



Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

**DOS INTERPRETACIONES CONTRA LEGEM
DEL RÉGIMEN DE EXONERACIÓN DE
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS (ART. 31 BIS,
APARTADOS 2 Y 4)**

DOS INTERPRETACIONES CONTRA LEGEM DEL RÉGIMEN DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (ART. 31 BIS, APARTADOS 2 Y 4)⁹³

*Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid.*

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- UN MODELO SENCILLO, DOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN Y EXENCIÓN DISTINTOS Y ALGUNAS DE SUS RAZONES DE SER. 2.1.- Lo notorio: dos cauces distintos para atribuir responsabilidad por delito a una persona jurídica. 2.2.- La explicación de la doble vía en el modelo español de 2015: la particularidad de vigilar al vigilante. 3.- LAS PROPUESTAS DE INTERPRETATIO ABROGANS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. 3.1.- La propuesta del Tribunal Supremo: derogar el régimen más riguroso, generalizar el régimen menos exigente. 3.2.- La propuesta de la Fiscalía General del Estado: derogar el régimen menos exigente, generalizar el régimen más riguroso. 4.- FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

A inicios de 2016 los dos principales intérpretes institucionales en materia de Derecho penal (la Sala 2ª del Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado) presentaban sus respectivas interpretaciones sobre la normativa reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la reforma de 2015. La Fiscalía General del Estado abordó esta tarea mediante su extensa Circular 1/2016. El Tribunal Supremo lo hizo ofreciendo un extenso y original *corpus doctrinalis* en la Sentencia de 29 de febrero de 2016⁹⁴, nº 154/2016⁹⁵.

Dos de las altas instituciones del Estado competían así en ofrecer cuanto antes sus respectivas visiones de dicha normativa, en lo que pareció una pugna por el dominio del

⁹³ Trabajo realizado en el seno del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2017-85144-C2-2-P.

⁹⁴ A la que ZUGALDÍA denomina con gracia “la bisiesta”: ZUGALDÍA ESPINAR, “Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión”, en *CPC* nº 121, I, época II, 2017, p. 11.

⁹⁵ Como se ha dicho, el objeto que se abordaba en dicha sentencia no precisaba de este detallado desarrollo sobre la cuestión de los modelos de organización y gestión, el compliance y las medidas preventivas del delito en la empresa: el caso hablaba de empresas instrumentalizadas para la comisión de delitos y, en algún caso, de meras empresas de pantalla. Por este motivo, la argumentación de esta sentencia fue calificada, no sin razón, de mero obiter dictum en un Voto Particular firmado por la mitad menos uno de los magistrados que podían votar en aquella resolución (ahonda en la crítica DOLZ LAGO, “Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes”, en *Diario La Ley* nº 8796, 5.7.16).

discurso jurídico sobre la cuestión⁹⁶ entre dos posiciones llamativamente apartadas, cuyas enormes divergencias quizá se *explican*, pero en modo alguno se *justifican* apelando a que parten de puntos de partida dogmáticos diversos⁹⁷.

En la defensa de sus respectivas posiciones opuestas entre sí, en relación con un concreto punto (las cláusulas de exoneración de la persona jurídica en casos de delitos cometidos por sus *dirigentes* –art. 31 bis 2- y sus *subordinados* –art. 31 bis 4-) ambas instituciones llegan en algún extremo a propugnar un objetivo apartamiento respecto de la normativa vigente, con interpretaciones que incurren en incompatibilidad con el texto de la Ley. De hecho, se ha llegado a decir:

*“Todo el discurso de las Sentencias -si bien, no tanto el del voto particular concurrente y, menos aún, el de la Circular- parece estar construido al margen del contenido de la Ley”*⁹⁸.

Y ello, sin que se dé ninguno de los presupuestos que podrían habilitar a un órgano jurisdiccional o al Ministerio Público a tan excepcional respuesta.

Antes de comenzar el desarrollo de la cuestión, debo hacer dos *excusationes non petitae*:

1. Por lo limitado de la extensión de este trabajo, que pretende centrarse en el análisis de las primeras tomas de posición de estos dos intérpretes institucionales, no podré abordar el extenso e interesante tratamiento doctrinal que un amplio y creciente grupo de autores han ido dando a esta materia desde la entrada en vigor de la reforma de 2015.

2. En estas páginas no se analizará la cuestión desde el punto de vista de los *modelos dogmáticos*. En primer lugar, porque una interpretación *contra legem* no deja de serlo porque se explique conforme a un modelo dogmático u otro. Pero en segundo lugar, porque estos primeros intentos de Tribunal Supremo y FGE de proponer modelos dogmáticos *no eran oportunos*. Como nos enseña el viejo VIEHWEG⁹⁹, sólo cabe comenzar a elaborar dogmática a partir de un conjunto básico de acuerdos entre los debatientes. Y, como veremos, en este punto no existían (y, lamentablemente, en buena parte siguen sin existir) los consensos mínimos necesarios sobre el contenido de las palabras de la Ley¹⁰⁰. Es precisamente a partir de la determinación del sentido del texto de la Ley cuando cabrá analizar seriamente las carencias de los planteamientos dogmáticos subyacentes a las dos interpretaciones que aquí analizamos. *“Pero esa es otra historia y debe ser contada en otra ocasión”*¹⁰¹.

⁹⁶ De hecho, como es sabido, las génesis de la Circular y la mencionada sentencia corrieron paralelas, pero al final aquélla vio la luz pública un mes antes, pues la ponencia de la Sentencia no fue aprobada en sus primeras votaciones y se retrasó varios meses desde la fecha inicial de fallo hasta el final de febrero de 2016, cuando la ponencia logró por fin obtener la mayoría necesaria.

⁹⁷ DEL ROSAL BLASCO, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs núms. 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *Diario La Ley* nº 8732, 1.4.16.

⁹⁸ DEL ROSAL BLASCO, *op. cit.*

⁹⁹ VIEHWEG, *Tópica y filosofía del Derecho*, Barcelona, 1997, p. 145-146, 173.

¹⁰⁰ Una crítica en esta línea a las propuestas dogmáticas del TS en esta materia formula DEL ROSAL, *op. cit.*

¹⁰¹ ENDE. *La historia interminable*, Madrid, 1982, p. 419.

2. UN MODELO SENCILLO, DOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN Y EXENCIÓN DISTINTOS Y ALGUNAS DE SUS RAZONES DE SER

2.1.- Lo notorio: dos cauces distintos para atribuir responsabilidad por delito a una persona jurídica

No es posible negar lo que es notorio: el Código Penal, copiando literalmente los arts. 6 y 7 del Decreto Legislativo italiano 231/2001, ha querido regular la atribución de responsabilidad por delito a la persona jurídica a través de *dos grupos de cláusulas distintas, con dos conjuntos de requisitos diferenciados tanto para la atribución como para la exoneración de responsabilidad*.

- a) La “primera vía” es la aplicable cuando la persona física autora material del delito fuese uno de sus *dirigentes*: un sujeto *con alto grado de autoridad en la empresa*¹⁰²:
 - en el art. 31 bis 1 a) se regulan los presupuestos positivos de la responsabilidad penal de la persona jurídica en tal caso; y
 - en el art. 31 bis 2 se regula un *exigente conjunto de cuatro requisitos negativos* (copiados literalmente del art. 6.1 del DL 231/2001 italiano) que, en caso de concurrir, deben llevar al Juez o Tribunal a no declarar la responsabilidad a la persona jurídica pese a que el delito hubiese sido cometido en su beneficio por uno de sus máximos dirigentes:
 - 1º. existencia un modelo de organización y gestión con medidas idóneas para prevenir delitos como el cometido;
 - 2º. existencia de un órgano de vigilancia con autonomía y poder suficiente como para garantizar que esas medidas permiten controlar incluso a los sujetos con más autoridad en la empresa;
 - 3º. que el delito se debiese a una elusión fraudulenta de esas medidas por su ejecutor material;
 - 4º. que el órgano de vigilancia no hubiese incurrido en omisión o negligencia.
- b) La “segunda vía” es la aplicable cuando la persona física autora material del delito hubiese sido un *sujeto subordinado* a los dirigentes de la empresa. En este caso,
 - en el art. 31 bis 1 b) se regulan los presupuestos positivos de atribución de responsabilidad (de modo similar al art. 7.1 del DL 231/2001 italiano); y
 - en el art. 31 bis 4 se recoge un *único requisito negativo* que, de concurrir, conduce a declarar la irresponsabilidad de la persona jurídica pese a la comisión del delito en su beneficio por un subordinado (copiado literalmente del art. 7.2

¹⁰² Deliberadamente empleo este término tan inconcreto (“sujeto con alto grado de autoridad en la empresa”), ante la desafortunada definición que hace el art. 31 bis 1 a) del círculo de sujetos de este apartado. Para una explicación del error legislativo que subyace a esta redacción, y con una propuesta de interpretación restrictiva conforme a Directiva, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, en De la Mata/Dopico/Nieto/Lascuraín, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, 2018 (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/26715>), p. 140-141; una explicación más detallada en EL MISMO, “Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013”, en AAVV, *Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de la reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, p. 18 y ss.

del DL 231/2001 italiano). Así, esta cláusula recoge casi literalmente¹⁰³ el primero de los cuatro requisitos del art. 31 bis 2, pero no recoge los otros tres.

1º. un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

A partir de esta rocosa realidad normativa, podrán surgir diversos debates sobre cómo interpretar estos dos conjuntos de requisitos positivos y negativos. Así, como es sabido, TS y FGE sostienen diversas soluciones sobre distintos aspectos como

(a) a quién corresponde el *onus probandi* en cada caso;

(b) la naturaleza jurídica de cada uno de los preceptos (¿es el art. 31 bis 2 una *eximente* o una cláusula que define *a contrario* cuál es la *infracción* que reprochamos a la persona jurídica?);

(c) el debate entre responsabilidad “*vicarial*” frente a responsabilidad “*por hechos propios*” de la persona jurídica¹⁰⁴; etc.

En estos debates, y en otros similares, se confrontan diversas visiones de la responsabilidad de las personas jurídicas (no sólo en el debate TS/FGE, sino principalmente en la doctrina); y es cierto que hay argumentos a favor y en contra de cada una de estas posiciones.

¹⁰³ Aunque con alguna variación no irrelevante, en la que lamentablemente no podemos detenernos aquí (no hace referencia, como el art. 31 bis 2, a que el modelo deba tener “medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el cometido”, sino que se limita a exigir, en términos más genéricos, “que resulte adecuado” para tales fines).

¹⁰⁴ Cuestión, por cierto, planteada con frecuencia en términos cuestionables. En efecto: ciertas versiones de este concepto sostienen que sería una *inconstitucional responsabilidad por hecho ajeno* imponer una pena a una persona jurídica simplemente por el delito doloso cometido por su administrador en ejercicio de sus funciones y en beneficio de aquélla (sin probar además un “defecto de control”); pero sin embargo a la vez consideran plenamente constitucional penar a la misma persona jurídica si ese mismo delito lo comete cualquier subordinado por la *falta de control imprudente* del mismo administrador en ejercicio de sus funciones. Es decir: para esta visión, si el administrador comete dolosamente el delito, para condenar a la persona jurídica haría falta probar además un *defecto de control*; pero si el administrador se limita a *tolerarlo imprudentemente*, entonces ya no hace falta probar nada más (!), porque su propia imprudencia ya sería la falta de control. Este tipo de inconsistencias sugieren la necesidad de revisar visiones de ciertas categorías sorprendentemente muy extendidas en España.

Por resumirlo en términos muy sencillos: no cabe imponer a una persona física responsabilidad penal “por hecho de otro”, porque un *de otro* no puede ser un hecho *propio*. Sin embargo, en el caso de los sujetos colectivos *todo hecho propio es, a la vez, un hecho de otra persona física*. Todo hecho atribuible a un sujeto colectivo es siempre un hecho de una persona física: desde el establecimiento de procedimientos preventivos o decisorios (que *obviamente* la implantación de esos procedimientos fue obra de personas físicas) hasta la adopción de concretas decisiones. Por ello, carece de toda base negar la atribución de un hecho a una persona jurídica porque sea un hecho también atribuible a una persona física.

Sobre la imposibilidad de considerar “hecho ajeno” a la persona jurídica la conducta de su administrador en ejercicio de sus funciones y actuando en nombre de la entidad, ver por todos en la doctrina italiana PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2005, p. 741; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p.150; DE SIMONE, “La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione”, en *Diritto Penale Contemporaneo* 28.10.2012, pág. 21; EL MISMO, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 362; así como obviamente la *Relazione ministeriale al D. Lgs n. 231/2001*, punto 3.2 (la *relazione ministeriale* es).

Pero lo que no puede ignorarse es que el Legislador ha establecido *dos conjuntos de requisitos netamente diferentes para atribuir o desestimar la responsabilidad penal de la persona jurídica*: los ha establecido para *dos* grupos de supuestos distintos (los del delito del *dirigente* y los de delitos *del subordinado que han sido posibles por la falta del cuidado del dirigente*); los ha establecido, además, en apartados claramente distintos del art. 31 bis, y con presupuestos de hecho distintos, tanto para la *atribución* como para la *exención* de responsabilidad¹⁰⁵. Es sin duda posible *protestar* contra esta dualidad de regímenes, *criticarla* desde perspectivas político-criminales o *negarle interés dogmático*. Pero un órgano jurisdiccional no puede ignorar esta regulación dual sin grave quiebra del principio de legalidad. *Ubi lex distinguit, distinguere debemus*.

2.2.- La explicación de la doble vía en el modelo español de 2015: la particularidad de vigilar al vigilante

La reducida extensión de este trabajo imposibilita explicar en detalle la lógica de nuestra versión del modelo de “doble vía” (copiada literalmente del sistema italiano por el legislador español), por lo que me limitaré a un breve apunte al respecto.

El modelo italiano de 2001 tenía una pretensión clara: apartarse del modelo de las Directivas y Decisiones Marco europeas, regulando un cauce para la elusión de responsabilidad si las empresas habían prestado “diligencia in vigilando”; y que ese cauce fuese *aplicable también al caso de delitos cometidos por administradores y altos directivos*. No una circunstancia atenuante, ni una salida negociada al procedimiento penal¹⁰⁶, sino una auténtica *exención de responsabilidad mediante la preordenación de la vigilancia debida*.

En las Decisiones Marco, Directivas y Convenios europeos sobre la materia esta posibilidad de exención sólo se preveía expresamente *para el caso de delitos de subordinados*, y nunca en el de delitos de los máximos responsables de una empresa. El motivo es claro: la dificultad de hablar de una *vigilancia sobre el máximo responsable de la empresa*.

Pues bien: para abordar esta cuestión, el texto italiano introdujo la figura del “*organo / organismo di vigilanza*”: una *instancia cuya autonomía y cuyos poderes de control permiten supervisar las medidas de control y rendición de cuentas sobre los dirigentes*. Esa instancia es el presupuesto ineludible para poder hablar de una auténtica *vigilancia sobre los vigilantes* y, con ello, de una posibilidad de que la persona jurídica resulte exenta a pesar de que un administrador, en ejercicio de sus funciones, hubiese cometido un delito en su beneficio¹⁰⁷.

El órgano de vigilancia (coloquialmente abreviado por la doctrina italiana como “OdV”) es una figura extraña para quienes estamos acostumbrados al modelo *monista* de

¹⁰⁵ “La distinzione ‘interna’ fra soggetti apicali e subalterni acquista rilievo ai fini della determinazione delle condizioni, in presenza delle quali la responsabilità dell’ente si vuole esclusa” (PULITANÓ, *op. cit.* p. 738).

¹⁰⁶ Un dato importante: en el sistema penal italiano, como en el español, rige el *principio de obligatoriedad de la acción penal por parte de la acusación pública*. Este dato hacía difícil regular otro tipo de opciones como *acuerdos negociados con la Fiscalía*.

¹⁰⁷ “Un órgano de vigilancia ‘ad hoc’ dentro de la persona jurídica que permita controlar a sus ‘máximos representantes’” (JORGE BARREIRO, Agustín, “Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código penal español”, en *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid, 2017, p. 461 y ss., p. 475).

gobernanza societaria como el español, pues obedece a la lógica de los *modelos dualistas*: modelos que contemplan dos clases de órganos de gobierno: por una parte los responsables de gestión y representación (como el Consejo de Administración) y, por otra, los que desempeñan funciones de control y supervisión (como el *Consiglio di Sorveglianza* italiano o el *Aufsichtsrat* alemán). A esta segunda tradición legislativa obedece este “órgano de vigilancia”¹⁰⁸.

Así, pues, el órgano de vigilancia es la pieza clave del art. 31 bis 2 en su regulación de la exención de responsabilidad de la persona jurídica por delitos de sus dirigentes, por más que haya sido casi ignorado por la Jurisprudencia y la Fiscalía, y por más que haya recibido escasísima atención por buena parte de la doctrina española, más volcada en el análisis de otro tipo de cuestiones.

Así, para declarar la irresponsabilidad, uno de los ejes del debate se centra en si cabe decir que, pese a que se cometió el delito, la persona jurídica había prestado una *diligencia in vigilando* sobre el autor material. Y por ello, si hablamos de los máximos dirigentes, el art. 31 bis 2 (ap. 2º) no exige sólo un modelo organizativo que contemple medidas idóneas para prevenir los delitos de sus altos cargos, sino *además*, una *instancia especial* u *órgano de vigilancia* con autonomía y poderes suficientes para poder hablar de un control efectivo.

Finalmente, el art. 31 bis 2 CP exige otros dos requisitos más para declarar la falta de responsabilidad de la persona jurídica.

- Por una parte (apartado 4º) el órgano de vigilancia no debe haber incurrido en omisión o negligencia. Ello es una consecuencia inevitable del sistema, ya que la irresponsabilidad de la persona jurídica deriva precisamente de que hubiese habido una supervisión diligente sobre los propios administradores.

¹⁰⁸ La cuestión de cómo interpretar la mención al “OdV” en el contexto del sistema de gobernanza societaria español excede el ámbito de este trabajo. Baste señalar que, como parte de la doctrina ya ha señalado, debe entenderse que este órgano se puede encarnar en la *comisión de auditoría* (al respecto, GÓMEZ-JARA, en BAJO/FEIJOO/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 196 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ/ NIETO MARTÍN, «Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas», en *Almacén de Derecho* 3.6.2016 (<http://almacendederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/>); FEIJÓO, *El delito corporativo en el Código penal español*, 2ª ed., Civitas, 2016, p. 110-111; DOPICO, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del ‘compliance officer’ tras la reforma de 2015”, en AA. VV., *Actualidad Compliance 2018*, Aranzadi, 2018, p. 217-219. Es obvio que el legislador español, al insertar en la definición del OdV la referencia a un órgano “que tenga encomendada legalmente la función de *supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*”, se está refiriendo a la comisión de auditoría, una de cuyas funciones, según el apartado 4.b) del art. 529 quaterdecies LSC, es precisamente “*supervisar la eficacia del control interno de la sociedad*, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos”.

Es un extendido error asimilar este órgano de vigilancia, *sin más*, al director de cumplimiento o “compliance officer”. Al ser el “OdV” una institución netamente italiana, es muy ilustrativo ver cómo la doctrina italiana distingue estas dos estructuras de control. Por todos: COLONNA, «I rapporti tra compliance officer ed Organismo di Vigilanza», en *Rivista 231* 2008/1, p. 117 y ss.; MONGILLO, “The supervisory body (“organismo di vigilanza”) under Legislative Decree No. 231/2001”, en FIORELLA (ed.) *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Volume I: Liability ‘Ex Crimine’ of Legal Entities in Member States*, Nápoles, 2012, p. 57 y ss.; EL MISMO, «L’Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell’ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche», en *Rivista 231* 2015/4, p. 83 ss. Critican fundamentalmente a la FGE española por equiparar ambas figuras MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 208; CORTINOVIS / COLAROSI, «Ruolo e funzioni dell’Organismo di Supervisione spagnolo», en *AODV 231* (www.aodv231.it); LOS MISMOS, «I modelli organizzativi in Spagna», en *La resp. amm. soc. enti* 2016/4, p. 239..

- Por otra (apartado 3º), se exige que las medidas preventivas sobre los dirigentes de la empresa fuesen de naturaleza tal, que el dirigente empresarial que cometió el delito hubiese debido desarrollar algún tipo de *actuación fraudulenta para eludirlas*.

Nótese que el Código penal reserva este elevado nivel de exigencia únicamente para la cláusula de exoneración en relación con delitos de los máximos dirigentes. Si hablamos de delitos de subordinados, el CP atribuye responsabilidad a la empresa si ha habido un *grave incumplimiento* de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de las personas físicas descritas en el primer inciso; y sólo supedita la irresponsabilidad de la persona jurídica a la existencia de medidas preventivas. No exige, pues, que se haya implantado una específica “alta instancia supervisora”, ya que para ejercer el deber de control sobre los subordinados *bastan los resortes habituales del poder de dirección*, sin necesidad de ningún órgano adicional a los existentes en la empresa¹⁰⁹.

En resumen: para eximir de responsabilidad penal a la empresa en caso de delitos de sus dirigentes, el art. 31 bis 2 exige la concurrencia de cuatro requisitos. Así, si la persona jurídica había adoptado medidas preventivas sobre sus administradores *pero no había instituido una instancia con capacidad para controlarlas*; o si esta instancia *había sido negligente en su tarea de control* y con ello favoreció el delito; o si las medidas eran tan poco incisivas que el administrador *no necesitó de ninguna actividad fraudulenta* para eludirlas¹¹⁰, entonces la Ley no permite la irresponsabilidad de la empresa. El art. 31 bis 2 fija así un *muy elevado umbral de exigencia*¹¹¹ para eximir a la persona jurídica en el caso de delitos cometidos en su beneficio y por su cuenta por sus administradores y equiparados¹¹².

Veámoslo en forma de cuadro sinóptico:

REQUISITOS PARA QUE NO SE DECLARE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	
Dirigentes (31 bis 2)	Subordinados (31 bis 1 b, 31 bis 4)
Modelo con medidas preventivas	Modelo con medidas preventivas
Órgano de Vigilancia	
Elusión fraudulenta de las medidas	
Ni omisión ni negligencia del OdV	

¹⁰⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en De la Mata/Dopico/Nieto/Lascuraín, *Derecho Penal Económico...*, p. 146.

¹¹⁰ Es uno de los aspectos esenciales del *leading case* italiano sobre la materia: el caso *Impregillo*. Fundamental a este respecto en lengua española NIETO MARTÍN, “Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo”, en *Almacén de Derecho* 24.6.2015 (<https://almacendederecho.org/regreso-al-futuro-el-nuevo-31-bis-del-codigo-penal-desde-la-experiencia-italiana-el-caso-impregilo/>).

¹¹¹ Umbral que, al parecer, recientemente ha sido *rebajado de modo drástico* por la muy criticada Sentencia de la Corte di Cassazione 1329/21, de 11 de noviembre de 2021, publicada el 15 de julio de 2022. Al respecto, en lengua española, ver NIETO MARTÍN, “Regreso al futuro (2): La eficacia de los programas de cumplimiento en el caso Impregilo de la Cassazione”, en *Almacén de Derecho* 28.10.2022 (<https://almacendederecho.org/regreso-al-futuro-2-la-eficacia-de-los-programas-de-cumplimiento-en-el-caso-impregilo-de-la-cassazione>).

¹¹² Dice PULITANÓ que esta cláusula de exoneración en el caso de dirigentes empresariales se limita a *situaciones excepcionales* (“situazioni limiti nelle quali il soggetto apicale, che normalmente impersona l'ente, abbia chiaramente agito ... non semplicemente in contrasto con le regole, ma in modo da frustrare, con l'inganno, il diligente rispetto delle regole da parte dell'ente nel suo complesso”: op. cit., p. 740).

3. LAS PROPUESTAS DE INTERPRETATIO ABROGANS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Veremos a continuación que Tribunal Supremo y Fiscalía General del Estado incurren en un mismo *pecado* interpretativo: allá donde la Ley establece dos regímenes diversos con requisitos diferenciados para la atribución/exención de responsabilidad, declaran que sólo ha de aplicarse uno (el que cada uno, por motivos diversos, ha preferido) y proponen una derogación por vía interpretativa del otro.

3.1.- La propuesta del Tribunal Supremo: derogar el régimen más riguroso, generalizar el régimen menos exigente

La ya conocida toma de posición inicial del Tribunal Supremo se recoge en el la STS nº 154/2016¹¹³ (FD Octavo). Los pasajes clave, a los efectos que nos interesan, son los siguientes:

1. Para determinar la responsabilidad de la persona jurídica ha de atenderse a si había o no medidas eficaces para prevenir el delito: *“el establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”*.
2. Debe, pues, analizarse si el delito de la persona física (dirigente o subordinado) *“ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse [scil: “de haberse manifestado”] en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”*.
3. Pero esa cuestión nuclear (la existencia o inexistencia de *“formas concretas de vigilancia y control”*) no debe confundirse con la cláusula eximente del art. 31 bis 2: *“Y ello, más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente”*.
4. Porque esa circunstancia tiene una finalidad distinta y no debe confundirse con esa cuestión nuclear: *“Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de*

¹¹³ Hay numerosos comentarios a esta importante resolución. Por citar solo algunos de los primeros en aparecer, ver VILLEGAS GARCÍA, “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero”, en *Diario La Ley*, nº 8721, de 14.3.16; GÓMEZ-JARA, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, en *Diario La Ley* nº 8724, 17.3.16; DEL ROSAL BLASCO, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS núms. 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *Diario La Ley* nº 8732, 1.4.16; ZUGALDÍA ESPINAR, “Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTS de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)”, en *La Ley Penal* nº 119, marzo-abril 2016; DOLZ LAGO, “Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes”, en *Diario La Ley* nº 8796, 5.7.16.

mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica”.

Los puntos 3 y 4 son oscuros y problemáticos. La Sentencia afirma en varias ocasiones que *una cosa es la atribución de responsabilidad a la persona jurídica* (lo cual dependería de si se prueba o no la falta de estas “formas concretas de vigilancia y control”); pero, al parecer, otra cosa muy distinta, con la que “no debe confundirse”, sería la cuestión de si concurre o no la eximente del art. 31 bis 2, basada en la “existencia de modelos de organización y gestión” (y que, olvida decir la Sentencia, tiene *otros tres requisitos más*).

A la hora de establecer por qué se trata de cuestiones distintas, la confusión se incrementa y llega en ocasiones a la abierta contradicción. Así, en el párrafo 15 del FD Octavo dice que la circunstancia eximente es una causa de *atipicidad objetiva* porque se basa en la existencia de controles internos “cuya ausencia *integraría... el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica*”. No obstante, dos párrafos después se contradice afirmando que esta eximente “*no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica*”; y que, en realidad, obedece a una finalidad específica: “posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales”¹¹⁴. La lectura conjunta de estos dos párrafos deja al lector sumido en profundas dudas, sin saber qué es ese “núcleo típico” de la responsabilidad de los sujetos colectivos que a veces coincide y a veces no coincide con la no concurrencia de la citada eximente.

Esta argumentación tiene repercusiones prácticas. En efecto: si como dice la STS 154/2016 el requisito de la responsabilidad de la persona jurídica fuese única y exclusivamente una ausencia de “formas concretas de vigilancia y control”¹¹⁵ que hubiese propiciado la comisión del delito, sin necesidad de que concurren los demás requisitos del art. 31 bis 2¹¹⁶, entonces nos encontraríamos ante una *interpretatio abrogans del art. 31 bis, apartados 2º, 3º y 4º*, pues si con cumplir sólo el primer requisito ya no cupiese hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica, sus requisitos 2º, 3º y 4º nunca podrían entrar en juego.

De este modo, *de facto* la STS 154/2016 *propuso derogar el régimen más exigente de exención de responsabilidad penal y generalizar para ambas vías el régimen menos exigente del art. 31 bis 4*¹¹⁷. Comparémoslo con el cuadro sinóptico que empleamos al principio:

¹¹⁴ ¿Más pronta que la derivada de la *no concurrencia de los presupuestos* de la responsabilidad penal de la persona jurídica?

¹¹⁵ En realidad, la Sentencia considera que la presencia o ausencia de esas medidas no es tanto el *presupuesto legal de la responsabilidad o ausencia de responsabilidad* de las personas jurídicas: por el contrario, considera que los requisitos plasmados en la Ley importan sólo como mera *manifestación* de una “cultura del respeto al Derecho” o “cultura ética” (sic). Con toda razón critica el Voto Particular que la Sentencia eleva a criterio rector un concepto que no se encuentra en la Ley; y, cabe añadir, cuyo significado en ningún momento concreta. La limitada extensión de este trabajo no permite ahondar en esta importantísima cuestión.

¹¹⁶ “Por tanto, parece que una cosa es tener cualesquiera medidas de control para prevenir delitos y, otra, tenerlas implantadas conforme a los requerimientos del Código Penal” (DEL ROSAL BLASCO *op. cit.*).

¹¹⁷ No podría defenderse esta interpretación apelando a que se trata de interpretar la normativa a la luz de principio constitucional de culpabilidad. Y ello, porque hablamos de una norma *postconstitucional*, por lo que un juez o tribunal ordinario no puede imponer una *interpretatio abrogans* de alguno de sus requisitos

REQUISITOS PARA QUE NO SE DECLARE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	
Dirigentes (31 bis 2)	Subordinados (31 bis 1 b, 31 bis 4)
Modelo con medidas preventivas	Modelo con medidas preventivas
Órgano de Vigilancia	
Elusión fraudulenta de las medidas	
Ni omisión ni negligencia del OdV	

3.2.- La propuesta de la Fiscalía General del Estado: derogar el régimen menos exigente, generalizar el régimen más riguroso.

a) *El mismo error, pero en la dirección contraria*

En el mismo error, si bien en la dirección diametralmente opuesta, incurre la Circular FGE 1/2016. En este caso la Fiscalía comienza por reconocer que las exigencias para la exoneración de la persona jurídica *son diferentes* según se trate de delitos de los dirigentes o delitos de los subordinados, y que en el caso de estos últimos la Ley *no exige* esos requisitos más exigentes a los que sí supedita la exención en el caso de los dirigentes. Sin embargo, la Circular considera que ese “silencio” (!) debe ser *subsano*, de modo que ese tratamiento dual y diferenciado sea *homogeneizado* por vía interpretativa.

El texto en cuestión se encuentra en el epígrafe 5.2 de la Circular. Los párrafos clave son los siguientes (énfasis añadido):

“El apartado 4, dedicado a estos últimos [scil. a los subordinados], reproduce con diferencias de redacción poco significativas la condición 1.^a del apartado 2 [scil. la cláusula de exoneración para caso de delitos de los dirigentes]. (...)

Sin embargo, el apartado 4 no se refiere al resto de las condiciones establecidas en el apartado 2. Pese a este silencio (sic), la exigencia de un órgano de supervisión del modelo ... es también común a ambos títulos de imputación (a él alude el cuarto requisito del apartado 5).

Lo mismo sucede con la condición 4.^a, que resulta aplicable a ambos regímenes de exención pues si el órgano de control ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones el modelo no habrá sido ejecutado con la eficacia que tanto el apartado 2 como el apartado 4 imponen y necesariamente se habrá incumplido también alguno de los seis requisitos que, para uno y otro modelo de organización, establece el apartado 5.

En realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3.^a del apartado 2 que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a). Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los

legales (es decir: una interpretación que viola el límite de los significados posibles) por considerarlo contrario a principios constitucionales como el principio de culpabilidad: como mucho, podría acudir a la vía de la cuestión de constitucionalidad (vía que, en mi opinión, no podría conducir a la declaración de inconstitucionalidad de ninguno de los requisitos del art. 31 bis 2).

supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente. (...)

Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados. Nótese, no obstante que, en la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3.^a del apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, *difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude*".

Si acudimos de nuevo al esquema que hemos empleado anteriormente, obtendremos lo siguiente.

REQUISITOS PARA QUE NO SE DECLARE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	
Dirigentes (31 bis 2)	Subordinados (31 bis 1 b, 31 bis 4)
Modelo con medidas preventivas	Modelo con medidas preventivas
Órgano de Vigilancia	Órgano de vigilancia <i>(aunque esta cláusula haya decidido no incluirlo, a diferencia de la cláusula del art. 31 bis 2)</i>
Elusión fraudulenta de las medidas	<i>En la práctica, elusión fraudulenta de las medidas (aunque esta cláusula haya decidido no incluirlo, a diferencia de la cláusula del art. 31 bis 2)</i>
Ni omisión ni negligencia del OdV	Ni omisión ni negligencia del OdV <i>(aunque esta cláusula haya decidido no incluirlo, a diferencia de la cláusula del art. 31 bis 2)</i>

Sorprende en efecto que allá donde el Legislador ha decidido distinguir expresamente y del modo más rotundo entre las exigencias para la exención de la persona jurídica en caso de delitos de los dirigentes y en caso de delitos de sus subordinados, la Circular entienda que el menor grado de exigencia en el segundo de los casos sea un *silencio* que un intérprete puede *colmar*. Analicemos sus argumentos.

b) *¿Un “órgano de vigilancia” también en el caso de los delitos de los subordinados?*

La primera objeción es palmaria: *ubi lex distinguit, distinguere debemus*. Intentar ignorar una decisión legislativa tan palmaria como la opción por este tratamiento dual contradiría el principio de legalidad y además, en este caso de un modo especialmente grave al tratarse de una interpretación *contra reo*, puesto que restringe una cláusula exonerante con unos requisitos que el Legislador explícitamente decidió *no incluir* en ella.

Pero es que, como hemos visto, la diferencia de tratamiento no se debe al azar, sino que obedece a las características del modelo importado de Italia. Hubiera bastado consultar la doctrina o la jurisprudencia italiana para saber que supeditar la exoneración de la persona jurídica a la existencia de un *“OdV” sólo tiene sentido en el caso de delitos de los*

“*soggetti apicali*” o *dirigentes*, pues para hablar de una supervisión razonable sobre la labor de los “*sottoposti*” *no es necesario ningún tipo de órgano con poderes autónomos de iniciativa y control*: bastan los órganos, mecanismos y resortes propios del poder de dirección ordinario.

La Circular intenta argumentar su conclusión afirmando que el órgano de vigilancia es mencionado también en el art. 31 bis 5 (punto 4º), que es aplicable a ambas “vías” de exoneración, y que regula algunas condiciones que debe reunir un modelo de organización y gestión.

No obstante, se trata de un error:

i. En primer lugar, el art. 31 bis 5 punto 4º sólo habla del órgano que supervise el funcionamiento del modelo preventivo, *independientemente de si éste tiene o no esos poderes autónomos necesarios para supervisar que las medidas controlen a los dirigentes*. Así, si una empresa ha instituido un órgano controlador, pero sin suficiente poder para controlar a sus propios dirigentes, entonces no podría hablarse de exoneración en caso de delitos de los *apicali*, pero sí en la de los *sottoposti*.

ii. Pero, por encima de todo, para hablar de si procede o no *exonerar* a la persona jurídica en casos de delitos de subordinados es necesario *antes* que concurren los requisitos positivos de *atribución* de responsabilidad: algo que en esta 2ª vía exige en primer lugar la falta grave de diligencia (art. 31 bis 1 b). Por ello, si en efecto la empresa fue diligente en la supervisión de su subordinado autor del delito, ya no se cumplirían los presupuestos del art. 31 bis 1 b y, por ello, no se puede hablar de responsabilidad de la persona jurídica... *incluso aunque esa diligencia no hubiese adoptado la forma de un modelo de organización y gestión con los requisitos del art. 31 bis 5*. Es, en efecto, lo que se desprende de la más natural lectura del art. 31 bis 1 b). Lo contrario supondría entender que ante un vertido realizado por un empleado temerario, una empresa que hubiese prestado la más absoluta diligencia a la hora de prevenirlo debería pese a ello ser condenada si dicha diligencia no fue acompañada de un *modelo de organización y gestión*.

He ahí, pues, la clave de este tratamiento dual propio del modelo español (italiano): la Ley sólo instituye esos requisitos específicos más elevados para poder hablar de un diligente control de la empresa *sobre sus máximos dirigentes*; requisitos que *no* exige para hablar del modo más normal de la diligencia preventiva (el control de los superiores sobre los subordinados), que se presta con el uso normal del poder de dirección.

Lo expuesto demuestra que el intento de la FGE de introducir por vía interpretativa en la cláusula del art. 31 bis 4 los requisitos de *existencia de órgano de vigilancia y actuación diligente de éste* del art. 31 bis 2 no sólo vulnera el principio de legalidad y restringe sin fundamento material una cláusula eximente (ampliando así indebidamente la punición), sino que con ello, además, contradice toda la lógica del modelo implantado en 2015.

c) *¿Se requiere “elusión fraudulenta” (art. 31 bis 2, 3º requisito) también para la exoneración en el caso de los delitos de los subordinados?*

La lógica del requisito de elusión fraudulenta, como se ha explicado, es sencilla. El modelo vigente *pone el listón más alto* a la hora de admitir una exoneración por supervisión

diligente en el caso de delitos de los dirigentes de una empresa. Por ello, no se conforma con *cualquier medida preventiva*: si actuando en nombre por cuenta y en beneficio de la persona jurídica, el dirigente ha cometido un delito, para declarar la falta de responsabilidad el CP exige que se hubiesen adoptado unas medidas *especialmente incisivas*: unas de un carácter tal que, para poder cometer el delito, el dirigente hubiese debido actuar mediante una elusión fraudulenta para soslayar el control o engañar al controlador¹¹⁸.

Esa alta incisividad sólo se exige cuando hablamos de los *dirigentes* de la empresa. No sería viable exigir que una empresa desplegase sobre *todos* sus empleados semejante tipo de medidas. Por eso, a la hora de regular ambas cláusulas el legislador opta por exigirlo *sólo* en el primer caso y no en el segundo.

Ciertamente, la Circular 1/2016 en este caso no dice expresamente que dicho requisito deba introducirse por vía interpretativa. Pero *de facto* lo hace, ya que sostiene que, para hablar de *medidas eficaces*, debe tratarse de medidas que no puedan eludirse sin “algún tipo de fraude”.

También esto debe rechazarse. Hay numerosas medidas preventivas de delitos que son idóneas y efectivas, pero cuya incisividad no exige que no sea posible el delito sin una elusión fraudulenta (así, por ejemplo: controles aleatorios, controles *ex post facto*, etc.). Ese nivel de incisividad es exigido por el CP únicamente respecto de las medidas que afectan a un reducido núcleo de personas: *los administradores y asimilados*.

Todo lo expuesto redundaría en el rechazo de esta interpretación que, como la ya criticada de la STS nº 154/2016, artificialmente *uniformiza* la dualidad de regímenes de exención del art. 31 bis; con la consecuencia, en este caso, de evitar indebidamente exoneraciones, al generalizar por vía interpretativa la cláusula más rigurosa y supeditar la exención de la persona jurídica a requisitos no previstos en la Ley en caso de delitos de los subordinados.

4. FINAL

Más allá de la importancia de la concreta interpretación que se dé a las cláusulas sobre la falta de responsabilidad de la persona jurídica, lo importante es cómo evitar que desde los intérpretes institucionales se puedan producir lecturas no ya tan opuestas entre sí, sino tan problemáticas desde el punto de vista del límite de los significados posibles. Para que el principio de legalidad tenga vigencia, las palabras de la Ley han de significar algo.

¹¹⁸ NIETO MARTÍN, “Regreso al futuro...” *cit.*; DOPICO, “Las guías de conducta o códigos internos son insuficientes para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en *Almacén de Derecho* 18.9.15 (<https://almacendederecho.org/las-guias-de-conducta-o-codigos-internos-son-insuficientes-para-eximir-de-responsabilidad-penal-a-las-personas-juridicas/>).