

EL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE (AUTO)RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: TRES CONTRIBUCIONES DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	2
II. LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA: EL DÉFICIT DE UNA CULTURA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD (<i>COMPLIANCE</i>)	4
<i>A. La formulación y fundamentación del concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica: el déficit de cultura de cumplimiento de la legalidad (Compliance)</i>	4
<i>B. La recepción en la jurisprudencia española</i>	10
<i>C. Conclusión</i>	19
III. LA INIMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: SOCIEDADES PANTALLA Y SOCIEDADES SIN UN MÍNIMO DE COMPLEJIDAD (ESTRUCTURA ORGANIZATIVA) INTERNA	19
<i>A. La formulación y fundamentación del concepto constructivista de inimputabilidad persona jurídica: el surgimiento de un Actor Corporativo sobre la base de su estructura organizativa interna. Sólo un actor corporativo puede cometer un delito corporativo</i>	20
<i>B. La recepción en la jurisprudencia española</i>	28
<i>C. Conclusión</i>	37
IV. LA DISTINCIÓN ENTRE PRESUPUESTOS Y FUNDAMENTOS DE LA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA: LA POSICIÓN DE GARANTE PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	37
<i>A. La formulación y fundamentación de la distinción entre presupuestos y fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la posición de garante penal de las personas jurídicas</i>	39
<i>B. La recepción en la jurisprudencia española</i>	46
<i>C. Conclusión</i>	49
V. EL INICIO DE UNA LARGA ANDADURA	50

EL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE (AUTO)RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: TRES CONTRIBUCIONES DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

*Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez **

El modelo constructivista ha realizado tres importantes contribuciones a la interpretación garantista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la cultura de cumplimiento de la legalidad (*Compliance*) como fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica; la complejidad organizativa interna como condición para la imputabilidad de la persona jurídica; y la distinción entre presupuestos (vinculados a la persona física) y fundamentos (vinculados a la persona jurídica) de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si bien dichas contribuciones se han realizado a propósito de la legislación penal española, son extrapolables en gran medida a cualquier sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

I. INTRODUCCIÓN

Ya indicaba el psicólogo germano-americano *Kurt Lewin* que “no hay nada más práctico que una buena teoría”¹. El modelo constructivista de responsabilidad penal de las personas jurídicas que comencé a desarrollar en el año 2005 ha intentado ofrecer – con mayor o menor acierto – determinadas herramientas conceptuales que permitieran al operador jurídico enfrentarse a la ardua tarea de interpretar de forma garantista la regulación española de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [RPPJ]. Ello, fundamentalmente, porque la tentación inicial de cualquier operador jurídico ante este tipo de regulación novedosa es aplicar los parámetros exegéticos clásicos de responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas. Es decir: objetivizar este tipo de responsabilidad y prescindir de cualquier tipo de aspecto subjetivo.

Con posterioridad a la instauración en España de la RPPJ en España en el año 2010, varios ordenamientos latinoamericanos han introducido igualmente regulaciones tendentes, en mayor o menor medida, a la

* Profesor Titular (Acreditado) de Derecho penal y Director del Máster de Derecho penal económico de la UNIR

¹ Kurt Lewin, *Field Theory in Social Science: Selected Theoretical Papers by Kurt Lewin*, 1952, p. 169.

RPPJ. De ahí que pueda resultar interesante para los operadores jurídicos de habla hispana conocer cuáles han sido los aspectos del modelo constructivista que más han calado por ahora en la jurisprudencia española para así considerar la bondad de dichas instituciones para poder resolver problemas prácticos en sus respectivas jurisdicciones.

En este sentido, una de las ventajas del desarrollo de la teoría jurídica del delito para personas jurídicas es que, al igual que ocurre con las personas físicas, determinadas estructuras de imputación de responsabilidad penal permiten una cierta traslación dentro de los límites de la redacción normativa concreta. Si a ello se le añade que en la práctica totalidad de los códigos penales se encuentran previsiones normativas en la Parte General respecto de la culpabilidad, la inimputabilidad o, en fin, las posiciones de garante, lo cierto es que los pilares para una interpretación de la RPPJ conforme al modelo constructivista encuentran una base sólida sobre la que asentarse.

En lo que sigue, por tanto, se hará referencia a la adopción por parte del Tribunal Supremo español – y otros órganos judiciales – de algunos planteamientos propuestos por el modelo constructivista con la esperanza de que puedan servir de guía para otros operadores jurídicos al otro lado del Atlántico que se enfrentan a la difícil tarea de compatibilizar décadas de desarrollo de modelos antropocéntricos de Derecho penal con la novedad de la RPPJ. Pero, sobre todo, lo que resulta digno de admiración es cómo el Alto Tribunal español no siguió la senda emprendida por otros máximos intérpretes de la legalidad penal ordinaria – significadamente, la Corte Suprema estadounidense² – de aplicar razonamientos *iuscivilistas* a instituciones *iuspensalistas*. En un movimiento que dice mucho de la formación, comprensión y determinación del Tribunal Supremo español, éste optó por afrontar con valentía los retos interpretativos de la RPPJ sin prescindir de las garantías propias del ordenamiento penal.

² Así, por ejemplo, en el sistema de RPPJ del ordenamiento estadounidense, la sentencia seminal *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States* [212 US 481 (1909)] , pese a la argumentación, por parte de la defensa, de cuestiones relativas a la presunción de inocencia o la responsabilidad por el hecho ajeno [“presumption of innocence and made him responsible for the acts of another”], la Corte Suprema estadounidense no abordó ninguna de estas cuestiones en profundidad, limitándose a afirmar, en última instancia, la vigencia en el ámbito penal de la estructura de imputación jurídico-civil del respondeat superior [“Applying the principle governing civil liability, we go only a step farther in holding that the act of the agent, while exercising the authority delegated to him to make rates for transportation, may be controlled, in the interest of public policy, by imputing his act to his employer and imposing penalties upon the corporation for which he is acting in the premises ” (p. 494)]. Sobre la RPPJ en EE.UU. vid. Carlos Gómez-Jara, *La responsabilidad penal de las empresas en EEUU* , 2006; más recientemente, María Ángeles Villegas García, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de EE.UU.*, 2016.

II. LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA: EL DÉFICIT DE UNA CULTURA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD (*COMPLIANCE*)

Muchos han sido a lo largo de la historia los conceptos de culpabilidad de las personas jurídicas que se han propuesto³. La intrínseca relación entre Derecho *penal* y *culpabilidad* hacía que la resolución satisfactoria de la problemática de la culpabilidad de la persona jurídica fuera considerada como la piedra de toque de si realmente se estaba en presencia de una responsabilidad *penal* o si, por el contrario, se estaba jugando con un fraude de etiquetas denominando como “penal” lo que, en realidad, no lo era. El edificio de la RPPJ, sin duda, debe construirse sobre un concepto sólido de culpabilidad de la persona jurídica puesto que, de lo contrario, dependiendo de los escenarios de aplicación de la RPPJ, se puede arribar a soluciones contradictorias.

Cuando los operadores jurídicos se enfrentan inicialmente a la RPPJ no se suelen pronunciar *ab initio* sobre el concepto de culpabilidad que van a manejar. Únicamente cuando se ven expuestos a un caso concreto para cuya resolución concreta influye el concepto de culpabilidad que se maneje, se pronuncian con más o menos detalle al respecto. Ahora bien, es importante que, desde sus primeras resoluciones judiciales, los Tribunales declaren que los principios fundamentales de Derecho penal – entre los que se encuentra el principio de culpabilidad – rigen igualmente para la RPPJ. Así lo hizo el Tribunal Supremo español en su primera sentencia de 2 de septiembre de 2015 [Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena]. Y ello, fundamentalmente, porque a partir de ese momento, la jurisprudencia que se vaya desarrollando será más coherente con las instituciones que ya se han ido construyendo para la responsabilidad penal de las personas físicas. Ciertamente, no es una tarea fácil; pero si no se cuenta con ese pronunciamiento inicial, la *deriva* respecto de la responsabilidad *penal* será cada vez más acentuada.

A. La formulación y fundamentación del concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica: el déficit de cultura de cumplimiento de la legalidad (Compliance)

Para el desarrollo del concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica no se acudió – como era habitual en la época – a un concepto de culpabilidad empresarial exclusivamente concebido para personas jurídicas – como lo fue el concepto de culpabilidad basado

³ Vid. los diferentes conceptos en Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, *passim*.

en el “defecto de organización” (*Organisationsverschulden*) tan popular en los años noventa –. El proceder fue sustancialmente distinto. En primer lugar, nos posicionamos sobre un concepto de culpabilidad en Derecho penal para personas físicas – trayendo a colación los planteamientos de autores como *Urs Kindhäuser*, *Klaus Günther* o *Günther Jakobs* – y después, sobre la base de equivalentes funcionales, definimos la culpabilidad de la persona jurídica como una falta o déficit de cultura de cumplimiento. Entendimos que era una metodología más coherente y que, en cierta medida, permitía una mayor compatibilidad con los principios informadores del Derecho penal. A continuación, resumiremos – quizás en exceso – los hitos fundamentales de esta construcción.

En términos generales se puede afirmar que el concepto constructivista de la culpabilidad de la persona jurídica parte de un determinado planteamiento epistemológico: el constructivismo. Ciertamente, muchos de los conceptos de culpabilidad de la persona jurídica hasta el momento en que formulamos el concepto constructivista no se adentraban en fundamentos iusfilosóficos para enunciar sus planteamientos y, claro está, ello resultaba una opción legítima. Sin embargo, nuestro entendimiento fue que sólo anclando dicho concepto en una determinada corriente epistemológica se estaría en condiciones de ofrecer una base sólida sobre la que levantar un edificio conceptual que resistiera a los “embates” de las críticas científicas contra la RPPJ que, en aquella época, eran la regla – y no la excepción –.

La vinculación con el constructivismo venía dada, entre otras cuestiones, por la cercanía de dicha epistemología al normativismo y al grado de autonomía – que no aislamiento – que se dispensaba al Derecho (penal) a la hora de conformar las estructuras de imputación. Si a ello se le unía el hecho de que, en opinión de quien suscribe estas líneas, el constructivismo ofrecía la descripción más precisa en aquel momento de la realidad social, la idoneidad de dicho planteamiento estaba servida. En este sentido, el constructivismo ofrecía una teoría sólida para combinar la autonomía del sistema jurídico, la autonomía de las organizaciones empresariales complejas y la autonomía del ser humano. Pero ciertamente no era (ni es) la única teoría.

En efecto, se pueden arribar a conclusiones similares sin tener que adoptar íntegramente los posicionamientos del constructivismo; pero entendemos que un planteamiento coherente respecto de la culpabilidad de la persona jurídica pasa necesariamente por las tres citadas autonomías: sistema jurídico (penal), sistema organizativo y sistema psíquico. En el caso del modelo constructivista de la RPPJ, se adoptan los posicionamientos del constructivismo y se enriquecen con

teorías modernas de la culpabilidad en Derecho penal (provenientes del ámbito de la responsabilidad penal de las personas físicas) que acentúan la vertiente comunicativa del Derecho penal: en concreto, los planteamientos de *Klaus Günther* – discípulo de *Jürgen Habermas* –, de *Urs Kindhäuser* y de *Günther Jakobs* .

No podemos aquí extendernos en la fundamentación detallada que se ofreció al respecto. No obstante, sí podemos ofrecer algunas referencias importantes. Los dos primeros autores parten de un concepto de persona con una determinada *autonomía comunicativa* , definida como la capacidad recíprocamente atribuida y la legitimación para poder tomar parte en pretensiones de validez como participante libre e igual en la comunicación orientada a la comprensión ⁴ . Dicha autonomía tiene dos esferas, una pública y privada. Cada participante es autor de la norma (autonomía pública) y al mismo tiempo se constituye en destinatario de la norma, la cual le asigna un ámbito de actuación (autonomía privada) ⁵ . En el marco de esta teoría, *Kindhäuser* ve el efecto legitimador de las normas democráticas en la medida en la que «*la integración social mediante la comprensión comunicativa democrática es un proceso abierto de formación de la opinión. (...) Así, la legitimidad de la norma en el procedimiento democrático resulta de su depuración mediante el “challenge and answer”* » ⁶ .

No muy alejada de esta concepción se halla la posición de *Klaus Günther* . En efecto, este autor sitúa en el centro de su argumentación el concepto de «persona deliberativa» ⁷ . Así, la relación interna en-

⁴ Urs Kindhäuser, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Caveró), en: Luzón Peña, Diego Manuel / Mir Puig, Santiago (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* , 1999, pp. 185 ss., p. 204; Klaus Günther, «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson», en: Brunkhorst, Hauke / Niesen, Peter (eds.); *Das Recht der Republik* , 1999, pp. 83 ss., pp. 84 ss.

⁵ Urs Kindhäuser, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Caveró), en: Luzón Peña, Diego Manuel / Mir Puig, Santiago (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* , 1999, p. 204; Klaus Günther, «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson», en: Brunkhorst, Hauke / Niesen, Peter (eds.); *Das Recht der Republik* , 1999, pp. 86 ss. «juego de intercambio entre el ciudadano estatal como legislador y la persona en Derecho en el rol de destinatario de la norma».

⁶ Urs Kindhäuser, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Caveró), en: Luzón Peña, Diego Manuel / Mir Puig, Santiago (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* , 1999, pp. 207, 210.

⁷ Vid. fundamentalmente Klaus Günther, «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson», en: Brunkhorst, Hauke / Niesen, Peter (eds.); *Das Recht der Republik* , 1999, pp. 83 ss.; Íd., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en: Prittwitz, Cornelius / Manoledakis, Ioannis (eds.); *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende* .

tre el procedimiento democrático de imposición de la norma y el cumplimiento de la norma consiste en que en ambas ocasiones se está presuponiendo el mismo concepto de persona deliberativa. «Tanto la vigencia legítima de las normas como el deber de cumplimiento de dichas normas se hacen depender de que la persona pueda comportarse críticamente frente a las manifestaciones y acciones (propias y ajenas)»⁸. Y es que es precisamente esa posibilidad que brinda la democracia de intercambio de manifestaciones y, en consecuencia, de deliberar acerca del contenido de las normas jurídico-penales lo que resulta fundamental a estos efectos⁹. De hecho, «junto con el derecho a la participación en el procedimiento democrático de la imposición de la norma y la posibilidad de hacer valer en dicho procedimiento una toma de posición contraria a la misma, debe serle exigible a la persona en Derecho que cumpla con la norma cuando actúe y que evite el injusto»¹⁰.

Finalmente, consideramos que determinados posicionamientos de *Günther Jakobs* eran compatibles con esa perspectiva comunicativa adoptada por autores tan relevantes como *Kindhäuser* y *Klaus Günther*. En la perspectiva de este – tan polémico como genial – autor alemán, la función del Derecho penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma y la persona viene definida por su fidelidad al Derecho en tanto que condición para la vigencia de la norma. En consecuencia, la culpabilidad se imputa como un déficit de dicha fidelidad. La culpabilidad es, en definitiva, una imputación basada en el concepto de persona; es una imputación *personal*. Ahora bien, la posible formalidad de la que pudiera pecar una construcción normativa cualquiera – y que constituye una de las críticas inveteradas al planteamiento de *Jakobs* –, desaparece, a nuestro entender, en el momento en el que precisamente una de las características de la persona *jurídico-penal*, es la capacidad (atribuida) de cuestionar la vigencia de la norma. En efecto, sólo en la medida en la que la persona puede cuestionar el

Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000, pp. 27 ss., pp. 37 ss.

⁸ Klaus Günther, «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson», en: Brunkhorst, Hauke / Niesen, Peter (eds.); *Das Recht der Republik*, 1999, p. 96.

⁹ Klaus Günther, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en: Prittwitz, Cornelius / Manoledakis, Ioannis (eds.); *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999*, 2000, p. 39.

¹⁰ Klaus Günther, «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson», en: Brunkhorst, Hauke / Niesen, Peter (eds.); *Das Recht der Republik*, 1999, p. 99 s.

ordenamiento jurídico mediante un procedimiento habilitado por el propio ordenamiento – engarzando así con el concepto de ciudadano –, resulta *legítimo* que, en caso de cuestionar la norma fuera de dicho procedimiento, el ordenamiento sancione dicho cuestionamiento ¹¹ .

En realidad, esta concepción se ubica dentro de aquellos desarrollos del concepto de culpabilidad apuntados anteriormente que se fundamentan en la posibilidad – incluso el derecho – que brinda el ordenamiento jurídico a sus ciudadanos de cuestionar – mostrar su disconformidad – con la configuración de la sociedad mediante un procedimiento jurídico establecido a tal efecto. El ciudadano fiel al Derecho, por tanto, no cuestionará la sociedad en la que vive sino dentro de los cauces jurídicos que correspondan. Si la cuestionase mediante un hecho delictivo, se considerará que el mismo tiene su origen en una falta de fidelidad al Derecho, ya que, si hubiera sido fiel al Derecho, habría empleado los cauces habilitados a tal fin ¹² . Así las cosas, resulta fácil observar cómo, desde esta perspectiva, lo relevante jurídico-penalmente ocurre en el plano comunicativo. Más aún, la culpabilidad adquiere su pleno sentido ¹³ en la medida en la que la pena se concibe como un restablecimiento (comunicativo) de un cuestionamiento (comunicativo) de la vigencia de la norma.

Sobre la base de estos planteamientos, consideramos que era posible desarrollar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica que fuera funcionalmente equivalente a los postulados anteriormente expuestos. En primer lugar, adoptamos el ya vigente concepto del “buen ciudadano corporativo” (*Good Corporate Citizen*) como aquella *corporación que cumple con el Derecho (abides with the Law)* ¹⁴ y definimos con mayor precisión este concepto indicando que es aquella corporación

¹¹ Vid. Günther Jakobs, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en: Gómez-Jara (ed.) *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 203 ss.

¹² Vid. el desarrollo de esta cuestión en Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 296 ss.

¹³ Carlos Gómez-Jara, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en: *InDret* 2/2008, pp. 1-31.

¹⁴ Algunas definiciones similares son las siguientes: corporación que toma las medidas de cuidado adecuadas para asegurar que las acciones que se llevan a cabo en su beneficio, sean realizadas conforme a Derecho [Richard S. Gruner, / Louis M Brown, «Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation», en: *J.Corp.L.* 21 (1996), pp. 731 ss.]; corporación que ha cumplido con la diligencia debida para prevenir las infracciones en sus operaciones negociales [Winthrop Swenson, «The Organizational Guidelines’ “Carrot and Stick” Philosophy, and Their Focus on “Effective” Compliance», en: U.S. Sentencing Commission; *Corporate Crime in America: Strengthening the “Good Citizen” Corporation*. 1995, pp. 34 ss.; Richard S. Gruner, “Compliance Programs and Corporate Liability: A Look into the Future», en: Basri, Carol et al. (eds.), *Corporate Compliance: Caremark and the Globalization of Good Corporate Conduct*, 1998, pp. 199 ss.].

que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho, de respecto al Derecho ¹⁵. Desde el punto de vista material consideramos que, siguiendo determinados planteamientos de autores anglosajones ¹⁶ partidarios de la denominada teoría expresiva de la pena – que, de nuevo, acentúan la vertiente comunicativa del Derecho penal – dichos ciudadanos corporativos tienen la posibilidad de participar en los “asuntos públicos”; esto es, los ciudadanos corporativos “*al igual que los miembros individuales de la sociedad, participan en el proceso de creación y definición de las normas sociales*” ¹⁷.

Ciertamente, no toda persona jurídica llega a convertirse en un ciudadano corporativo y de ahí la importancia de distinguir entre personas jurídicas a la hora de determinar la RPPJ – como explicaremos en el apartado siguiente –, de tal manera que sólo los que denominamos “actores corporativos” (*Corporate Actor*) tienen la madurez organizativa suficiente para poder ser considerados como personas jurídico-penales. A raíz de lo expuesto anteriormente, en el año 2006 formulé inicialmente el concepto constructivista de culpabilidad empresarial como la “no institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho” ¹⁸; sin embargo, la acogida en el mundo doctrinal español fue un tanto fría. Pocos años después, en 2008, definí la culpabilidad de la persona jurídica como la “inexistencia de una cultura de *Compliance*” ¹⁹, pero el recibimiento, ciertamente, tampoco fue excesivamente entusiasta. Con la reforma del Código penal de 2010 comenzó a generarse un debate más productivo en torno a dicha formulación ²⁰.

¹⁵ Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, *passim*.

¹⁶ Lawrence Friedman, «In Defense of Corporate Criminal Liability», en: *H.J.L.&Pub.Pol.* 23 (2000), pp. 833 ss

¹⁷ Lawrence Friedman, *H.J.L.&Pub.Pol.* 23 (2000), pp. 851 s.

¹⁸ Carlos Gómez-Jara, “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en: Gómez-Jara (Coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, p. 126. Vid. ya extensamente, Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, *passim*.

¹⁹ Carlos Gómez-Jara, Voz “Autorresponsabilidad penal empresarial”, en: Boix Reig (Dir.) Lloria García (Coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*. 1ª ed., 2008, p. 140.

²⁰ Vid. entre otros Bernardo Feijoo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Díaz-Maroto (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. 107-109; José Luis De la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho penal* 5 (2011), p. 9; Manuel Gómez Tomillo, “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, en: *Revista Jurídica de Castilla y León*, 25, 2011, p. 71.

B. La recepción en la jurisprudencia española

En efecto, no fue hasta la Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza]²¹ que la discusión sobre la cultura de cumplimiento de la legalidad y su relación con la RPPJ comenzó su “vertiginoso” ascenso²². Dicha ascensión coincidió, además, con la introducción expresa de la Cultura de *Compliance* en los estándares nacionales e internacionales de *Compliance*: el estándar internacional ISO 19.600 – Sistemas de Gestión de *Compliance*. Directrices –, así como el estándar nacional UNE 19.601 – Sistemas de gestión de *Compliance* penal –. Dicha coincidencia no fue casual puesto que en la segunda década del Siglo XXI puede observarse una concienciación internacional respecto de la importancia de la cultura empresarial para la vigencia efectiva en las organizaciones de los sistemas de cumplimiento (*Compliance*). Expresado en términos resumidos, se comprobó cómo la mera existencia de documentos recogiendo protocolos y procedimientos no aseguraba la vigencia efectiva del cumplimiento en el seno de una organización – el denostado “*paper compliance*” –. Era necesaria una cultura empresarial de cumplimiento para que los sistemas de gestión fueran realmente efectivos. Desde una perspectiva penal, la vigencia de la norma estatal podía verse cuestionada por organizaciones que carecían (o tenían un déficit) de cultura de cumplimiento.

Estos términos tan técnicos fueron magistralmente expresados – en todos los sentidos – en dicha Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo español de la siguiente forma:

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 10 CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), 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

²¹ Sobre dicha basal sentencia, con amplias referencias, vid. Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2017, pp. 50 ss.

²² Vid. las múltiples referencias en Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de LO 1/2015*, 2017, pp. 189 ss.

subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

(...)

No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la Ley” (pág. 39), “cultura de cumplimiento” (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

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.

Precisamente sobre la base de la cultura de cumplimiento de la legalidad comenzó el Tribunal Supremo – como explicaremos en detalle más adelante – a excluir del ámbito de la RPPJ a las sociedades “pantalla” o “de fachada” de conformidad con los postulados explicitados anteriormente. Así, en concreto, manifestó lo siguiente:

Interpretación del artículo 66 bis del Código Penal que, por otra parte, debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad

meramente instrumental, o “pantalla” , creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

Con independencia de la ubicación en la teoría jurídica del delito en la que encuadrar la cultura de respeto a la norma – que se debatió en el referido Pleno entre los elementos normativos del tipo y otras consideraciones ²³ – lo cierto es que, pocas semanas después de dicha resolución, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez] volvió a vincular ambos aspectos: la cultura de cumplimiento y la RPPJ. Así, reproducía lo anteriormente consignado en el Pleno de la siguiente forma:

En palabras de la STS 154/2016, 29 de marzo , “... el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. [...] Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 10 CP y hoy de forma definitiva a

²³ Vid. al respecto Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2^a ed., 2019, passim.

tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), 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 enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica “.

En tiempos más recientes, la vinculación de la cultura de fidelidad o respeto al Derecho con la RPPJ se puede observar en las reflexiones de las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo español: STS de 20 de octubre de 2020 [Ponente: Excm.a. Sra. Dña. Susana Polo], STS de 20 de septiembre de 2021 [Ponente: Excm.a. Sra. Dña. Ana María Ferrer], STS de 24 de noviembre de 2021 [Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro], STS de 18 de marzo de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco], STS de 27 de julio de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral], STS de 11 de noviembre de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Hurtado Adrián], STS de 10 de febrero de 2023 [Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Segura]. En todas ellas existe una referencia más o menos desarrollada al concepto de la cultura de cumplimiento.

Lo anterior es igualmente predicable de las Audiencias Provinciales en España y de la conocida Audiencia Nacional española. Así, trayendo a colación la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, las siguientes Audiencias Provinciales han reproducido lo indicado por el Alto Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de febrero de 2017 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Calle], Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de junio de 2017 [Ponente: María Cristina Navares], Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 17 de octubre de 2017 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor], Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 2017 [Ponente: Ilmo. Sr. D. José Tomás García], Auto de la Audiencia Provincial de León de 4 de mayo de 2018 [Ponente: Lorenzo Álvarez de Toledo], Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 2 de junio de 2021 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor], o la conocida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Caso Neymar) de 12 de diciembre de 2022

[Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel del Amo].

Como decíamos, también la Audiencia Nacional ha seguido la estela de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este ámbito. Así, por ejemplo, en la igualmente conocida Sentencia en el caso Bankia, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ángela Murillo] se hizo eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y manifestó lo siguiente:

Cuarto.- El Tribunal Supremo en su Sentencia 154/2016, de 29 de febrero estableció que para la determinación de la actuación de la persona jurídica resulte relevante, a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, incluido en el supuesto del anterior artículo 31 bis, párrafo 10 del Código Penal, se ha de establecer a partir del análisis acerca de si, el delito perpetrado por la persona física en el seno de aquella, ha sido posible o se ha facilitado o “ por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho o defecto organizativo “, independiente del actuar de cada una de las personas físicas que la integran, cultura cuya presencia 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 enumerados en el seno del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

(...)

En el caso de la auditora DELOITTE, desde que fue incorporada en la presente causa en calidad de investigada, fue aportando ingente volumen de documentación, con su escrito de 21 de julio de 2016, así como con el presentado el 5 de junio de 2017, por el que impugnaba el recurso de apelación interpuesto por la Confederación Intersindical de Crédito contra el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado y con su escrito de conclusiones provisionales de 12 de diciembre de 2017, documentación consistente en Normas Técnicas de Auditoría y Control de Calidad Interno de los Auditores de Cuenta y Sociedades de Auditoría, Informes Anuales de Transparencia publicados por DELOITTE desde el año 2011 al 2015, Código Ético de Deloitte de 2007, 2010, 2011 y 2016, Código de Conducta de DELOITTE, Manual de Cumplimiento Normativo, Comunicaciones realizadas a empleados y terceros ajenos a DELOITTE, diversas actas del Comité para la Prevención del

*Blanqueo de Capitales, Plan de Formación y Desarrollo Profesional, Resumen de Riesgos Identificativos HARCE, Declaración Anual de Independencia firmada por Arturo , y un largo etc.; documentos estos de los que se desprende que **DELOITTE** posee una sólida cultura de cumplimiento y oportunos controles para evitar la comisión de delitos, y concretamente el que a ella se le atribuye de estafa a los inversores dentro de su organización.*

De forma reciente, en los Autos dictados con motivo de un conocido procedimiento vinculado a dos empresas cotizadas españolas, la Sección Tercera de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional ha podido apuntar, una vez más, la relevancia de la cultura de cumplimiento a los efectos de la RPPJ. Así, en los autos de 30 de enero de 2023 [Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana María Rubio Encinas] se vino a indicar lo siguiente:

*Damos por reproducida la lista de documentos analizados por el instructor que se refieren a la normativa de CaixaBank sobre Modelo de Prevención de Delitos, Código Ético, planes de formación, canal de denuncias o régimen disciplinario, que evidencian **la cultura de cumplimiento**, de prevención de delitos y “respeto al Derecho” implantado en la entidad . (..)*

(...)

Esta cultura del cumplimiento de la norma se revela también en la reacción que dicha comisión tuvo tras conocer las investigaciones que en el ámbito judicial se estaban llevando a cabo sobre los servicios prestados por Cenynt a distintas personas o entidades, acordando por unanimidad en su reunión de 16.09.2019, antes de que se incoara la Pieza Separada no 21 de las DP 96/2017, encomendar al Chief Compliance Officer, el testigo Donato , con el apoyo y colaboración de la directora de auditoría, control y riesgos, la revisión de la regularidad de la contratación de la agencia de investigación Club Exclusivo de Negocios y transacciones, SL (Cenynt) o vinculadas a ella

(...)

La importancia de este informe no son sus conclusiones, sino que evidencia la cultura de cumplimiento de los modelos de prevención de delitos que imperaba en REPSOL y a la que antes nos referíamos, sometiendo a revisión externa, aparte de su normativa interna, a su propio órgano de supervisión y control,

lo que no podía sino ser con la finalidad de reaccionar frente a cualquier eventual fallo del sistema para corregirlo, pues no se pone de manifiesto otra intención con esas actuaciones.

Adicionalmente, en dichos Autos se hacen referencia a una tendencia que se está afianzando en la práctica forense, y que es la relativa a la presentación de informes periciales donde, entre otras cuestiones, se realizan manifestaciones sobre la cultura de cumplimiento de una determinada entidad. Ello, en principio, debería ser natural, puesto que los estándares internacionales y nacionales en materia de *Compliance* anteriormente referenciados – sintéticamente: la ISO 19600 (en la actualidad ISO 37301) y la UNE 19600 – refieren un apartado específico del estándar a la Cultura de cumplimiento dentro del epígrafe del “Apoyo” (*Support*). Desgraciadamente, todavía no está asentada una metodología común en el ámbito pericial y numerosos peritos se limitan a realizar afirmaciones respecto de la cultura de cumplimiento sin especificar la metodología seguida. Probablemente, con el tiempo se asentará la metodología propia de los estándares nacionales e internacionales en materia de *Compliance* puesto que ya en la actualidad son utilizados para llevar a cabo los procesos de certificación de los sistemas de gestión de *Compliance* en numerosos países.

Los referidos Autos de 30 de enero de 2023 contienen ya una serie de indicaciones respecto de esta práctica forense cuando señalan lo siguiente:

El 03.05.2022 Jacinto ratificó ante el instructor su informe pericial de 27.07.2021. En él analizaba “las medidas dispuestas por REPSOL en el ámbito de la prevención de delitos corporativos y la cultura ética” circunscribiéndose a aquellos aspectos fácticos y objetivos, que se desprendían de la documentación y fuentes de información consultadas, que constan unidos a las actuaciones aportados por la representación de Repsol con su escrito de 17.03.2022.

Por lo tanto, la vinculación de la cultura de cumplimiento con la RPPJ parece haber venido para quedarse. Pese a las críticas, comprensibles, que se dirigen desde diversos sectores académicos – relativas a la indefinición del concepto, su falta de operatividad real, etc. –, lo cierto es que se trata de un instrumento que, al menos en nuestra opinión, capta atinadamente la dimensión organizativa interna de la persona jurídica y funge como un equivalente funcional sólido a la culpabilidad de las personas físicas. En éste, como en otros ámbitos, no se puede pedir de las construcciones de la RPPJ aquello que no se

exige respecto de la responsabilidad penal individual; y si existe una categoría orientada a la dimensión interna del sujeto penal, vinculada a la disposición jurídica del mismo, es la culpabilidad.

Precisamente a raíz de dicha reflexión, también debe traerse a colación que el modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas distingue entre el injusto propio de la persona jurídica – su defecto de organización – y la culpabilidad propia de la persona jurídica – su déficit de cultura de *Compliance* –²⁴. Esta distinción también viene siendo acogida por algunos tribunales españoles para poder determinar correctamente en qué elemento de la teoría del delito de las personas jurídicas nos encontramos y poder trazar distinciones adecuadas.

Comenzando por el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2019 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Echarri Casi], al analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas señala, con cita de la STS 221/2016, de 16 de marzo, señala que “(...) ‘*el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reside en el denominado “delito corporativo” construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero 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 la 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. En otras palabras, el injusto del delito corporativo está conformado por una organización defectuosa y su culpabilidad, por una cultura de cumplimiento deficiente*”.

- Dicho planteamiento ha sido acogido expresamente con posterioridad por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en su Auto de 28 de octubre de 2022 [Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana María Rubio Encinas].

Reiterando dicho planteamiento, el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2021 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Echarri Casi] señala lo siguiente:

Lo que sí resulta evidente que si el injusto típico del denominado delito corporativo viene conformado por una organización defectuosa y la culpabilidad del mismo, ocasionada por

²⁴ Vid. Carlos Gómez-Jara, en: Bajo / Feijoo / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ª ed., 2016, passim.

una cultura de cumplimiento inexistente, insuficiente o meramente complaciente con las exigencias legales, y éste deberá ser lo que constituye el “thema decidenci” del proceso penal con personas jurídicas en la posición pasiva de aquél,

Dicho Magistrado de la Audiencia Nacional incluso trae a colación el planteamiento del modelo constructivista, indicando los efectos que despliega en cuanto al *onus probandi* de acusación y defensa al referir lo siguiente:

Algunos penalistas, desde otro punto de vista, sostienen una posición integradora, al distinguir entre las medidas de control referidas a hechos concretos (delito concreto objeto de imputación) y el funcionamiento del sistema de gestión de Compliance penal (modelo de organización y gestión de delitos); en el sentido de asignar la carga probatoria a la acusación respecto de la falta de idoneidad de las medidas de control del delito concreto que se imputa a la persona jurídica sobre la base de hechos concretos, objeto de la acusación, es decir, la prueba del injusto/tipo. Mientras que, correspondería a la defensa, la prueba de la existencia de una adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad, incluida la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas, para delitos de la misma naturaleza con un carácter general, es decir, la prueba de la culpabilidad. ²⁵

También distinguiendo entre la cultura de *compliance* (culpabilidad) y el defecto organizativo (injusto) se puede traer a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de enero de 2022 [Ponente: Ilma. Sra. Dña. Patricia Fernández Franco] cuando señala:

esa cultura de respeto al Derecho es algo distinto a los modelos de organización y gestión lo cual se aprecia nítidamente cuando más adelante la propia resolución se refiere a la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como “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 “compliance” o “modelos de cumplimiento”“.

²⁵ Dicho planteamiento está expresamente extraído de Carlos Gómez-Jara, “El Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y una propuesta reconciliadora”, en: *Diario La Ley*, N^o1514, 2016.

C. Conclusión

En definitiva, en la actualidad los órganos judiciales españoles toman en consideración la cultura de cumplimiento como un elemento relevante de la RPPJ. Sólo el tiempo dirá si termina afianzándose en el ámbito de la culpabilidad o si se ubica en otros elementos de la teoría del delito. Pero lo más relevante para la discusión internacional es que dicha introducción de la cultura de cumplimiento no viene establecida jurídico-positivamente, sino que constituye una aportación de la doctrina penal basada en la lógica organizativa de las personas jurídicas y en los principios rectores de Derecho penal – comunes por lo demás a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos –.

III. LA INIMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: SOCIEDADES PANTALLA Y SOCIEDADES SIN UN MÍNIMO DE COMPLEJIDAD (ESTRUCTURA ORGANIZATIVA) INTERNA

La aportación del modelo constructivista relativa a la cultura de cumplimiento puede considerarse, fundamentalmente, una contribución teórica; pero, sin duda, también tiene repercusiones prácticas. Una de las que más ha calado en la praxis judicial ha sido la relativa a la inimputabilidad de las personas jurídicas. En efecto, como se puede observar en las líneas anteriores, para el modelo constructivista resulta fundamental poder desarrollar una cultura de cumplimiento de *Compliance* como presupuesto de la culpabilidad de la persona jurídica. Pues bien, para cumplir con dicho presupuesto es necesario una mínima estructura organizativa interna de la persona jurídica. Al igual que ocurre con las personas físicas, es necesario desarrollar una mínima complejidad interna (autorreferencial): en el caso de las personas físicas, una auto-conciencia; en el caso de las personas jurídicas, una auto-organización. Lo importante, en cualquier caso, es que el límite a partir del cual se considera que tanto personas físicas como personas jurídicas han desarrollado esa autorreferencialidad suficiente es un límite normativo; esto es, establecido por el propio sistema jurídico.

Derivado del planteamiento anterior ya en el año 2005 propusimos que, al igual que no todas las personas físicas son imputables en el Derecho penal individual, no todas las personas jurídicas deberían ser imputables en el Derecho penal empresarial ²⁶. En este sentido,

²⁶ Carlos Gómez-Jara, “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en: Bajo Fernández, Miguel / Jorge Barreiro, Agustín / Suárez González, Carlos (eds.), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. 2005, pp. 425-446; Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, passim.

el modelo constructivista considera que responde más a la lógica de los principios informadores del Derecho penal que se distinga entre personas jurídicas puesto que, en definitiva, resulta harto complicado comparar – por poner un ejemplo extremo – una sociedad que cotiza en el mercado de valores con una sociedad unipersonal donde el único socio persona física es el único trabajador (por no hablar de las sociedades “pantalla”, “de fachada” [en inglés “*shell corporations*”]).

- Expresado con un ejemplo gráfico: al igual que un niño no es considerado imputable en el Derecho penal de las personas físicas, una sociedad “pantalla” o sin una mínima estructura organizativa interna no debe ser considerada imputable en el Derecho penal de las personas jurídicas.

La solución que propusimos ya en 2005 para este tipo de personas jurídicas era acudir a la doctrina del “levantamiento del velo”, sumamente utilizada en el ámbito del Derecho penal puesto que se trata de una rama del ordenamiento jurídico preocupada por la materialidad de la situación subyacente con independencia de la forma contractual que revista. Dicho planteamiento, además, resulta compatible con conocido principio de *non bis in idem* puesto que, materialmente, en los casos de sociedades “pantalla” o sin estructura organizativa se produce una identidad de sujetos: la persona física de “atrás” se identifica con la persona jurídica que sirve de “fachada” o “pantalla”.

A. La formulación y fundamentación del concepto constructivista de inimputabilidad persona jurídica: el surgimiento de un Actor Corporativo sobre la base de su estructura organizativa interna. Sólo un actor corporativo puede cometer un delito corporativo

Como hemos señalado anteriormente, resulta fundamental poder distinguir entre personas jurídicas en el ámbito de la RPPJ, ya que se distingue entre personas físicas en la responsabilidad penal individual. Responde más a la lógica jurídico-penal distinguir entre personas jurídicas que, por el contrario, afirmar sin más que todas las personas jurídicas son *per definitionem* responsables penalmente. Ahora bien, al igual que ocurre con las personas físicas en la responsabilidad penal individual, la distinción entre personas jurídicas de cara a la RPPJ no es tarea sencilla. Para ello se acudió a una categoría penal sumamente conocida (aunque no por ello menos polémica): la imputabilidad. Sólo determinadas personas jurídicas son imputables penalmente.

Para fundamentar teóricamente qué personas jurídicas son imputables en Derecho penal el modelo constructivista acude a la doctrina

desarrollada por *Gunther Teubner* respecto de la vinculación hipercíclica de los elementos constituyentes del actor corporativo (*Corporate Actor*). En efecto, en el ámbito de la teoría y sociología del Derecho, ha sido el conocido teórico y sociólogo del Derecho, *Gunther Teubner*, quien ha desarrollado de manera más coherente y completa – en nuestra opinión – este planteamiento²⁷. El citado planteamiento resulta compatible con la concepción autopoietica de las organizaciones, concepción que, por lo demás, ha sido utilizada por diversos autores, en mayor o menor medida, para fundamentar sus postulados²⁸.

Por lo que se refiere a la discusión española, la concepción de la

²⁷ Vid. entre otros trabajos, *Gunther Teubner*, *Law as an autopoietic system*, 1993; *Gunther Teubner*, “Hypercycle in Law and Organization: The Relationship Between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis” en: *Alberto Febrajo* (ed.), *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1988, pp. 43 ss.; *Gunther Teubner*, “How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law” en: *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727-757 [traducción al español de *Carlos Gómez-Jara Díez*: “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho” en: *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 25 (2002), páginas 533-573].

²⁸ *Bernd Schünemann*, en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 572, 579] y, con posterioridad, en 1996, sus dos contribuciones a la obra colectiva sobre criminalidad empresarial [Schünemann, en: «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en: *Schünemann* (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*, 1996, p. 132 «ello se puede a su vez (...) explicar mediante la representación de que la empresa es un sistema autopoietico», Schünemann «Art. 4.: Maßnahmen gegen Unternehmen», en: *Schünemann* (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*, 1996, pp. 168, 170 «ha tomado «como fundamento legitimador (...) la teoría de los sistemas autopoieticos limitada»; con posterioridad Schünemann, «Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», en: *Eser / Heine / Huber* (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, p. 230 señalaba que «el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas»; *Willfried Botke*, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Mössen Unternehmen “strafmündig” werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra* 1997, p. 253 señala que «analizada la asociación u otro sujeto colectivo, como un sistema autopoietico, el reproche puede verse en el abuso de la libertad de autorregulación de la que gozan – de una forma jurídicamente reconocida – dichos sujetos como participantes en el mercado y como miembros de la sociedad»; ÍD., *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, 1995, p. 49 «el sujeto colectivo se constituye como sistema autopoietico», en nota 134 «tanto el ser humano como los sujetos colectivos son interpretables como sistemas autopoieticos»; ÍD., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en: *Silva Sánchez* (ed. española), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 42 s.; *Günther Heine*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 79 «las grandes empresas (...), son sistemas autopoieticos caracterizados por un alto grado de capacidad de autoorganización y de autoconducción», (250), «el “dominio [funcional] de la organización” se corresponde con la teoría socio-jurídica del Derecho reflexivo (...) que postula (...) una conducción mediata de los sistemas autopoieticos [de organizaciones complejas]; *Ernst Joachim Lampe*, «Systemsunrecht und Unrechtssysteme», en: *ZStW* 106 (1994), pp. 690 s.; *Lütolf*, *Strafbarkeit der juristischen Person*, 1997, Cap. III; *Klaus Rogall*, en: *Boujong* (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ªed., 2000, § 30/10; *Thomas Rotsch*, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, pp. 81 ss.

organización como sistema autopoiético que se determina a sí mismo libremente fue utilizada por primera vez en el año 2005 para fundamentar el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica ²⁹. Conforme al mismo, determinadas organizaciones, cuando alcanzan un determinado nivel de complejidad interno, comienzan a desarrollar una capacidad de autorreflexión y autoconducción que, para un observador externo, son funcionalmente equivalente a las capacidades autorreflexivas del individuo. Así, no se trata de “corporeizar” a la organización – al estilo de la ya superada teoría de la personalidad real de la asociación de V. Gierke (*reale Verbandspersönlichkeit*) ³⁰ – sino de observar cómo en el interior de las organizaciones complejas se producen unos procesos de autorreflexión propios que, en última instancia se traducen en una capacidad de autoconducción y autoadministración a lo largo del tiempo ³¹. Expresado en los términos utilizados por Gunther Teubner, la «superación de la minoría de edad» (*Unmündigkeit*) de la organización se produce cuando determinados componentes de la misma se vinculan de una forma concreta (lo que él denomina una vinculación hipercíclica) ³². *Es en ese momento cuando*

²⁹ Vid. Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005.

³⁰ Vid. sobre esta cuestión concreta Gunther Teubner, “How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law” en: *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727-757 [traducción al español de Carlos Gómez-Jara Díez “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho” *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 25 (2002), páginas 533-573].

³¹ Para una explicación detallada de la organización autopoiética vid. Carlos Gómez-Jara Díez, “Autoorganización empresarial y Autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: *RECPC* 08-05 (2006) [accesible en: {<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>}].

³² Gunther Teubner, “Hypercycle in Law and Organization: The Relationship Between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis” en: Alberto Febrajo (ed.), *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1988, p. 60. Algún autor afirma que dichos planteamientos se basan en “conjeturas e hipótesis en desuso desde hace décadas en el propio campo donde fue estudiada, la sociología” y considera “extraordinariamente llamativo” que se haga uso de la teoría de sistemas cuando se trata de “un modelo de estudio y análisis de la conducta que se evidencia ineficaz y carente de base ontológica” [Rafael Aguilera, *Compliance penal*, 2018, p. 58]. En nuestra opinión, lo que resulta “extraordinariamente llamativo” es que se viertan dichas afirmaciones sobre la teoría de sistemas sin referencia científica alguna (ni una sola cita a trabajos científicos que apoyen sus opiniones personales), que confunda el constructivismo operativo con el funcionalismo (entre otras muchas confusiones) o, en fin, que se indique, sin más, que “la concepción sistémica queda(se) relegada a un plano meramente anecdótico en la sociología”. Probablemente sería conveniente que, con anterioridad a realizar afirmaciones tan taxativas, se revisara el relativamente reciente trabajo de David Seidl / Hannah Mormann, “Niklas Luhmann as Organization Theorist”, en el “Manual de Oxford sobre Sociología, Teoría social y Estudios Organizativos: Corrientes Contemporáneas” [*The Oxford Handbook on Sociology, Social Theory and Organization Studies: Contemporary Currents*, 2014] para reflexionar sobre cómo puede tildar de “anecdótica” una teoría que el Manual de Sociología de Oxford considera como “corriente contemporánea”.

surge el Actor Corporativo .

Como hemos indicado anteriormente, la lógica que rige el planteamiento constructivista es que, al igual que no todos los seres humanos son responsables penalmente en el Derecho penal de las personas físicas, no todas las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables en el Derecho penal de las personas jurídicas. Sólo el ser humano mayor de edad con una determinada capacidad interna de autorreflexión se considera por el Derecho como penalmente responsable. Aplicado a las personas jurídicas, el sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas implica que sólo lo que podemos denominar actor corporativo (*Corporate actor*) tiene una complejidad y consiguiente capacidad interna de autorreflexión que le permite ser considerado por el Derecho penal como sujeto penalmente responsable. **Expresado con sólo una idea fuerza: sólo el actor corporativo puede cometer un delito corporativo.**

El término de delito corporativo fue introducido felizmente en la discusión dogmática por *Bernardo Feijoo*³³ y asumido rápidamente por el Tribunal Supremo español. En la referida STS de 16 de marzo de 2016, el Alto Tribunal realiza un importante esfuerzo para sentar las bases del concepto de “delito corporativo” y, de esta manera, proporcionar a los órganos judiciales – tanto de Instrucción como de Enjuiciamiento – una herramienta eficaz con la que abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, en un primer momento señala el Alto Tribunal que

“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 ” [sin negrita en el original].

A continuación, con carácter definitorio, el Tribunal Supremo [STS de 16 de marzo de 2016] focaliza la atención en lo propio del delito

³³ Bernardo Feijoo Sánchez, *El delito corporativo en el Código penal español*, 1ª ed., 2015.

cometido por la persona jurídica: “*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*”³⁴ [sin negrita en el original]. Ahondando en el significado material del delito corporativo, el Tribunal Supremo apunta que el mismo se encuentra 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*” [sin negrita en el original].

El concepto del “delito corporativo” rápidamente ha comenzado a utilizarse por la jurisprudencia de Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal (vid. entre otras Auto de 23 de diciembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona [Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Hernández Pascual]; Auto de 22 de septiembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Zaragoza [Ponente: Ilmo. Sr. D. Rubén Blasco Obedé]; Sentencia de 13 de febrero de 2017 del Juzgado de lo Penal n^o 8 de Madrid [Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi]. Relevante igualmente, no sólo por el análisis de cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino por otra serie de circunstancias, la Sentencia de 4 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Penal 31 de Madrid [Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Muñoz de Baena], utilizando el concepto de delito corporativo con cita extensa de la basal resolución del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 antecitada.

Finalmente, no se puede desconocer la vinculación que existe entre el concepto de delito corporativo, los modelos de autorresponsabilidad – muy especialmente el constructivista – y la concepción autopoiética de la organización. Así, en la Sentencia de 11 de octubre de 2017 [Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez], si bien a modo de

³⁴ Sobre la nueva regulación de la RPPJ introducida por la reforma de 2015 vid., sin ánimo de exhaustividad, entre otros Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2^a ed., 2016; José Luis González Cussac, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en: José Luis González Cussac (Dir.), Ángela Matallín Evangelio / Elena Górriz Royo (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 151 ss.; Gonzalo Quintero Olivares, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 77 ss.; AA.VV., *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, Capítulo 1; Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2^a ed. 2015; María Ascensión García Ruiz, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el nuevo artículo 31 bis del Código Penal y su aplicación a los delitos ecológico”, en: *Revista de derecho Penal y Criminología* 2(2016), pp. 2 ss.; AA.VV., *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas* [Emilio Cortés Bechiarelli, Norberto Javier de la Mata Barranco; Angel Juanes Peces (Coords.)], 2015; Julián Sánchez Melgar, “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”, en: *Práctica penal cuaderno jurídico*, 79 (2015), pp. 24 ss.

obiter dictum , señala lo siguiente :

*La Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización autopoietica se administra y organiza a sí misma , conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la **psique del individuo** como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad (sin negrita en el original)*

La pregunta entonces es: las teorías sobre la auto-organización de las personas jurídicas – que fundamentan materialmente el modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas – ¿conduce(n) a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la **psique del individuo** como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad ? La respuesta a dicho interrogante, en el estado de la ciencia penal actual respecto de las personas físicas, pudiera sorprender a más de uno.

En efecto, en contra de lo que pudiera parecer, la opinión más extendida – precisamente para defender la concepción que el Derecho penal tiene del ser humano como sujeto que se auto-determina libremente – es que la afirmación de que los seres humanos gozan de una libertad de autodeterminación basada en su autoconciencia constituye una atribución normativa que realiza el sistema jurídico. Ello se ha puesto de manifiesto especialmente de manifiesto en el ámbito de la discusión sobre neurociencias y Derecho penal. Los especialistas en neurociencias abogan por una visión determinista del ser humano; los penalistas consideran que, con independencia de dicho planteamiento, desde el punto de vista jurídico-penal, el ser humano se auto-determina.

En efecto, en este ámbito, la autonomía y libertad propias de la autoconciencia de los seres humanos se ha visto seriamente cuestionada por los estudios especializados, cuyo impacto en el campo del Derecho penal conllevaría una fuerte dosis de determinismo . Sin embargo, los penalistas se han revelado frente a dicha consecuencia. En palabras de uno de los autores que más brillantemente ha expuesto la cuestión: “*La libertad de la que hablamos los juristas como fundamento de un Derecho penal de la culpabilidad no es la mera posibilidad fáctica de actuar de otra manera en un momento concreto, sino una creación social* ”³⁵ . De igual manera señala, “*la idea de responsabilidad (...) es de naturaleza **adscriptiva** de acuerdo con reglas que tienen que ver con la configuración valorativa o normativa de la sociedad, es decir, conforme*

³⁵ Bernardo Feijoo Sánchez, “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret* 2/2011, p. 13.

a criterios estrictamente normativos de imputación ”³⁶ . Y es que, como también se ha indicado acertadamente “de la absolutización del determinismo de los procesos neuronales se deriva (...) que la consciencia, especialmente la auto-consciencia, pierde toda función ”³⁷ .

En definitiva, para salvar las críticas del neurodeterminismo, la ciencia del Derecho penal se ampara en que el Derecho penal goza de la suficiente autonomía para adscribir capacidad de cuestionamiento de la norma a determinados sujetos sobre la base no de una constatación fáctica interna de los mismos – que las neurociencias muestran que es inexistente –, sino sobre la base de unas reglas determinadas por el propio ordenamiento jurídico-penal. Si la libertad decisiva para el Derecho penal de la culpabilidad es una “creación social”, y la idea de responsabilidad penal es de naturaleza adscriptiva conforme a criterios estrictamente normativos de imputación, entonces las críticas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas basadas en supuestas capacidades internas fácticas de los individuos no pueden prosperar. Expresado de otra manera: cuanto más se acentúe la dimensión normativa en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y en la adscripción de responsabilidad penal, más se posibilita la idea de la culpabilidad de las personas jurídicas y la consiguiente responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De lo anterior parece colegirse un principio razonable. De la misma manera que “las neurociencias acabarán perfilando una nueva auto-comprensión del ser humano” y ello tendrá un impacto en las adscripciones de responsabilidad penal en los individuos³⁸ , los avances en las

³⁶ Vid. Günther Jakobs, “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, en: Cancio Meliá / Feijoo Sánchez (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad* , 2008, p. 173 con referencias a la literatura especializada en neurociencias [Roth, Singer, etc.] y llevando a cabo una crítica a las mismas desde la autonomía del sistema jurídico para determinar sus reglas de imputación.

³⁷ Vid. por muchos Bernardo Feijoo Sánchez, “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret* 2/2011, pp. 13 ss. con múltiples referencias a la discusión penal española y sobre todo alemana. No está de más recordar que este planteamiento ya se encuentra reflejado en Gunther Teubner, *How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law*” en: *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727-757 [traducción al español de Carlos Gómez-Jara Díez: “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho” en: Teubner, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global* , 2005, pp. 19-70] para referir la autonomía del sistema jurídico. En realidad, los autores que apelan a la libertad en Derecho penal como libertad normativa atribuida por el ordenamiento jurídico están defendiendo un grado notable de autonomía del Derecho , en definitiva, que dicha libertad es, en última instancia, una libertad construida por el Derecho para la aplicación de sus propias reglas jurídicas. Difícilmente puede formularse un ejemplo más claro de la autopoiesis jurídica, como Teubner indica en su trabajo.

³⁸ Bernardo Feijoo Sánchez, “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret* 2/2011, p. 48.

ciencias de la organización y del *management* ya han tenido un impacto decisivo en dichas adscripciones a las personas jurídicas. La paulatina introducción de regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas en todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos no es sino un reflejo de dicha evolución. La autorreferencialidad y autoorganización de las personas jurídicas han proporcionado esos indicios que el Derecho penal considera relevantes para atribuir culpabilidad e imponer sanciones penales. Pretender ahondar en lo fáctico para tratar de distinguir entre una culpabilidad “verdadera” de las personas físicas frente a una culpabilidad “normativa” de las personas jurídicas, no parece más que un mero ejercicio de voluntarismo.

Como resumen, el Derecho penal, como sistema, resulta selectivo a la hora de asignar la condición de “sujeto con capacidad de culpabilidad”³⁹. Exige la constatación de una serie de “indicios” de autorreferencialidad. En el caso de las personas físicas, indicios de una autoconciencia suficientemente desarrollada y compleja. El equivalente funcional en el caso de las personas jurídicas consiste en indicios de una autoorganización suficientemente desarrollada y compleja. La libertad de autodeterminación, tanto para personas físicas como para personas jurídicas, es una adscripción que realiza el propio sistema jurídico-penal sobre la base de un indicios de autorreferencialidad. No tiene sentido una mayor exigencia de autorreferencialidad para las personas jurídicas, cuando la propia autorreferencialidad de la psique

³⁹ En este sentido, Teubner / Zumbansen indican que los sistemas sociales – como el Derecho – se comportan de una manera muy selectiva a la hora de atribuir la subjetividad, exigiendo la existencia de indicadores creíbles - «buenas razones» - de que tras la «máscara» de la persona, el sistema al cual se atribuye la subjetividad realiza operaciones autorreferenciales de cierta complejidad [Gunther Teubner / Peer Zumbansen,; «Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels», en: Teubner, Gunther (ed.); *Die Rückgabe des zwölften Kamels. Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, 2000, pp. 208 ss.]. Los sistemas sociales, por tanto, no atribuyen la condición de «persona» de manera aleatoria y arbitraria, sino que, como se observa, se comportan de forma muy selectiva. En efecto, debido a la autorreferencialidad, los sistemas sociales no tienen acceso a la autorreferencialidad interna de los artefactos comunicativos, pero tienen que generar las correspondientes estructuras para dichos artefactos. Por tanto, para las empresas esto supone que pueden llegar a convertirse en personas en Derecho penal cuando el sistema jurídico-penal tiene buenas razones para creer en su autorreferencialidad «sin poder verla». También señala Willke, *Grundlagen*, pp. 183 s. que el criterio de la capacidad de ser sujeto es el mismo que para la identidad personal: la clausura operativa de una reproducción autorreferencial. Por lo tanto, «una “identidad sistémica” o “corporativa”, para poder convertirse en realidad, tiene que estar asegurada internamente y externamente adscrita» (p. 184). Vid. igualmente las reflexiones, ya en el ámbito penal, de Miguel Polaino-Orts, “Persona y persona jurídica como centros de imputación jurídico-penal”, en: Gómez-Jara (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, 2018, pp. 473 ss. y de Bernardo del Rosal, “El concepto de persona jurídica a efectos penales”, en: Gómez-Jara (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Libro Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, 2018, pp. 1017 ss.

humana, a efectos de autodeterminación, es seriamente cuestionada por las ciencias cognitivas. Si el Derecho penal adscribe dicha libertad de autodeterminación, lo hace tanto para personas físicas como jurídicas, ambas con un determinado nivel de complejidad interna.

Con este bagaje se puede abordar cómo se ha recibido el concepto de inimputabilidad de la persona jurídica propuesto por el modelo constructivista en la jurisprudencia española.

B. La recepción en la jurisprudencia española

Si la introducción del concepto de la cultura empresarial de fidelidad o respeto al derecho ha sido una de las aportaciones del modelo constructivista que, a nivel teórico, mayor predicamento ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, lo cierto es que la acuñación de la imputabilidad de las personas jurídicas para descartar la aplicación de la RPPJ a sociedades pantalla, o a sociedades sin un mínimo de complejidad organizativa propia, ha sido uno de las herramientas prácticas más utilizadas por las resoluciones judiciales del Alto Tribunal. Como se expondrá más adelante, parecen haberse conformado dos líneas jurisprudenciales en la Sala Segunda que arriban – una con más rigor, en nuestra modesta opinión, que otra – a soluciones similares. Pero para ello resulta conveniente explicar la génesis y evolución de este planteamiento.

En el año 2011, una vez introducida la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, al abordar el referido como “*el Segundo Presupuesto de la Imputabilidad de las Personas Jurídicas: el Sustrato Organizativo-empresarial*”⁴⁰ indicábamos ya que “*el límite a partir del cual se considerará que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente [imputable] —y por tanto no instrumento— de la persona física es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo*”⁴¹.

Pues bien, poco tiempo después, el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 [Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada] se hizo eco de este planteamiento indicando que

“Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero

⁴⁰ Carlos Gómez-Jara, “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Julio Banacloche Palao, Carlos Gómez-Jara Díez / Jesús Zarzalejos Nieto, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 30 ss.

⁴¹ Carlos Gómez-Jara, “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Julio Banacloche Palao, Carlos Gómez-Jara Díez / Jesús Zarzalejos Nieto, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, p. 31.

instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo ” y resolviendo que “debemos de concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables ”.

La gota de la “inimputabilidad” de algunas personas jurídicas ya había comenzado a calar en los tribunales. Precisamente por ello, ese mismo año 2014 realizamos un comentario doctrinal a la mentada resolución donde proponíamos una distinción tripartita entre empresas legales (ciudadanos corporativos) / empresas ilegales / sociedades pantallas ⁴². Dicha propuesta que fue recogida posteriormente por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 ⁴³, y finalmente concluyó, en línea con lo que veníamos apuntando, que “solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente ” ⁴⁴.

Este planteamiento adoptó Carta de Naturaleza cuando el Pleno Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo el 29 de febrero de

⁴² Carlos Gómez-Jara, “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, 8341 (2014), pp. 3 ss.; vid. igualmente el comentario de Hernán Hormazábal Malarée, “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares: el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, en: *Diario La Ley* n.º 8368 (2014). Posteriormente, un extenso comentario sobre las diversas posibilidades del tratamiento de las sociedades pantalla Oscar Martín Sagrado, “El decomiso de las sociedades pantalla”, en: *Diario La Ley* 8769 (2016).

⁴³ Circular 1/2016, pp. 28 ss.: “Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas” [Alejandro Luzón Cánovas, “Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal”, en: Fiscalía General de Estado, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Libro Homenaje a José Manuel Maza Martín*, 2018, p. 221: “La Circular 1/2016, partiendo del auto de 19 de mayo de 2014 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 26/2012, analizado por Gómez-Jara, establece una triple categoría de personas jurídicas, que la STS 154/2016, también hace suya: las sociedades que operan con normalidad en el mercado, penalmente responsables este mejor o peor organizadas; las que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, a las que se refiere la regla 2a del art. 66 bis, que son también responsables o imputables y, finalmente, las sociedades irresponsables o inimputables, aquellas sin ninguna clase de actividad legal o en que esta es meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos”. También refiere el citado autor que “Como razona Gómez-Jara, existen sociedad limitadas unipersonales con una complejidad organizativa propia (directivos, departamentos, secciones, empleados...) que las convierten, dice este autor – partidario de la teoría de la autorresponsabilidad empresarial – en actores corporativos capaces de cometer un delito corporativo ” (p. 221).

⁴⁴ Circular 1/2016, p. 28.

2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín] ⁴⁵ lo abanderó indicando que

“A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica”.

(...)

De nuevo se declara probado en el “factum” de la recurrida que estamos ante una “sociedad pantalla”, o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como “inimputable” y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución. [sin negrita ni subrayado en el original].

El razonamiento que acaba de referirse resulta fácilmente aceptable para el caso de las denominadas “sociedades pantallas”, “estantería”, “de fachada” o “puramente instrumentales” que se caracterizan, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con la

⁴⁵ Sobre dicha Sentencia vid., entre otros, Luis Rodríguez Ramos, “Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas. (Al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016)”, en: *Diario La Ley* n^o 8766 (2016); Manuel Gómez Tomillo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, en: *Diario La Ley* n^o 8747 (2016); Gómez-Jara Díez, “El Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y una propuesta reconciliadora”, en: *Diario La Ley*, N^o1514, 2016; Bernardo 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”, en: *Diario La Ley* n^o 8732 (2016); María Ángeles Villegas García, “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero”, en: *Diario La Ley* n^o 8721 (2016); Ana María Neira Pena, “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”, en *Diario La Ley* n^o 8736 (2016); Manuel Jesús Dolz Lago, “Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes.”, en *Diario La Ley* n^o 8797 (2016).

doctrina de las Circulares de la Fiscalía General del Estado ⁴⁶, por “*la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación*” ⁴⁷. Ahora bien, existen pronunciamientos de la jurisprudencia menor donde se ha venido vinculando este planteamiento y, en concreto, **resulta especialmente interesante la ampliación a empresas que no se pueden tildar de “sociedad pantalla”, pero que no tienen un sustrato organizativo propio complejo**. En este sentido, por ejemplo, la excelente Sentencia de 13 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid [Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levil] indicando que

“La cuestión resulta además complicada por el hecho de que la entidad en cuestión, no tiene en puridad una estructura corporativa compleja. Se trata de una sociedad unipersonal, en la que existe una Administradora única, precisamente la acusada Da. Inés. Se nos plantean aquí varias cuestiones, de orden procesal algunas, como la efectiva imputación de la entidad, y de orden sustantivo otras, como la vigencia del principio non bis in ídem, cuando se trata de sancionar a entidades unipersonales por conductas de su único socio.” ⁴⁸

Como señala dicha resolución, de las diferentes opciones que hay para abordar esta situación, considera “*más adecuada reconducir la cuestión a la inexistencia del delito corporativo por la inimputabilidad de la persona jurídica. En efecto, asumida la existencia de la sociedad unipersonal, si esta es de tan pequeña entidad en la que además el socio único es el único administrador y empleado, carece de sentido exigirle como sociedad “la cultura de respeto” a la norma que está en la base del delito corporativo. En este caso la confusión entre sujeto activo y sociedad es tal que se produce, “imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control “lo que la STS 221/16 define como inimputabilidad de la entidad.”*”

Este planteamiento inicial de la Sala Segunda de adoptar la solución de la inimputabilidad propuesta por el modelo constructivista fue

⁴⁶ Circular 1/2011, Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, p. 1294; Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, página 27.

⁴⁷ Vid. igualmente las reflexiones de Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras las reformas de LO 1/2015*, 2017, pp. 245 ss.;

⁴⁸ Sobre dicha resolución en profundidad Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ªed., 2019, pp. 253 ss.

reiterado posteriormente en la Sentencia de 22 de octubre de 2020 [Ponente: Excm. Sra. Dña. Susana Polo] razona, en lo que hace al argumento aquí esgrimido, lo siguiente:

3.4. Del citado relato no se desprende que las sociedades acusadas tuvieran algún tipo de actividad mercantil o empresarial, ni organización ni infraestructura, y ello pese a los intentos del Ministerio Fiscal de hacer ver lo contrario, lo cierto es que en los hechos probados se afirma que el acusado urdió el plan que describe, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial para lo que se sirvió de las dos sociedades acusadas, de una forma meramente instrumental.

(...)

En el supuesto, no estamos ante una persona jurídica que opera con normalidad en el mercado, ni ante sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, porque ello no ha quedado probado, o al menos no se explica ni se razona por la Sala, ni se puede deducir del relato fáctico, sino ante sociedades instrumentales lo que las hace inimputables pues no consta que tengan otra actividad legal o ilegal, sino que son residuales, constituidas para cometer el hecho delictivo aquí enjuiciado.

El motivo debe ser estimado.

Dicha resolución resulta especialmente interesante puesto que, en sus reflexiones, adopta un planteamiento que acoge diversos postulados del modelo constructivista al significar lo siguiente:

En efecto, a las dos primeras de las mencionadas son imputables, pues solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la “culpa organizativa”, prevista por el artículo 31 bis del Código Penal. Por el contrario, las denominadas “sociedades pantalla” que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales. En estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del “levantamiento del velo” dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización.

La solución constructivista para este tipo de supuestos – esto es: la inimputabilidad – es teóricamente compatible con una solución similar, pero de mayor facilidad conceptual para los operadores jurídicos tradicionales: el expediente *del ne bis in ídem*. Desde el punto de vista constructivista, una persona jurídica que no cuenta con una mínima complejidad organizativa interna no se ha convertido en un actor corporativo autónomo y, en consecuencia, no se ha diferenciado de la persona o personas físicas que constituyen la persona jurídica. De ahí que no cuente con una identidad propia y, en lógica consecuencia, la imposición de una pena a dicha persona jurídica no diferenciada, materialmente conlleva una doble pena a la persona/s física/s que la conforman.

Ello se observa con claridad en la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral] que

Algunos autores -y en algún pronunciamiento judicial ha tenido eco esa tesis- prefieren hablar en estos casos de falta de imputabilidad de la persona jurídica (vid, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTs 154/2016, de 29 de febrero, 108/2019, de 5 de marzo, ó 534/2020, de 22 de octubre) al no contar con una estructura mínimamente compleja. Pero en supuestos como éste de Sociedades unipersonales ese hipotético enfoque podría jugar solo de forma subsidiaria respecto de la perspectiva primaria: identifica un problema de estricto non bis in ídem y de necesidad de levantar el velo. se produce un bis in ídem si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil.

(...)

La exclusión en esos casos del castigo independiente a la persona jurídica, amén de ser lo dogmáticamente correcto, arrastra benéficas repercusiones en el ámbito procesal. Otra solución complica absurdamente la tramitación: un doble sujeto pasivo procesal completamente artificial. Si además introducimos el ingrediente de la necesidad de evitar el conflicto de intereses (al que alude alguna jurisprudencia), llegaríamos al absurdo de tener que poner a la persona jurídica bajo la tutela de alguien que pueda defenderla frente ¡a su único titular!, y que pueda diseñar una estrategia defensiva propia (¿?).

(...)

Resulta más coherente y acorde con los principios que inspiran el derecho penal, -un derecho realista, poco amigo de las meras apariencias que trata de guiarse por la realidad material- levantar el velo para evidenciar que no hubo dos responsables (la persona física y la persona jurídica) sino un único autor que se valió de un instrumento que no es nadie diferente a él mismo.

De las reflexiones contenidas en dicha resolución se puede observar que la solución del *ne bis in idem* resulta compatible con la solución de la inimputabilidad. En efecto, como ahora se pasará a detallar, la solución del *ne bis in idem* pasa por considerar que – como se ha indicado anteriormente – no se cuenta con dos sujetos diferenciados, sino con un mismo sujeto penal: la persona física. Y de ahí que la imposición de una pena a la persona jurídica y adicionalmente una pena a la persona física, en puridad, materialmente, constituyan una doble sanción a la persona física. La Sentencia razona de la siguiente forma:

El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable . Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in idem, sino la misma racionalidad de las cosas.

El sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas encierra inevitablemente ciertas dosis de ficción. Las penas impuestas a la persona jurídica no las sufren materialmente los entes morales, incapaces de padecer. Acaban inexorablemente recayendo en personas físicas (pocas o muchas, y más o menos diluidas). Cuando la persona jurídica se identifica con una persona física, es ésta la que sufre íntegramente la sanción . Si es penalmente responsable de la conducta por la que ha de responder la persona jurídica se le estará imponiendo una doble sanción por una única conducta: el delito cometido por él que arrastra, además, a la condena de la persona jurídica de su exclusiva titularidad.

Esa “mínima alteridad” a la que hace referencia la resolución es lo que el modelo constructivista denomina “actor corporativo”. Precisamente cuando surge el actor corporativo – y en consecuencia la persona jurídica se diferencia de la persona física – es cuando no se

produce la identificación entre persona física y jurídica a la que hace alude la Sentencia.

En un sentido similar – trayendo expresamente a colación el concepto de actor corporativo – se ha pronunciado la aún más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2022 [Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Hurtado] . Debido a lo elaborado de su razonamiento merece la pena una reproducción extensa del mismo, puesto que apunta los elementos claves de la discusión:

“La responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables, sirviendo de apoyo, de alguna manera, para esto que decimos el distinto tratamiento que en orden a las funciones de supervisión se establecen en el propio art. 31 bis CP para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en comparación con los mecanismos de compliance propios de las de mayor complejidad.

(...)

En efecto, en el caso que nos ocupa nos encontramos con una sociedad, que, si bien formalmente contaba con dos socios administradores solidarios, solo uno de ellos ejercía sus funciones como tal, como lo evidencia que la sentencia de instancia condena exclusivamente a uno; y no solo eso, sino que lo que nos parece determinante es que se trata de una sociedad de tan mínima complejidad que era la forma de presentarse al público, a través de ella, su administrador, que, como persona física, ha sido condenada, o, dicho de otra manera, era tan mínima su complejidad, que difícilmente se diferenciaba el socio de la propia sociedad.

Así lo consideramos, porque la razón para ese tratamiento diferenciado de responsabilidades, no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si, como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable, debido a que no cabe estimar que

concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad.

Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de la responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal,

(...)

de manera muy resumida, podemos decir que se trata de una sociedad, a efectos reales de un solo socio administrador, y no goza de la necesaria estructura interna compleja como para dotarla de relevancia propia; no apreciamos en ella ese sustrato material de la suficiente complejidad al que venimos refiriéndonos, “no es un actor corporativo que pueda cometer delitos corporativos”, como ha dicho algún autor, lo que no significa que quede exenta de todo tipo de responsabilidad, como es la civil” .

Entendemos que acudir a la perspectiva de la complejidad organizativa para resolver este tipo de supuestos tiene ciertas ventajas tanto teóricas como prácticas respecto de la solución del *ne bis in idem* – que si bien es compatible con el modelo constructivista puede introducir elementos distorsionadores –. Por ejemplo, en el caso de sociedades matrices que tienen el 100% del capital social de una filial, una aplicación estricta de la solución del *ne bis in idem* pudiera arribar a que al ser la matriz el socio al 100% de la filial, la imposición de una pena a la matriz y una a la filial pudiera conllevar una doble sanción a la matriz. Sin embargo, dicha perspectiva puede no ser la teórica; lo decisivo, como apuntamos, es si la matriz y la filial son actores corporativos diferenciados entre sí, con organizaciones diferenciadas. En caso de que exista esa diferenciación no debería prohibirse la doble sanción puesto que se trataría de dos sujetos diferenciados.

En resumidas cuentas, cuando se está en presencia de sociedades pantallas con personas físicas que las utilizan como instrumentos, tanto la solución de la inimputabilidad como la del *ne bis in idem*

arriban a resultados similares. Pero cuando se está en presencia de supuestos más complejos – como las relaciones matrices / filiales – la perspectiva más certera, en nuestra opinión, es la que brinda en análisis de la complejidad organizativa interna diferenciada puesto que permite trazar distinciones importantes.

C. Conclusión

La inimputabilidad de las personas jurídicas que no se han desarrollado como actores corporativos autónomos – esto es: personas jurídicas sin un mínimo de complejidad organizativa interna – constituye una herramienta práctica con indudables beneficios procesales y materiales. De un lado, permite reducir la “carga” procesal derivada de la existencia de personas jurídicas que no son sino meros instrumentos; de otro lado, permite engarzar con la lógica fuerte de que al igual que no todas las personas físicas son responsables en el derecho penal individual, no todas las personas jurídicas tienen que ser responsables en el derecho penal corporativo. La diferenciación de cuándo una persona jurídica alcanza ese mínimo de complejidad organizativa interna – y se convierte en un actor corporativo – es un límite normativo que varía con el tiempo y con las circunstancias concretas de un determinado ordenamiento jurídico. De ahí que, al igual que ocurre con las personas físicas, en distintos ordenamientos se pueda observar distintos límites a partir de los cuales determinadas personas jurídicas son consideradas penalmente responsables.

De nuevo nos encontramos ante una aportación de la teoría a la praxis que no está vinculada a la redacción concreta del régimen de RPPJ que se haya introducido en un ordenamiento, sino que responde a la lógica jurídico-penal en correspondencia con los principios informadores básicos del ordenamiento penal. Esto es: perfectamente los tribunales de los sistemas jurídicos que han adoptado recientemente la RPPJ pueden aplicar esta doctrina para excluir de dicho régimen determinadas personas jurídicas que no han alcanzado el nivel de madurez organizativa suficiente. Será la jurisprudencia y la casuística la que irá determinando la evolución de este planteamiento.

IV. LA DISTINCIÓN ENTRE PRESUPUESTOS Y FUNDAMENTOS DE LA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA: LA POSICIÓN DE GARANTE PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Coincidiendo con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en las postrimerías de 2010, el modelo constructivista

de RPPJ propuso distinguir entre los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (la actuación de la persona física) y los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídica (el hecho propio de la persona jurídica) ⁴⁹. En líneas generales, se consideraba que el Legislador español – como multitud de legisladores de otros países – había optado en 2010 por un sistema mixto de imputación, que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno que comete la persona física) y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica). Esto pudiera responder, en parte, a que las primeras influencias doctrinales en Derecho penal español propugnaban un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno ⁵⁰, característico del Derecho civil. Sin embargo, conforme pasaron los años, tanto la doctrina como la jurisprudencia española fueron alejándose de las primeras propuestas interpretativas y se afianzó la posición de la autorresponsabilidad.

En cualquier caso, resulta indudable que las conductas de las personas físicas adquieren una relevancia notable inicial para la RPPJ. En términos generales y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, se podía considerar que la actuación de las personas físicas eran el *desencadenante* de la responsabilidad de las personas jurídicas ⁵¹. En efecto, el legislador español parecía haber adoptado en gran medida el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine* ⁵² plasmado en numerosas decisiones marco de la UE en materia penal ⁵³. Expresado sencilla-

⁴⁹ Carlos Gómez-Jara, “Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Banacloche / Gómez-Jara / Zarzalejos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 36 ss.

⁵⁰ Vid. por ejemplo Zugaldía Espinar, «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en: CDJ 1997, *Empresa y Delito en el nuevo Código penal*, 1997, pp. 213 ss.; Bacigalupo Sagesse, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 381 ss. 390. basado en el hecho de conexión.

⁵¹ En este sentido vid. la consideración de Bajo Fernández, Miguel; «La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro»; en: *Derecho y justicia penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuellar*, 2006, pp. 69 ss. de que en el fondo se trata de una suerte de condición objetiva de perseguibilidad.

⁵² Vid. en líneas generales Colvin, Eric; «Corporate Personality and Criminal Liability», en: *Crim.L.For.* 1995, pp. 1 ss.; Lederman, “Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity”, en: *Buff.Crim.L.Rev.* 4 (2000), pp. 655 ss.

⁵³ Una formulación típica en el ámbito de los instrumentos legislativos de la Unión Europea es la siguiente: *1.Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones contempladas en los artículos (...) cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ocupe una posición de mando dentro de dicha persona jurídica, en virtud de:*

1. a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o

mente, se consideraba que determinadas personas físicas eran una suerte de *alter-ego* de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos podían ser considerados los de aquélla. Dichas personas eran las que, de conformidad con un criterio de clara impronta civilista, representarían – de hecho o de derecho – a la persona jurídica. En consecuencia, la mera actuación de un empleado, sin vinculación alguna con quienes ostentan el poder – jurídico o fáctico – de representación de la persona jurídica, no generaría responsabilidad para la persona jurídica.

Ahora bien, desde el punto de vista del modelo constructivista de responsabilidad penal de las personas jurídicas dichas actuaciones de las personas físicas “sólo” constituirían un presupuesto de la RPPJ, pero no podrían considerarse su fundamento – al menos no, si se considera que la persona jurídica es responsable por su hecho propio y no por el hecho ajeno de la persona física –. Ello comportaba que debía indagarse sobre el núcleo de la conducta reprochable de la persona jurídica que, en un sistema coherente con los principios garantistas de Derecho penal, no podía considerarse el hecho cometido por la persona física.

Sea como fuere, por supuesto que a la vista de la actual configuración de la regulación española no se puede obviar la férrea vinculación que existe entre personas físicas y jurídicas; pero debe situarse a cada una en su lugar adecuado para huir de la tentación de afirmar objetivamente la RPPJ cuando se constate la comisión un delito relacionado con la misma. Esas mismas consideraciones resultan claramente de aplicación a diversos regímenes de RPPJ introducidos de forma reciente en países hispanoparlantes, puesto que en todos ellos esa vinculación de las actuaciones de las personas físicas con la RPPJ resulta notable.

A. La formulación y fundamentación de la distinción entre presupuestos y fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la posición de garante penal de las personas jurídicas

La forma más sencilla de entender el planteamiento por el que aboga el modelo constructivista es traer a colación una institución sumamente

2. *b) una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o*

3. *c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.*

2. Además de los casos previstos en el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que cometa una de las infracciones contempladas en los artículos (...), en provecho de la persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última.

conocida en el ámbito del Derecho penal: la posición de garante ⁵⁴ . La

⁵⁴ Sobre la posición de garante de las personas jurídicas vid. ya con anterioridad a la reforma en lengua española Carlos Gómez-Jara, “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en: Carlos Gómez-Jara (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas* , 2016, pp. 112 ss. con ulteriores referencias; con posterioridad a la reforma Luis Rodríguez Ramos, ¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (la participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención) , en *Diario La ley*, Número 7651, de 3 de febrero de 2011: “la imputación objetiva a la persona jurídica de posibles delitos protagonizados por sus administradores, representantes legales o dependientes, deviene del incumplimiento de deberes objetivos de la empresa que nacen de la posición de garante que le imponen las leyes reguladoras de su constitución y funcionamiento como persona jurídica, por otra, de la actividad productiva o servicios que preste. Estas dos categorías conformadoras de la posición de garante de la entidad son básicas para la posterior actividad de previsión y evitación de los delitos en su seno”; Carlos Gómez-Jara, “Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Banaclóche / Gómez-Jara / Zorzalejos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* , 2011, p. 21: “el delito de la persona jurídica parte de una premisa fundamental: determinadas organizaciones empresariales alcanzan un nivel de complejidad tal que —al igual que ocurre con la psique del ser humano— comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación. Precisamente a partir de ahí, se puede afirmar que la persona jurídica tiene una determinada competencia o posición de garante sobre su propio ámbito organizativo”; de manera extensa, anudando “*La posición de garante de la persona jurídica sobre lo que ocurre dentro de su ámbito de organización*” Carlos Gómez-Jara Díez, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”; en: Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* . 1^aed., 2012, pp. 133 ss. En tiempos recientes siguiendo este planteamiento vid. Ángel Hurtado, “Algún apunte sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Gómez-Jara (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Libro Homenaje a José Manuel Maza Martín* , Tomo I, 2018, p. 440: “A la empresa le corresponde regular su propia actividad, de manera que, si esta es de cierto nivel de complejidad, en coherencia con ello habrá de poner los medios y contar con las normas de control precisas para evitar que el riesgo empresarial de tal actividad pueda concretarse en un resultado lesivo; en este sentido, la empresa vendría a ocupar una posición de garante respecto de lo que pueda ocurrir dentro de su ámbito de organización”. Deduciendo otras consecuencias Pablo González Sierra, *La Imputación Penal de las Personas Jurídicas Análisis del Art. 31 bis CP* , 2014, p. 219: “La persona jurídica es garante de una organización adecuada, no defectuosa (porque solo sobre ello tiene control), pero de ninguna forma puede ser garante de que las personas físicas no cometan delito (porque no tiene control alguno sobre ellas)”. Vid igualmente Vicente Magro, *Guía práctica sobre la responsabilidad penal de las empresas y planes de prevención (Compliance)* , 2017, p. 190: “Y, en todo caso, más allá del cumplimiento normativo, **la empresa** ha de adquirir con Protocolos de este tenor, **desde su posición privilegiada de garante del comportamiento de sus empleados** , un compromiso social vinculado a un concepto de ética empresarial en la que el beneficio de la actividad queda supeditado a un desarrollo social (individual y colectivo) en el que la máxima sea la del respeto a los intereses ajenos merecedores de tutela legal y, específicamente, penal”: Ana Isabel Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español* , 2018, p. 219: “sólo un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas directo, autónomo e independiente, basado en **la posición de garante de la entidad con personalidad jurídica** , sobre la base de la existencia de una fuente de peligro propia de la empresa, así como de la obligación de vigilancia del mismo para evitar que se produzca un incremento del riesgo permitido, permitirá hacer frente al aumento de la criminalidad empresarial de la que estamos siendo testigos en el marco de la sociedad global y el capitalismo exacerbado”; Ana María

fuente de dicha posición de garante de la persona jurídica viene dada, en principio ⁵⁵, por los riesgos que genera su actividad empresarial y de ahí que deba adoptar las medidas de control necesarias para mantener ese riesgo en el ámbito del riesgo permitido ⁵⁶.

Como es sabido, la dogmática jurídico-penal tradicional, basada fundamentalmente en el concepto de acción, ha rechazado la posibilidad de que la persona jurídica pudiera actuar por sí sola, y, en consecuencia, que tuviera una posición de garante. Es decir, sólo los seres humanos poseen capacidad de acción, motivo por el cual la persona jurídica, como mucho, podría adquirir cierta capacidad de acción a través de su representante ⁵⁷ y su posición de garante se identificaba, fundamentalmente, con la de sus órganos directivos. No obstante, ya antes de la formulación constructivista existían ciertas tendencias modernas en la teoría del Derecho penal que ofrecían nuevos apoyos para superar estas dificultades y para atribuir a la persona jurídica una posición de garante sobre su ámbito de organización, lo cual precisa de una ulterior explicación ⁵⁸.

Con independencia de otros planteamientos anteriores ⁵⁹, la primera

Neira Pena, *La defensa penal de la persona jurídica*, 2018, p. 280: “Si la organización cumple con tales deberes, a través de la implementación efectiva de un programa de prevención de delitos eficaz, pero, a pesar de ello, alguno de sus empleados comete una infracción penal, la entidad no debería responder penalmente, en tanto que, al haber establecido mecanismos de dirección, supervisión y control adecuados, **habría cumplido con sus deberes de garante en relación con los bienes jurídicos que pone en riesgo con su actividad**”.

⁵⁵ Obviamos aquí la discusión sobre el origen de dicha posición de garantía ya que desbordaría los límites de este trabajo, además de ser de dudosa utilidad en estos momentos ya que, como se ha indicado más arriba, la moderna discusión dogmática no se centra en dichas posiciones de garante o sus fuentes, sino sobre la configuración de ámbitos de organización que no superen el riesgo permitido. Lo que sí entendemos relevante – al menos para mantener un hilo de continuidad con la discusión tradicional – es que se trata de un garante de control/supervisión no de un garante de protección.

⁵⁶ Vid. más extensamente Carlos Gómez-Jara Díez, “El injusto típico de la persona jurídica”, en: Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ªed., 2016, pp. 126 ss.

⁵⁷ Vid. ya Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 6ªed., 1818, § 28; de manera más reciente, por ejemplo, Maria Kaiafa-Gbandi, «Corpus Iuris und die Typisierung des Strafbhandomens», en: Huber (ed.), *Das Corpus Iuris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, 2000, p. 106. Cfr. sin embargo las reflexiones de Ulfried Neumann, «Das Corpus Iuris im Streit um ein europäisches Strafrecht», en: Huber (ed.), *Das Corpus Iuris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, 2000, p. 79.

⁵⁸ Vid. extensamente sobre esta cuestión Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 228 ss.

⁵⁹ Destacable por su importancia es la construcción de Klaus Tiedemann, «Die “Bewußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», en: *NJW* 1988, pp. 1169 ss. que puede resumirse en que la empresa tiene una posición de garante sobre las acciones y omisiones de sus empleados, estando obligada por dicha posición de garante a una organización correcta que, caso de no producirse, desencadena su propia responsabilidad

posición a destacar en este marco es la del autor alemán *Günter Heine* . Una formulación genérica de su teoría reza como sigue: la empresa debe ser considerada un garante supervisor con unos deberes especiales de evitación de riesgos y de supervisión, y ello debido a que los riesgos típicos de la actividad empresarial sólo pueden ser controlados mediante un *management* de riesgos (*Risikomanagement*) adecuado. La responsabilidad penal de la empresa que de ello se deriva gira en torno a dos requisitos básicos: es necesario (i) un defectuoso *management* de riesgos (*fehlerhaftes Risikomanagement*) que se identifica con la culpabilidad empresarial y (ii) una realización externa del riesgo típico de la empresa (*externe betriebstypische Gefahrverwirklichung*)⁶⁰ . Entre ambos requisitos debe mediar una relación de antijuricidad basada en una teoría del incremento del riesgo específico de la empresa (*verbandsspezifischen Risikoerhöhungstheorie*)⁶¹ . Dicho autor fundamenta la posición de garante de la persona jurídica en virtud de un *dominio de la organización de carácter sistémico-funcional* basado en la diferenciación funcional y la descentralización de las empresas – que fungen a modo de principios organizativos –, así como en la consiguiente teoría del Derecho reflexivo – de impronta sistémica –⁶² . En este sentido debe destacarse que *Heine* considera que dicho *dominio de la organización* de carácter sistémico-funcional en el Derecho penal empresarial es el equivalente funcional al dominio del hecho en el Derecho penal individual⁶³ .

Como consecuencia de este planteamiento, la empresa adquiere una decisiva posición de garante⁶⁴ , lo cual, como indicamos, había sido

penal. No obstante, el razonamiento de Tiedemann parte del análisis del parágrafo 30 de la Ley de Contravenciones alemana en relación con el parágrafo 130 del mismo texto legal. Es decir, sería una construcción válida para fundamentar la posición de garante de la persona jurídica en relación con el propuesto en España y no aprobado artículo 286 seis) CP.

⁶⁰ Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen* , 1995, pp. 271 ss., resumido pp. 311 ss.; Günter Heine, “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen”, en: *ÖJZ* 1996, pp. 217 ss.; Günter Heine, “Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften”, *ZStrR* 119 (2001), pp. 37 s. En lengua española Günter Heine, “Modelos de responsabilidad originaria de la empresa”, en: Gómez-Jara (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial* , 2006, pp. 25 ss., especialmente 36 ss.

⁶¹ Vid. Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen* , 1995, pp. 292 ss., 313.

⁶² Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen* , 1995 pp. 31 ss., 249, 287 ss.

⁶³ Günter Heine, «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als “zweite Spur”» en: Alwart, Heiner (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft* , 1998, p. 103; Günter Heine, «Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen», en: Hettlinger, Michael (ed.); *Reform des Sanktionsrecht. Bd. III: Verbandstrafe* ., 2002, p. 141.

⁶⁴ Günter Heine, en: *Verantwortung* , p. 105; Gunther Heine, «Das kommende Un-

ya indicado en cierta medida por otros autores⁶⁵. El propio *Heine* realiza una exposición sumaria de las posiciones de garante conforme a los fundamentos ofrecidos por diversos autores y por diversos textos legales de Derecho comparado⁶⁶.

La posición de *Heine* puede relacionarse sin salto de continuidad alguno con el profundo planteamiento de *Lampe*, quien introdujo en esta discusión un supra-concepto (*Oberbegriff*) para aglutinar a las personas físicas y a las personas jurídicas bajo una misma categoría: el de “*persona social*”⁶⁷. Por persona social debe entenderse a un *productor de injusto*, generándose esta capacidad de producción de injusto en dos fuentes diferentes dependiendo de si se trata de personas físicas o jurídicas; las primeras, la adquieren a partir de su capacidad de acción⁶⁸; las segundas, a partir de su capacidad de organización⁶⁹. Por lo tanto, «una persona social puede o bien realizar su capacidad de acción u organización, o bien no realizarla – o hacerlo defectuosamente – en un entorno social que exige su realización»⁷⁰. Y de ahí precisamente se deriva su posición de garante.

Este concepto de persona social no dista demasiado del concepto desarrollado por *Bottke* en torno al *organizador de contactos sociales*, que al igual que el concepto de persona social de *Lampe*, constituye un supra-concepto para personas físicas y jurídicas. En efecto, tanto las personas físicas como los denominados sujetos colectivos pueden con-

ternehmensstrafrecht (Art. 100 4^o f). Entwicklung und Grundproblematik», en: *ZStrR* 119 (2001), p. 37.

⁶⁵ Vid., entre otros, Goetzeler, *Die rationalen Grundlagen des Steuerstrafrechts*, 1934, pp. 207 ss. [encuadra el estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica bajo el genérico epígrafe de «responsabilidad pura del garante» (*reine Garantenhaftung*)]; Weber, «Über die Strafbarkeit juristischer Personen. Bemerkungen zum Berliner Stahlhändler-Urteil», en: *GA* 1954, p. 240 [«quien no tiene dudas sobre la justicia de la responsabilidad en calidad de garante, no puede tenerlas respecto a la responsabilidad jurídico-penal directa de la persona jurídica»]; Alwart, «Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – von Unternehmenstäter zum Täterunternehmen», en: *ZStW* 105 (1993), pp. 754 ss., 770.

⁶⁶ Günter Heine, “Modelos de responsabilidad originaria de la empresa”, en: Gómez-Jara (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, 2006, cuadro en página 67. Debe destacarse que, con posterioridad a la publicación del artículo de Heine, fueron adoptados, con mayores o menores cambios, los proyectos de Ley referidos.

⁶⁷ Ernst Joachim Lampe, «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», en: Weigend / Küpper (eds.); *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, 1999, pp. 86 s., 87 ss., 90 ss.

⁶⁸ Ernst Joachim Lampe, «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», en: Weigend / Küpper (eds.); *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, 1999, pp. 92 ss.

⁶⁹ Ernst Joachim Lampe, «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», en: Weigend / Küpper (eds.); *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, 1999, pp. 94 ss.: «la capacidad de desencadenar procesos sociales a través de la organización de acciones ajenas en lugar de a través de sus propias acciones».

⁷⁰ Ernst Joachim Lampe, «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», en: Weigend / Küpper (eds.); *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, 1999, p. 96.

siderarse organizadores de contactos sociales idóneos en la medida en la que se les adscribe una cierta competencia para la organización de contactos sociales y, por consiguiente, la correspondiente responsabilidad; en pocas palabras, ambos tienen competencia sobre los contactos ⁷¹ o, expresado de otra manera, tienen una posición de garante sobre los contactos sociales que se producen en su ámbito de organización. En definitiva, al igual que para *Lampe* las empresas podían producir injusto, para *Bottke* éstas pueden organizar contactos sociales, debiendo en ambos casos atribuírseles una posición de garante sobre dicha producción u organización.

Precisamente a raíz de dichas aportaciones jurídico-penales y puestas en conexión con los avances que se venían produciendo desde los años ochenta en las denominadas ciencias de la organización (*Organization Science*) y teorías del *management* (*Management Theory*) ⁷² – entre otros –, en su día formulamos el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial ⁷³ en el que la posición de garante o competencia organizativa de la persona jurídica se derivaba de su capacidad de autoorganización y autoconducción – sc. en definitiva: de autodeterminación – ⁷⁴. Ciertamente, y conectando con

⁷¹ Wilfried Bottke, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen “strafmündig” werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra*, 1997, p. 249: «el otorgamiento inicial de un poder cuya utilización se plasma es la organización de contactos sociales conforme a la norma o en contra de la norma constituye una causa real suficiente para considerar que el colectivo es competente por las infracciones de la norma».

⁷² Vid. por muchos Ulrich Ulrich, Hans / Probst, Gilbert J.B.; *Self-organization and Management of Social Systems: Insights, Doughts, and Questions*, 1984; Probst, Gilbert J.B. / Siegwart, Hans; *Integriertes Management: Bausteine der systemorientierten Managements. Festschrift zum 65 Geburtstag von Prof. Dr. h.c. Hans Ulrich*, 1985. Desde una perspectiva que aglutina los desarrollos en las ciencias de la organización, la sociología y la filosofía vid. Niklas Luhmann, *Organisation als System*, 2000, passim con ulteriores referencias. No en vano, incluso autores tan críticos con la responsabilidad penal de las personas jurídicas jurídicas como Bernd Schünemann reconocen que las grandes empresas se comportan como sistemas auto-producidos (autopoiéticos) [vid. entre otros Bernd Schünemann, «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en: Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*, 1996, p. 132 «ello se puede a su vez (..) explicar mediante la representación de que la empresa es un sistema autopoiético», Schünemann «Art. 4.: Maßnahmen gegen Unternehmen», en: Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*, 1996, pp. 168, 170 adopta «como fundamento legitimador (..) la teoría de los sistemas autopoiéticos limitada»; con posterioridad Schünemann, «Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», en: Eser / Heine / Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, p. 230 señala que «el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas».

⁷³ Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 236 ss.

⁷⁴ Vid. en la misma línea José Manuel Maza Martín, *Delincuencia electoral y responsabilidad*

lo apuntado anteriormente, no todas las personas jurídicas alcanzan un nivel de complejidad suficiente para mostrar las características de autoorganización y autoconducción y de ahí que no pueda predicarse una posición de garante de las sociedades pantalla o sociedades de complejidad mínima ⁷⁵ .

Desde el punto de vista constructivista, existen, por tanto, una serie de presupuestos de la RPPJ que vienen conformados por la actuación de las personas físicas que tienen una determinada vinculación con la persona jurídica: directivos o empleados que actúan en representación y en beneficio (directo o indirecto) de la persona jurídica. Pero el análisis no puede acabar ahí; debe indagarse sobre los fundamentos ⁷⁶ . De la misma manera que la constatación de que una persona física A ha actuado en representación y beneficio de otra persona física B no es suficiente para condenar penalmente a la persona física B, la constatación de que esa persona jurídica A ha actuado en representación y beneficio de la persona jurídica C, no puede ser suficiente para condenar penalmente a la persona jurídica C. **En ambos casos de actuación de un representante, es necesario indagar sobre el hecho propio del representado** . Y ese hecho propio, cuando se trata de personas jurídicas, es lo que venimos a denominar los fundamentos de la RPPJ.

Esos fundamentos de la RPPJ vienen conformados, en el modelo constructivista, sobre la base de la posición de garante de la persona jurídica y se sintetizan en dos instituciones conocidas del Derecho penal: el injusto propio (en el modelo constructivista: el déficit de organización) y la culpabilidad propia (en el modelo constructivista: el déficit de cultura de *compliance*). En lo que sigue se hará referencia

penal de los Partidos Políticos , 2018, pp. 236 s.

⁷⁵ Vid. ya Carlos Gómez-Jara, “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en: Bajo Fernández, Miguel / Jorge Barreiro, Agustín / Suárez González, Carlos (eds.), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo* , 2005, pp. 440 s.; Carlos Gómez-Jara Díez, “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Julio Banacloche Palao, Carlos Gómez-Jara Díez / Jesús Zorzalejos Nieto, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* s, 2011, p. 57; [1] Carlos Gómez-Jara Díez, “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley* , 8341 (2014), pp. 3 ss. El planteamiento doctrinal fue posteriormente recogido en la Circular 1/2016, de la FGE, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal, como reconoce Alejandro Luzón Cánovas, “Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal”, en: Fiscalía General de Estado, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Libro Homenaje a José Manuel Maza Martín* , 2018, p. 219.

⁷⁶ La distinción entre presupuestos y fundamentos fue propuesta en Carlos Gómez-Jara, “Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: Banacloche / Gómez-Jara / Zorzalejos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* , 2011, pp. 36 ss.

exclusivamente a la recepción en la jurisprudencia de la *distinción* entre presupuestos y fundamentos de la RPPJ – sin profundizar en el injusto propio o la culpabilidad propia de la persona jurídica – .

B. La recepción en la jurisprudencia española

Probablemente la primera y más decisiva Sentencia del Tribunal Supremo a este respecto ha sido la Sentencia de 8 de marzo de 2019 [Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero], puesto que posteriormente ha sido recogida en multitud de resoluciones judiciales de indudable trascendencia. La referida sentencia del Alto Tribunal español comienza sentando las bases de lo que será su hilo argumental: a la persona jurídica se le imputa un delito concreto de la Parte Especial del Código penal y dicha imputación resulta posible debido a que la persona jurídica ha incumplido obligaciones de control destinadas a evitar la comisión de determinados delitos en su ámbito de organización ⁷⁷ . En palabras de la propia Sentencia:

La responsabilidad de la persona jurídica requiere como presupuesto la comisión de alguno de los delitos que se señalan en la parte especial del Código Penal (CP) como imputables a las mismas, por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP. El fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización

En este sentido, la resolución acoge la terminología del “ámbito de organización” introducida por el modelo constructivista de RPPJ en la discusión española ⁷⁸ . Dicho planteamiento nace de un posicionamiento concreto sobre la competencia organizativa de la persona jurídica ⁷⁹ que se ha indicado en el apartado anterior.

Como indicamos anteriormente, consideramos que resulta importante la distinción entre presupuestos y fundamentos de la respons-

⁷⁷ Cfr. no obstante Julián Sánchez Melgar, “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”, en: *Práctica penal cuaderno jurídico* , 79 (2015), pp. 24 ss. quien parece seguir dicho planteamiento sólo respecto del título de imputación relativo a los empleados, no de los directivos.

⁷⁸ Carlos Gómez-Jara Díez, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”; en: Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* . 2^aed., 2016, pp. 114 ss. analizando “*La posición de garante de la persona jurídica sobre lo que ocurre dentro de su ámbito de organización*” .

⁷⁹ Al respecto vid. ya Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa* , 2005, pp. 241 ss.

abilidad penal de la persona jurídica debido a que permite delimitar correctamente los ámbitos de argumentación que corresponden a cada uno ⁸⁰. Así, la persona jurídica no responde por el delito cometido por la persona física (presupuesto) – puesto que ello implicaría una vedada responsabilidad por el hecho ajeno – sino que responde por su autoría/participación en dicho delito al no haber adoptado las medidas de evitación del mismo a las que venía obligada (fundamento) – autorresponsabilidad –. La conexión entre ambos, tal y como se encarga de explicitar a continuación la sentencia, no viene dada por una fórmula *sui generis*, sino por una institución conocida sobradamente en Derecho penal: la posición de garante.

Para reforzar su posición, la Sentencia de 8 de marzo de 2019 explicita lo evidente: el hecho de que la persona jurídica carezca de medidas de vigilancia y control no constituye, por sí mismo, un comportamiento delictivo – se trataría de fundamento sin presupuesto –. Es necesario que concurra un presupuesto concreto: que una persona física, de las mencionadas en el Art. 31 bis) CP, cometa un delito de la Parte Especial contenido en el catálogo de *numerus clausus* que opera como una suerte de “delito antecedente”. **Y más aún: se exige -a modo de test que pudiera tornarse decisivo en la futura praxis – que esas medidas hubiesen podido evitar la comisión del delito de la Parte Especial**. En palabras de la propia Sentencia:

“Es evidente que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión” [sin negrita en el original].

⁸⁰ Sobre la importancia de dicha distinción vid. las reflexiones contenidas en Carlos Gómez-Jara Díez, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”; en: Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ª ed., 2016, pp. 112 ss.

Como decimos, este planteamiento de distinguir entre presupuestos y fundamentos de la RPPJ ha sido objeto de una buena acogida por parte de órganos judiciales inferiores en España puesto que permite alejarse de los vestigios de la responsabilidad por transferencia. En este sentido, una tentación de los órganos judiciales – y aventuramos que será igual en cualquier ordenamiento donde la redacción del régimen de RPPJ comience por analizar la actuación de la persona física – es considerar que, en el momento en el que una persona física haya actuado en representación y beneficio de una persona jurídica, esta última debe indefectiblemente responder penalmente. Y ello constituye un error grave, por la sencilla razón de que, si una persona física que actúa en representación y beneficio de otra persona física no conlleva inmediatamente la responsabilidad penal de esta última persona física, lo mismo debe sostenerse para el caso de que la representada sea una persona jurídica.

Un ejemplo paradigmático de un órgano judicial español que ha venido aplicando con buen criterio esta distinción entre presupuestos y fundamentos es el Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional que, en la actualidad, trata algunos de los asuntos más relevantes en España sobre RPPJ. Así, son numerosas las resoluciones de dicho órgano judicial que hace gala de su conocimiento profuso sobre la RPPJ y distingue entre ambos conceptos. Como botón de muestra – pero, repetimos, son numerosos son ejemplos – baste traer a colación los siguientes pasajes de su Auto de 29 de julio de 2021:

De este modo, a la hora de valorar e;”las ’ase preparatoria la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos distinguir entre el “fundamento” de la responsabilidad del ente (incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos), y “el presupuesto” para que dicha responsabilidad pueda surgir (la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica según el Código Penal por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP), en el buen entendimiento que la persona jurídica no responde por el hecho del tercero, sino por haber sido posible, o por haber facilitado el delito, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa (autorresponsabilidad).

Es decir, una vez verificado que se ha cometido el delito (pre-

supuesto), deberá examinarse el sistema de “respeto al Derecho” existente en el ámbito de la organización; valorar si existe un sistema eficaz de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, capaz de evitar la comisión por parte de éstos del delito cometido (de entre los enumerados en el Libro II del Código Penal).

De este modo, lo delictivo no es carecer de un sistema de “respeto al Derecho” implantado en la organización. Una persona jurídica puede funcionar en el tráfico sin un sistema de prevención de delito o “compliance” (esto, por sí solo no es una conducta típica).

Tampoco puede exigirse responsabilidad a la persona jurídica por la mera comisión por alguno de sus directivos o empleados de alguno los delitos previstos en el Libro II del Código Penal y que pueden dar lugar a la responsabilidad del ente social.

Para que la persona jurídica sea condenada, se precisa, primero, la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; segundo, que el delito haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. Y tercero, además, será necesario establecer que las medidas de prevención podrían haber evitado su comisión.

Por lo tanto, a la persona jurídica se le imputa el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos.

C. Conclusión

La distinción entre presupuestos y fundamentos de la RPPJ propuesta por el modelo constructivista de RPPJ, al igual que otras contribuciones de este modelo, no tuvo una excesiva acogida hasta su utilización por parte de Tribunal Supremo. A partir de ahí, algunos órganos judiciales españoles vienen empleando esta distinción para erradicar cualquier vestigio de responsabilidad por el hecho ajeno cuando se analiza la RPPJ. Así, la constatación de que concurren los presupuestos de la RPPJ (esto es: determinadas actuaciones de personas físicas) no genera de forma automática y objetiva la RPPJ. Debe indagarse sobre los fundamentos de la RPPJ; esto es, sobre el hecho propio de la persona. Y ello, fundamentalmente, porque la persona jurídica ostenta una posición de garante sobre su ámbito de organización.

V. EL INICIO DE UNA LARGA ANDADURA

Cuando publiqué la monografía “El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas” consideré oportuno introducir como subtítulo “El inicio de una larga andadura”. En la segunda edición de dicha obra, decidí seguir manteniendo el subtítulo, lo cual no pasó desapercibido al prologuista de dicha edición, el Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo, D. Antonio del Moral. El motivo de mantener dicho subtítulo resulta – a mi modo de ver – evidente: nos encontramos en la actualidad ante los primeros pasos del desarrollo de una teoría jurídica del delito para personas jurídicas. Como ya hemos apuntado a lo largo de este trabajo, no se puede pedir del Derecho penal de las personas jurídicas lo que no se exige del Derecho penal de las personas físicas. Y al igual que la dogmática de la responsabilidad penal de las personas físicas ha tenido un desarrollo lento y no carente de altibajos, lo mismo será predicable – en mi opinión – de la dogmática de la RPPJ.

Ahora bien, tengo el firme convencimiento de que, para un desarrollo “sano” de dicha dogmática, resulta necesaria una teoría coherente. Por supuesto, que, con el tiempo, habrá matizaciones, enmiendas e incluso cambios de opinión; pero sólo sobre la base de unos pilares sólidos se puede levantar un edificio que aguante los embates de los cambios sociales contemporáneos. El modelo constructivista aspira “sólo” a eso: ofrecer una base sólida. No se trata de “tener razón”, sino de ofrecer una serie de herramientas conceptuales que ayuden al operador jurídico a enfrentarse al reto de interpretar determinados preceptos del Código penal que no “encajan” como un guante en la concepción tradicional del Derecho penal. Sólo el tiempo y el Derecho vivo dirán si dichas herramientas cumplen su *función* o si, por el contrario, hay que sustituirlas por otras más adecuadas.