

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas

La extralimitación *contra legem* del Tribunal Supremo, la hermenéutica incompleta de la Fiscalía General del Estado y la vaguedad del art. 31.bis CP

Alejandro Ayala González

Abstract*

La responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye una materia de discusión de primer orden doctrinal. Su alcance ha desbordado los límites del ámbito académico y se ha trasladado a la práctica forense, produciéndose una contraposición interpretativa del Código Penal entre el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado. Mientras que el primero optó por una exégesis en línea con la teoría de los sistemas autopoiéticos, el segundo dedujo de la norma una suerte de heterorresponsabilidad. Sin embargo, ninguna de estas propuestas es respetuosa con los principios de nuestro ordenamiento legal y constitucional. En contraposición, se propone optar la opción hermenéutica que subyace en el seno de ambas instituciones: el modelo del hecho de conexión.

Die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Personen stellt ein erstrangigen Diskussionsthema in der Strafrechtsdogmatik dar. Die Tragweite des Problems hat den akademischen Bereich überschwommen und hat sich auf die praktische Rechtsanwendung ausgedehnt. Hier lässt sich eine Gegenstellung der Meinungen der General Staatsanwaltschaft und des Tribunal Supremo feststellen. Während Letztere sich für eine Auslegung gemäß der autopoietischen Systeme entschieden hat, hat die Staatsanwaltschaft aus der Strafvorschrift eine Art Fremdverantwortung geschlossen. Jedoch beachtet keine von diesen Auslegungen die Prinzipien unserer Rechts- und verfassungsrechtlichen Ordnung. Daher wird in dem vorliegenden Beitrag die hermeneutische Alternative vertreten, die beiden Institutionen gemeinsam ist: das Modell der Anknüpfungstat.

Corporate criminal liability is an important area of debate whose scope has gone beyond the limits of academic discussion and has moved into the field of practice, leading to conflicting interpretations of the Spanish Criminal Code between the Supreme Court and the Attorney General's Office. While the former opted for a conception in line with the theory of autopoietic social systems, the latter deduced a sort of vicarious liability from the law. However, none of these proposals is respectful of the principles of our legal and constitutional system. By contrast, this paper suggests an alternative view which underlies the core of both institutions: the model of the connection fact.

Titel: Strafrechtliche Verantwortung der juristischen Personen: Kreuzauslegungen in den höchsten Instanzen
Title: Criminal Corporate Liability: Cross Interpretations at the Highest Levels.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tribunal Supremo, Fiscalía General del Estado, artículo 31.bis, autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, responsabilidad vicarial, delito corporativo, principio de culpabilidad, hecho de conexión, defecto de organización, compliance.

Stichwörter: kollektive strafrechtliche Verantwortung, Tribunal Supremo, Generalstaatsanwaltschaft, Art. 31 bis Strafgesetzbuch, Selbstverantwortung, Fremdverantwortung, korporative Straftat, Schuldprinzip, Anknüpfungstat, Organisationsdefizit, Compliance.

Keywords: corporate criminal liability, Supreme Court, Attorney General's Office, Article 31.bis, individual liability, vicarious liability, corporate offence, principle of guilt, connecting factors, organizational fault, compliance.

* Mis agradecimientos a Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y a Helena Prieto González por sus reflexiones y sugerencias.

Sumario

1. Introducción
2. Lo que subyace en los pronunciamientos del Tribunal Supremo: la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos
3. La teoría de los sistemas autopoiéticos como una extralimitación jurisprudencial *contra legem* del Código Penal
4. El entendimiento de la Fiscalía General del Estado: el modelo vicarial
5. El modelo de transferencia como ejercicio hermenéutico bien encaminado pero inconstitucionalmente incompleto
6. Lo que realmente parece decir el legislador en el artículo 31.bis CP: el modelo del hecho de conexión
7. Conclusiones
8. Bibliografía
9. Jurisprudencia

1. Introducción

Es indiscutible que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una cuestión de enorme calado doctrinal que cuenta con opositores y partidarios, sean de una u otra escuela¹. Pero es también incontrovertido que se trata de una realidad de *lege lata* en España² y que, salvo un inesperado giro dramático de los acontecimientos, ha venido para quedarse. Por ello, no queda más remedio que articular un sistema hermenéutico que respete los cánones que conforman nuestro ordenamiento criminal –sustantivo y procesal– a fin de proporcionar no solo una adecuada recepción teórica de la institución sino también una práctica forense consistente con los postulados de nuestro sistema *ius* penalista.

El volumen y la disparidad de las propuestas dogmáticas para explicar la responsabilidad criminal de los entes colectivos configuran un abanico de enorme amplitud. Dependiendo de por cuál se opte, este sistema interpretativo al que nos referimos se articulará de una u otra manera³.

¹ Las concepciones antropocéntricas constituyen el (r)efugio de índole ontológica y antropomórfica que enarbolan los detractores de la responsabilidad penal de los entes colectivos para negarla. Ciertamente, desde un plano netamente metafísico, la clásica máxima anglosajona *no body to kick, no soul to damn* («ningún cuerpo que patear, ningún alma a la que reprochar») refleja a la perfección la incapacidad de acción y de culpabilidad de las entidades organizativas. La propensión psicológico-subjetiva que sustenta nuestro ordenamiento criminal es innegable. Ahora bien, el Derecho (penal), como instrumento regulador de la convivencia social que es, no puede conformarse con defender una dogmática científica que no satisfaga a la materialidad concurrente. La teoría de poco sirve sino puede aplicarse. Puede discutirse que esta rama jurídica sea o no la herramienta más idónea para regular y controlar la actuación de los entes colectivos en –extrapolando la clásica nomenclatura del sociólogo Ulrich Beck– la *sociedad del riesgo*; pero su configuración permite articular, *a priori*, un instrumento eficaz a la par que garantista.

² Ante esta afirmación, téngase en cuenta que determinado sector doctrinal relevante ha negado que nuestro ordenamiento haya acogido una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, véase, por ejemplo, ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica; crítica del art. 31.bis del Código penal», *Diario La Ley*, (7705), 2011; SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», *Diario La Ley*, (7464), 2010; GÓMEZ MARTÍN, «Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “Societas delinquere non potest”», en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 331 ss.; MIR PUIG, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», *FICP*, (2), 2015, pp. 140 ss.; GRACIA MARTÍN, «La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *FICP*, (2), 2015, pp. 149 ss.

³ Como material sucinto pero esclarecedor sobre los modelos dogmáticos que doctrinalmente se han desarrollado para fundamentar la responsabilidad criminal de los entes colectivos, se recomienda ZUGALDÍA ESPINAR, «Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas

Dicho lo cual, la plasmación en nuestro Derecho positivo del contenido de los artículos 31bis y concordantes del Código Penal (en adelante, CP) implica, necesariamente, que nuestro legislador ha optado por alguna de las formulaciones existentes. Cuál ha sido es una cuestión que, además de haber suscitado distintas controversias doctrinales, ha resultado en una contraposición de pareceres entre dos de los operadores jurídicos institucionales: la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) y el Tribunal Supremo (en adelante, TS).

En este trabajo se presenta una interpretación crítica sobre este debate a fin de intentar apuntar cuál es el molde dogmático que ha adoptado el CP⁴. Si bien el orden lógico-cronológico más adecuado para plantear el tema pasaría por analizar el contenido de los arts. 31bis y concordantes CP, examinar el contenido de las Circulares de la FGE y considerar los pronunciamientos del TS, la exposición que sigue se toma la licencia de invertir el orden de los factores por motivos dialécticos.

2. *Lo que subyace a los pronunciamientos del Tribunal Supremo: la teoría de los sistemas sociales autopoieticos*

Los pronunciamientos del TS sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido más bien escasos⁵. En consecuencia, no ha tenido oportunidad de dictaminar sobre toda la problemática coligada a la materia, siéndole imposible por consiguiente realizar un planteamiento completo e integral.

jurídicas (A propósito de las SSTS de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, (119), 2016, *passim* y ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económicos*, (69-211), 2014, pp. 103 ss. Véase también con mayor detalle, entre otros, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 88-177.

⁴ Este trabajo analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva propia del holismo y la teoría luhmanniana de sistemas, por entender que esta aproximación es la predominante en la doctrina (aunque no siempre de manera expresa) y por ser la que ha calado en los operadores jurídicos institucionales. Sin embargo, este acercamiento no agota todas las posibilidades metódicas. En contraposición, la institución también ha sido analizada (no sin coherencia y rigor) desde el individualismo metodológico, negándose la necesidad de que la imputación de responsabilidad al ente colectivo requiera otorgarle la categoría de agente (en sentido estricto) así como que para explicarla responsabilidad penal de las personas jurídicas sea necesario superar la perspectiva individual que tradicionalmente ha imperado en el Derecho penal. En este sentido, véase, por ejemplo, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, *passim*. Una propuesta también interesante es la elaborada por CIGÜELA SOLA en *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, pp. 287 ss. Ambos planteamientos parten de la misma (fundamentada) premisa, a saber, que aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas no implica admitir que estas deban someterse a un régimen idéntico al existente para las personas físicas. Al respecto, véase DAN-COHEN, «Sanctioning Corporations», *Journal of Law and Policy*, (19-1), 2010, *passim*.

⁵ SSTS, 2ª, 514/2015, 02.09.15, (Ar. 2015/3974: Manuel Marchena Gómez); 2ª, 154/2016, 29.02.16 (Ar. 2016/600: José Manuel Maza Martín); 2ª, 221/2016, 16.03.16 (Ar. 2016/824: Manuel Marchena Gómez); 2ª, 516/2016, 13.06.16 (Ar. 2016/2531: Andrés Martínez Arrieta); 2ª, 121/2017, 23.02.17 (Ar. 2017/953: Francisco Monterde Ferrer); 2ª, 455/2017, 21.06.17 (Ar. 2017/3939: Juan Saavedra Ruíz); 2ª, 583/2017, 19.07.17 (Ar. 2017/4864: Antonio del Moral García); y 2ª, 668/2017, 11.10.17 (Ar. 2017/4598: Manuel Marchena Gómez); sin perjuicio de otras en las que aborda la materia tangencialmente, tales como SSTS, 2ª, 125/2014, 20.02.14 (Ar. 2014/1378: Antonio del Moral García); 2ª, 744/2016, 06.10.16 (Ar. 2016/4931: Pablo Llarena Conde); 2ª, 827/2016, 03.11.16 (Ar. 2016/5205: José Ramón Soriano Soriano); 2ª, 31/2017, 26.01.17 (Ar. 2017/349: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca); 2ª, 316/2018, 28.06.18 (Ar. 2018/186295: Vicente Magro Servet). Para acceder a un examen de la jurisprudencia del TS y otros órganos jurisdiccionales en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas (si bien alcanzando conclusiones distintas a las que se exponen en este trabajo), véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2017, *passim*.

En todo caso, lo cierto es que su postura hasta la fecha no es del todo nítida y clara, pudiéndose apreciar incluso una contraposición de opiniones a nivel interno. Valga señalar en esta línea la emisión del voto particular que acompañó la STS 154/2016, de 29 de febrero, del que hablaremos más adelante⁶. No obstante lo anterior, centrando la atención en el actual eje angular de su jurisprudencia (las SSTS de 29 de febrero y 16 de marzo, de 2016 ambas), parece que el TS interpreta los arts. 31. bis y concordantes CP siguiendo las tesis penalistas de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos⁷.

Partiendo de la base de que los entes colectivos son sistemas que se autoorganizan, se autoconducen y autodeterminan, la teoría de los **sistemas sociales autopoiéticos** concibe un sistema de responsabilidad «puro» del ente colectivo intentando obviar cualquier factor humano, en donde tanto la acción como la culpabilidad le son «propias». En este contexto, la acción típica del ente colectivo recae en el defecto de organización social y la culpabilidad responde a una concepción constructivista, funcionalmente equivalente a la propia de la persona física, consistente en la ausencia de cultura corporativa de fidelidad al Derecho⁸, utilizando la terminología más extendida en el ámbito de los negocios (aunque sin entender el porqué), una cultura de *compliance*⁹.

Así, el eje sobre el que gira la tipicidad de la persona jurídica es el defecto de organización, la falta del debido control sobre sus integrantes y procesos internos, configurando esto su propio injusto, separado del correspondiente a la persona física. Por su parte, la culpabilidad es una incorrecta disposición jurídica, un inadecuado tono ético, para cumplir con la legalidad vigente, esto es, un déficit de motivación para actuar de acuerdo con el fin de la norma¹⁰. Dicho de otra manera, como la persona jurídica es la única competente para decidir sobre su propia organización, su comportamiento debe ajustarse a los estándares normativamente exigidos, de tal suerte que un defecto de autoorganización que haya permitido la comisión de un delito constituye el injusto penal, mientras que la falta de fidelidad hacia el Derecho se torna como base

⁶ Merece la pena señalar que esta falta de nitidez se agudizó cuando el TS, tras desecharla viabilidad del modelo de transferencia en nuestro ordenamiento (STS 2ª, 154/2016, 29.02.16 [Ar. 2016/600] -FD. 8-; STS 2ª, 221/2016, 16.03.16 (Ar. 2016/824) -FD. 5, D-), afirmó que “[e]n el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial” (STS 2ª, 516/2016, 13.06.16 (Ar. 2016/2531) -FD. 1-). No obstante, esta manifiesta incoherencia fue tan solo un lapsus temporal que vino a ser corregido mediante el ATS 2ª, 28.06.2016 (Ar. 2016/157256) -RJ. 1-: “(...) se advierte un error material respecto al cual procede la aclaración y subsanación a través del presente Auto. En el penúltimo párrafo del fundamento primero se indica erróneamente una opción del legislador por un sistema vicarial cuando, conforme se deduce del resto de la fundamentación, la opción es por un sistema de auto-responsabilidad. Así resulta de la propia fundamentación al afirmar que ambas, personas física y jurídica, responden por su propia responsabilidad en términos que definen, respectivamente, los arts. 28 y 31 bis CP.”

⁷ En esta línea, ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, (119), 2016, p. 4.

⁸ Para profundizar, véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad de la empresa*, 2005, *passim* y EL MISMO, «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 121 ss.

⁹ Esta cultura de cumplimiento constituye una novedad en nuestro ordenamiento que irá desarrollándose y asentándose con el tiempo, tanto en el Derecho penal como en el resto de ramas en las que ha irrumpido. No obstante, habrá que ver cuál es el desarrollo de esta flamante «estrategia de control del comportamiento empresarial desviado» (en palabras de NIETO MARTÍN, «Introducción» en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN, *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013), en la medida en que “[e]l ordenamiento sustantivo es una rémora para nuestra comprensión de la complejidad de la vida organizacional y la ciencia organizacional (...). La indecisión de ver los avances en la ciencia y la tecnología del cumplimiento como una oportunidad para regular más equitativamente, estar obligado mediante controles sociales razonables y medidos, y aspirar a innovaciones más creativas en la regulación encuentra sus orígenes en una tradicional ambivalencia hacia la atribución de responsabilidad a las corporaciones” [trad. propia de LAUFER, «The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law», *New York University Journal of Law and Business*, (14-1), 2017, p. 10].

¹⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, (119), 2016, p. 4.

de su culpabilidad, por no haberse mostrado un comportamiento propio de un ciudadano medio¹¹.

Pues bien, como decíamos, parece que el TS acoge esta línea dogmática para interpretar el modelo de responsabilidad penal corporativa que ha sido instaurado en el CP. Prueba de ello es su pronunciamiento que afirma que “...[l]a determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, 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, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos...” que pueden acarrear la responsabilidad del ente colectivo¹². Este razonamiento le lleva a afirmar que esa ausencia de cultura de respeto al Derecho debe materializarse en una omisión de “...herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría (...) el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”¹³.

De igual forma, afirma que “...[h]abría 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(...),[l]a 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”¹⁴.

En otras palabras, el TS constituye como elemento de la tipicidad el defecto de organización consistente en la ineficacia de los modelos de organización y gestión del riesgo, conceptuando así el denominado **delito corporativo**. Este vendría a estar conformado por los *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*¹⁵. De este modo, la persona jurídica será penalmente responsable si, por una ausencia de cultura de fidelidad y respeto al Derecho, no ha adoptado los correspondientes modelos de organización y supervisión y, con ello, ha permitido que se superen los umbrales razonables del riesgo.

En este marco, una cuestión que no ha sido resuelta por el TS es qué naturaleza jurídica corresponde a los modelos de organización y gestión en caso de que se ajusten a los parámetros indicados en el art. 31.bis CP. Según el CP, la persona jurídica *quedará exenta*, entre otros extremos, si cuenta con un modelo que resulte adecuado para prevenir delitos. Pues bien, en la propuesta dibujada por el TS, si el tipo consiste en la carencia de elementos organizativo-estructurales adecuados para la prevención de delitos, que una persona jurídica cuente con ellos implicaría la atipicidad de la conducta. Es decir, haber ejercido el debido control, siguiendo los parámetros preceptuados por el legislador, supondría la ausencia de tipicidad corporativa. La existencia y ejecución de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito constituiría una conducta correcta por parte de la persona jurídica. Así, a pesar de haberse verificado una comisión delictiva en su seno, carecería de sentido hablar de una conducta corporativa

¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, «La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro», en VV.AA., *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García*, 2006, p. 80.

¹² STS 2ª, 154/2016, 29.02.16 (Ar. 2016/600) -FD. 8-.

¹³ STS 2ª, 154/2016, 29.02.16 (Ar. 2016/600) -FD. 8-.

¹⁴ STS 2ª, 221/2016, 16.03.16 (Ar. 2016/824) -FD. 5, D-.

¹⁵ STS 2ª, 221/2016, 16.03.16 (Ar. 2016/824) -FD. 5, D-.

reprochable en tanto que los modelos eran, *ex ante*, apropiados y acordes a las previsiones legales. En esta línea, la falta de modelos de organización eficaces constituiría, pues, un hecho negativo impeditivo para la apreciación de una tipicidad imputable al ente colectivo¹⁶, o, si se opta por una teoría jurídica del delito bipartita, un **elemento negativo del tipo**¹⁷.

Apuntado lo anterior, parece claro que el TS ha optado por interpretar el CP siguiendo las tesis de la teoría de los sistemas autopoieticos. Sin embargo, no puede obviarse que la STS 154/2016, de 29 de febrero, recogió un **voto particular** suscrito por una minoría muy cualificada de magistrados que subraya la discrepancia de opiniones existente en el alto tribunal. Esta opinión divergente viene a indicar que 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 CP, siendo así que los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP”...¹⁸. Esta concepción viene a reconocer, aun implícitamente, que el legislador ha venido a conformar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en clave de hecho de conexión (véase *infra*).

Sea como fuera, lo cierto es que el TS acoge la tesis de la teoría de los sistemas autopoieticos, definiendo el defecto de organización como el delito corporativo –constitutivo del injusto propio de la persona jurídica– y encarnando el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica en una falta de cultura de fidelidad al Derecho¹⁹.

3. La teoría de los sistemas autopoieticos como una extralimitación jurisprudencial contra *legem del Código Penal*

La teoría de los sistemas autopoieticos constituye una opción doctrinal enmarcada en el marco de las propuestas del injusto propio y de la culpabilidad propia de la persona jurídica. Por ello, es una alternativa compatible con los pilares de nuestro ordenamiento criminal. Es dogmática y constitucionalmente conforme con el sistema penal español desde una perspectiva puramente

¹⁶ Defendiendo esta tesis, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas», en BACIGALUPO SAGGESE/FEJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 635-641.

¹⁷ Desde un punto de vista sistemático, las dos opciones indicadas serían las más acordes con el parecer del TS. Sin embargo, lejos de haberse significado a este respecto, el TS ha indicado que la implementación de un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo permite “exonerar a la empresa” (2ª, 316/2018, 28.06.18 [Ar. 2018/186295] –FD. 8–. Esta expresión, equívoca si se traslada a la teoría del delito, puede invitar a pensar en otras alternativas que, entiendo, no serían congruentes con la hermenéutica jurisprudencial. En todo caso, para acceder a un interesante análisis crítico de la teoría de los elementos negativos del tipo, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, «De moscas y agresores muertos: Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo», *InDret*, (2), 2008, *passim*.

¹⁸ STS 2ª, 154/2016, 29.02.16 (Ar. 2016/600) -Voto Particular-.

¹⁹ En todo caso, parece que el TS no diferenció nítidamente entre hecho ilícito –el defecto de organización– y la culpabilidad –la ausencia de cultura de respeto al Derecho– pues aunó ambos elementos en la tipicidad, vaciando de contenido la culpabilidad e incorporando al núcleo del tipo la falta de cultura de fidelidad al ordenamiento jurídico. Así lo afirma ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, (119), 2016, p. 4. El autor entiende que “[l]a teoría de los sistemas sociales autopoieticos es la que probablemente pretendió seguir la STS de 29 de febrero de 2016, aunque lo hizo erróneamente”.

teórica. No obstante, la dicción de los arts. 31.bis y concordantes CP no parece ir en esta dirección²⁰.

El TS ha señalado que *cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*²¹. Coherente con esta línea ha tratado de configurar, por ejemplo, una responsabilidad por hecho propio, ha amparado la presunción de inocencia de los entes colectivos o ha atendido a la merma que el derecho de defensa de la persona jurídica puede sufrir por la existencia de un conflicto de intereses con su representante especialmente designado. En definitiva, ha defendido que *los derechos y garantías constitucionales (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal*²².

Sin embargo, el TS olvida con su interpretación uno de los pilares más elementales y fundamentales del Derecho penal moderno: el **principio de legalidad penal**. La vigencia de la garantía criminal que subyace en el principio no permite que se castigue como infracción penal una conducta que no haya sido determinada previamente como tal por la Ley. O en términos legales: *[n]o será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración* (art. 1.1 CP).

Pues bien, ¿dónde se ha recogido el delito corporativo? ¿Cuál es la conducta prohibida exactamente? ¿Realmente el art. 31.bis y concordantes CP *tipifican* alguna conducta? No parece el caso. El precepto se ubica sistemáticamente en el Título II del Libro I CP (De las personas criminalmente responsables de los delitos), lejos de la Parte Especial (Libro II Delitos y sus penas) en donde se tipifican los ilícitos criminales. De igual forma, la redacción de los preceptos carece de la estructura y contenido usual de un tipo penal pues carece de un supuesto de hecho con una conducta proscrita y tampoco cuenta con una pena asociada.

De hecho, el delito corporativo es un concepto de cuño jurisprudencial. ¿Acaso no es la Ley la única fuente tipificadora de conductas? El contenido del supuesto ilícito corre el riesgo de conculcar, además, el mandato *lex stricta* subyacente al principio de legalidad²³ pues ¿cuál es la conducta exactamente prohibida? ¿Tal vez no contar con *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*? Así lo ha interpretado el TS pero el CP no se pronuncia en este sentido. El denominado “debido control”, el conocido como defecto organizativo, es a día de hoy un concepto jurídico indeterminado carente de definición legal²⁴, de tal forma que su integración jurisprudencial a efectos tipificadores transgrede la consagrada **separación de poderes**, pues el poder judicial estaría instituyendo como delito lo que el legislador no ha reconocido como tal.

El Título II del Libro I CP en ningún caso tipifica o prohíbe conducta alguna. Simplemente especifica los sujetos que pueden ser penalmente responsables en nuestro ordenamiento,

²⁰ En defensa de la interpretación del TS, véase, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, *passim* o, de una manera concreta, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, (8830), *passim*.

²¹ STS 514/2015, de 2 de septiembre, [RJ 2015/3974], Ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez -FD. 3-.

²² STS 2ª,154/2016, 29.02.16 (Ar. 2016/600) -FD. 8-.

²³ Así lo advierte el propio Voto Particular, 4º de la STS 2ª,154/2016, 29.02.16 (Ar. 2016/600).

²⁴ CASTRO SALILLAS, «El abogado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en CARRETERO GONZÁLEZ/MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dir.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Madrid, 2012, pp. 1366. A este tenor, es interesante el «test de debido control» de NIETO MARTÍN, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 84 ss.

definiendo los distintos tipos de intervención delictiva a efectos de determinación del título de imputación y penalidad correspondientes. El art. 31.bis CP tan sólo determina que la persona jurídica puede responder penalmente cuando concurren, por un lado, positivamente los presupuestos del apartado 1 y, por otro lado, negativamente los extremos del resto de apartados del precepto (relativos a las condiciones y requisitos de los modelos de gestión y control). Es decir, el precepto hace responsable –o corresponsable, si se prefiere– de la comisión concreta de un tipo penal²⁵ –que, ontológica e inevitablemente, ha sido cometido por una persona física–.

El art. 31.bis CP establece las condiciones que permiten entender, jurídicamente, responsable a la persona jurídica por un hecho típico, concibiéndolo como propio desde la perspectiva normativo-penal (como veremos *infra*), pero no define los elementos de la tipicidad del denominado delito corporativo.

A este tenor, los apartados 2 y 4 del art. 31.bis CP estipulan que la *persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si* cuenta con un modelo de organización y gestión efectivo y adecuado para prevenir o reducir significativamente la comisión de delitos. Es decir, no hablan de atipicidad sino de exención de la responsabilidad que se decreta en el apartado 1 del precepto. La tipicidad que se castiga, en su caso, es la correspondiente a la del delito base, cometido ontológicamente por una de las personas previstas en el art. 31.bis 1 CP.

Es precisamente por ese hecho por el que la persona jurídica puede acabar siendo penalmente responsable: la responsabilidad de la entidad se desprende de los ilícitos cometidos cuando se cumplan los debidos presupuestos y condiciones para ello. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos de esta Sección (o de este Capítulo)* es la expresión que el CP utiliza a lo largo de la Parte Especial. Ello significa que la responsabilidad se deriva con respecto a unos hechos concretos (el ilícito base previsto y penado en la correspondiente Sección o Capítulo) y no con respecto a un supuesto delito corporativo, sin perjuicio de que las deficiencias organizativas influyan en la imposición de la pena corporativa.

En este sentido, en nuestro ordenamiento sólo “...[s]on delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley...” (art. 10 CP). Pues bien, es palpable que nuestra Ley sustantiva no castiga el delito corporativo que define el TS: el defecto de organización no está penado *per se*, simplemente se articula como el fundamento de la culpabilidad de la entidad y como el presupuesto de punibilidad del ente²⁶ con respecto al hecho típico y antijurídico cometido por alguna de las personas físicas a las que se refiere el art. 31.bis CP (véase *infra*).

Efectivamente, el defecto organizativo no se tipifica; no se alude al mismo como un delito en sentido estricto (como hace el TS). La ausencia de los modelos de organización y control a los que se refiere el art. 31.bis CP no se constituyen como una conducta punible en nuestro ordenamiento, sino como una opción que permite la exclusión de responsabilidad de la persona jurídica. La adopción de tales modelos es una facultad del órgano de gobierno del ente colectivo, pero simplemente eso, una facultad, no un deber²⁷, en tanto que la ausencia de su adopción no implica, por sí misma, una actuación objeto de sanción penal.

²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed., 2016, pp. 75 s.

²⁶ BACIGALUPO SAGGESE, «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en ZUGALDÍA ESPINAR/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 83 s.

²⁷ En una línea similar, pero identificando esta facultad como una incumbencia, véase SILVA SÁNCHEZ, «La exigencia de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 681.

Por lo tanto, el delito corporativo en términos de defecto organizativo es, respetuosamente, una extrapolación jurisprudencial *contra legem*. No es que se niegue la expresión acuñada por el TS: el delito corporativo es, efectivamente, el cometido y atribuido al ente colectivo. Existiría, dígase, un «delito individual» que, cumpliendo las condiciones del art. 31.bis CP y concurriendo el correspondiente defecto de organización, pasaría a ser considerado como un delito corporativo (un acto típico, antijurídico y culpable desde la perspectiva de la persona jurídica). Pero, dada la redacción actual del CP, el ilícito «individual» será necesariamente uno de los contenidos en la relación *numerus clausus* que fija el CP.

Esta integración de cuño jurisprudencial encuentra su origen en la idea de que la aplicación penalista de la teoría de los sistemas autopoieticos implicaría, en opinión del autor, una suerte de **Derecho penal de tipo único o Derecho penal de único delito**. Si la tipicidad corporativa la constituye la falta del debido control sobre sus integrantes y procesos internos, ello significa que las personas jurídicas solo pueden cometer un único ilícito: el defecto de organización. En este contexto, para cumplir con el principio de legalidad penal sería necesario especificar taxativamente cada uno de los elementos típicos del defecto organizativo (¿tal vez, no contar con modelos de organización y control que cumplan con las exigencias del art. 31.bis.6 CP?). En este contexto, la relación *numerus clausus* de delitos sobre los que se puede predicar la responsabilidad penal de la persona jurídica constituirá el elenco sobre el que se exigiría al ente colectivo ejercer el debido control, quedando el resto de tipos criminales extramuros de las obligaciones de supervisión corporativa –sin perjuicio de que el listado se amplíe, reduzca o, incluso, desaparezca por motivos de política criminal–. En consecuencia, en opinión del autor, la teoría de los sistemas autopoieticos requeriría, desde un punto de vista técnico-legislativo, la inclusión en el CP de una **Parte Especial para las personas jurídicas** en el que el defecto de organización constituiría el único delito de posible comisión por ellas²⁸. Por este motivo, ante la ausencia de este esquema en nuestra normativa penal, la propuesta del TS no parece serla más adecuada.

Añádase a todo lo anterior que nuestro ordenamiento carece de cualquier referencia, expresa o implícita, a una cultura corporativa de fidelidad al Derecho. Dejando a un lado que el concepto «cultura corporativa» parece responder y pertenecer a nociones más bien propias de otras disciplinas de las ciencias sociales, lo cierto es que ninguna disposición del legislador hace referencia al concepto constructivista de culpabilidad por el que parece que ha optado el TS. La (ausencia de) fidelidad al Derecho no ha sido prevista en el CP como elemento determinante, o incluso contingente, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Parece ser, más bien, una incorporación de cuño jurisprudencial.

En resumidas cuentas, todo apunta a que nuestro legislador no ha introducido en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas siguiendo los esquemas de la teoría de los sistemas autopoieticos, por más que el TS haya optado por esta propuesta dogmática para interpretar los artículos 31.bis y concordantes CP.

4. *El entendimiento de la Fiscalía General del Estado: el modelo vicarial*

La FGE tuvo la difícil tarea de ser el primer operador jurídico institucional en pronunciarse sobre la reforma del CP en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas –y ello en dos

²⁸ Sin apuntar o coincidir con la exégesis propuesta pero en una línea analítica similar, véase GONZÁLEZ SIERRA, *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, 2014, pp. 227 ss.: “(...) el art. 31 bis CP no es una norma (...) sino un delito específico, un tipo penal especial dentro de la Parte General del CP”. Huelga decir que esta afirmación, además de contradecir las conclusiones de este trabajo, es al menos discutible desde el punto de vista técnico-legislativo. Además, al hilo de lo señalado *supra* con respecto a la estructura de los tipos penales, sería el primer delito previsto en nuestro ordenamiento sin contar con una pena asociada.

ocasiones, pues si su Circular 1/2011 fue pionera, la número 1/2016 se formuló sin existir tampoco ningún pronunciamiento jurisprudencial previo en la materia²⁹-. Ciertamente, la FGE tuvo la misión de esbozar los primeros esquemas interpretativos del modelo escogido por el legislador, cimentando las bases de la conflictividad actual que subyace en esta discusión hermenéutica.

A nadie se le escapa que la FGE ha concebido los arts. 31.bis y concordantes CP en clave de **heterorresponsabilidad**, *sistema vicarial o de transferencia, según el cual algunas personas físicas (...) encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica*³⁰. Sin embargo, como veremos, su exposición no se encuentra exenta de cierta incoherencia dogmática.

La propuesta vicarial esgrime un modelo principal-agente (la persona jurídica y sus integrantes, respectivamente) en el que la primera debe responder por los actos ilícitos cometidos por los segundos en tanto que también se beneficia de la imputación de los actos beneficiosos que desarrollan. Así, los ilícitos cometidos por los integrantes de una organización son imputables a esta siempre que hubieran actuado en el marco de las competencias que tenían atribuidas. No solo se imputa la conducta, sino también el elemento subjetivo con la que esta se desarrolló³¹.

La traslación de esta tesis a la teoría jurídica del delito germánico-continental implica que cuando una persona física sea responsable por la comisión de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, tal responsabilidad se transfiere a la persona jurídica. Los elementos delictivos objetivos y subjetivos que concurren en un individuo que actúa en nombre de la entidad a la que pertenece son directamente imputables a la propia entidad, de tal modo que esta es criminalmente responsable por el comportamiento de tal individuo.

Pues bien, el Ministerio Público dibuja un sistema en el que se atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica a través de las actuaciones de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, de tal modo que *la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, deben residenciarse en las personas físicas*³². Siendo así que el apartado primero del art. 31 continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica³³. Se sigue, en fin, la construcción francesa de *responsabilidad del hecho personal por representación*³⁴.

Ahora bien, la FGE es conocedora de que su propuesta de modelo vicarial corre el peligro de estipular una suerte de **responsabilidad objetiva** y devenir, por tanto, inconstitucional. Expresamente dice que *[t]radicionalmente, al modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia se le objeta que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le es exigible*³⁵.

Por ello, atendiendo al actual art. 31.ter CP, defiende que la responsabilidad del propio ente colectivo, si bien no es independiente, es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la correspondiente de la persona física³⁶. Refuerza la literalidad

²⁹ Se alude indistintamente a las Circulares 1/2011 y 1/2016 para tener una visión global de la concepción de la FGE.

³⁰ Circular FGE 1/2011, p. 33.

³¹ Véase PODGOR, «Disruptive Innovation in Criminal Defense: Demanding Corporate Criminal Trials», *Mercer Law Review*, (69), 2018, pp.827 y 828.

³² Circular FGE 1/2011, p. 33.

³³ Circular FGE 1/2016, p. 5.

³⁴ Circular FGE 1/2011, p. 31.

³⁵ Circular FGE 1/2011, p. 34.

³⁶ Circular FGE 1/2011, p. 34.

del art. 31.ter defendiendo que: (i) la actuación de la persona física se valora bajo el prisma del contenido real de su mandato en todas sus vertientes –formal, material y funcional–³⁷; (ii) la persona jurídica cuenta con un sistema penológico propio y un elenco de circunstancias modificativas específicas³⁸; (iii) la persona jurídica se constituye como un auténtico sujeto pasivo del proceso con posibilidad de ejercitar un derecho de defensa propio³⁹; y (iv) el defecto de organización opera como un presupuesto que evita observar una responsabilidad puramente objetiva⁴⁰.

Según la FGE, todos estos elementos habrían sido introducidos para matizar y atenuar el modelo de heterorresponsabilidad empresarial pero no llegan a cimentar un sistema de autorresponsabilidad en sentido estricto. Por tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica corresponde apriorísticamente con la propia de la persona física, sin perjuicio de que la misma se module posteriormente mediante los criterios establecidos en los arts. 31.bis y ss. CP.

Así, en opinión del Ministerio Público *el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional*⁴¹. De ahí que entienda que su interpretación sobre el modelo que subyace en el CP sea apta para los cánones de nuestra Carta Magna y nuestro ordenamiento jurídico criminal.

El pilar hermenéutico sobre el que apoya su entendimiento reside en que la norma estipula no que las personas jurídicas cometan delitos sino que estas *serán penalmente responsables de los delitos cometidos por personas físicas*⁴². En tanto que no cometen delitos por sí solos⁴³ y que el Derecho penal se encuentra antropomórficamente limitado –dice la FGE⁴⁴–, los entes colectivos no pueden ser considerados autores materiales de delitos, sino que tan solo se les puede reprochar en virtud del comportamiento criminal de determinadas personas físicas en determinadas circunstancias.

En esta línea, contrariando incluso el propio Preámbulo de la LO 1/2015, que se contrapone frontalmente a la concepción vicarial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, defiende que “...la reforma de 2015 ha venido incluso a desterrar una posible interpretación en apoyo del modelo de responsabilidad autónoma de la empresa. El art. 31 bis original se refería, empleando la forma reflexiva, a ‘no haberse ejercido sobre ellos (los subordinados) el debido control’, lo que permitía aventurar que el control se refería a la propia empresa y a sus programas. En cambio, la redacción del vigente art. 31 bis –‘haberse incumplido por aquéllos’– remite necesariamente a las personas físicas de la letra a)⁴⁵”.

De esta manera, la FGE subraya que si en su Circular 1/2011 ya señalaba sin tapujos la heterorresponsabilidad que subyacía en las dos vías de imputación del art. 31.bis CP, la modificación legislativa del año 2015 tan solo habría venido a confirmar su criterio.

5. El modelo de transferencia como ejercicio hermenéutico bien encaminado pero inconstitucionalmente incompleto

Como se ha visto, la interpretación de la FGE atiende a la dicción literal del CP. Lamentablemente, entendemos que el modelo de vicarial es contrario a nuestros principios

³⁷ Circular FGE 1/2011, p. 34.

³⁸ Circular FGE 1/2016, p. 9.

³⁹ Circular FGE 1/2011, p. 34.

⁴⁰ Circular FGE 1/2016, p. 10.

⁴¹ Circular FGE 1/2011, p. 38.

⁴² Véase la Circular FGE 1/2016, p. 6.

⁴³ Circular FGE 1/2016, p. 7.

⁴⁴ Circular FGE 1/2016, p. 5.

⁴⁵ Circular FGE 1/2016, p. 7.

constitucionales más elementales en materia penal –motivo por el cual, se infiere, el Ministerio Público trató de matizar su lectura legislativa como hemos visto–⁴⁶. En efecto, la interpretación ofrecida por la FGE hace un importante esfuerzo en negar la objetividad de la responsabilidad del ente colectivo, alcanzando una conclusión que le permite excluirla, aceptando, por ende, su conformidad con la Constitución. Llega a afirmar, como se ha señalado, que *el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional*⁴⁷.

Sin embargo, su esfuerzo no se ve recompensado en términos de alineación con los cánones constitucionales en tanto que, de facto, no destierra la objetividad. Ello es así en tanto que los matices que introduce en su planteamiento para evitar el automatismo –véase *supra*– no son, en fin, más que un intento de «disimular» el verdadero carácter objetivo que se desprende del modelo vicarial. Los extremos que apunta pueden funcionar a modo de «filtros» pero no evitan que su responsabilidad acabe siendo automática. Usando las palabras de la propia Circular, la responsabilidad no es «puramente objetiva»; pero, a la inversa, esto quiere decir que es «considerablemente objetiva», por lo que en esencia constituye, con todos los respetos, un mero intento de disimulo⁴⁸.

Esto le lleva, implícitamente, a cercenar el principio de culpabilidad, de rango constitucional, correlacionado a su vez con los principios de personalidad de las penas e interdicción de **responsabilidad penal por hecho ajeno**⁴⁹. En palabras de nuestra máxima autoridad en materia constitucional, “...[e]n efecto, la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos...”⁵⁰. Así, la propuesta de responsabilidad vicarial, sin mediar una culpabilidad de la persona jurídica sino meras condiciones que operan como filtros transferenciales, es contraria a nuestra Carta Magna a día de hoy.

⁴⁶ A favor de la interpretación elaborada por la FGE, véase, por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, (8731), p. 12 o Díez RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, (1), 2012, pp. 14 ss.

⁴⁷ Circular FGE 1/2011, p. 38.

⁴⁸ Este intento ha sido calificado de un “*enmascaramiento de la responsabilidad objetiva en referentes heterogéneos*”. Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El “delito de sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “imputa” en la Circular 1/2010 de la FGE», *Diario La Ley*, (7694), *passim*.

⁴⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario La Ley*, (7694), 2011, *passim*. Desde ciertos sectores se ha opinado que el principio de culpabilidad no rige como tal cuando se exige responsabilidad penal a los entes colectivos. Véase BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal colectiva», en VIEIRA MORANTE, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, 2006, pp. 60 s. o Díez RIPOLLÉS, *InDret*, (1), 2012. De igual forma, véase CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, pp. 43 ss., 293 ss. EL MISMO, «El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica», *InDret*, (1), 2016, afirma que “no es posible hablar de una culpabilidad colectiva, ni de una culpabilidad por hechos de otros, pero sí, en cambio, de una responsabilidad de la organización, de algún modo conectada al comportamiento de sus miembros, disociada de la idea de reproche. No se trata de una ‘responsabilidad subjetiva’, pues no estamos ante un ‘sujeto penal’ [en referencia a los entes colectivos], pero tampoco de una ‘responsabilidad objetiva pura’, pues el fundamento de la sanción no es el delito individual sino la influencia que haya tenido la organización en el mismo.”

⁵⁰ STC, Pleno, 185/2014, 06.11.14 (Ar. 2014/185: Don Fernando Valdés Dal-Ré) -FD. 3-, en referencia a otras anteriores. De hecho, el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar: “[e]sto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos” (STC, 1ª, 246/1991, 19.12.1991 (Ar. 1991/246: Francisco Tomás y Valiente) -FD. 2-. Aunque la resolución versaba sobre el ámbito administrativo, puede inferirse su carácter transversal con respecto a la jurisdicción penal.

De igual forma, la FGE afirma que *la persona jurídica no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros*⁵¹. No obstante, si las personas jurídicas son sujeto pasivo de responsabilidad criminal es condición previa necesaria que puedan ser sujeto activo en la comisión delictiva, aun cuando lo realice a través de otra persona⁵². Consolidada es la doctrina con respecto al **principio de culpabilidad**, en virtud de la cual se impide *un indebido traslado de responsabilidad personal (no de responsabilidad civil subsidiaria), a persona ajena al hecho infractor, al modo de una exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación del dolo o culpa*⁵³.

Además, como se desarrolla *infra*, el CP recoge referencias expresas al contenido de la culpabilidad del ente colectivo (apartados 2 y 4 del art. 31.bis CP), por lo que el legislador no obvia este extremo.

Sin embargo, no es que el Ministerio Público se olvide del principio constitucional de culpabilidad, sino que, directamente, contradice de manera deliberada al propio legislador. Como señalábamos *supra*, el Preámbulo de la LO 1/2015 estipula expresamente que la reforma del CP tuvo el objeto de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», resultando, de hecho, que su quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal del ente colectivo. *Con ello 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*⁵⁴, reza la norma. De este modo, la interpretación de heterorresponsabilidad de la FGE contradice al legislador, el cual, expresamente, rehúye la opción vicarial de los arts. 31.bis y concordantes CP. Por ello, su propuesta no casa tampoco por motivos de **legalidad ordinaria** (entendida en sentido laxo).

En este línea, el modelo vicarial no puede ser el adoptado por nuestro legislador en tanto que el sistema previsto en la Ley (art. 31.terCP) es de responsabilidad acumulativa –la de la persona jurídica no excluye la del individuo y viceversa– y directa –la persona jurídica responde con indiferencia del reproche concreto del individuo–⁵⁵, en el que la responsabilidad corporativa puede ser excluida por razones desvinculadas del comportamiento de sus integrantes (apartados 2, 4 y 5 del art. 31.bis CP)⁵⁶.

Por todo ello, salvo mejor criterio, lo que realmente ocurrió es que la FGE no remató su interpretación; se quedó a medio camino en su ejercicio hermenéutico, cayendo en un sesgo de inconstitucionalidad y de legalidad ordinaria, como se ha visto. Ciertamente, podría entenderse que en su exposición se confunde el modelo vicarial, en el que la responsabilidad de la persona física se trasfiere a la persona jurídica, con el modelo de atribución de actos propio del sistema del hecho de conexión, eliminando los fundamentos de culpabilidad corporativa y los presupuestos de punibilidad.

⁵¹ Circular FGE 1/2016, p. 7.

⁵² RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario La Ley*, (8766), 2016, p. 6.

⁵³ STC, 2ª, 219/1988, 22.11.1988 (Ar. 1998/219: Carlos de la Vega Benayas) -FD. 3-.

⁵⁴ Preámbulo, III, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁵⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas delinquere potest* (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, (76), 2010, p. 6.

⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, «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», *InDret*, (2), 2016, p. 27. En todo caso, debe señalarse que si atendemos a los sistemas de Derecho comparado en los que también se articulan mecanismos que deslindan la responsabilidad individual de la propia de la persona jurídica, la experiencia muestra que para disuadir la comisión de crímenes en el seno corporativo requiere sancionar tanto al ente colectivo como a la persona física. Véase al respecto ARLEN, «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en HAREL (ed.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, *passim*.

6. *Lo que realmente parece decir el legislador en el artículo 31.bis CP: el modelo del hecho de conexión*

Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por personas físicas en determinadas circunstancias, estipula el art. 31.bis.1 CP. Una primera interpretación literal guiaría a la conclusión de que se ha estipulado un sistema de responsabilidad vicarial –al estilo estadounidense, dígame de paso⁵⁷– en el que los apartados 2 y 4 del art. 31.bis CP operarían como factores moduladores de la responsabilidad una vez transferida esta de la persona física a la persona jurídica. Sin embargo, esta exégesis llevaría a las conclusiones de la FGE, con los inconvenientes que se han indicado. Por ello, la interpretación a la que debe someterse el ambiguo precepto debe tener vocación de ser compatible con nuestro sistema penal.

Las limitaciones antropomórficas intrínsecas a las que nuestro Derecho penal se ha visto tradicionalmente sujeto no han sido superadas. En consecuencia, la imputación de la persona jurídica pasa por la actuación anterior de una persona física, es decir, debe de existir una acción «personal» para que quepa hablar de una acción del ente colectivo⁵⁸. Tanto es así que la acción de las personas físicas constituye el primero de los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: sin la conducta de esta no puede entenderse la actuación de la segunda en términos penales⁵⁹.

⁵⁷ Se dice esto con plena consciencia de que el legislador español replicó íntegramente, salvo algún detalle menor, el modelo italiano plasmado en el Decreto Legislativo n° 231, de 8 de junio de 2001 (en adelante, DLeg). La responsabilidad que se establece en el país vecino es de carácter administrativo derivada de la comisión de delitos, una suerte de *tertium genus* que conjuga los trazos esenciales del sistema penal y del ámbito administrativo (Motivo I Exposición de Motivos del DLeg. 231). La expresión “*la persona jurídica será responsable de los delitos cometidos por determinadas personas físicas*” acuñada en Italia, traspasada al ordenamiento penal español, implica una configuración literal que invita hacia su interpretación en clave de heterorresponsabilidad. Esta opción se agudiza si se tiene en cuenta que en la legislación itálica, cuando los hechos criminales se imputan a los directivos de la entidad (art. 6.1 DLeg. 231, equivalente al art. 31.bis.1.a de nuestra Ley), se produce una presunción legal de responsabilidad corporativa que se excluye solo si se acreditan determinados extremos relativos a los modelos de organización y control. Es decir, se establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, reforzándose por tanto el entendimiento de la FGE. No obstante, dentro de unos márgenes razonables, una mala técnica legislativa no debe ser óbice para que la hermenéutica a desarrollar sobre nuestro código criminal obvie u olvide los principios que estructuran nuestro Derecho penal: el trasvase positivo del tenor literal de una norma extranjera debe dilucidarse desde la óptica científica que estructura nuestro ordenamiento. Para acceder a un análisis sistemático de los modelos italiano o estadounidense, véase, entre otros, PRIETO GONZÁLEZ/AYALA GONZÁLEZ, «Derecho comparado», en JUANES PECES (coord.), *Memento Experto Compliance Penal*, Madrid, 2017. En todo caso, para conocer la práctica forense en el sistema estadounidense, no puede obviarse la monografía de GARRET, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, 2016. Respecto al modelo italiano, véase, entre otros, SEMINARA, «Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/ GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, *passim*.

⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 92. Según el autor, las personas físicas representan la «puerta de entrada» para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵⁹ Las limitaciones antropomórficas del Derecho penal son, a día de hoy, innegables. Aunque varias propuestas inciden menos en la conducta humana (la teoría de los sistemas autopoiéticos), lo cierto es que el control que pueda realizar una persona jurídica no es, en definitiva, distinto al control que ejercen conjuntamente diversas personas de su estructura corporativa. Es decir, la persona jurídica puede autoorganizarse, autoconducirse y autodeterminarse, pero nunca lo hará en términos ontológicos, sino que sus integrantes serán quienes la organicen, conduzcan y determinen. De igual forma, “*la persona jurídica no tendrá ni más ni menos cultura jurídica de respeto al Derecho que la que le confieran las personas físicas que la integran y deciden en su seno*” (ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, [116], 2016, p. 4.). En definitiva, “*aquello que la organización ‘es’ –su filosofía o cultura corporativa– y aquello que hace –su correcta incorrecta organización– depende de otros*” (CIGÜELA SOLA, *InDret*, [1], 2016, pp. 5 s.). Por consiguiente, sin minimizar el relevante aporte que implica, lo cierto es que incluso la teoría de los sistemas

Ahora bien, la persona física ha de guardar una relación con el ente colectivo, la cual se determina normativamente por el propio legislador⁶⁰. Así las cosas, el art. 31.bis 1 CP recoge una serie de criterios normativos para que la acción realizada por una persona física pueda desembocar en una responsabilidad de la persona jurídica.

En este contexto, a pesar de la vaguedad de la norma, si atendemos a las propuestas doctrinales que existen para articular la responsabilidad penal de los entes colectivos, parece que la más coherente con la dicción de los artículos y los principios de nuestro ordenamiento consiste en entender que a la acción (ontológicamente) realizada por un individuo es *jurídicamente imputable* a la persona jurídica cuando concurren las circunstancias del art. 31.bis 1 CP (giro de empresa, beneficio directo o indirecto para esta última y, en el apartado b) del precepto, indebido control por parte de los sujetos del apartado a). Es decir, que el precepto lo que enumera son las condiciones para que la actuación de una determinada persona física pueda considerarse jurídicamente como propia del ente colectivo, para que esta pueda ser, eventualmente, responsable penalmente por dicha acción (si concurre la correspondiente culpa del ente colectivo).

Es por ello que todo apunta a que la Ley estipula un *sistema de atribución* de responsabilidad penal a las personas jurídicas por el ilícito criminal cometido por un sujeto perteneciente a la estructura social de las mismas, determinando las condiciones que deben concurrir para que ese ilícito pueda considerarse, jurídico-penalmente, como cometido por la propia persona jurídica⁶¹. En otras palabras, el legislador ha optado por un modelo del **hecho de conexión** –o hecho de referencia– para definir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁶².

De esta manera, nuestro sistema penal entiende que la acción típica de la persona jurídica consiste en la realizada por una persona física (hecho de referencia) cuando concurren los requisitos de vinculación entre ambos que normativamente se exigen (presupuestos del art. 31.bis 1 CP). En este esquema, el hecho ejecutado por la segunda puede considerarse propio de la primera en término jurídico-penales⁶³. De este modo, el CP instituye un sistema de atribución de responsabilidad a las entidades colectivas por el hecho delictivo cometido por una persona física perteneciente al ámbito social: hecho de conexión como hecho propio⁶⁴.

Esto no supone, utilizando las palabras de la FGE, un modelo de transferencia. Las personas físicas no *transfieren* automáticamente sus actos, ni mucho menos su responsabilidad, a la persona jurídica, ni siquiera se trata de concebir que el hecho cometido por las personas físicas equivalga jurídica o axiológicamente a su realización por otra persona⁶⁵. El sistema de atribución del CP

autopoiéticos no consigue eludir o eliminar radicalmente el elemento humano –crítica, por cierto, que sus propios defensores esgrimen contra el resto de propuestas dogmáticas–.

⁶⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 65 s.

⁶¹ BACIGALUPO SAGGESE, «La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 32.

⁶² En esta línea, entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 31 ss., pp. 48 ss.; GÓMEZ TOMILLO, «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (25), 2011, *passim*; ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, (119), 2016, p. 5. Para ahondar en el estudio de esta propuesta dogmática con análisis crítico de otras propuestas, véase, además de lo indicado, GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, *passim*.

⁶³ ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008, pp. 270 s.

⁶⁴ BACIGALUPO SAGGESE, en ZUGALDÍA ESPINAR/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2013, p. 80.

⁶⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, (119), 2016, p. 5.

parte de la base de que las personas morales requieren de individuos para poder actuar y, atendiendo a esta realidad metafísica y ontológica, estipula qué condiciones normativas deben concurrir para entender un hecho como propio de la persona jurídica, para que esta sea concebida como autora del mismo⁶⁶. Así, el acto realizado por una persona física, concurriendo los debidos requisitos (presupuestos del art. 31.bis 1 CP), es jurídicamente imputable al ente colectivo⁶⁷.

Cuando *supra* decíamos que la FGE confundía el modelo vicarial con el hecho de conexión se debía a que afirma que “...partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas (...) 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 (...) según la cual (...) en determinadas circunstancias (...) se entiende que sus comportamientos [el de las personas físicas] son los de aquella [persona jurídica], y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos”⁶⁸. De este extracto se infiere que la FGE parte de la definición de la capacidad de acción que ofrece el modelo de hecho de conexión pero, posteriormente, obvia el fundamento de la culpabilidad que este sistema dogmático ofrece (el defecto de organización), confundiendo la objetividad y automaticidad de la responsabilidad del ente colectivo con las limitaciones ontológicas y antropomórficas a las que el Derecho penal se encuentra atado –sin perjuicio de que para darle encaje constitucional a su interpretación enarbole el carácter autónomo de la responsabilidad corporativa enunciado en el art. 31.ter CP–⁶⁹.

Esta **culpabilidad** omitida por la FGE, conforme al tenor literal de la Ley, está constituida por el **defecto de organización**. Atendiendo al modelo determinado por el legislador, el reproche social se fundamenta en que ella y sus órganos sociales no han tomado las suficientes medidas de cuidado que son necesarias para garantizar un negocio ordenado y ajeno a la ilicitud penal⁷⁰. La persona jurídica es culpable por haber omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo social no delictivo⁷¹.

El ente colectivo muestra un grado de desorganización suficiente que no le ha permitido prever e impedir la comisión del delito base. Es decir, la culpabilidad reside en la ausencia de una organización eficiente que de haber existido habría permitido evitar –o al menos dificultar o, en

⁶⁶ GUARDIOLA LAGO., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, 2004, p. 57. En el presente trabajo se atienden a las categorías dogmáticamente desarrolladas para explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aceptándolas tal y como han sido enunciadas generalmente por la doctrina. No obstante, no se es ajeno a las aportaciones que se dirigen a afirmar que el modelo del hecho de conexión responde, en realidad, a una suerte de heteroresponsabilidad.

⁶⁷ Una cuestión no resuelta jurisprudencialmente es la relativa a la tipicidad subjetiva de la persona jurídica. Sin embargo, doctrinalmente sí se han aportado propuestas en este sentido. Aunque lo hace desde una perspectiva diferente al hecho de conexión, una referencia sólida es la elaborada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 641 ss.

⁶⁸ Circular FGE 1/2011, p. 33.

⁶⁹ Esta confusión de la FGE puede deducirse del hecho de que traba terminológicamente su exposición. Habla expresamente de la existencia de un hecho de conexión: “una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencia un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva (...) el primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas” (Circular FGE 1/2016, p. 5).

⁷⁰ BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, p. 171.

⁷¹ ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, (119), 2011, p. 5. En todo caso, nótese que el alcance del defecto de organización varía según la vía de imputación a través de la cual se imputa responsabilidad penal a la persona jurídica. A este tenor, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DE LA MATA BARRANCO, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 145 ss.

su caso, sancionar a nivel interno– la comisión del delito base⁷². La culpabilidad la constituye la inexistencia o deficiencia de los programas de cumplimiento y de prevención de delitos –aunque, en todo caso, solo son relevantes los defectos en materia de cumplimiento vinculados al delito base perpetrado⁷³–.

De otra manera, el tenor literal de los apartados 2 y 4 del art. 31.bis CP perdería su virtualidad. Ambos preceptos estipulan que la *persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si* cuentan con un modelo de organización y gestión efectivo y adecuado para prevenir o reducir significativamente la comisión de delitos. Como se ve, el propio legislador contempló la concurrencia de estos modelos como una causa que permite que una entidad encausada quede *exenta de responsabilidad* por lo que no cabe sino compartir la opinión de que se trata de una circunstancia eximente⁷⁴. Es decir, la Ley los configura como un elemento *obstativo* de responsabilidad, ubicado sistemáticamente en el ámbito de la culpabilidad.

De hecho, la acreditación parcial de las condiciones exigidas *ex lege* en relación a los modelos de gestión y control permite que pueda ser apreciada como una atenuante de la responsabilidad corporativa (art. 31.bis.2 *in fine* y 4 *in fine* CP). Es decir, opera con la misma lógica que lo hacen las causas que eximen de la responsabilidad criminal (art. 20 CP) y la atenuante genérica de su concurrencia parcial (art. 21 CP). Por ende, cuentan con la misma naturaleza y rasgos dogmáticos y, en consecuencia, se refieren a la culpabilidad.

Como decíamos antes, el hecho de conexión constituye la *contrainterpretación* que existe en el seno del TS. El voto particular emitido en la STS 154/2016, de 29 de febrero, viene a confirmar que, a pesar de no ser la opinión mayoritaria de sus magistrados integrantes, el hecho de conexión cuenta cierto reconocimiento a nivel jurisprudencial. El respaldo cualificado con el que cuenta el voto particular implica que el modelo del hecho de referencia no constituye solo una opción doctrinal y académica sino que cuenta con cierto potencial a nivel jurisprudencial.

Así, nuestro régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas se construye como un sistema de hecho de referencia en el que el defecto de organización se articula como fundamento de culpabilidad⁷⁵. El defecto organizativo se configura como el presupuesto de punibilidad del ente colectivo⁷⁶, con independencia de la estructura de imputación que sirva para atribuir la conducta reprochable al ente colectivo.

7. Conclusiones

El aforismo *societas delinquere non potest* ha sido desterrado de nuestro Derecho positivo mediante la introducción de los arts. 31.bis y concordantes en el CP. No obstante, la dicción de los preceptos ha generado un interesante coloquio sobre qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido introducido en nuestro ordenamiento. Ello es así porque la redacción de la norma resulta vaga y confusa. No es clara cuál fue la opción dogmática que acogió el legislador. Y ello ha requerido de la realización de un ejercicio hermenéutico no menor por parte del TS y la FGE, desembocando en importantes discrepancias interpretativas.

⁷² TIEDEMANN, «Responsabilidad penal de la persona jurídica», en VV.AA., *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo*, 1996, pp. 97 ss.

⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed., 2016, p. 63.

⁷⁴ En esta línea, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario la Ley*, (8766), 2016, pp. 11 s.

⁷⁵ BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 168 ss.

⁷⁶ BACIGALUPO SAGGESE, «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en ZUGALDÍA ESPINAR/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 83 y 84.

Como hemos visto, el TS acoge la tesis de la teoría de los sistemas autopoieticos para interpretar la responsabilidad penal de los entes colectivos, mientras que la FGE lo hace en clave de heteroresponsabilidad, según un modelo de transferencia. El inciso del art. 31.bis.1 CP *serán penalmente responsables de los delitos cometidos por personas físicas* parece ser el asidero normativo que ha permitido las discrepancias interpretativas del TS y la FGE. La expresión ha permitido al primero establecer una delimitación de injustos que le han llevado a diferenciar entre el delito de la persona física y el «delito corporativo». Por su parte, ha inducido al Ministerio Público a entender que la persona jurídica no es autora de un ilícito criminal, de tal modo que su responsabilidad deriva de la propia del individuo, configurando así un modelo «no puro» de responsabilidad automática. Ahora bien, atendiendo a la redacción de la norma, ambas opciones parecen ser incompatibles con nuestro ordenamiento criminal, en general, y con la dicción del CP, en concreto.

La teoría de los sistemas autopoieticos no parece casar con el tenor literal de la Ley. Esta opción no respeta el principio de legalidad penal en tanto que nuestro ordenamiento no define ningún «delito corporativo». Este concepto, de origen jurisprudencial, supondría una conculcación de la separación de poderes en tanto que la tipificación criminal no habría provenido del legislador. Nuestro CP no *penaliza* que las personas jurídicas no tengan modelos de organización y gestión eficaces sino que *premia* su existencia en el seno corporativo mediante la exclusión (o atenuación) de responsabilidad del ente colectivo. La aplicación penalista de la teoría de los sistemas autopoieticos en los términos esgrimidos por el TS implicaría una suerte de *Derecho penal de tipo único o Derecho penal de único delito*, en el que los entes colectivos tan solo podrían cometer un ilícito, a saber, no haber implementado las herramientas eficaces para ejercer el debido control y evitar la comisión de delitos en su seno (defecto organizativo). Por tanto, desde un punto de vista técnico-legislativo, sería necesaria la inclusión en el CP de una Parte Especial, *especial* para las personas jurídicas. Sin embargo, a la vista queda que el CP no ha optado por esta solución por lo que el delito corporativo, en concreto, y la interpretación del TS, en general, constituyen una extralimitación jurisprudencial que carece de sustento normativo.

Por su parte, el modelo de heteroresponsabilidad esbozado por la FGE contradice abiertamente el *telos* de la reforma del legislador (explicitado en el Preámbulo (III) de la LO 1/2015). Asimismo, contraviene los pilares estructurales de nuestro ordenamiento criminal y constitucional, concretamente, los principios de culpabilidad y responsabilidad por hecho propio. Una interpretación literal del art. 31.bis.1 CP podría guiar a la conclusión de que la norma acoge un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas similar al estadounidense (sin perjuicio de que el precepto sea una reproducción literal de su homólogo ítalo). No obstante, la concepción vicarial no resulta sistemáticamente óptima con nuestro ordenamiento.

No obstante lo anterior, parece que la FGE, salvo mejor criterio, se quedó a medias en su proceso hermenéutico. Una lectura sistemática de sus Circulares lleva a la conclusión de que la FGE acaba confundiendo el modelo de transferencia de responsabilidad, propio del sistema vicarial, con el sistema de atribución de actos del sistema del hecho de conexión. Con ello, eliminó los fundamentos de la culpabilidad corporativa y los presupuestos de punibilidad de la persona jurídica, conculcando los principios constitucionales y legales que fundamentan nuestro ordenamiento criminal.

En consecuencia, a pesar de la vaguedad de los art. 31.bis y concordantes CP, si se atiende a los modelos dogmáticamente desarrollados para explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el modelo del hecho de referencia permite una lectura del CP compatible con las exigencias, máximas y principios de nuestro ordenamiento. Así, la norma recoge un sistema en el que los actos realizados por ciertas personas y en ciertas condiciones son, desde una perspectiva jurídico-penal, propios de la persona jurídica. Por su parte, el defecto organizativo se configura

como el presupuesto de punibilidad del ente colectivo y fundamento de culpabilidad, con independencia de la estructura de imputación que sirva para atribuir la conducta reprochable al ente colectivo.

Dicho lo cual, este artículo no pretende indagar en las críticas que merecen (o no) las propuestas dogmáticas ofrecidas por la FGE y el TS, sino refutar que los arts. 31.bis y concordantes CP estén instaurando un modelo de responsabilidad corporativa en dichos términos. De hecho, este artículo no defiende tan siquiera que el modelo de hecho de conexión sea el único dogmáticamente válido –o el mejor– para explicar la responsabilidad penal de los entes colectivos. Simple y llanamente defiende que, atendiendo a los modelos que existen para explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el modelo del hecho de referencia parece ser la opción por la que se decantó nuestro legislador. La exégesis que se haga del artículo 31.bis CP –parafraseando a José Ortega y Gasset– debe ser lo que puede ser, y solo puede ser lo que se mueve dentro de las condiciones que determinan la propia dicción literal de la norma y los principios que informan nuestro sistema penal y nuestro ordenamiento constitucional.

El CP tiene, en palabras del TS, *una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio* (STS, 2ª, 514/2015, 02.09.17: Ar. 2015/3974)–como así subraya igualmente el legislador en la última reforma legislativa penal–, por lo que dilucidar el art. 31.bis.1 CP desde la óptica del modelo de hecho de referencia se presenta razonable. Es, de hecho, la línea sobre la que se proyectó el voto particular de la STS 154/2016, de 29 de febrero, así como la dirección hermenéutica que, hasta que se desvió, parece que tomó la FGE.

Se ofrece, en fin, una interpretación sistemática del CP distinta a las esbozadas por la FGE y el TS, pero no tan distante a las concepciones acuñadas en sus senos. La exégesis propuesta acoge un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que es conforme a los principios que cimientan nuestro sistema penal y nuestro ordenamiento constitucional.

8. *Tabla de sentencias*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 2ª, 22.11.1988	219/1988	Carlos de la Vega Benayas
STC, 2ª, 19.12.1991	246/1991	Francisco Tomás y Valiente
STC, Pleno, 06.11.14	185/2014	Fernando Valdés Dal-Ré
STS, 2ª, 20.02.2014	125/2014	Antonio del Moral García
STS, 2ª, 02.09.2015	514/2015	Manuel Marchena Gómez
STS, 2ª, 29.02.2016	154/2016	José Manuel Maza Martín
STS, 2ª, 16.03.2016	221/2016	Manuel Marchena Gómez
STS, 2ª, 13.06.2016	516/2016	Andrés Martínez Arrieta
ATS, 2ª, 28.06.2016	1765/2015 (nº rec.)	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 06.10.2016	744/2016	Pablo Llarena Conde
STS, 2ª, 03.11.2016	827/2016	José Ramón Soriano Soriano
STS, 2ª, 26.01.2017	31/2017	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2ª, 23.02.2017	121/2017	Francisco Monterde Ferrer
STS, 2ª, 21.06.2017	455/2017	Juan Saavedra Ruíz
STS, 2ª, 19.07.2017	583/2017	Antonio del Moral García
STS, 2ª, 11.10.2017	668/2017	Manuel Marchena Gómez
STS, 2ª, 28.06.2018	316/2018	Vicente Magro Servet

9. Bibliografía

ARLEN (2012), «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en HAREL, (ed.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Elgar Publishing, Cheltenham.

BACIGALUPO SAGGESE (2016), «La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Universitaria Ramón Areces, Madrid.

————— (2013), «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en ZUGALDÍA ESPINAR/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

————— (1998), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona.

BAJO FERNÁNDEZ (2006), «La responsabilidad penal colectiva», en VIEIRA MORANTE, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, t. VII, Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ-Escuela Judicial), Madrid.

————— (2006), «La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro», en VV.AA., *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García*, Colex, Madrid.

CASTRO SALILLAS (2012), «El abogado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en CARRETERO GONZÁLEZ/MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dir.), *Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global*, Thomson Reuters Civitas, Madrid.

CIGÜELA SOLA (2016), *El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica*, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (1).

————— (2015), *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid.

DAN-COHEN (2010), «Sanctioning Corporations», *Journal of Law and Policy*, (19-1).

DEL ROSAL BLASCO (2016), «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, (8731).

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2018), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DE LA MATA BARRANCO (ed.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS (2012), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, (1).

FEIJOO SÁNCHEZ (2016), *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed., Civitas, Navarra.

————— (2016), «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», *InDret*, (2).

- (2016), «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas.
- GARRET (2016), *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, Harvard University Press, Cambridge (MSS).
- GRACIA MARTÍN (2015), «La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *FICP*, (2).
- GÓMEZ MARTÍN (2012), «Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “Societas delinquere non potest”», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid.
- GÓMEZ TOMILLO (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- (2011), «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (25).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, (2017), *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- (2016), «El sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, 2016.
- (2016), «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas, 2016.
- (2016), «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, (8830).
- (2005), *La culpabilidad de la empresa*, Marcial Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ SIERRA (2014), *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GUARDIOLA LAGO (2004), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LAUFER (2017), «The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law», *New York University Journal of Law and Business*, (14-1).
- MIR PUIG (2015), «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», *FICP*, (2).
- NIETO MARTÍN (2015), «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2014), «Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económico*, (69-211).

————— (2013), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (eds.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 1ª ed., La Ley Actualidad, Madrid.

————— (2008), «De moscas y agresores muertos: Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo», *InDret*, (2).

PODGOR (2018), «Disruptive Innovation in Criminal Defense: Demanding Corporate Criminal Trials», *Mercer Law Review*, (69).

PRIETO GONZÁLEZ/AYALA GONZÁLEZ (2017), «Derecho comparado», en JUANES PECES (coord.), *Memento Experto Compliance Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

ROBLES PLANAS (2011), «Pena y persona jurídica; crítica del art. 31.bis del Código penal», *Diario La Ley*, (7705).

RODRÍGUEZ RAMOS (2016), «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016)», *Diario la Ley*, (8766).

————— (2011), «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El “delito de sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “imputa” en la Circular 1/2010 de la FGE», *Diario La Ley*, (7694).

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2016), «Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (eds.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Universitaria Ramón Areces, Madrid.

SEMINARA (2014), «Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (2010), «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», *Diario La Ley*, (7464).

————— (2016), «La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Universitaria Ramón Areces, Madrid.

TIEDEMANN (1996), «Responsabilidad penal de la persona jurídica», en VV.AA., *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg*, Universidad de Friburgo, Friburgo.

ZUGALDÍA ESPINAR (2016), «Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, (119).

————— (2010), «*Societas delinquere potest* (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, (76).

————— (2008), *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.