, vigilancia y supervisión de ciertos superiores jerárquicos dentro de la organización de la que es titular la persona jurídica. En lo que tienen razón es en oponerse a la comprensión de la sentencia mayoritaria del art. 31 *bis* como una especie de *crimen culpae* que tipifica una especie de figura delictiva independiente, tesis que yo previamente critiqué en *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2015, pp. 75 s. Como ya se ha señalado en repetidas ocasiones, lo que hace la cláusula del art. 31 *bis* es co-responsabilizar a la persona jurídica de la concreta comisión de un tipo penal (estafa, corrupción, atentado medioambiental, etc.).

“Y 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 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, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo (...)”.

“Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que ‘...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella’ (art. 31 *ter* 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 *ter* 2 CP)”.

“El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida”.

“De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión”⁶¹.

⁶¹ El Voto Particular considera que el tratamiento de la carga de la prueba por parte de la sentencia tiene carácter provisional, no constituyendo la *ratio decidendi* del fallo y no teniendo más valor que un *obiter dictum*. A partir de este punto de partida se manifiesta en contra de la sentencia mayoritaria. Estamos aquí, por tanto, ante una de las grandes cuestiones que centrarán el debate procesal en el futuro. La conclusión del Voto Particular es la siguiente: “A) Los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deben ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el art 31 *bis* 1º CP, apartados a) y b)”.

“B) La conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 *bis*”.

“C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes”.

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, acierta en su defensa de un modelo de responsabilidad propia oponiéndose a las tesis de la Circular de la FGE 1/2016 así como al destacar y colocar en el centro del debate jurídico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas la “cultura de cumplimiento que la norma penal persigue”.

A pesar de ello, considero poco afortunada la configuración del art. 31 *bis* como un tipo penal autónomo diferente al que se imputa a la persona física, es decir, como si fuera una especie de *crimen culpae* de la corporación consistente en la ausencia de adecuados mecanismos de control. Si la sentencia afirma que “la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción”, ésta ha de consistir en la omisión de su implantación. Parece que lo que establece la sentencia es que la persona física realizaría el correspondiente tipo de la parte especial, mientras que la persona jurídica respondería por el art. 31 *bis* como tipo penal diferente. Dejando de lado que esta solución sigue dejando sin respuesta la razón última por la que dicha omisión ha de ser responsabilidad de la persona jurídica y plantea problemas derivados de la insuficiente determinación típica⁶², parece poco compatible con el tenor literal de la ley. La cláusula del art. 31 *bis* parte de que se hace a las personas jurídicas penalmente responsables de los delitos cometidos por las personas físicas, es decir, de los mismos delitos, no de un delito propio. En la parte especial siempre se establece que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 *bis*, una persona jurídica es responsable de los correspondientes delitos de la parte especial. Por ejemplo, el art. 197 *quinquies* establece que “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los arts. 197, 197 *bis* y 197 *ter*, se le impondrá una pena de multa de seis meses a dos años”. Es decir, se impone a la persona jurídica una pena debido a que es responsable de tales delitos, no del supuesto tipo del art. 31 *bis*. Esta cláusula establece los criterios para hacerla responsable junto al infractor que “materialmente ha realizado los hechos” (apartado segundo del art. 31 *ter*). La tesis mayoritaria del Supremo no acaba de poder explicar las variaciones de pena de unos delitos a otros si el tipo que se imputa a la persona jurídica es siempre el mismo.

Mi conclusión es que la perspectiva que mejor explica el modelo vigente es el de corresponsabilidad por el hecho, con una fundamentación propia, autónoma y diferenciada de la responsabilidad para personas físicas por un lado y jurídicas por otro que, en todo caso, responden del mismo hecho (vertido, soborno, fraude, falsedad de folleto, etc.). Esta perspectiva hace, sin duda, más difícil la labor de las acusaciones que la propuesta de la Circular, pero el principio de facilitar la labor del Público Ministerio –y de las restantes acusaciones– no es un criterio válido para orientar la interpretación de las leyes. Lo decisivo es determinar correctamente el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas entendiendo el fundamento último que llevó a adoptar tal decisión político-criminal.

⁶² Tiene razón en este sentido el Voto Particular cuando se refiere a “un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, ‘como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran’” y a “que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como la ‘ausencia de una cultura de respeto al derecho’ no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad”. Es cierto que se estaría creando un tipo de “carácter abierto e indeterminado” que sería insoportable con respecto a conductas individuales.

En conclusión, no parece que se corresponda con el modelo español la idea de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, de construir la responsabilidad propia de las empresas partiendo de que el delito corporativo es una figura delictiva tipificada específicamente en el art. 31 *bis* (al estilo del vetusto *crimen culpae*).

5. La Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo: un camino a seguir y profundizar

La STS 221/2016, de 16 de marzo (Ponente Manuel Marchena Gómez) parte de que las sanciones contempladas para las personas jurídicas son de naturaleza penal: “No es discutible –frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de etiquetas– que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal”.

Considera acertadamente que

“el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 *bis* del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de 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, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”.

Por ello sostiene que la responsabilidad de las personas jurídicas

“no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 *bis* 1 b). Sólo responde cuando se hayan ‘...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso’. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”.

“En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad”.

Especialmente interesantes son las conclusiones al final de la extensa motivación, donde, avanzando en la doctrina de la STS 154/2016, de 29 de febrero, considera que

“Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio (...)”.

“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”.

“La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”.

La sentencia señala adecuadamente cómo el uso de penas que parten de una responsabilización a la persona jurídica por la comisión de un hecho delictivo exige respetar principios básicos del Derecho Penal como la no responsabilidad por el hecho de otros y la exclusiva responsabilidad por hechos propios. En consecuencia, para que la existencia de la infracción de deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de personas físicas se convierta en un auténtico delito corporativo o en un hecho propio de la persona jurídica es necesario que supongan una manifestación de defectos estructurales, lo cual exige tener en cuenta elementos estructurales y organizativos que exceden de las estrictas prestaciones de individuos concretos. Habrá que seguir trabajando sobre estos elementos que convierten un incumplimiento individual en un delito corporativo o en un hecho propio de la persona jurídica. La sentencia deja claro que una infracción puntual y aislada puede ser insuficiente y por ello exige “una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención”. Las acusaciones tienen que probar dicho hecho propio diferenciado de la responsabilidad individual y las razones por las que la persona jurídica debe responder del hecho delictivo. Si la persona jurídica –más allá de negar su vinculación con el hecho– quiere alegar en su defensa la existencia de un sistema general de *Compliance* eficaz, ella es la que se encuentra en una mejor posición para aportar pruebas en este sentido.

Un adecuado desarrollo del modelo español pasa por asumir que la responsabilidad de las personas jurídicas se construye sobre un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona jurídica y “que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo”, lo que obliga consecuentemente a “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”. Si ello se hace desde una perspectiva como la que he denominado macro- (sistema de cumplimiento normativo) y no micro- (control de individuo a individuo) tendríamos formulado, en mi opinión, un modelo muy satisfactorio sobre el que se

puede construir un consenso hermenéutico importante⁶³.

El estudio de las razones normativas últimas por las que la persona jurídica debe responder de su defecto estructural es competencia de la doctrina, que deberá poner en evidencia dichas razones que justifican la intervención del Derecho penal contra personas jurídicas. Como se ha expuesto, ello es decisivo para cuestiones concretas de mayor detalle. Pero nunca se ha de olvidar que se trata de encontrar un fundamento normativamente válido para una responsabilidad de carácter penal que tiene como presupuesto la imputación de hechos delictivos concretos y, como consecuencia, la imposición de una sanción como la pena de multa que busca ciertos efectos preventivo-generales, colaborando así con la pena para las personas físicas a estabilizar la norma penal vulnerada.

Esta sentencia evidencia cómo la interpretación del modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas y del art. 31 *bis* que vengo defendiendo desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 del Código Penal a través de mi monografía *El delito corporativo en el Código Penal español* puede ser una vía adecuada para llegar a una solución dogmáticamente satisfactoria y respetuosa con principios irrenunciables del Estado de Derecho cuando el legislador opta por hacer uso de la vía penal. Este ha sido mi principal objetivo desde que el legislador español decidió introducir en el Código Penal una responsabilidad penal de las personas jurídicas paralela a la de las personas físicas. Me satisface ver la coincidencia en los planteamientos de partida con el enorme y encomiable esfuerzo de las primeras sentencias del Tribunal de Casación en la interpretación del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en nuestro Código Penal.

6. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>STS, 2ª, 02.09.2015</i>	<i>514/2015</i>	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
<i>STS, 2ª, 29.02.2016</i>	<i>154/2016</i>	<i>José Manuel Maza Martín</i>
<i>STS, 2ª, 16.03.2016</i>	<i>221/2016</i>	<i>Manuel Marchena Gómez</i>

⁶³ La sentencia destaca el problema de la falta de consenso doctrinal en esta materia: “En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones”.

7. Bibliografía

BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (2012), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.

CANCIO MELIÁ (2006), «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, BdF, Buenos Aires, pp. 3 ss.

CIGÜELA SOLA (2016), «El injusto estructural de la organización», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

——— (2014), *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Tesis, Barcelona (Publicada en 2015 bajo el mismo título en Marcial Pons, Madrid y otras).

FEIJOO SÁNCHEZ (2015), *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.

——— (2015), «Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 200 ss.

——— (2014), «El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (coords.), *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, t. 2, Gaceta penal y procesal penal, Lima, pp. 41 ss.

——— (2013), «Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles», en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 135 ss.

——— (2011), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, pp. 65 ss.

——— (2007), *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid.

——— (2002), *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2013), «¿Qué modelo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 177 ss.

——— (2014), en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (coords.), *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, t. 2, Gaceta penal y procesal penal, Lima, pp. 89 ss.

PAGANO (2010), «Legal persons: The evolution of fictitious species», *Journal of Institutional Economics*, (6 - 1), pp. 117 ss.

SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns, Colonia y otras, 1979.