

¿Responsabilidad estructural versus responsabilidad por el hecho? Filosofía y responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Structural versus factual liability? Philosophy and criminal liability of legal persons

Bernardo Feijoo Sánchez
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
bernardo.feijoo@uam.es
Nº ORCID: 0000-0002-0885-310X

Resumen:

El texto reflexiona, con el fin de complementar contribuciones previas, sobre el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una cuestión que ha pasado de ser marginal a ocupar un lugar central del debate de la dogmática jurídico-penal. El debate se enfoca en aspectos filosóficos y dogmáticos, destacando la propuesta del profesor Juan Pablo Mañalich Raffo sobre la "culpabilidad por el carácter", que atribuye responsabilidad penal a entidades corporativas basándose en su "modo de ser". Se exponen los acuerdos, pero también los desacuerdos con esta propuesta innovadora, especialmente por entender ésta que el énfasis en defectos estructurales de las organizaciones como fundamento de la responsabilidad implicaría una desvinculación de hechos concretos.

El texto defiende que para atender a la complejidad de la responsabilidad corporativa se deben combinar elementos estructurales con hechos específicos como objeto de imputación, abogando por un modelo que vincule el delito con características organizativas y no solo con la cultura corporativa o el carácter. Esta visión resalta la implantación de sistemas de gestión del cumplimiento de la legalidad penal como exclusión de la responsabilidad corporativa entendida como una responsabilidad estructural.

Abstract:

The text reflects, with the aim of complementing previous contributions, on the ultimate basis of the criminal liability of legal persons, an issue that has gone from being marginal to occupying a central place in the debate on the dogmatics of criminal law. The debate focuses on philosophical and dogmatic aspects, highlighting Professor Juan Pablo Mañalich Raffo's proposal of "culpability by character", which attributes criminal liability to legal persons based on their "nature". It sets out the agreement, but also the disagreement, with this innovative

* Este trabajo se incardina en el Proyecto de Investigación—"Proyectos de Generación de Conocimiento" del programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-23 (PID2022-141610OB) con el título "Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el siglo XXI".

proposal, in particular because the emphasis on the structural defects of organisations as a basis for liability would imply a detachment from concrete facts. The text argues that in order to address the complexity of corporate liability, structural elements should be combined with specific facts as the object of imputation, advocating a model that links criminality to organisational characteristics and not just to corporate culture or character. This view highlights the implementation of criminal compliance management systems as an exclusion from corporate liability understood as structural liability.

Palabras clave:

Responsabilidad penal de personas jurídicas; responsabilidad, pena y delito corporativos; culpabilidad por el carácter; cumplimiento normativo; cultura de cumplimiento

Keywords:

Corporate Criminal Liability; Corporate Crime and Punishment; Character-Based Guilt; Compliance; Compliance Culture

1. Planteamiento

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha pasado de ser una referencia marginal en los manuales de derecho penal a convertirse en un elemento central de la teoría del derecho penal en un debate en el que están en juego ciertas bases y elementos centrales de los sistemas de imputación jurídico-penales. El volumen de publicaciones en lengua española así lo acreditan. Se echa en falta, sin embargo, una mayor oferta de estudios sobre los aspectos filosóficos en juego¹. Suele ser, curiosamente, el ámbito de la tradición filosófica (perspectiva de primera persona o conciencia fenoménica (Gracia Martín, 2018a, 2018b, 2020; Molina Fernández, 2016) o la legitimación basada en la disuasión o coacción psicológica desde los tiempos de Feuerbach², etc.) donde los críticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran cómodos.

Por ello es de celebrar una aportación como la del Prof. Juan Pablo Mañalich Raffo con el elocuente título “La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad con el carácter” (Mañalich Raffo, 2014). Mañalich pretende principalmente otorgar un fundamento a la regulación chilena sobre la materia (Ley 20.393), pero su propuesta tiene un alcance más amplio y puede ser de interés para el debate peruano en virtud de las similitudes existentes (Feijoo Sánchez, 2024), con independencia de que en Chile dicha responsabilidad se denomine penal y en Perú administrativa³. En sus propias palabras, “el régimen de responsabilidad penal actualmente previsto por la legislación chilena logra ser satisfactoriamente explicado si se lo entiende como un régimen que hace descansar la responsabilidad penal de una entidad corporativa en una culpabilidad por su carácter”. De esta manera, más que una aportación dogmática que

aporte criterios concretos de aplicación, se ofrece una sugerente manera de (re)pensar la responsabilidad corporativa, desarrollando su posición formulada años antes y separándose de otros autores que defienden una culpabilidad por el carácter para las corporaciones como Lampe. Este tipo de investigaciones básicas ayudan a encontrar una solución coherente al reto que supone para el derecho penal la introducción de un conjunto de normas que regulan la imputación de delitos y penas a organizaciones con personalidad jurídica, con independencia de que dichas reflexiones también puedan ser de utilidad para los ordenamientos que definen las sanciones para personas jurídicas vinculadas a delitos como administrativas.

La propuesta de Mañalich es tan original como clara:

el planteamiento conduce a la identificación del carácter corporativo que funge como objeto de referencia del correspondiente reproche de culpabilidad como uno marcado por una hostilidad hacia el derecho que necesita verse manifestada en la perpetración de un hecho que, estando dotado de significación delictiva, funciona como síntoma de ese carácter defectuoso.

No soy un defensor de este tipo de planteamientos basados en el carácter⁴, pero creo que tienen algo de correcto en la descripción y en su capacidad de rendimiento que debe ser destacado. Mi objetivo es resaltar que existen diversas posiciones que comparten elementos que son esenciales para fundamentar una responsabilidad corporativa diferenciada y complementaria de la individual. Sobre esos elementos se deberían buscar consensos para racionalizar las decisiones político-criminales y la aplicación de las reglas relativas a la responsabilidad penal de las organizaciones con personalidad jurídica. No creo que el carácter como referente de la “culpabilidad corporativa” permita generar dichos consensos, pero contiene

1 Sobre las relaciones entre dogmática jurídico-penal y filosofía que se deben tener en cuenta también en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento penal, Amoretti Navarro (2022, pp. 211 y ss.), con amplias referencias.

2 Feuerbach (1832, § 28). Sobre la influencia de Feuerbach en este punto Menéndez Conca (2021, p. 107). En tiempos recientes, Amoretti Navarro (2022, pp. 27 y ss. y *passim*), en la línea de Schünemann.

3 Amplias referencias al debate doctrinal en Perú sobre la naturaleza administrativa o penal de la ley en Menéndez Conca (2024a, pp. 446 y ss.).

4 Recientemente, Feijoo Sánchez (2024a, pp. y 88 ss.).

elementos que creo que son decisivos para entender adecuadamente una responsabilidad corporativa propia diferenciada de la culpabilidad individual.

2. Presupuestos que comparto de la propuesta de Mañalich

Uno de los puntos de partida que considero correctos en el artículo mencionado es la crítica de “aquellas concepciones de la responsabilidad penal comprometidas con una conceptualización homogeneizadora del sujeto pasivo de la imputación” porque “las entidades corporativas susceptibles de ser penalmente responsabilizadas” han de ser entendidas “como organizaciones que exhiben un conjunto de propiedades distintivas”. Derivado de este presupuesto coincido en las críticas a “la concepción de las entidades corporativas como personas ‘compuestas’” y a “la tesis según la cual su aptitud para ser penalmente responsabilizadas dependería de su consideración como personas morales”. Coincido en que tales planteamientos de partida distorsionan una adecuada comprensión de la responsabilidad corporativa (del delito y de la pena corporativos).

Estos presupuestos se basan sobre una idea general que también comparto: la responsabilidad penal no necesita ser tomada de una manera unitaria, sino que se trata de una categoría funcional a partir de la función expresiva o comunicativa que es propia de la pena. La responsabilidad no depende de o queda determinada por determinados presupuestos ontológicos, sino que se debe vincular a las funciones que desempeña el derecho penal. Señala Mañalich con razón, con referencias a Kindhäuser y Neumann, como la responsabilidad no es una categoría natural, sino construida socialmente: “la culpabilidad que pueda condicionar la imposición de una pena no es, *stricto sensu*, jurídicamente regulada, sino jurídicamente constituida. La culpabilidad jurídico-penal no es algo que exista con independencia de las reglas (de imputación) que fijan las condiciones positivas o negativas de cuya satisfacción depende su adscripción” (apartado 3.1). De esta manera la responsabilidad penal en todas sus variantes se debe entender como una categoría funcional (apartado 3.2). Comparto la idea de que delito y pena tienen una dimensión comunicativa (que Mañalich define como “función expresiva”⁵). Por tanto, se trata de una característica

que también se puede predicar del delito y de la pena corporativos. También comparto la conclusión a la que llega: “la responsabilidad atribuible a una persona jurídica puede quedar fundada en presupuestos enteramente divergentes de aquellos que sustentan la responsabilidad atribuible a una persona natural, sin que ello comprometa la clasificación de la primera como una responsabilidad de índole penal”⁶. En este sentido creo que le asiste toda la razón en su defensa, siguiendo a Dan-Cohen y en contra de Molina Fernández y Neumann, de la inviabilidad de una conceptualización homogeneizadora de la imputación a partir del paradigma de la perpetración de un delito por parte de un agente individual (apartado 2.1). En cambio, en un derecho penal para organizaciones —con un estatus ontológico diferente en palabras de Mañalich (apartado 2.2)— la responsabilidad puede depender de criterios de imputación enteramente heterogéneos de los que rigen para fundamentar la responsabilidad penal individual. Como señala este autor, “que sea concebible un régimen de auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, no implica que ese régimen sólo pueda asumir la forma de una adaptación del (mismo) régimen de responsabilidad penal al que quedan sometidas las personas naturales (adultas)”.

La concepción de las entidades corporativas como organizaciones permiten ser crítico tanto con “la seducción ejercida por la ‘metáfora de la persona natural’” que lleva a la “‘personificación’ de las entidades corporativas” como “con un enfoque atomista, que en la dirección exactamente opuesta se inclina por ver en las corporaciones nada más que un ‘racimo’ (*cluster*) de individuos”. También comparto su rechazo a entender las personas jurídicas como “personas morales compuestas” en contra de propuestas como las realizadas en Alemania por Aichele y Renzikowski (apartado 2.3). Esto va en la línea de críticas que he realizado yo mismo contra lo que he denominado una visión reduccionista que considera que todas las dinámicas o los fenómenos corporativos complejos se pueden reducir en última instancia a dinámicas o fenómenos individuales (aunque sea como actuación colectiva)⁷.

Comparto plenamente su idea de la “índole propiamente estructural de la responsabilidad penal atribuible a una persona jurídica”. Disiento, sin embargo, en que esta responsabilidad de índole estructural

5 No puedo profundizar aquí en las diferencias que existen entre las teorías expresivistas de corte anglosajón y una teoría comunicativa como la que defiendo en la que el mal es entendido en una dimensión básicamente comunicativa. Sobre ello, Nieto Martín (pp. 311 y ss.). No distinguen suficientemente ambas perspectivas Roxin/Greco (2020, pp. 3-36a y ss.).

6 En el sentido criticado recientemente Menéndez Conca (2024b, pp. 91, 127 y ss., 286 y ss.), siguiendo las tesis de Gracia Martín y Boldova Pasamar (“el juicio de culpabilidad expresa un reproche personal de la voluntad de realización contraria a derecho que solo puede fundarse en la capacidad de autodeterminación de una voluntad individual de la que, como es evidente, carece la persona jurídica”).

7 Feijoo Sánchez (2024, pp. 32 y ss.), especialmente en contra de ciertos modelos propuestos en la doctrina española como los de Silva Sánchez y Martínez-Buján Pérez. No estoy de partida en contra de que los problemas político-criminales que plantean las organizaciones con reconocimiento jurídico se resuelvan con la solución clásica de un tipo que sancione por un lado la infracción de deberes de diligencia en el cumplimiento de la legalidad por parte de administradores y, por otro, la imposición de sanciones orientadas a la prevención especial como las consecuencias accesorias de los códigos penales peruano o español. Esto representa una política-criminal basada en la responsabilidad individual perfectamente legítima. Pero este no es el modelo español ni de los ordenamientos que lo están copiando (creo que tampoco de otros como el modelo chileno). Mis críticas se centran en que se

sólo pueda ser adecuadamente explicada a través del modelo de la culpabilidad por el carácter, especialmente en la versión que propone el propio Mañalich en la que el hecho como referente de la imputación se ve sustituido por el carácter o el “modo de ser” de la corporación.

Por un lado, creo que lo que la propuesta tiene de correcto y debe ser defendido puede ser objeto de rechazo por parte de la doctrina bajo el envoltorio del carácter. Por otro lado, no comparto su idea de que la “culpabilidad por el carácter” es contrapuesta a la “culpabilidad por el hecho”, lo que significaría que la responsabilidad corporativa no se puede construir sobre un hecho concreto. En palabras del propio Mañalich, que no es más que un síntoma o indicador que opera como “gatillante” de la punibilidad corporativa. Creo que esta definición es correcta en referencia al delito estrictamente individual (la acción individual), pero no en cuanto presupone que la persona jurídica no responda de un hecho propio de la organización. Menos comparto todavía que sea irrelevante construir un hecho propio de la organización del que responde la persona jurídica. Hace tiempo que vengo defendiendo la idea contraria.

Si bien es cierto que la responsabilidad corporativa es de naturaleza estructural, prefiero definirla como responsabilidad organizativo-estructural, precisamente para dejar claro que la persona jurídica responde de un hecho de la organización u objetivamente imputable a la organización. El carácter puede ofrecer una fundamentación normativa de la responsabilidad por el hecho, pero desde mi perspectiva no debe ser el objeto de la imputación. Por el contrario, Mañalich —y es lo que convierte su propuesta en totalmente original— ofrece el carácter como objeto de la imputación, no como base o fundamento de esta:

El *quid* del planteamiento se deja enunciar echando mano a la distinción analítica entre el objeto y las bases de la correspondiente imputación. Lo que se imputa a una persona jurídica en cuanto entidad corporativa, allí donde esa imputación sustenta su eventual punición, es un defectuoso “modo de ser”, que admite ser sintéticamente tematizado como su “carácter”, en circunstancias de que esa imputación tiene lugar en virtud de que, en congruencia con su ontología distintiva, esa entidad corporativa tiene que soportar las consecuencias de haber sido artefactualmente diseñada como una organización en cuyo desenvolvimiento ha llegado a manifestarse ese defectuoso modo de ser.

En lo esencial y sin entrar a matizar ciertos detalles se puede entender como un buen punto de partida que

admitir la variabilidad de los presupuestos de la responsabilidad penal, según esta sea atribuida a una persona natural o a una persona jurídica, es admitir la posibilidad de que, al interior de un mismo sistema jurídico, coexistan dos (o más) subsistemas de responsabilidad penal diferenciados, en términos tales que las condiciones que uno y otro subsistema asocien a la fundamentación de la respectiva responsabilidad resulten ser heterogéneas.

Con ello, la pregunta que necesita ser respondida es si respecto de una entidad corporativa, en cuanto persona artificial, puede ser apropiada la adopción de actitudes reactivas cuya expresión tome forma punitiva, de manera tal que la decisión legislativa de implementar un régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas pueda ser racionalizada como una decisión resultante en la instauración de un régimen de genuina responsabilidad penal, aunque distinto del régimen aplicable a personas naturales.

Por lo tanto, se trata de ofrecer una fundamentación dogmática que permita una aplicación coherente y racionalmente controlable de un subsistema de penas para organizaciones con personalidad jurídica complementaria pero diferenciada de la culpabilidad de personas físicas mayores de edad e imputables.

Como señala Mañalich haciendo referencia a alguna contribución previa que he realizado sobre la materia, todo depende de que “para decirlo con Feijoo, tenga cabida dentro de un determinado ordenamiento jurídico una responsabilidad de organizaciones en clave estructural que no se limite a la prevención especial”⁸. Esto demuestra que partiendo de teorías del delito y de la pena no del todo coincidentes, esta podría ser la base dogmática de un modelo de responsabilidad corporativa. Sentado este punto de partida como el correcto para afrontar una fundamentación filosófica y dogmática de la responsabilidad corporativa, las divergencias puestas de manifiesto, más allá de si una propuesta es más razonable que otra, ponen al descubierto algunas cuestiones esenciales que no siempre han sido debidamente tematizadas.

3. ¿Queda adecuadamente descrita la culpabilidad corporativa como una culpabilidad por el carácter?

Mañalich parte al final del apartado tercero de su trabajo de que

una entidad corporativa que pudiera ameritar ser penada tendría que consistir, esencialmente, en una organización cuyo posicionamiento hacia el derecho sea función de la sensibilidad que su estructura de decisión interna muestre hacia el favorecimiento o desfavorecimiento de trasgresiones de normas jurídi-

quiere forzar un entendimiento de la introducción de una responsabilidad penal propia de la persona jurídica que se corresponde con cierta tradición dogmática, pero que no casa con las tendencias más actuales en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Éstas no quedan adecuadamente descritas como un sistema de medidas de seguridad combinado con mandatos de diligencia a administradores y socios para excluir la responsabilidad.

8 En sentido contrario Amoretti Navarro (2022, pp. 874 y ss. y *passim*).

cas en las que puedan incurrir los individuos a través de cuya agencia sean adoptadas e implementadas las decisiones que le sean atribuibles.

Sobre ello construye su propuesta para entender la culpabilidad corporativa como una culpabilidad por el carácter en el apartado cuarto de su trabajo.

3.1. ¿Hecho propio?

Las divergencias surgen, como ya he señalado previamente, en la consideración de que la culpabilidad por el carácter implica el “rechazo de los modelos de responsabilidad por el hecho propio, incluido aquí el modelo del llamado ‘delito corporativo’”. He señalado, por el contrario, en un trabajo reciente como cuanto más diluye la referencia al carácter la responsabilidad por un hecho concreto más pierde su legitimidad (Feijoo Sánchez, 2024, pp. 83 y ss.). No estamos ante un tema menor, sino que se trata de una cuestión esencial que impacta fuertemente en aspectos muy concretos de la práctica judicial. Así, por ejemplo, cuanta menos relevancia tiene el hecho concreto, menor peso tendrá la constatación de controles y procedimiento específicos en relación con el riesgo de incumplimiento que se ha materializado en la comisión de un delito concreto y más peso tendrán consideraciones de un nivel más alto o general.

Coincidiríamos Mañalich y yo en un punto de partida importante: la solución al problema dogmático que presenta la responsabilidad corporativa debe atender a una fundamentación estructural. Pero la diferencia esencial estriba en que él considera que, si se trata de responsabilidad estructural, “ese modelo no puede estar centrado en el hecho puntualmente gatillante de la correspondiente punibilidad, sino sólo en un déficit que exhiba, en su concreta organización, la respectiva entidad corporativa”. Es decir, que existiría una especie de incoherencia lógica o sistemática entre responsabilidad estructural y responsabilidad por un hecho concreto. Creo que esta idea no es correcta. Al igual que en la responsabilidad colectiva (coautoría y diversas formas de delincuencia) hace falta una organización colectiva de un hecho⁹, en la responsabilidad corporativa hace falta que el hecho individual se convierta en un hecho de la organización o de la corporación¹⁰.

Mañalich toma partida por una idea que ya había sostenido previamente, pero que queda plasmada con mucha mayor claridad, extensión y detalle en su nuevo trabajo. Desde su perspectiva el objeto de imputación no es el delito concreto (el fraude, la manipulación de mercado, etc.), sino el carácter como “modo de ser”.

Entiendo, por el contrario, que esto no tiene que ser necesariamente así y que es posible una posición que podríamos definir como compatibilista entre una fundamentación estructural de la responsabilidad corporativa y que dicha responsabilidad se refiera al mismo hecho que también se imputa a la(s) persona(s) física(s) en la medida en la que quede convertido en un hecho de la organización de la que es titular la persona jurídica.

Más allá de este desacuerdo, el gran mérito de Mañalich es haber puesto de manifiesto una cuestión básica para el debate sobre la responsabilidad penal corporativa: ¿Compatible o incompatible con una responsabilidad por el hecho típico? Concretando, si en un caso de pagos de sobornos o coimas a servidores públicos, cada persona física respondería por ser culpable de un acto de corrupción mientras la persona jurídica lo sería por un carácter defectuoso del que se tuvo conocimiento gracias a dicho acto de corrupción individual, pero que es totalmente ajeno a éste (no es más que un indicio o un síntoma). En mi opinión, y considerando que esta sería la concreción de la propuesta del brillante profesor chileno, no considero correcta esta idea y no acierta a definir por qué sería necesario punir a la persona jurídica en el marco de los sistemas más actuales como el español o el chileno. Puede ser satisfactoria para medidas de seguridad u otro tipo de consecuencias orientadas a la peligrosidad instrumental, organizativa u objetiva (donde es coherente la lógica del hecho como síntoma), pero no para auténticas penas.

3.2. ¿Qué significa culpabilidad por el carácter?

Se debe abordar como cuestión esencial si cualquier modelo de responsabilidad que se basa en una forma de ser (con independencia de que se denomine culpabilidad por el carácter, por la personalidad o de cualquier otra forma) conduce de forma lógica y necesaria a prescindir del hecho como referente.

9 Creo que en el ámbito de la coautoría y de la delincuencia en general es mejor hablar para fundamentar la punición de la intervención o participación delictiva de un hecho colectivo o de un hecho global, que de un “sujeto colectivo” o de un “sujeto global”. Lesch y Jakobs han recuperado en tiempos recientes este argumento utilizado por ciertos autores hegelianos en la segunda mitad del siglo XIX con el objetivo de normativizar la coautoría. La referencia a la configuración de un sujeto puede servir como imagen, pero lo cierto es que la pena no la recibe el (sujeto) colectivo, sino cada uno de los integrantes de este. Sobre este debate, con autores que se han manifestado en uno u otro sentido, Feijoo Sánchez (2017, p. 203).

10 A diferencia de lo que parece insinuar Mañalich, cuando hago referencia a que persona(s) física(s) y persona jurídica son co-responsables del hecho no estoy haciendo referencia a que la persona jurídica participe en el hecho individual. De hecho, he criticado recientemente como un camino dogmático erróneo la idea extendida en las doctrinas italiana, española y chilena de la imagen de la participación (Feijoo Sánchez, 2024, pp. 58 y ss., con ulteriores referencias). La persona jurídica no organiza conjuntamente un hecho delictivo con la persona física (accesoriedad). No aporta algo (instrumento, información, etc.) que el autor necesite para realizar el hecho. La sanción a la persona jurídica es accesoria en el sentido de que los ordenamientos hacen depender la misma de la existencia de un delito individual, pero no en el sentido de que la persona física y la persona jurídica organicen conjuntamente el hecho con relevancia penal.

Como intentaré exponer, aunque yo no sea partidario de estos modelos ni para personas físicas ni para personas jurídicas, no es imprescindible llegar a esta conclusión con respecto a las personas físicas. Y creo que los argumentos que sirven para defender esta compatibilidad en el caso de las personas físicas son trasladables a la responsabilidad corporativa.

Mañalich, de acuerdo con sus puntos de partida, considera que “las razones que justifican el rechazo de un modelo de culpabilidad por el carácter respecto de personas naturales no son razones que vuelvan ilegítima, sin más, su implementación como soporte de la responsabilidad penal atribuible a personas jurídicas”. E, incluso, que “lo que vuelve éticamente insoportable que una persona natural sea penalmente responsabilizada por su carácter es precisamente aquello que, a la inversa, puede volver aceptable la idea de que la responsabilidad penal de una persona jurídica quede referida a su carácter”. Esto podría ser realmente así.

Le asiste toda la razón cuando señala que las objeciones tradicionales contra la culpabilidad por el carácter¹¹ tienen relación con la ambigüedad que aqueja en tal denominación a la proposición “por”: “Dada esa ambigüedad, esta última expresión puede ser tomada en el sentido de una culpabilidad referida al carácter, pero también en el sentido de una culpabilidad basada en el carácter”.

En realidad, la ambigüedad de la proposición también se manifiesta en otras propuestas realizadas en este ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas como la culpabilidad por defecto de la organización, donde muchas veces los autores partidarios de esta tesis no aclaran si se trata de una culpabilidad referida al defecto organizativo como creo que caracterizaba la propuesta original de Tiedemann¹² o si el fundamento que se otorga a la culpabilidad tiene que ver con dicho defecto. Es decir, si la persona no responde del hecho típico, sino de un defecto en su prevención (omisión) o si la persona jurídica responde del hecho típico porque estaba defectuosamente organizada. Las consecuencias prácticas de una u otra perspectiva divergen notablemente.

Señala Mañalich con respecto al fundamento de la culpabilidad individual como

Tratándose de la responsabilidad penal atribuible a una persona natural en conformidad con un modelo

de culpabilidad por el hecho, lo que resulta manifiestamente inadmisibles es la adscripción de una culpabilidad por el carácter en el primero de los dos sentidos recién distinguidos, esto es, en el sentido de una culpabilidad referida al carácter. La razón radica en que poseer un cierto carácter no es algo que un agente esté en posición de evitar a través de la adopción de una decisión puntualmente encaminada a ese fin, lo cual determina que no tenga sentido identificar su carácter con el resultado de un hecho que pudiera serle imputado, como si la persona en cuestión pudiera ser considerada “autora de su carácter”. Pero esto no habla en lo absoluto en contra de que a una persona natural pueda ser legítimamente atribuida una culpabilidad por el carácter en el segundo sentido, esto es, una culpabilidad referida a un hecho, pero basada en su carácter. En estos términos, el hecho en cuestión sería legítimamente imputable al agente como un hecho del cual aquel es culpable, porque en ese hecho se manifiesta el carácter, y con ello la identidad, del agente.

En este segundo sentido, como señala con razón, se trata de una solución que abre vías a una fundamentación de la culpabilidad por el hecho compatible con una concepción determinista del comportamiento humano.

Mañalich considera que las objeciones contra una culpabilidad referida al carácter no son trasladables a la punición de la persona jurídica ya que, en cuanto persona puramente artificial, no observa que sean trasladables los mismos escollos para referir la culpabilidad corporativa al carácter, con independencia de que ello resulte problemático con la culpabilidad individual ya que un reproche dirigido al modo de ser puede poner en cuestión la dignidad personal.

Frente a las críticas de que la referencia al carácter no sería apropiada para personas jurídicas responde el autor chileno “que lo que entendemos por el ‘carácter’ de una persona no consiste sino en un conjunto de disposiciones conductuales que, pudiendo ser ‘originarias o adquiridas’, se muestran como suficientemente estables, con independencia de que ellas aparezcan como ‘inalterables’ o, en cambio, como ‘modificables’”, por lo que el “carácter corporativo” sería identificado “con un conjunto de disposiciones conductuales que podrán verse ocasionalmente manifestadas en el comportamiento desplegado por aquellos individuos humanos a través de cuya agencia se realice el funcionamiento de la estructura de decisión interna de la corporación”, de tal manera

11 Críticas recientes en Bröckers (2015, pp. 192 y ss.), con ulteriores referencias; Burhardt (2018, pp. 365 y ss.); Díez Ripollés (2020, p. 451) (conduce fácilmente a un derecho penal de autor, desvincula el objeto del juicio de reproche de la capacidad de actuar de otro modo, tiene problemas para explicar el diferente tratamiento de adultos y menores o personas de inteligencia normal y oligofrénicas); Ebert (2014, pp. 155 y *passim*), entendiendo que la culpabilidad por el carácter vulnera el principio de culpabilidad al renunciar a la libertad de decisión y basarse en que el autor es como es y profundizando en ciertas críticas de Arth. Kaufmann contra Engisch; Hallmann (2017, pp. 74 y ss.), con ulteriores referencias; Hörnle (2013, pp. 46 y ss.), señalando que no es tarea del Estado realizar juicios sobre las personas y su carácter; Mosch (2018, pp. 301 y ss.); Roxin/Greco (2020, pp. 19-29).

12 Las críticas que ha recibido la tesis de Tiedemann acreditan que los modelos que se basan en un defecto puntual de la organización no son capaces de superar los inconvenientes tradicionales contra las personas jurídicas basados en la incapacidad de acción y de culpabilidad. Cfr. Feijoo Sánchez (2024, pp. 54 y ss.), en contra de construir la responsabilidad penal corporativa exclusivamente sobre la base de un defecto de organización puntual.

que tales disposiciones se encontrarían “alojadas” en su estructura de decisión interna, siendo esta determinante de su identidad qua entidad corporativa”.

Estas disposiciones serían “susceptibles de ser artificialmente diseñadas y rediseñadas”, por lo que “el carácter de una entidad corporativa se presenta como esencialmente modificable”. Dicha modificabilidad es lo que brindaría “sustento a la hipótesis de que a una entidad corporativa cuyo carácter hostil al derecho se manifieste en el despliegue de comportamientos dotados de significación delictiva podría ser apropiadamente sometida a una reacción punitiva que sea expresiva de desaprobación y censura por no estar ella estructuralmente organizada en congruencia con la expectativa/demanda constitutivamente conectada con su pretensión de ser reconocida como persona jurídica”. De esta manera la persona jurídica tendría opciones de eludir la pena.

Considera Mañalich que

la expectativa cuya frustración puede condicionar la formulación de un reproche de culpabilidad por el carácter, dirigido contra una persona jurídica, no puede entenderse plausiblemente referida al seguimiento puntual de tal o cual norma en una situación dada. Pues esto último es algo que sólo tiene sentido esperar de uno o más agentes individuales susceptibles de ser interpelados o “desafiados” por la norma en cuestión. La expectativa en cuestión ha de entenderse referida, más bien, a la conformación misma del carácter de la respectiva entidad corporativa, en términos de cómo esta se encuentra *in concreto* organizada.

Teniendo en cuenta alguna aportación previa mía (Feijoo Sánchez, 2023, pp. 39 y ss.) considera que “lo relevante no es identificar las disposiciones conductuales que conforman, positivamente, el carácter de la correspondiente entidad corporativa, sino únicamente constatar que ese carácter exhibe el déficit consistente en que entre las disposiciones conductuales que lo conforman no figure, como rasgo dominante, la disposición a la observancia de la ‘legalidad’. En ello radica que la identidad de la respectiva persona jurídica quede negativamente definida por ‘una falta de cultura de cumplimiento de la legalidad’”. De esta manera su planteamiento acaba desembocando en una referencia a la cultura de cumplimiento normativo y consigue modernizar la idea de la culpabilidad por el carácter en el ámbito de la responsabilidad corporativa¹³.

La conclusión práctica a la que llega Mañalich es la siguiente:

el reproche de culpabilidad dirigible contra una entidad corporativa ha de entenderse referido a su carácter, en la medida en que entre las disposiciones

conductuales que lo conforman no figure la disposición a una observancia de la legalidad, disposición cuya existencia o inexistencia solo será reconocible en que ella se manifieste en el comportamiento de quienes actúan por cuenta de esa misma entidad corporativa. Con ello, la exigencia de un hecho dotado de significación delictiva como aquello “por” lo cual puede ser penalmente responsabilizada una persona jurídica se deja explicar con cargo a la hipótesis de que la función de semejante hecho es la de servir como un síntoma del carácter hostil al derecho al cual quede referida la culpabilidad fundante de su eventual punición.

Así, la culpabilidad de una persona jurídica es una culpabilidad que, estando referida a su carácter, únicamente puede serle atribuida en virtud de la manifestación que ese carácter llegue a tener en uno o más hechos dotados de significación delictiva. Esto sirve como corroboración de que, contra lo mantenido por los partidarios de un modelo de responsabilidad por el hecho propio, la función del respectivo hecho como factor de responsabilización es enteramente distinta tratándose de la fundamentación de la punibilidad de una persona natural, por un lado, o de una persona jurídica, por otro. Y de ahí que el reconocimiento de la posibilidad de que una y otra responsabilidad coexistan no admita ser confundido con la sugerencia de que una o más personas naturales y una o más personas jurídicas pudieran ser penalmente corresponsables, en el mismo sentido, “por” un hecho gatillante de su respectiva punibilidad”.

Concretando en el sistema chileno, considera que el carácter jurídicamente defectuoso quedaría definido, “en los términos del texto legal, por ‘la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención’ de hechos delictivos como el puntualmente perpetrado ‘en el marco de [la] actividad’ de la propia entidad corporativa. Ello equivale a decir que el respectivo hecho delictivo ha de presentarse como un síntoma de una ‘falta de cultura de cumplimiento de la legalidad’ como rasgo negativo del carácter de la entidad corporativa”.

Creo que esta tesis resulta problemática para aquellos ordenamientos que no trabajan con un marco penal unitario para las personas jurídicas con respecto a la multa, sino que el marco penal viene determinado como punto de partida por el correspondiente hecho delictivo de la parte especial. Si el hecho determina la pena (que es proporcional a la gravedad del hecho delictivo) ha de ser más que un síntoma o un indicio. Pero es cierto que esta es una crítica dependiente de cada ordenamiento.

Y añade:

Que la efectiva implementación de tal modelo sea suficiente para que la respectiva persona jurídica no

13 En las doctrinas española e italiana la cuestión de si este término describe adecuadamente el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha protagonizado en gran medida el debate doctrinal. Vid. Feijoo Sánchez (2023, pp. 61 y ss.), a favor; Galán Muñoz (2023, pp. 12 y ss.), en sentido crítico, ambos con ulteriores referencias.

sea penalmente responsabilizada, a pesar de haber sido perpetrado un hecho delictivo enmarcado en el desarrollo de su actividad, muestra que lo reprochado a la correspondiente entidad corporativa cuando esta es penalmente responsabilizada no es, para decirlo nuevamente con Feijoo, el puntual ‘fallo de control’ reflejado en la perpetración del hecho no prevenido, sino más bien su déficit de “una adecuada cultura de cumplimiento”. De ahí que “[n]o todo fallo de prevención, control, vigilancia o supervisión [tenga] que suponer automáticamente responsabilidad penal para la persona jurídica, siendo imprescindible, en cambio, que ‘se compruebe que el delito [...] representa un defecto organizativo motivado por un problema estructural en relación al cumplimiento de la legalidad’. De acuerdo con la propuesta aquí favorecida, ese defecto organizativo funge como la marca del carácter jurídicamente defectuoso que constituye el objeto del correspondiente reproche de culpabilidad dirigido contra la persona jurídica qua entidad corporativa.

4. Observaciones

4.1. ¿Carácter corporativo o cultura de cumplimiento?

Si adoptamos la definición de carácter de la Real Academia de la lengua española en su primera acepción, esta es “[c]onjunto de cualidades o circunstancias propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que las distingue, por su modo de ser u obrar, de las demás”. Aplicado a la responsabilidad corporativa se podría entender el carácter como el conjunto de cualidades propias de una organización o corporación que las distingue de otras o que permite distinguirlas de otras. Por ejemplo, podría ser fabricar sólo productos artesanales o de primerísima calidad o la innovación tecnológica o la preocupación ecológica. Esto nos plantea ya una de las características tradicionales de este modelo de culpabilidad. Se trata de una teoría filosófica de un alto grado de abstracción que siempre ha tenido una difícil concreción dogmática y práctica. La culpabilidad por el carácter es lo que queda cuando no concurre ninguna de las causas legales de exclusión de la culpabilidad (una especie de responsabilidad por defecto¹⁴). Pero sigue encerrando también para las personas jurídicas el defecto tradicional de que proporciona un fundamento para castigar cuando no concurre ninguna de las causas que excluyen la culpabilidad, pero no ofrece criterios claros que permitan determinar cuándo no existe culpabilidad. ¿Cuáles serían los defectos o características imputables a la corporación que la hacen merecedora de pena? La persona jurídica responde porque debería “ser mejor” o “ser distinta”. Pero ¿Por qué debería ser diferente a lo que es?

Por esa razón cuando se concreta la idea entra en juego la referencia a una cultura de cumplimiento de

la legalidad, que ofrece un contenido más propicio al trabajo de los órganos de justicia. La cultura de cumplimiento, que es un concepto más adaptado a la realidad de las organizaciones, representa un objetivo más definido (aunque lo normal es que nunca se cumpla al 100 %) y determina un objeto de gestión: un sistema orientado al cumplimiento de la legalidad penal por parte de la organización. El cumplimiento normativo, a diferencia del carácter, permite objetivos corporativos medibles, así como su verificación y evaluación y tiene todo un conocimiento técnico disponible y adaptable a las organizaciones. Si lo formulamos desde el punto de vista de la exención queda más claro lo que ganamos en concreción: exclusión basada en la implantación de un sistema de cumplimiento de la legalidad penal frente a un sistema de gestión del carácter corporativo. Y no es casual que precisamente en este punto el acuerdo es pleno con la propuesta de Mañalich: se trata de implantar una estructura de cumplimiento, por lo que la responsabilidad penal tiene que ver con déficits estructurales de la organización en materia de cumplimiento normativo. De esta manera el cumplimiento normativo queda perfectamente integrado en la responsabilidad corporativa. Tiene que ver con el fundamento y, por consiguiente, con la exclusión. Todo aquello que limita o excluye la responsabilidad debería estar vinculado a su fundamento. La metodología para su implantación corresponde a conocimientos ajenos al derecho penal, pero su naturaleza jurídica queda perfectamente ensamblada en el sistema de responsabilidad corporativa como el reverso de la responsabilidad y como referencia de las expectativas normativas que el ordenamiento dirige a las corporaciones cuando se contemplan normas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La referencia a la cultura de cumplimiento como concreción de la idea “carácter corporativo” permite modernizar la idea clásica del carácter como fundamento de la responsabilidad moral y adaptarla a la realidad organizativa y a las mejores prácticas sobre la gestión de las organizaciones para cumplir con la legalidad. Esto es especialmente importante en el contexto peruano, con una ley y un reglamento de desarrollo muy influidos por los estándares internacionales en materia de *compliance*. Así, el art. 30 del reglamento de desarrollo de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas se refiere a que “el modelo de prevención se orienta prioritariamente al fomento de una cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo”. Pero esta adaptación se puede considerar en general y para cualquier ordenamiento como una concreción positiva, con indiferencia de que existan o no referencias en el correspondiente ordenamiento a la cultura organizacional o corporativa.

14 En filosofía se ha utilizado la expresión “responsabilidad por defecto” para responsabilizar a los individuos en un mundo determinado. Cfr. Dennett (2024, cap. 5).

Esto no debe ser entendido como una crítica a las tesis expuestas de Mañalich, sino como una concreción y actualización que creo que permite entroncar mejor la teoría con la práctica y con las legislaciones y tendencias político-criminales más actuales. Coincido en que estamos ante características modificables mediante una gestión sistemática a lo largo del tiempo, pero hay otro aspecto importante: los defectos en dicha gestión no habilitan la responsabilidad individual. Es decir, no hay más opción que la responsabilidad corporativa o la irresponsabilidad estructural, que es lo que se pretendería combatir con la primera. Estamos ante un ámbito donde recurrir a la culpabilidad individual —mediante extensión de estructuras generales o mediante figuras específicas en la parte especial— y, por consiguiente, a penas para individuos resulta excesivo.

Creo que lo interesante de la propuesta del profesor chileno está en el ámbito filosófico con el objetivo de ofrecer sustento a la primera vía que busca una nueva forma de responsabilización. El derecho penal no está condenado a la irresponsabilidad estructural. Una vez que es evidente que la “voluntad libre” no cuadra bien con la responsabilidad corporativa —si bien tampoco con la culpabilidad individual— y no deja más opción que una responsabilidad vicarial (con base en la identificación o en la representación), en el ámbito de la filosofía moral la gran alternativa había residido en el carácter, en una línea que se puede remontar al menos hasta Schopenhauer (1840, pp. 98 y ss.), pero que llegaría hasta la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles pasando por autores como David Hume¹⁵. Estos autores sólo pensaban en la responsabilidad moral de los seres humanos, pero es interesante ver en qué medida esta solución determinista al problema de la culpabilidad o de la responsabilidad moral puede ofrecer claves para entender la responsabilidad corporativa. Fue Engisch (1965, pp. 19-30 y ss.)¹⁶ el que, a partir de la adopción de un punto de partida filosófico como el de Schopenhauer, dio el paso para una teoría preventiva de la culpabilidad y, por lo tanto, a la irrupción de las teorías preventivas y funcionales de la culpabilidad a partir de los años setenta del pasado siglo. En este contexto de una teoría funcional que parta de que la función esencial del derecho penal es la estabilidad de normas la referencia a la implantación de un sistema

de gestión o una estructura orientados a una cultura de cumplimiento de la legalidad penal puede ofrecer grandes rendimientos dogmáticos¹⁷.

En este contexto no se puede olvidar, sin embargo, que la culpabilidad por el carácter aporta como puntos de vista positivos la visión a largo plazo o estructural de los defectos de la organización jurídico-penalmente relevantes. Sin embargo, esa visión no debería desvincular la responsabilidad corporativa de un hecho concreto como vengo sosteniendo. Al menos, como he intentado sustentar previamente, no se trata de una consecuencia inevitable de todo fundamento de la culpabilidad ajeno a la voluntad libre. La pena exige siempre que el que la sufre sea responsable de alguna manera de un hecho o de una vulneración de la norma previo. Es un inconveniente nada menor que el hecho concreto (fraude, corrupción, manipulación del mercado, etc.) quede al margen de aquello por lo que quien sufre la pena corporativa debe responder. Que todo quede reducido a una metanorma que diga algo así como ten un buen carácter o una adecuada cultura de cumplimiento sin vinculación con hechos concretos no acaba de resultar satisfactorio, especialmente en ordenamientos con un sistema de *numerus clausus*.

Intentaré ilustrar mi posición con un ejemplo. Imaginemos una institución religiosa de implantación mundial donde se cometen un número de delitos de pederastia y de abuso sexual muy superior a otras organizaciones de dimensiones similares, por lo que es evidente que tales hechos tienen que ver con disposiciones y características propias. Imaginemos incluso que esa institución no adoptó medidas de prevención adecuadas, reaccionó muy tarde y podía haber hecho mucho más para evitar dichos casos. No tengo duda de que tal organización se merecería reproche moral e, incluso, social. Pero en aquellos ordenamientos que contemplaran la posibilidad de que tales delitos generen responsabilidad penal de las personas jurídicas, no creo que se pudiera declarar la culpabilidad de esa institución religiosa por todos o parte de los hechos. La razón es que se trata de hechos estrictamente individuales que no están alineados con los intereses o fines de la organización. La organización es el contexto de una serie de delitos individuales que tendrían que ver con su carácter o

15 *Tratado de la naturaleza humana*, Libro II, Parte Tercera, Sección II (“el objeto constante y universal del odio o la cólera es una persona o criatura dotada de pensamiento y conciencia, y cuando una acción criminal o injuriosa excita esta pasión, lo hace tan sólo por su relación con la persona o conexión con ella. Sin embargo, según la doctrina de la libertad o del azar, esta conexión se reduce a nada y los hombres no son más responsables de las acciones que han emprendido y premeditado que de las más fortuitas y accidentales. Las acciones son, por su propia naturaleza, temporales y perecederas, y cuando no proceden de alguna causa que radique en el carácter y disposición de la persona que las ha realizado no se relacionan con ella y no pueden redundar ni en su honor, bien, infamia o mal. La acción misma puede ser censurable, puede ser contraria a todas las leyes de la moralidad y la religión, pero la persona no es responsable de ella; y puesto que no procede de nada en ella durable o constante, y no deja tras sí nada de esta naturaleza, es imposible que aquélla, por este motivo, se convierta en el objeto del castigo o la venganza. Según la hipótesis de la libertad, por consiguiente, es tan pura y honrada después de haber cometido el más horrible de los crímenes como en el momento de su nacimiento, y su carácter en nada se halla interesado en sus acciones, pues no son derivadas de él y la maldad de las unas no puede ser usada como prueba de la depravación del otro. Tan sólo sobre los principios de la necesidad adquiere una persona mérito o demérito por sus acciones, aunque la opinión común se incline a lo contrario”).

16 Sobre ello Ebert (2014, pp. 153 y ss.); Roxin/Greco (2020, pp. 19-30 y ss.).

17 Feijoo Sánchez (2021, pp. 123 y ss.; 2023, pp. 61 y ss.).

su forma de ser, pero no se trata de hechos propios de la organización. No es suficiente la posibilidad de ser otro para responsabilizar a la persona jurídica.

4.2. ¿Es la responsabilidad por el carácter incompatible con la responsabilidad por el hecho?

La referencia a la culpabilidad por un carácter corporativo desvalora o califica como defectuosa una situación que ya no resultaría posible subdividir o reconducir a disposiciones o decisiones individuales¹⁸. Desde esta perspectiva el carácter de la corporación se ve influido y se puede ver modificado por una serie de acciones individuales, pero no depende directamente de dichas conductas individuales. Existiría una discontinuidad con la agencia de las personas físicas que permite hablar de una culpabilidad diferenciada. Si el que comete el delito o los que cometen el delito pudieran determinar plenamente la cultura de la corporación no tendría sentido hablar de responsabilidad corporativa¹⁹. Si la persona jurídica se pudiera definir como un patrimonio con agencia, la responsabilidad corporativa adquiere sentido frente a una agencia a través de una organización caracterizada por una diferenciación vertical y funcional (Feijoo Sánchez, 2023, pp. 99 y ss.).

A diferencia de las consideraciones de Mañalich, creo que esta vía puede ser fructífera si, al igual que han hecho sus defensores en el ámbito de la teoría jurídica del delito de las personas físicas, no se entiende incompatible la culpabilidad por el carácter con la culpabilidad por el hecho²⁰. Es decir, que el carácter ofrece un fundamento distinto a la culpabilidad, por lo que viene a sustituir el papel legitimante de la “voluntad libre”, pero no que el hecho de referencia sea un concreto hecho tipificado como injusto (Feijoo Sánchez, 2024, pp. 83 y ss.).

La culpabilidad por el carácter no implica necesariamente un derecho penal de autor incompatible con un derecho penal de la culpabilidad por el hecho y que, por tanto, debería estar orientado más bien a la prevención especial (corrección del carácter). Se puede defender que “por” no hace referencia al objeto de la imputación, sino al fundamento último de la responsabilidad, a diferencia de lo que sostiene Mañalich. Creo que sólo así las referencias a esta tradición de la responsabilidad moral pueden

resultar fructíferas para otorgar un fundamento a la responsabilidad corporativa. Es cierto que este modelo de responsabilidad diluye la vinculación con una decisión puntual, pero ello no significa que el objeto de la responsabilidad no sea un hecho concreto (un acto de corrupción, un fraude, etc.). Esto es así porque en este contexto se puede entender que el delito ha surgido en el mundo por ser la corporación como es. En consonancia, la culpabilidad por el carácter entiende que existe responsabilidad si el hecho no se habría producido en caso de que el carácter fuera otro o el sujeto tuviera una personalidad distinta. Desde un punto de vista filosófico vincula al autor con su hecho en un mundo determinista. A diferencia de la culpabilidad por la libre voluntad, la culpabilidad por el carácter se caracteriza por ser una culpabilidad con pasado que determina el hecho. Éste sólo podría ser distinto si el sujeto fuera otro, por lo que el hecho obedece a su carácter defectuoso. El delito no estaría —o no estaría solo— determinado por factores externos, sino también —o básicamente— por el propio carácter del autor o sus disposiciones internas (modificables), que esta teoría entiende que pueden ser objeto de reproche. Precisamente lo que tienen en común las diversas modalidades de culpabilidad por el carácter es que el reproche se vincula al carácter defectuoso del autor. Esta teoría parte del presupuesto de que cada uno es responsable del carácter o de la personalidad que le ha llevado a delinquir en un determinado momento. No se responde por un uso defectuoso puntual de la libertad, sino por ser como se es. Sólo siendo otra persona se podría haber actuado de otra manera. Entiende esta perspectiva que es incumbencia de cada uno controlar su propio carácter o configurar su forma de ser. Tiene razón Mañalich en que estos planteamientos son más fáciles de asumir con organizaciones que con personas. Resulta difícil pensar que una organización que no sea una organización criminal no pueda ser mejorada en la gestión del cumplimiento normativo.

Desde esta perspectiva la corporación podría responder por el carácter puesto de manifiesto a través del hecho delictivo. La fundamentación basada en el carácter no es incompatible con un derecho penal del hecho y no implica necesariamente un derecho penal de autor u orientado a la prevención especial. Este punto de vista convierte en irrelevante si el sujeto podría haber actuado de modo distinto en una determinada situación. El pasado del sujeto le ha

18 En sentido contrario Silva Sánchez (2023, p. 20) (“Con la referencia a su vida o a su carácter —siempre en términos de forzada metáfora antropomórfica— no se alude más que a un discurrir de acontecimientos, a una multiplicidad difusa —en términos tanto sincrónicos como diacrónicos— de hechos de personas físicas que dan lugar a un estado de cosas. En otras palabras, a la interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de las personas físicas que se han integrado a lo largo del tiempo en la organización jerárquica de la empresa y, paralelamente, en los diferentes órganos de la persona jurídica”).

19 En España la cuestión es objeto de un vivo debate, no solo teórico, sino también práctico. *Vid.* la reciente STS 1073/2024, de 26 de noviembre, con un voto particular sobre esta cuestión.

20 En profundidad y con ulteriores referencias, Feijoo Sánchez (2022, pp. 622 y ss.). Ya Merkel (2004) señalaba en su manual (p. 63) que las anomalías del carácter como “la falta de simpatía o la obtusidad general de los afectos, no excluyen, como sucede con las enfermedades mentales, la conexión entre el hecho ejecutado y la individualidad espiritual de su autor”, añadiendo que “para el caso es indiferente el que dichas propiedades hayan sido o no heredadas, y el que paralelamente a ellas existen o no anomalías físicas”. Merkel estuvo influido por la filosofía de Schopenhauer, pero no se puede entender como un defensor de la culpabilidad por el carácter.

llevado hasta ese punto que ha cobrado relevancia para el ordenamiento jurídico-penal.

Si aprovechamos estas ideas en este contexto de la responsabilidad corporativa, la persona jurídica podría ser legítimamente hecha responsable del delito cometido por una persona física cuando ciertas características intrínsecas de la organización o la corporación hayan tenido influencia en la comisión del delito. La persona jurídica responde por ciertas características intrínsecas y permanentes manifestadas a través del hecho delictivo de la persona física como síntoma. No responde, por el contrario, cuando el delito es ajeno a su carácter.

Este modelo se caracteriza por tratarse de una teoría que tiene una “perspectiva holística” y con un alcance temporal amplio que permite valorar la culpabilidad como un proceso dinámico que lleva a la responsabilidad. Esta perspectiva gana en consistencia en la medida en la que establece puntos de contacto con aportaciones de la sociología de la organización y conceptos como el de cultura corporativa. Es mérito de Juan Pablo Mañalich haberlo puesto de manifiesto.

5. Balance personal

Si no desvinculamos la responsabilidad corporativa del mismo hecho típico que genera la culpabilidad individual es posible ofrecer una explicación dogmática satisfactoria de normas como las contempladas en el Código Penal español sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Diversos ordenamientos

han ido avanzando hacia modelos donde la pena no se impone simplemente a la persona jurídica por no prevenir delitos —de forma directa o indirecta—, sino porque es responsabilizada por el delito como un hecho propio. El Código Penal español está teniendo influencia en otros ordenamientos como los códigos penales mexicanos de Yucatán (arts. 16 bis ss.) y de Quintana Roo (arts. 18 bis ss.)²¹. La sanción corporativa es denominada como pena porque se impone con carácter retrospectivo (no prospectivo con meros fines de prevención especial) y la persona jurídica es responsabilizada de un hecho delictivo con un fundamento propio de la responsabilidad corporativa ajeno a la culpabilidad individual.

En una lógica ya estrictamente jurídico-penal la pena corporativa exige una responsabilidad propia por el hecho delictivo y la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho y de la propia responsabilidad de la persona jurídica (no de los individuos). Solo bajo tal lógica es legítimo hablar de responsabilidad penal corporativa en sentido estricto: de delito corporativo (en el sentido de la teoría jurídica del delito y no de un delito autónomo)²² y de pena corporativa. El ordenamiento español y otros afines han convertido estas premisas ya en derecho positivo.

En este sentido creo que la persona jurídica no responde de la acción individual, que no sería más que un presupuesto de su responsabilidad (con ese efecto indiciario o “gatillante” que le otorga Mañalich), sino en la medida en la que ese hecho delictivo individual se convierte en un hecho de la organización. Aquí es

21 Un buen referente teórico se puede encontrar en el Código Penal Modelo elaborado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales (Ontiveros Alonso):

Artículo 27. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas)

I. Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos dolosos o imprudentes y, en su caso, de la tentativa de los primeros, de conformidad con las reglas de imputación establecidas en el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

II. De conformidad con el último párrafo del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el catálogo de delitos que pueden ser atribuidos a las personas jurídicas, se configura por cualquiera de los tipos penales contemplados en este Código, en las Leyes Especiales del fuero común o en las Leyes Generales.

Artículo 29. (Exclusión del delito organizacional)

La organización quedará excluida de responsabilidad penal si adoptó y ejecutó, antes de la comisión del hecho que la ley señala como delito, un programa de cumplimiento penal eficaz.

Artículo 30. (Elementos de un programa de cumplimiento penal eficaz)

Para excluir la responsabilidad penal a la organización, el programa de cumplimiento penal eficaz, señalado en el artículo 27 QUÁTER, deberá cumplir, como mínimo, con los siguientes elementos:

I. Un diagnóstico de riesgos penales que identifique los delitos que deben ser prevenidos,

II. Protocolos individualizados de actuación organizacional, con enfoque de prevención delictiva, que indiquen el método de toma de decisiones y la ruta para su ejecución,

III. Modelos de capacitación del personal de la organización con enfoque en los protocolos señalados en la fracción II,

IV. Esquemas de evaluación de capacidades del personal de la organización,

V. Un canal de denuncias,

VI. Un sistema de investigación criminal empresarial,

VII. Un catálogo de sanciones con un procedimiento para su aplicación al interior de la organización,

VIII. Un oficial de cumplimiento penal,

IX. Un mecanismo de actualización del programa con base en lecciones aprendidas,

X. Un esquema presupuestal anual para el debido funcionamiento del programa.

22 En contra de tal nomenclatura Martínez-Buján Pérez (2023, p. 31), con ulteriores referencias a la doctrina española, que prefiere desde su posición referirse a una “teoría de la infracción penal de la persona jurídica”, que analizaría “sus categorías y elementos de forma análoga a lo que sucede en el seno de la teoría del delito, esto es, teniendo en cuenta, obviamente, la diferente naturaleza de ambas clases de personas y, consecuentemente, la diferente naturaleza de su responsabilidad”. Sin embargo, en mi opinión la teoría jurídica del delito de las personas físicas no se limita a ser una teoría de la infracción, sino de la responsabilidad por poner en entredicho la norma mediante su infracción (Feijoo Sánchez, 2021, pp. 38 y ss.). La persona jurídica no responde por la infracción de una norma de conducta propia, sino en la medida en la que la infracción individual se convierte en un hecho organizativo o de la corporación. En este último punto radicarían las diferencias esenciales con la posición de Mañalich.

donde se encuentran las grandes diferencias con la propuesta del profesor chileno. Desde mi perspectiva la dogmática penal relativa a las organizaciones con personalidad jurídica obliga a diferenciar dos cuestiones diversas: como presupuesto de la responsabilidad que el delito se convierta en un hecho de la organización y, por otro, que la persona jurídica reciba una pena por ese hecho que ha adquirido una dimensión organizativa. Utilizando un símil con la teoría jurídica del delito tradicional, si el injusto es, en realidad, un elemento de la culpabilidad individual, el hecho de la organización es un elemento de la responsabilidad corporativa. Es más, los criterios a los que suelen hacer referencia expresa las legislaciones están centradas en la primera cuestión, dejando la segunda menos definida. A la luz de esta concepción se identifican dos cuestiones que deberían, en mi opinión, ser diferenciadas. Una es bajo qué criterios el delito individual se convierte en un hecho propio de la organización y otra si la persona jurídica puede ser hecha responsable de ese hecho y, por consiguiente, debe recibir la imposición de la pena. Las reflexiones filosóficas afectan básicamente a esta segunda cuestión, pero la primera también tiene que ser objeto de atención y tratamiento dogmático. De acuerdo con esta idea, la persona jurídica no respondería penalmente tanto en aquellos casos que el delito no es un hecho propio de la organización como en los que, a pesar de la existencia de un delito imputable a la organización, disponía de un adecuado modelo o sistema de organización y gestión respecto al hecho acaecido.

Esta dualidad de cuestiones dogmáticas debería permitir diferenciar los criterios de imputación para entender que el delito es un hecho de la organización de aquellos que tienen que ver con la responsabilidad estructural de la persona jurídica por el hecho. Por ejemplo, la vinculación funcional o el beneficio son criterios que determinan que no estamos ante un mero hecho individual, sino también de la organización²³. Por eso no son graduables. Si la actuación delictiva no es en beneficio de la persona jurídica ya no hay que preguntarse nada más. Y si existe tal provecho, aunque sea escaso, la persona jurídica responde con la multa contemplada por el delito si no había implantado con eficacia un modelo de organización y gestión o no existía una adecuada estructura de cumplimiento. Estoy convencido que la distinción entre ambas cuestiones dogmáticas (determinar si el hecho es propio de la organización por un lado y la responsabilidad estructural de dicha organización

por otro) es esencial para un desarrollo fructífero de la dogmática sobre la responsabilidad corporativa. Se trata de una distinción tan esencial como la tradicional existente entre injusto y culpabilidad.

Así, por ejemplo, el art. 3 de la ley N.º 30424 establece desde 2017 que “las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento”. Imaginémosnos un supuesto donde se comete un delito en una filial y se puede constatar la influencia negativa del carácter o de la cultura defectuosa de la matriz. Si las personas que cometen el delito en la filial no han actuado siguiendo órdenes o con autorización o consentimiento previo de la matriz, responderá exclusivamente la filial, pero no la matriz. La razón para la impunidad de la sociedad matriz en este ejemplo no reside en que no se haya manifestado un carácter defectuoso de ésta, sino en que el delito es exclusivamente un hecho individual y de la filial. Con este ejemplo no estoy diciendo que la solución que ofrezca la ley peruana sea el correcto, sino que existe un proceso de imputación intermedio entre el delito individual y el carácter. Un hecho podría ser un síntoma o manifestación de un carácter defectuoso, pero si no es un hecho de la organización nunca responderá la persona jurídica titular de esa organización. Esto es importante en cualquier ordenamiento en los grupos de empresa, con independencia de los criterios concretos de cada sistema legal. No todo delito cometido en una filial es también responsabilidad de la matriz si el hecho está desvinculado de ésta. O, por poner otro ejemplo. Un responsable de una constructora puede cometer un delito de apropiación indebida aprovechando un sistema de pago de sobornos o coimas a funcionarios (se queda con parte del dinero que le entregan para corromper funcionarios). Sin embargo, la persona jurídica no debería responder por dicha apropiación indebida en un ordenamiento que contemplara dicha posibilidad, aunque a través de esta se manifieste un carácter defectuoso o la implantación de una cultura de la corrupción.

En definitiva, para que exista un delito corporativo como presupuesto de una pena corporativa, no es suficiente con un delito individual que ponga de manifiesto un carácter corporativo como “modo de ser” reprochable. Al menos no quedan adecuadamente

23 En aquellos ordenamientos como el español o el peruano en los que se diferencia entre la responsabilidad por delitos de los superiores jerárquicos y de los subordinados, exigiendo en esta segunda vía la infracción de deberes de supervisión vigilancia o control por parte de los primeros, dicha infracción es una forma de entender que el delito de alguien que carece de especiales funciones de responsabilidad dentro de la organización se pueda entender como un hecho de ésta, al vincularse el delito a una infracción por parte de altos directivos, administradores o representantes legales, aunque no se trate de un comportamiento delictivo. Es decir, el hecho delictivo cometido por un subordinado sólo pasa a convertirse en un hecho de la organización si ciertos dirigentes (administradores, altos directivos, etc.) intervienen de forma penalmente relevante o se les puede imputar objetivamente el hecho por una omisión imprudente. La reciente reforma chilena que entró en vigor el pasado 1 de septiembre se ha alejado de estos parámetros. Esto significa que para determinar si el delito es un hecho propio de la organización no desempeña papel alguno el rol que detente la persona que haya cometido el delito dentro de la organización.

descritos todos los requisitos que en la práctica serían necesarios para que responda una persona jurídica.

De acuerdo con lo dicho no sería correcto entender que la exigencia existente en ordenamientos como el peruano o el español de que el delito se cometa en beneficio o interés de la persona jurídica tenga algo que ver —por sí sola o en combinación con otros criterios— con el fundamento último de la responsabilidad corporativa²⁴. Se trata simplemente de un elemento para vincular el hecho delictivo (la publicidad fraudulenta, el acto de corrupción, la emisión contaminante, etc.) a la organización. Es decir, la ausencia de beneficio no excluye de forma directa la responsabilidad de la organización, sino que ya excluye que el delito sea un hecho propio de la organización. Sin su concurrencia se trata exclusivamente de un hecho individual ajeno a la corporación que no permite que entren en juego las normas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵. No es correcta, por tanto, la idea de legitimar la pena en la compensación del beneficio de la persona jurídica. Éste puede no existir. No es imprescindible para la responsabilidad penal. Lo relevante es la tendencia objetiva de la conducta en el momento de su realización, con independencia de que acabe existiendo o no el beneficio. La compensación del beneficio no es la razón del castigo, aunque pueda ser relevante para el comiso de ganancias o la eliminación del enriquecimiento injusto. La lógica del beneficio es irrelevante desde el punto de vista de la fundamentación de la pena corporativa.

Frente al carácter considero que el cumplimiento normativo otorga una explicación jurídicamente más

completa sobre el fundamento de la responsabilidad corporativa. Como he expuesto previamente, la culpabilidad por el carácter presupone que es incumbencia de cada uno desarrollar su personalidad o configurar su forma de ser, pero sin que deje claro el fundamento de tal incumbencia. La conducción de vida que se puede reconducir en última instancia a la *Ética a Nicómano* de Aristóteles ha sido el fundamento más habitual en el ámbito jurídico-penal²⁶. Pero ¿Por qué la corporación debería haber sido de otra manera?

El cumplimiento normativo ha irrumpido en escena porque el mantenimiento de la juridicidad ya no es una cuestión puramente individual, sino que también incumbe a las organizaciones con personalidad jurídica (especialmente a las grandes corporaciones²⁷). Siendo esto así, las corporaciones también pueden ser responsabilizadas de la (des)estabilización de las normas penales, de tal manera que bajo ciertas condiciones pueden ser hechas responsables —al margen de la responsabilidad individual— de la puesta en entredicho de normas como la prohibición de corromper o de engañar a los consumidores. Ya no se trata tanto de combatir estructuras criminógenas, sino estructuras deficitarias desde el punto de vista del cumplimiento normativo²⁸. La exigencia ya no se limita a que las organizaciones con personalidad jurídica no sean organizaciones criminales o criminógenas, sino que se trata de que sean gestionadas para que las actividades sociales se desarrollen de conformidad con la legalidad. De esta manera, la persona jurídica (que es el sujeto que sufre la pena), no es un garante para prevenir delitos puntuales de personas físicas, sino que su responsabilidad tiene un alcance más amplio que parte del presupuesto

24 Incurrir en lo que considero un error Alfaro Águila-Real (2024, p. 462 y *passim*). Una exposición crítica de la propuesta de este autor en Feijoo Sánchez (2024, pp. 15 y ss.).

25 Sobre la relevancia práctica del beneficio para la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid. la STS 298/2024, de 8 de abril, que anula la condena a unas personas jurídicas porque el delito no se habría cometido en su beneficio. Interesantes también las consideraciones del Auto de Transformación del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de 4 de marzo de 2024 en las Diligencias Previas 42/2017 con respecto al beneficio de la auditora como cooperadora necesaria en un art. 282 bis CP en el caso que juzga la resolución bancaria del Banco Popular.

26 Sobre la relevancia de esta idea en el ámbito de la responsabilidad corporativa (“culpabilidad por conducción de la organización”) la propuesta más detallada ha sido la de Heine (1995, pp. 248 y ss.). Este autor trabajó en profundidad la idea de que las perturbaciones en el ámbito del derecho penal de empresa no se pueden reconducir en muchas ocasiones a una decisión puntual, sino que se corresponden con un déficit en la gestión de riesgos de larga duración, si bien se centró en procesos de tipo tecnológico relacionados con riesgos medioambientales o catastróficos, lo que supone uno de los principales déficits de su construcción, a la que le faltó la ambición de una teoría más global. Este autor resaltó que, si el objetivo de las sanciones es un *management* más responsable de los riesgos, el objeto de la imputación es un *management* defectuoso de riesgos a largo plazo. Esa diferente dimensión temporal es lo que intenta destacar Heine. Me remito a mis críticas en Feijoo Sánchez (2009, pp. 63 y ss.; 2021, pp. 129 y ss., con ulteriores referencias).

27 Es cierto que hay muchos ordenamientos que permiten también imponer penas a entidades sin personalidad jurídica. Para simplificar la exposición en el texto dejo esta cuestión al margen.

28 En sentido contrario, Amoretti Navarro (2022, pp. 31, 411 y ss., 429 y ss., 918 y ss. y *passim*). No comparto su visión crítica del cumplimiento normativo, en la línea de Schünemann, como un mecanismo de privatización de las tareas del Estado. Dicha visión está muy condicionada por la realidad estadounidense, pero el problema está en el modelo global del sistema de ese país que conduce a que dicha responsabilidad se zanje como en Estados Unidos sin necesidad de juicio mediante *Non Prosecution Agreements* (NPA por sus siglas en inglés) [acuerdos de no persecución penal] y de los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA por sus siglas en inglés) [acuerdos de diferimiento de la persecución penal] al otorgar una amplia discrecionalidad a la Fiscalía. En la misma línea crítica Silva Sánchez (2023, pp. 3 y ss.; 2024). Comparto la crítica a este modelo que es el que la OCDE quiere imponer en Perú y todo el ámbito sudamericano (Feijoo Sánchez, 2024, pp. 114 y ss.).

Todo ello se basa en un modelo vicarial que, precisamente, contribuciones como las de Mañalich o las mías intentamos superar, profundizando en criterios estrictamente jurídico-penales ajenos a la utilidad y la eficiencia para construir una responsabilidad de tipo estructural para organizaciones.

García Caverio (2022, apartado 3), define de forma brillante estos modelos legislativos: “En las legislaciones penales que asumen un sistema de heteroresponsabilidad, la pena a la persona jurídica se sustenta únicamente en la comisión, en su beneficio, de un delito por parte de su órgano o representante, por lo que se le negaría la posibilidad de eximirse de pena con el argumento de

de que es garante o incumbente de mantener la juridicidad de la organización, es decir, el cumplimiento normativo. Esta nueva incumbencia es la que da pie a convertir a las corporaciones en sujetos en sentido jurídico-penal sin necesidad de entender que se trata de sujetos equivalentes o análogos a los seres humanos. Todo ello tiene que ver con una determinada lógica social propia de este siglo²⁹. Creo que la referencia al carácter no da fe de todas estas profundas cuestiones normativas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no genera deberes penales nuevos para los administradores que estén garantizados con penas individuales³⁰. Lo que sucede es que como la persona jurídica tiene una incumbencia asignada con respecto al cumplimiento de la legalidad sus representantes y órganos de gobierno asumen la gestión de tal incumbencia, al igual que asumen deberes de lealtad y diligencia con su principal y personalmente posiciones de garantía en relación con el control de riesgos de la organización (de ahí derivan las posiciones de garante de los superiores jerárquicos con respecto a los subordinados). Como no se trata de deberes

directos garantizados penalmente, sino de deberes de gestión derivados de las expectativas jurídicas que tienen como destinatarias originarias a las personas jurídicas, la gestión incorrecta tiene consecuencias para éstas. Si un administrador de una planta industrial no controla adecuadamente los riesgos típicos que crean sus subordinados (para la vida y salud de las personas, contra el medio ambiente, etc.) puede responder personalmente con una pena si se dan todos los requisitos para hacerle culpable en comisión por omisión. Si ese mismo administrador no gestiona correctamente los riesgos generales de incumplimiento de una organización desatendiendo elementos estructurales (no personales) como la formación y la concienciación, el correcto funcionamiento del sistema interno de información, etc. él no responde personalmente, sino la persona jurídica. Este aspecto de la gestión es una función como administrador que puede ser delegada en una estructura de cumplimiento paralela al negocio. Si esa función o área corporativa no hace bien su trabajo responderá la persona jurídica si las deficiencias favorecen o dan lugar a la comisión de un delito (por ejemplo, un director general paga con fondos de la compañía un viaje

haber adoptado previamente un modelo de organización y gestión eficaz. Esta irrelevancia normativa estaría circunscrita, sin embargo, a la eficacia preventiva del referido modelo, pues no se descarta que su eficacia en la detección del delito cometido puede traer consigo una exoneración de la pena. En efecto, las legislaciones que acogen un sistema de heterorresponsabilidad para sancionar penalmente a la persona jurídica admiten la posibilidad de que ésta arribe a un acuerdo de no persecución con el Ministerio Público, si es que el delito cometido es detectado por ella misma y comunicado a las autoridades competentes. En este caso, la eficacia del modelo de organización y gestión estará referida a la detección del delito cometido por medio de investigaciones internas que le permitan recabar prueba suficiente con la que poder cerrar un acuerdo de colaboración con la Fiscalía. Se trata, como puede notarse, de una eficacia de detección *ex post absoluta*.

Creo que no se deberían trasladar las críticas del sistema estadounidense a cualquier modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas. El modelo estadounidense no se amolda a las exigencias de nuestra tradición jurídica europea-continental, pero ello no significa que no se pueda desarrollar un modelo alternativo adaptado a nuestra tradición dogmática. Es cierto que la práctica estadounidense sobre la responsabilidad corporativa “no opera como una responsabilidad penal” desde la perspectiva continental y “bloquea la responsabilidad penal formal de los administradores y directivos de empresas” como objetan Amoretti y Silva Sánchez. Pero esa es una característica del ordenamiento estadounidense, no general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata, de lo que Amoretti define como “Modelo USA de Compliance” basado en la triada sanciones corporativas-conformidad (*Deal-Compliance* (pp. 30, 35, 411 y ss., 429 y ss.)). Como ya he dicho, yo también rechazo este modelo. Experiencias como la española (con una jurisprudencia del Tribunal Supremo que supera la cincuentena de sentencias) acreditan que la responsabilidad corporativa puede operar como una responsabilidad penal complementaria de la culpabilidad individual y no bloquea la responsabilidad penal de administradores y directivos o, al menos, desde el punto de vista de la responsabilidad individual existe continuidad entre lo que sucedía antes y después de 2010. Es curioso que Amoretti Navarro (2022) ponga el ejemplo del caso Siemens (pp. 601 y ss.), que, en mi opinión, no quedó mejor resuelto por la justicia alemana que por la estadounidense. No se trata de sustituir el modelo de derecho penal vigente por otro, sino determinar lo que puede aportar al sistema penal tradicional la responsabilidad corporativa. Por ello creo que su revisión de la responsabilidad corporativa desde una perspectiva filosófica no parte de premisas adecuadas. No se trata de sustituir todo el derecho penal de la culpabilidad por el hecho por un modelo de *criminal compliance*. La cuestión de fondo es mucho más compleja y necesita mayores matices.

La posición de Amoretti (2022) desemboca en propuestas político-criminales conocidas como la clásica solución ya propuesta por Schünemann desde 1979 basada en la curatela (*compliance-monitor* o *compliance-curador*) como sanción para combatir la actitud o el espíritu crimínogeno del colectivo o del grupo (pp. 28, 34, 36, 522, 555 y ss., 924 y ss.), con una exposición completa de la posición de Schünemann (en pp. 562 ss.), que es definida como *compliance ex post* coactivo (pp. 874 y ss.). Como señala este autor, esto no es más que un sistema de medidas (orientación preventivo-especial para mejorar la organización) complementario para corporaciones basado en el estado de necesidad y al margen de la responsabilidad corporativa. Sobre esta línea de legitimación en Alemania como “modelo de medidas” Roxin/Greco (2020, pp. 8-62 y ss.).

La doctrina penal alemana hace tiempo que tiene problemas para integrar lo que denominan *criminal compliance* en la teoría del derecho penal y sistematizar esta cuestión, como se pudo apreciar en los debates de la *Strafrechtslehrertagung* de 2013 celebrada en Zürich. Sobre ello Amoretti Navarro (2022, pp. 710 y ss., 802 y ss.). Reproducen el debate Youssef y Godenzi (2013, pp. 659 y ss.).

²⁹ En relación con sociedades mercantiles emisoras y cotizadas Navarro Frías (2021), resalta como punto de partida de su trabajo y citando a Fleischer, como responsabilidad social corporativa, gobierno corporativo (*corporate-governance*) y cumplimiento normativo (*corporate-compliance*), además de ser temas de moda del derecho de sociedades, no representan sólo una moda pasajera, sino que son grandes temas presentes y futuros del derecho mercantil. Gobierno corporativo y cumplimiento tienen en común que se trata de exigencias legales, mientras la responsabilidad social corporativa es voluntaria; responsabilidad social corporativa y cumplimiento coinciden en que benefician a terceros distintos de accionistas e inversores. Me remito a las amplias referencias recogidas en el artículo de esta autora y a Megía López (2022, p. 305), también con ulteriores referencias

³⁰ Tampoco genera desde el punto de vista mercantil un deber especial de legalidad para con la sociedad, es decir un deber *ad intra* frente a la sociedad y para la realización del interés privado de los accionistas al margen de los tradicionales deberes de lealtad y de diligencia. Cfr. Paz-Ares Rodríguez (2023).

de alto coste a un funcionario y su familia cuando el funcionario tiene un papel decisivo para la renovación del principal contrato público de la compañía porque ésta ha venido teniendo tradicionalmente “manga ancha” con este tipo de gastos). Tradicionalmente los administradores asumían una posición de garante de control de riesgos o por organización o bien de protección o institucional basadas en deberes especiales (deber de salvaguarda patrimonial). En los ordenamientos que contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas asumen de forma derivada una especie de “posición de garantía de cumplimiento de la legalidad penal por parte de la organización” o “deber de control de la legalidad”³¹ que —a diferencia de la posición de garantía por control de riesgos— no genera deberes personales, por lo que no permite la imputación como autor o partícipe y no habilita penas personales. Esa posición también puede ser delegada como las tradicionales posiciones de garantía.

Esto es así porque en los últimos años estamos presenciando un cambio cultural que se puso en marcha hace veinte años con el impulso de las políticas de sostenibilidad referidas a medioambiente, entorno social y gobernanza (ESG) que ha alterado totalmente el mundo de la empresa³². Hoy en día todas las grandes empresas y sociedades cotizadas tienen un departamento de sostenibilidad o responsabilidad social corporativa. En la doctrina penal especializada Nieto Martín —pionero de algunas ideas que se han expuesto en este apartado— puso en su día el foco en la transformación coactiva de la responsabilidad

social corporativa³³ y Gómez-Jara en la idea anglosajona de buen ciudadano corporativo para poner de manifiesto este cambio en el rol de la gran empresa³⁴. Dichas ideas tienen un indudable valor histórico para la descripción que se está realizando.

En esta línea la responsabilidad de las corporaciones ya no se limita a responder por la reparación de los daños materiales que se derivan de su actividad. Preocupan socialmente también los “costes externos” inmateriales de su actividad que van más allá de la comisión puntual de hechos delictivos. La exigencia jurídica de información veraz y comparable sobre sostenibilidad no es más que una manifestación de esta evolución. Si los temas de gobernanza y buen gobierno corporativo primero y medioambientales posteriormente han protagonizado estos cambios, otros aspectos de impacto social han ido también cobrando protagonismo. Desde una perspectiva estatal o pública, no se trata tanto del impacto en los *stakeholders* (grupos de interés), sino en los bienes o intereses públicos como la normatividad. Mientras la responsabilidad social corporativa suele estar más vinculada a intereses inmediatamente conexos (trabajadores, clientes, etc.) ajenos a los socios, la Sostenibilidad surge como algo más conectado con las consecuencias de la actividad empresarial sobre intereses más difusos y generales o públicos³⁵. En ese contexto surge la idea de “diligencia debida” con el entorno social y medioambiental que ya no se corresponde con los deberes de diligencia clásicos de la responsabilidad civil extracontractual.

31 Utilizo las comillas para dejar claro que no estoy proponiendo una nueva posición de garantía junto a las tradicionales para fundamentar la comisión por omisión. Se trata de una posición jurídica que el representante asume, pero que no altera la imputación de hechos por acción u omisión a las personas físicas. La imputación objetiva al administrador mantiene las mismas reglas con y sin responsabilidad penal de personas jurídicas.

Por esa razón Paz-Ares Rodríguez (2023, apartado VI) define el contenido de lo que denomina deber de control de la legalidad por parte de administradores societarios como “implementación de programas de cumplimiento y medidas organizativas aptas para prevenir o reducir las infracciones legales”. Señala como este deber general de control de la legalidad carece de sanciones específicas y en el ámbito penal “no se dirigen formalmente a los administradores, sino a la propia persona jurídica, que incurre en responsabilidad penal si las omite (art. 31-bis CP). Con todo, estas infracciones, aunque no dan lugar a su responsabilidad personal, entran dentro de su responsabilidad como gestores, aunque solo sea moral o reputacionalmente para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica (y el posible regreso)”. Sobre esto último afirma que “el regreso de la sociedad contra los administradores para obtener el reembolso de las multas que haya debido abonar junto al resarcimiento de otros daños asociados a la infracción es, contra lo que a veces se sostiene invocando principios del derecho sancionador, perfectamente posible en el marco de la acción social de responsabilidad”, idea que desarrolla en apartado III. Señala en nota 124 como “la competencia para el establecimiento y la supervisión de un sistema de *compliance* es inherente al propio cometido y responsabilidad de los administradores y, por ello, no es delegable en sus trazos básicos [así lo indica el art. 529-ter.1 b) LSC en relación con el consejo de las sociedades cotizadas, y así debe entenderse integrado también el art. 249-bis LSC, sobre todo en sus letras a) y b)]”. Considero que esta propuesta del catedrático de Derecho Mercantil de la UAM, perfectamente compatible con mi modelo de responsabilidad penal, abre interesantes posibilidades de colaboración entre el *derecho mercantil* y el *derecho penal*.

32 Megías López (2017, pp. 311 y ss., 314 y ss.), sobre los cambios recientes en el derecho de sociedades español y el programa normativo de la Unión Europea sobre sostenibilidad corporativa; Sequeira Martín (2021, *passim*).

33 Nieto Martín (2018, pp. 60 y ss., 127 y ss.; 218 y ss.; y 2022, pp. 103 y ss., 108 y ss.). Sobre la responsabilidad social corporativa desde la perspectiva mercantil en tiempos recientes, Amesti Mendizábal (2017, *passim*); Embid Imbrujó (2017, *passim*).

34 Recientemente, Gómez Jara (2023, pp. 8 y ss.). Críticas para tener en cuenta en Piña Rochefort (2023, pp. 10 y ss.). Expresión utilizada en las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, si bien en la versión de 2023 la centra en cuestiones tributarias.

35 Vid. en España recomendación 55 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas revisado en junio de 2020: “Que las políticas de sostenibilidad en materia medioambientales y sociales identifiquen e incluyan al menos:
a) Los principios, compromisos, objetivos y estrategias en lo relativo a accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención y otras conductas ilegales.
b) Los métodos o sistemas para el seguimiento del cumplimiento de las políticas, de los riesgos asociados y de su gestión.
c) Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, incluido el relacionado con aspectos éticos y de conducta empresarial”.

No se debe ocultar que ya está en marcha una “guerra cultural” o “discusión ideológica” alrededor de estas cuestiones (una concepción liberal y contractualista frente a una concepción más institucional de las grandes sociedades mercantiles³⁶), pero tampoco se debe desconocer que se ha producido un cambio cultural sobre la función social de las grandes corporaciones que ha permeado las instituciones jurídicas y que está produciendo cambios significativos³⁷. No todo se limita a la creación del mayor valor económico para los socios. Por esta razón las grandes corporaciones tienen funciones o áreas corporativas de cumplimiento y/o sostenibilidad que dan soporte al negocio, aumentando la complejidad de las organizaciones en los últimos años.

Esas nuevas exigencias implican también ciertos cambios en la responsabilidad individual. Pero esta tiene limitaciones (irresponsabilidad estructural) y para superarlas entra en juego la responsabilidad penal corporativa y la incorporación de las personas jurídicas como sujetos de imputación jurídico-penal. Con independencia de que se entienda que una persona jurídica es un patrimonio con capacidad de

gestión por parte de sus representantes orgánicos (administradores, patronato, junta directiva, etc.), dicha definición es insuficiente si no se tiene en cuenta que la gestión incluye intereses públicos y el cumplimiento de la legalidad. No se trata de que las personas jurídicas se conviertan en una especie de entidades cuasi-públicas o paraestatales primando ciertos intereses públicos, sino de que los integren como parte integrante de la gestión para evitar ciertos efectos indeseados.

6. ¿Culpabilidad corporativa?

Si partimos de la conocida distinción propuesta por Achenbach, en su monografía de 1974 entre *Schuldidee*, *Strafbegründungsschuld* y *Strafmassschuld*, creo que la propuesta de Mañalich tiene que ver con la primera, la idea de culpabilidad. A partir de ello un ulterior desarrollo dogmático debe trabajar con la culpabilidad como fundamento de la pena concreta (elementos del juicio de culpabilidad como parte integrante de la teoría del delito) y la culpabilidad como medida de la pena concreta. En este sentido la culpabilidad y no la peligrosidad sería el fundamento

36 Para una visión institucionalista Megías López (2017, *passim*).

En sentido contrario, Alfaro Águila-Real, considera que no se debe confundir la responsabilidad penal con la responsabilidad social de las empresas. Este autor parte de una “concepción patrimonial de la persona jurídica” como “patrimonio personificado” o “dotado de capacidad de obrar”. Afirma Águila-Real (2024, p. 470), al igual que Milton Friedman, que “el objetivo de Repsol SA es maximizar el valor de su patrimonio y, con ello, las ganancias de sus accionistas”. Si uno entra en la página web de Repsol y revisa todos sus apartados, incluyendo el relativo a *compliance* (<https://www.repsol.com/es/energia-futuro/personas/compliance/index.cshtml>) se da cuenta de que esta definición es, cuando menos, incompleta. No es extraño que este autor mida la eficacia de los programas de cumplimiento en que “aumentan el valor del patrimonio de la persona jurídica” (p. 478). En defensa de la concepción de Milton Friedman “Responsabilidad penal de la persona jurídica: teoría del delito y dogmática de la responsabilidad”, en un apartado denominado “Bernardo Feijoo vs. Milton Friedman” afirma:

“Feijoo no explica cómo puede considerarse que el objetivo de una sociedad anónima o de una asociación o de una fundación o una cooperativa pueda ser “el cumplimiento de la legalidad” o la “estabilización de normas” (estabilizar las normas que es una expresión peculiar de una escuela dogmática alemana del Derecho Penal, la de Jakobs). Los objetivos del Real Madrid son ganar cuantas más competiciones mejor. El objetivo de Telefónica es ganar el máximo de dinero posible prestando servicios de telecomunicación. Que el Real Madrid y Telefónica deban cumplir con las normas legales que les sean de aplicación no puede colocarse en el plano de los “objetivos” de la persona jurídica. Es un condicionante de la consecución de los objetivos”. Todos mis respetos para Friedman como economista (hablando de temas como la inflación o el comportamiento de consumidores), pero no es uno de mis referentes en ciencias sociales. El artículo que escribió hace más de 50 años y al que hago referencia (“The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”) no es un artículo de economía en sentido estricto y ha sido ampliamente criticado. Friedman lo escribe en su faceta de ideólogo, divulgador y defensor de la doctrina del libre mercado y crítico de la reglamentación pública. Y, como afirma Paul Krugman (*El País*, 2008), que para mí sí es un referente, en su labor de intelectual público le faltó comedimiento: “hay una diferencia importante entre el rigor de su obra como economista profesional y la lógica más laxa y a veces cuestionable de sus pronunciamientos como intelectual público. Mientras que la obra teórica de Friedman es universalmente admirada por los economistas profesionales, hay mucha más ambivalencia respecto a sus pronunciamientos políticos y en especial su trabajo divulgativo. Y debe decirse que hay serias dudas respecto a su honradez intelectual cuando se dirigía a la masa de ciudadanos”. Lo único que afirmo desde la perspectiva del ordenamiento español es que hoy en día las empresas no son concebidas exclusivamente como un medio de generar beneficios a sus accionistas, sino que deben gestionar también los “costes externos” de su actividad para la sociedad y los intereses públicos (no me refiero exclusivamente a los intereses de los *stakeholders*). No digo más que esta visión propia de los años setenta no representa la realidad jurídica actual.

En todo caso, yo nunca he hablado en mis trabajos del objetivo de las personas jurídicas o del fin social para el que son constituidas, sino de la función que desempeña la responsabilidad penal de la persona jurídica. No intento colonizar disciplinas ajenas en las que poco puedo aportar. Solo he trabajado con la hipótesis de que “el cumplimiento de la legalidad en las organizaciones se haya convertido en un objetivo político-criminal” (Feijoo Sánchez, 2023, p. 76). Este punto de partida busca explicar el moderno derecho penal de las organizaciones con personalidad jurídica. Si no es incorrecto el cumplimiento de la legalidad penal es un condicionante de la consecución de los objetivos de la persona jurídica (sean cuales sean éstos). Si esto es así entonces habrá que gestionar la organización para cumplir con dicho condicionante y, con ello, surgen los Sistemas de gestión del *compliance* penal cuya robustez determina la responsabilidad corporativa, eximiéndola o atenuándola. Para ello no es imprescindible asumir que el interés público en el cumplimiento de la ley o el derecho forma parte en nuestro ordenamiento mercantil del interés social de la persona jurídica. Nada diferente por lo demás a lo que sucede con los individuos. Que exista un sinalagma entre libertad y respeto a las normas no significa que en un sistema de libertades cada individuo no tenga sus propios objetivos personales. También las personas físicas tienen que gestionar su cumplimiento de la legalidad en la búsqueda de dichos objetivos o de su felicidad. En mis trabajos sólo me interesa la función que desempeñan las normas penales como estructura del sistema social. Y dichas normas ya no sólo tienen a las personas físicas como destinatarios hoy en día (guste más o menos). Y sobre esta cuestión dogmática la opinión de un economista tiene el mismo valor que cuando habla de fútbol o cualquier otro deporte: un aficionado más.

37 Günther (2015, p. 376); Kohlhof (2019, pp. 161 y ss., 186 y ss.).

y medida de la pena corporativa (no hay pena sin culpabilidad y la pena es proporcional a la culpabilidad). De esta manera se supera un “modelo de medidas” o preferentemente orientado a la prevención especial (reestructuración *ex post* de la organización) como el propuesto recientemente por Amoretti Navarro siguiendo la estela de Schünemann que ya no permite explicar modelos como el español o el chileno.

Siendo esto así, es preciso, más allá de la justificación social de la pena corporativa, justificar en cada caso concreto si una persona jurídica debe ser castigada y la medida de tal castigo. Utilizando la distinción propuesta por Hart³⁸ en el ámbito de la filosofía moral, no se está analizando el fin o la función que legitima para una determinada sociedad una institución como la pena, sino la distribución de penas concretas o la justificación o legitimación de la pena concreta frente a quien la sufre. Tema que Hegel trató en el § 100 de sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*³⁹. Estamos ante un tema clásico de filosofía penal que debe tener un desarrollo dogmático que permita una aplicación práctica razonable.

En mis trabajos intento rehuir la expresión “culpabilidad” para referirme a las personas jurídicas, ya que ello puede dar la sensación de que se está haciendo referencia a un fundamento de la pena concreto compartido con las personas físicas o a un concepto de autonomía o autodeterminación equivalente a las personas físicas. Creo que la referencia a la culpabilidad suscita en muchos autores una reacción emocional que dificulta el entendimiento dogmático. Me ayuda a eludir este término el Código Penal español, que utiliza la terminología “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. Cuando se refiere a personas mayores de edad que actúan con posibilidad de conocer la antijuridicidad de su acción y actuar en consecuencia el Código Penal español hace referencia a la “responsabilidad criminal” que da lugar a una “pena criminal”, que es la contemplada para las personas físicas mayores de edad e imputables⁴⁰. Es llamativo que en el art. 31 ter CP español se afirme que

“[l]a concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. El término culpabilidad queda reservado según el propio tenor literal de la ley para las personas físicas⁴¹. De esta manera es más fácil visualizar que junto al sistema tradicional de “penas criminales” se ha creado un sistema complementario de penas de características diferentes.

Pero si ciertas sanciones corporativas no son meras sanciones administrativas, no se trata en todos los casos de medidas de seguridad orientadas a la prevención especial y la sanción se determina en proporción a la gravedad del hecho y la “implicación” de la corporación en el mismo, es preciso desarrollar una dogmática sobre si la corporación se ha ganado esa restricción de derechos o mal (por ejemplo, la multa) y que sirva a su vez para determinar la pena proporcional a lo sucedido. Todo ello tiene que estar orientado por una idea sobre el fundamento último de la responsabilidad penal de las corporaciones.

No hace falta partir del reconocimiento de ciertas corporaciones como un igual que forma parte de la comunidad social en los mismos términos que las personas físicas. No tengo ningún inconveniente si reservamos el término culpabilidad para esa imputación entre iguales. Mañalich, por su parte, si bien comparte estos presupuestos, prefiere seguir recurriendo al término culpabilidad, lo que es perfectamente legítimo. Personalmente, sin embargo, creo que la dicotomía culpabilidad o responsabilidad criminal/ responsabilidad penal ayuda a visualizar que no se está partiendo de una visión homogénea o análoga de individuos y organizaciones y se atiende a que se trata de realidades sociales distintas⁴². Hay que pensar que salvo alguna excepción como Gómez-Jara⁴³

38 Sobre ello, Feijoo Sánchez (2014, pp. 119 y ss.).

39 Sobre ello, Feijoo Sánchez (2014, pp. 36 y ss.).

40 Con mayor profundidad, Feijoo Sánchez (2023, pp. 81 y ss.).

41 Es curioso también que uno de los pocos ámbitos donde el Código Penal español utilizaba el término “culpable” fuera en el ámbito de la regulación de la prescripción del delito y dicho término fuera eliminado por la LO 5/2010 que introdujo en el ordenamiento penal español una responsabilidad penal propia de la persona jurídica. En la versión previa se hacía referencia en el art. 131.2 CP a que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” y en la posterior se sustituye “el culpable” por “la persona indiciariamente responsable del delito”. De esta manera, no se plantean dudas respecto a que las normas relativas a la prescripción del delito son tan aplicables a personas físicas como a personas jurídicas.

42 No comparto la opinión de Silva Sánchez (2023, p. 20) de que el derecho penal no puede soportar dos conceptos de culpabilidad en su seno, uno intrínseco-metafísico y otro meramente convencional. Parte de una concepción similar de la culpabilidad que condiciona su posición Amoretti Navarro (2022, pp. 336 y ss.). Cualquier concepción de la culpabilidad intrínseco-metafísica carece de futuro. La culpabilidad es una convención o construcción social que depende de las funciones del derecho penal en un sistema de libertades. No se trata de responsabilidades con un mismo fundamento, pero ambas son igual de convencionales de acuerdo con una lógica social. La cuestión es si el derecho penal puede soportar dos tipos de responsabilidad no homogéneos. La respuesta del texto es que sí.

43 Esta ha sido una de mis críticas tradicionales al planteamiento constructivista de Gómez-Jara (Feijoo Sánchez, 2009, pp. 71 y ss.; y 2016, pp. 51 y ss.), con ulteriores referencias). Creo que los ordenamientos que han introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas evidencian que éstas no son entendidas como sistemas complejos con una autorreferencialidad funcionalmente equivalente a las personas físicas al establecer la responsabilidad corporativa como complementaria de la individual. Aquella siempre llega a través de la conducta típica de personas físicas.

al que hace referencia en sentido crítico el propio Mañalich, los argumentos homogeneizadores suelen ser utilizados más bien por el discurso de la resistencia crítica con la responsabilidad corporativa como parte integrante del ordenamiento penal.

Con independencia de esta cuestión terminológica creo que la dogmática no debería desatender que la existencia de sistemas complejos puede dar lugar a un nuevo tipo de sujetos de imputación jurídico-penal de características diferenciadas a los seres humanos. La agencia de los seres humanos también se puede definir como la agencia de un sistema complejo con una estructura determinada. En los seres humanos la determinación tiene un origen natural, en las personas jurídicas proviene de los seres humanos a cuyos intereses o fines sirve. Las personas jurídicas actúan a través de seres humanos, pero eso no significa que su responsabilidad coincida con la de los sujetos que cometen los delitos vinculados a la organización de la que es titular la persona jurídica. Es una responsabilidad de naturaleza distinta. Utilizando el conocido argumento de v. Liszt, si el representante legal de una organización (empresa, fundación, asociación deportiva, etc.) firma dolosamente un contrato fraudulento eso no significa que la persona jurídica esté cometiendo dolosamente un contrato de estafa. Pero si ese mismo representante legal autoriza una estructura para engañar a ciertos clientes sin que la organización oponga resistencia a dicho plan delictivo, la estafa pasa a tener una dimensión que excede la puramente individual. Si la organización es dúctil a tal dinámica delictiva, la persona jurídica titular que sufre un mal por ello no podrá reclamar seriamente que sufre un mal injustificado o ilegítimo. Si a esa justificación o legitimación para tener que sufrir una pena proporcional a la gravedad del hecho y las deficiencias en la implantación de un sistema o estructura de cumplimiento lo denominamos culpabilidad o, en términos más neutros, responsabilidad penal, es una cuestión secundaria. Sólo debe tenerse cuidado para que la nomenclatura no impida llegar a consensos de fondo que aporten mayor seguridad jurídica convirtiendo los términos en trincheras.

Por consiguiente, para contestar sí o no a la pregunta que intitula el presente epígrafe sería preciso primero fijar en qué sentido se utiliza el término culpabilidad. La respuesta depende de qué se esté preguntando en el fondo.

7. Conclusión

En mi opinión la función primordial del derecho penal es la estabilización (subsidiaria) de normas esenciales. El delito representa en este esquema la erosión de dichas normas mediante la infracción de una norma de conducta mientras la pena es el mecanismo comunicativo que utiliza el Estado para evitar una desestabilización definitiva de la norma. Desde esta perspectiva funcional, la culpabilidad es responsabilidad por la puesta en entredicho de la norma.

Ciertas corporaciones —no todas— son sistemas complejos que pueden poner en entredicho las normas penales por no adoptar e implantar una estructura de cumplimiento de la legalidad penal (responsabilidad estructural vinculada al cumplimiento normativo)⁴⁴. La infracción de la norma de conducta por un individuo o grupo de individuos (la redacción y firma dolosa de un contrato fraudulento) no es más que un presupuesto de dicha responsabilidad. En este sentido no se convierte en un hecho propio de la corporación si no está vinculado a la organización. Aquí es donde difiere mi perspectiva de la de Mañalich con la recuperación de la culpabilidad por el carácter para la responsabilidad corporativa.

Un fundamento estructural de la responsabilidad corporativa no está reñido con que el objeto de dicha responsabilidad sea un hecho propio de la corporación y no conduce a que tenga que ser necesariamente un “modo de ser”. Es más, creo que se trata de una cuestión esencial para el desarrollo de una teoría del delito corporativo. Las reflexiones teóricas más profundas sobre la responsabilidad corporativa acaban siempre teniendo que enfrentarse a esta cuestión básica.

Desde el punto de vista jurídico un acoso sexual o laboral en una empresa o un acoso escolar en un colegio pueden ser síntoma o indicio de un carácter defectuoso por parte de esa firma o de esa entidad educativa, pero si la entidad no es más que el entorno o escenario en el que se ha desarrollado un delito estrictamente individual no existe un hecho corporativo propio. La mera constatación fáctica de no haber impedido o dificultado un delito individual es un criterio insuficiente para hablar en propiedad de responsabilidad penal y de auténticas penas. La mera no prevención de delitos individuales debe pertenecer materialmente al derecho administrativo sancionador o al derecho de policía⁴⁵.

44 Sobre mi fundamentación dogmática del modelo español desde esta perspectiva *vid.* Feijoo Sánchez (2023, *passim*). Como consecuencia de mi concepción del derecho penal, no se trata de mera prevención de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, sino de responsabilizar a la persona jurídica de la puesta en entredicho de la norma penal. En sentido crítico con mi posición, Díaz y García Conlledo (2023, pp. 24 y ss.); Galán Muñoz (2023, pp. 25 y ss.).

45 Me remito a mi análisis del sistema peruano desde esta perspectiva como paradigma de lo que denomina “modelo preventivo” o “modelo de autorregulación preventiva” (Nieto Martín, *LH Mir Puig*, pp. 171 ss.) en Feijoo Sánchez, *Redepes* 2024, pp. 68 ss. En mi opinión, el modelo peruano está más cercano al régimen administrativo de prevención de la corrupción portugués (arts. 5 ss. del Anexo al Decreto-Lei n° 109-E/2021, de 9 de diciembre) que al de responsabilidad penal del Código Penal español.

Una responsabilidad estructural referida al cumplimiento normativo como objetivo permite romper definitivamente la identificación entre individuo y organización, diferenciando totalmente entre responsabilidad individual y responsabilidad corporativa. El delito de la persona física no es más que un presupuesto de partida para la responsabilidad corporativa. Además, tienen que existir otros elementos vinculados a la propia corporación. La responsabilidad penal de la persona jurídica tiene como punto de partida ese delito individual, pero las razones de dicha responsabilidad son autónomas de la culpabilidad individual. Se ha de excluir la responsabilidad penal de la corporación (no solo la punibilidad) en aquellos casos en los que esté implantado realmente un sistema o modelo de organización y gestión del cumplimiento de la legalidad penal eficaz y robusto. Esta conclusión debería poder ser adoptada en cualquier momento del procedimiento. Creo que las ideas expuestas en este último párrafo serían ampliamente compartidas por Juan Pablo Mañalich.

Lista de referencias

Amoretti Navarro, M. F. (2022). *Strafrecht Und Criminal Compliance in Philosophischer Perspektive: Eine Kritik Des Postmodernen Zeitgeists Im Strafrecht Und Seiner Wissenschaft*. Duncker & Humblot.

Achenbach, H. (1974). *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlín.

Alfaro Águila-Real, J. (2024, 26 de enero). "Responsabilidad penal de la persona jurídica: teoría del delito y dogmática de la responsabilidad". *Derecho Mercantil* [blog]. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2024/01/el-modelo-latino-de-responsabilidad.html>

Alfaro Águila-Real, J. (2024). Personalidad jurídica y penas. *InDret* 3/2024. <https://indret.com/personalidad-juridica-y-penas/>

Amesti Mendizábal, C. (2017). La responsabilidad social corporativa: una forma de administrar. En *Estudio sobre los órganos de las sociedades de capital. Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017 [versión online].

Bröckers, B. (2015). *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*. Baden Baden.

Burhardt, B. (2018). *Zufall und Kontrolle: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der moralphilosophischen und strafrechtlichen Zurechnung*. Tubinga.

Dennett, D. (2024). *He estado pensando*. Arpa Editores [versión electrónica].

Díaz y García Conlledo, M. (2023). Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos. *Redepoc*, N.º 2.

Díez Ripollés, J. L. (2020). *Derecho penal español. Parte General*, 5.ª ed. Tirant lo Blanch.

Ebert, U. (2014). Charakterschuld. En M. Heger, B. Kelker & E. Schramm (Eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag* (pp. 137–157). Verlag C.H. Beck.

Embid Imbrujo, J. M. (2017). Gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa: del desencuentro a la comunicación. En *Estudio sobre los órganos de las sociedades de capital. Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*. (Versión online).

Engisch, K. (1965). *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart* (2. ed.). Walter de Gruyter.

Feijoo Sánchez, B. J. (2009). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. B de F.

Feijoo Sánchez, B. J. (2014). *La pena como institución jurídica*. Tirant lo Blanch.

Feijoo Sánchez, B. J. (2016). *El delito corporativo en el Código Penal español* (2. ed.). Civitas.

Feijoo Sánchez, B. J. (2017). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Tirant lo Blanch.

Feijoo Sánchez, B. J. (2021). *La estabilización normativa como función del Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.

Feijoo Sánchez, B. J. (2022). Sobre el fundamento material de la culpabilidad. En *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*. Universidad Externado de Colombia.

Feijoo Sánchez, B. J. (2023). La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español. *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (1).

Feijoo Sánchez, B. J. (2024). Reflexiones críticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una visión española y latinoamericana. *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (5).

Feuerbach, P. J. A. (1832). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (11.ª ed.). Verlag von Theod. Chr. Fr. Enslin.

Galán Muñoz, A. (2023). Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad de las personas

jurídicas: un diagnóstico 13 años después. *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (2).

García Cavero, P. (2022). La eficacia del modelo de organización y gestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *La Ley compliance penal*, (8).

Gómez-Jara, C. (2023). El modelo constructivista de (auto)responsabilidad de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica. *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (1).

Gracia Martín, L. (2018a). Analogía y naturaleza de la cosa: la imposible e inconcebible responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica. En *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín* (Tomo II). Civitas.

Gracia Martín, L. (2018b). Persona jurídica y Derecho sancionador administrativo. En *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*. Civitas.

Gracia Martín, L. (2020). ¿Puede haber sanciones específicamente “penales” que no sean penas ni medidas de seguridad penales? En *Libro Homenaje al Prof. Diego-Manuel Luzón Peña*. Marcial Pons.

Günther, K. (2015). “Nulla poena sine culpa” and corporate personhood. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

Hallman, A. (2017). *Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld*. Mohr Siebeck.

Heine, G. (1995). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Nomos.

Hörnle, T. (2013). *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*. Nomos.

Kohlhof, M. (2019). *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe. Eine strafteoretische Untersuchung*. Mohr Siebeck.

Krugman, P. (2008, 19 de octubre). ¿Quién era Milton Friedman? *El País*.

Mañalich Raffo, J. P. (2024). La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad con el carácter. *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (5).

Martínez-Buján Pérez, C. (2023). La estructura de la infracción penal de la persona jurídica: el presupuesto (el déficit organizativo peligroso) y el resultado/condición objetiva de punibilidad (el hecho de conexión posterior). *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (3).

Megías López, J. (2017, 12 de julio). La creación de valor tolerante: un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa. *Diario La Ley*, (9019).

Megías López, J. (2022). Gobierno sostenible de las sociedades de capital. En *El Derecho en la encrucijada: los retos y oportunidades que plantea el cambio climático* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 26).

Menéndez Conca, L. G. (2021). Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ratio Iuris*, 16(32).

Menéndez Conca, L. G. (2024a). La responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes en Perú y Argentina. *Revista Jurídica Austral*, 5(1).

Menéndez Conca, L. G. (2024b). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes: la controvertida naturaleza jurídica del sistema de atribución y de exención de responsabilidad*. Civitas.

Merkel, A. (2004). *Derecho penal. Parte general*. Astrea.

Molina Fernández, F. (2016). Societas peccare non potest... nec delinquere. En *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Comares.

Mosch, S. (2018). *Schuld, Verantwortung und Determinismus im Strafrecht*. Nomos.

Navarro Frías, I. (2021). Responsabilidad corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores. *Revista de Derecho de Sociedades*, (63).

Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Tirant lo Blanch.

Nieto Martín, A. (2017). La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal. En *Estudios de Derecho Penal homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Tirant lo Blanch.

Nieto Martín, A. (2022). *El cumplimiento normativo como estrategia político-criminal*. Labor.

Paz-Ares Rodríguez, X. (2023). ¿Existe un deber de legalidad de los administradores? *Revista de Derecho Mercantil*, (330).

Piña Rochefort, J. I. (2023). Autonomía, complejidad y cultura corporativa: el corsé cognitivo de la dogmática para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (3).

Roxin, C., & Greco, L. (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Tomo I). C. F. Müller.

Schopenhauer, A. (1840). *Preisschrift über die Freiheit des Willens*. Brockhaus.

Sequeira Martín, A. (2021). El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el derecho español de sociedades cotizadas. *Revista de Derecho de Sociedades*, (61).

Silva Sánchez, J. M. (2023). Lo real y lo ficticio en la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (1).

Silva Sánchez, J. M. (2024). Editorial. Para muestra... el caso Boeing. *InDret Penal*, (3).

Youssef, O. A., & Godenzi, G. (2013). Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2013 in Zürich. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 125.