

Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y *behavioral game theory* *

Rafael Aguilera Gordillo

Universidad Loyola

AGUILERA GORDILLO, RAFAEL. Déficit del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y *behavioral game theory*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-06, pp. 1-54. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-06.pdf>

RESUMEN: La teoría de sistemas ha sido profundamente criticada por la literatura más especializada en el análisis de las organizaciones. Entre sus debilidades destacan la falta de sustento ontológico y la ausencia de evidencias que la respalden. Así, el presupuesto sistémico de que las organizaciones son sistemas autónomos cerrados con capacidad real para autoorganizarse con independencia de los sujetos que las conforman constituye una ficción especulativa que carece de base científica. A pesar de ello, cierto sector de la doctrina penal y el Tribunal Supremo español han recurrido a la teoría de sistemas para fundamentar la responsabilidad penal corporativa (se aplica reproche penal ante el hipotético defecto organizativo estructural del ente, que constituye el injusto propio). En el presente artículo se analizan los graves problemas que esto origina, sobre todo a la hora de afrontar cuestiones jurídico-penales de trascendencia práctica y cierta complejidad. A los conflictos con el principio de legalidad, se suma que la teoría de sistemas carece de metodología para resolver los interrogantes que presenta la realidad corporativa. Así se ha puesto de manifiesto con los procesos de esclarecimiento del «traslado» de responsabilidad penal entre empresas y con la determinación, vía jurisprudencial, de la «inimputabilidad» de ciertas personas jurídicas. Finalmente, se exponen los lineamientos de una propuesta alternativa al estricto enfoque sistémico: el

modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica. A nuestro juicio, este modelo permitiría responder de manera más sólida y congruente a los desafíos que presenta el Derecho Penal de la persona jurídica, pues está configurado por nociones, teorías y metodologías científicas que cuentan con acreditada solvencia teórico-experimental.

PALABRAS CLAVE: Teoría de sistemas, inimputabilidad; traslado de responsabilidad penal, *due diligence* penal, neoinstitucionalismo, mestizaje de teorías de *compliance*, *behavioral compliance*, teoría de juegos, modelo antrópico, *behavioral game theory*.

TITLE: **Defects of the systemic approach in the criminal liability of legal entities: non-liability and criminal contagion in M&A operations. Relevance of the anthropic model and behavioral game theory**

ABSTRACT: Systems theory has been deeply criticized by the most specialized literature on organization analysis. Among its weaknesses are the lack of ontological support and the absence of evidence to support it. Thus, the systemic assumption that organizations are closed autonomous systems with a real capacity to self-organize independently of the subjects that comprise them constitutes a speculative fiction that lacks scientific basis. Despite this, a certain sector of criminal doctrine and the Spanish Supreme Court have resorted to systems theory to support corporate criminal liability (criminal reproach is applied to the hypothetical structural organizational defect of the entity, which constitutes its own injustice). This article analyzes the serious problems caused by this, especially when dealing with legal-criminal issues of practical importance and certain complexity. In addition,

tion to the conflicts with the principle of legality, systems theory lacks a methodology to resolve the questions posed by corporate reality. This has been revealed with the processes to clarify the "transfer" of criminal liability between companies and with the determination, via jurisprudence, of the "non-imputability" of certain legal persons. Finally, the guidelines of an alternative proposal to the strict systemic approach are exposed: the anthropic model of criminal responsibility of the legal person. In our opinion, this model would allow a more solid and consistent response to the challenges presented by the Criminal Law of the

legal person, since it is configured by notions, theories and scientific methodologies that have proven theoretical-experimental solvency.

KEYWORDS: Systems theory, non-liability, transfer of criminal liability, criminal due diligence, neoinstitutionalism, cross-theoretical compliance, behavioral compliance, game theory, anthropic model, behavioral game theory.

Fecha de recepción: 15 enero 2023

Fecha de publicación en RECPC: 5 mayo 2023

Contacto: raguilera@uloyola.es

SUMARIO: 1. Introducción: la debilidad del enfoque sistémico aplicado al régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica. 2. Paradigmas de la problemática de asumir un modelo de autorresponsabilidad penal corporativa de estricta base sistémica. 2.1. «Inimputabilidad» automática de las personas jurídica creadas para delinquir e inexistencia de parámetros delimitadores de personas jurídicas con hipotética capacidad autoorganizativa. 2.2. Carencia de criterios metodológicos para esclarecer el «traslado» de responsabilidad penal entre personas jurídicas tras operaciones de M&A. 3. Lineamientos del modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica: neoinstitucionalismo, teoría de juegos y behavioral compliance. 3.1. El reproche penal sobre la persona jurídica y posiciones respecto a la inimputabilidad y el traslado. 3.2. Sustento sociojurídico de la culpabilidad corporativa: neoinstitucionalismo y «constricciones» en la persona jurídica. 3.3. Economía conductual y teoría de juegos para refinar teórica y metodológicamente al modelo antrópico: «behavioral game theory». 4. Conclusiones. Bibliografía citada.

* El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto I+D+i «retos de investigación» *EXPHILROB* (ref.: RTI2018-098882-B-I00), coordinado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (C.S.I.C.); contexto en el que han tenido lugar las estancias de investigación como *academic visitor* en la Faculty of Law de la University of Oxford y como *research associate* en el College of Law de la Florida International University. Asimismo, se ha contado con el apoyo del GT Compliance Advisory LAB.

1. Introducción: la debilidad del enfoque sistémico aplicado al régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica

«Luhmann rápidamente abandonó su propia investigación empírica con el fin de centrarse en el lado teórico-conceptual de su obra, lo que tiende a atraer más a los investigadores que trabajan conceptualmente que empíricamente. Asimismo, el trabajo posterior de Luhmann ha sido criticado por no prestarse a la investigación empírica, pues la suposición de que los sistemas sociales son operativamente cerrados tiende a socavar la posición del investigador. Hasta ahora, la escasa investigación práctica existente que incorpora ideas de Luhmann, ha ignorado en gran medida tales problemas, en lugar de afrontarlos.»¹

Estas afirmaciones vertidas por dos expertos en análisis de las organizaciones y teorías sociológicas, que gozan de un consolidado prestigio internacional, como

¹ Traducción del extracto: «Luhmann quickly abandoned his own empirical research in order to concentrate on the theoretical-conceptual side of his work, which in turn tends to attract researchers working conceptually rather than empirically. Moreover, Luhmann's later work in particular has been criticized for not lending itself to empirical investigation, because the assumption that social systems are operatively closed tends to undermine the researcher's position. So far, the little empirical research that incorporates Luhmann's work largely ignored, rather than tackled, these problems.» En SEIDL/MORMANN, 2014, p. 26.

Seidl y Mormann en *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies: Contemporary Currents* resultan enormemente ilustrativas acerca de cómo la teoría de sistemas destaca por sus carencias en el terreno práctico y experiencial. No se trata, ni muchísimo menos, de una crítica aislada, sino que representa el parecer de un sector mayoritario de la literatura altamente especializada en el estudio de las organizaciones. Este sector considera que las hipótesis de la clásica teoría de sistemas carecen de investigaciones sólidas que les sirvan de soporte y de metodologías que permitan explicarnos, desde un plano experimental, la presunta validez de los postulados que asume, como indica Knudsen (2005, pp. 107-129). De hecho, Adler/du Gay/Morgan/Reed (2014, p. 6), especialistas en estudio del funcionamiento de organizaciones, vienen a trasladarnos que la teoría de sistemas se continúa contemplando -todavía- entre el extenso abanico de teorías y tesis sobre el análisis de las organizaciones por un lapso de fama que vivió el pasado siglo, no porque dispongamos evidencias científicas que demuestren la vigencia de sus premisas.

Pues bien, el intenso cuestionamiento de la teoría de sistemas de Luhmann expuesto por la literatura más especializada² carecería de trascendencia alguna en el ámbito que directamente nos concierne, el jurídico-penal, si no fuera porque -paradójicamente- a esta teoría es a la que ha recurrido algún sector doctrinal³ para tratar de sustentar el fundamento del reproche penal a la persona jurídica dentro de un modelo de autorresponsabilidad. Sin embargo, esto no es lo más trascendente, lo que tiene mayor relevancia por las implicaciones prácticas que se originan es que el Tribunal Supremo español también ha asumido esta periclitada teoría y la está utilizando como fuente sociojurídica primordial para justificar la existencia del injusto protagonizado por la persona jurídica y erigir la noción de defecto organizativo estructural. Sirva el presente artículo como modesta crítica⁴ a esa concreta postura jurisprudencial y defensa de la búsqueda de una propuesta alternativa.

De igual manera cabe advertir que esa adhesión a las tesis sistémicas forma parte de un posicionamiento jurisprudencial incardinado en una fase inicial, que bien puede obedecer a improntas del pasado y a la perentoria necesidad de hallar cierto respaldo sociojurídico que resultara accesible y que permitiera explicar, de forma sencilla, la aplicación de reproche penal sobre los entes corporativos sin incurrir en una aparente soslayo al principio de culpabilidad y de personalidad de las penas. En

² Junto a los señalado, podemos incorporar otros muchos que inciden en esa postura profundamente crítica con la teoría de sistema, como ejemplo, MINGUERS, 2002, pp. 278-299; FUCHS/HOFKIRCHNER, 2009, pp. 111-129.

³ No solo trata de una postura que se circunscribe a un sector de la doctrina española, pues también se acoge por parte de la doctrina del ámbito latinoamericano. GÓMEZ-JARA DÍEZ puede ser el autor más representativo de los que promueven la incorporación de las hipótesis sistémicas al ámbito Penal, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, pp.417-467. Para una visión de la defensa de la tesis sistémica en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica realizada por este reconocido autor, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016, pp. 121-220.

⁴ Y ello, por supuesto, sin perjuicio de la excelente labor que se realiza desde el Alto Tribunal y la admiración que profeso a los prestigiosos magistrados de la Sala Segunda.

consecuencia, es muy probable que el Alto Tribunal vaya ofreciendo una evolución en su doctrina sobre la responsabilidad criminal corporativa durante los próximos años, reflejo del lógico proceso de maduración que deviene del progresivo contraste entre aspectos teóricos y problemas de naturaleza fáctica. Sobre este particular ya nos puso sobre aviso el propio Tribunal Supremo en su STS 16 marzo 2016 (ECLI:ES:TS:2016:966) cuando expuso que «el cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema»⁵.

Asimismo, nos situamos ante cuestión que desborda con creces el ámbito español, ya que la discusión sobre el concreto fundamento sociojurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica y sus implicaciones está plenamente vigente en aquellos países de Latinoamérica que han ido incorporando esta institución en los últimos años. En cambio, aquellos países que cuentan con mayor tradición y experiencia en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica no solo ignoraron las conjeturas sistémicas para erigir un modelo de autorresponsabilidad, sino que desestiman la idea de responsabilidad por hecho propio o de estricta autorresponsabilidad como sustento del castigo a la persona jurídica. De este modo, países como Austria, Bélgica, EE. UU.⁶, Francia, Reino Unido, etc. siguen modelos de responsabilidad penal corporativa vicarial o por hecho ajeno protagonizado por la persona física; incluso el país al que España emuló en la redacción de los preceptos reguladores, Italia, asume un modelo de heterorresponsabilidad, aunque lo haga desde la imposición de sanciones de carácter administrativo⁷.

Que la doctrina jurisprudencial española sobre responsabilidad penal de la persona jurídica esté recurriendo durante estos primeros años de andadura a una teoría tan desacreditada (o, cuanto menos, muy cuestionada) para tratar de moldear el basamento sociojurídico del supuesto «delito corporativo» conlleva grandes riesgos: aquellos que provienen de la ausencia de soporte fáctico y metodológico científicamente validado que permita hacer frente a los retos jurídicos-penales que plantea la compleja realidad corporativa. Como se va a explicar en la parte central del trabajo,

⁵ Fundamento de Derecho Quinto.

⁶ Respecto al Derecho estadounidense, VILLEGAS/ENCINAR, 2020, pp. 93-137, exponen en el marco de un excelente estudio sobre el Derecho estadounidense que, en el ámbito de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) el modelo de responsabilidad penal corporativa acogido es la vicarious liability, siguiendo la tradición anglosajona. Este modelo erige la responsabilidad en virtud de la transferencia que opera por la conducta delictiva del individuo. Bajo la doctrina conocida como del respondeat superior, la persona jurídica recibe reproche penal por el delito protagonizado por directivos o empleados, siempre que tuvieran el propósito de beneficiar a la corporación y se desarrollara en el ámbito de sus funciones. Ahora bien, a pesar del predominio del modelo vicarial, GÓRRIZ ROYO, 2019, pp. 32-34, indica que en las últimas décadas han surgido en el contexto de las construcciones jurisprudenciales de algunos Estados de la unión, nociones que podrían sostener una concepción de hecho propio de la corporación.

⁷ BARDAVÍO ANTÓN, 2022, p. 4.

las carencias de la teoría de sistemas ya se han hecho patentes en dos tipos de problemáticas que han emergido en algunos procesos penales: 1) la determinación de la «inimputabilidad» de ciertas personas jurídicas, y 2) la ausencia de parámetros sistémicos para el esclarecimiento de la «extensión de responsabilidad penal a otras personas jurídicas» resultantes de operaciones de M&A. Asimismo, el lector no solo podrá observar como la teoría de sistemas se muestra incapaz de resolver de manera coherente tales interrogantes, sino que verá como tampoco puede ser aplicada sin servirse de interpretaciones cuanto menos retorcidas de lo contemplado en los Arts. 31 bis, 66 bis y 130.2 del Código Penal (con el subsiguiente riesgo de afectación del principio de legalidad).

A las críticas contra las conjeturas sistémicas de Luhmann vertidas por especialistas contemporáneos en materia de estudio de las organizaciones debemos sumar la frontal oposición que, en España, presenta la Fiscalía General de Estado (cuando señala con rotundidad que el modelo acogido en nuestro país es el vicarial)⁸ y que, como veremos, una parte mayoritaria de la doctrina penal se mostró y continúa mostrándose contraria al estricto enfoque sistémico para suportar un modelo de autorresponsabilidad; esto último, con independencia de que dentro del notorio grupo de autores podamos encontrar defensores de concepciones de responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho ajeno, eclécticas o basadas en la autorresponsabilidad (pues el fundamento sociojurídico de un modelo de responsabilidad por hecho propio bien puede radicar en tesis más refinadas o contemporáneas que la teoría de sistemas de Luhmann). A tal efecto, recordaremos ciertas críticas vertidas desde la doctrina y algunas de las deficiencias que presenta la teoría de sistemas para, inmediatamente después, detenernos en las dos cuestiones que ilustran de manera extraordinariamente clara la incapacidad de ese enfoque sistémico para lidiar con la compleja realidad de las personas jurídicas. Finalmente, se incidirá en la propuesta de un *modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica* como arquetipo idóneo para hacer frente a los retos de los contextos corporativos. Obviamente, no es pretensión de quien suscribe desarrollar una teoría general del delito para la persona jurídica (osada labor desacorde con la modesta capacidad del autor). Simplemente, se ofrecerán determinados aspectos teórico-prácticos y metodológicos que conforman los lineamientos de un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica que no olvide que la actividad humana es la fuente primaria activadora del reproche penal sobre el ente y que es esta la que genera «constricciones» e influencias en la

⁸ Circular FGE 1/2016, pp. 4-5: «En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial» [...].

Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. [...] En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.»

organización. Y es que, a nuestro juicio, este modelo antrópico considera las particularidades e idiosincrasia de las personas jurídicas (considerándolas agentes que influyen en conductas sin incurrir en una artificiosa equiparación con las personas físicas a través de equivalentes funcionales⁹) y tiene pleno encaje en nuestro marco jurídico-penal. Además, el modelo gozaría de amplio soporte científico-experimental, al erigirse sobre teorías y metodologías de validez acreditada, lo que necesariamente repercutiría en el despliegue de respuestas más robustas, lógicas y depuradas frente a los desafíos que presenta (y presentará) el fenómeno de la delincuencia corporativa.

La traslación al ámbito jurídico-penal de los aspectos más extremos de las hipótesis sistémicas conlleva que la persona jurídica sea considerada un ente o sistema con -supuesta- capacidad real y efectiva para autoorganizarse¹⁰ con total independencia operativa de los individuos que la componen (a tales individuos se les consideran meras piezas intercambiables sin capacidad de influencia en la organización, resultando indiferente del cargo o funciones que desempeñen en ella). Así, desde esta visión luhmanniana de la persona jurídica, el ente debe ser destinatario de reproche penal si existe de un *defecto organizativo estructural* autogenerado, aspecto que constituye el núcleo de la tipicidad de un delito corporativo¹¹. Por tanto, una vez se ha materializado un injusto protagonizado por una o varias personas físicas (diferente al injusto del ente) actuando bajo el ámbito de la organización y que genera cierto beneficio para la corporación¹², la persona jurídica será castigada si se aprecia tal defecto autoorganizativo, que es concebido con un hecho propio totalmente autónomo. Como se apuntaba, parte sustancial de la literatura penal se ha mostrado discrepante con las hipótesis sistémicas, siendo especialmente incisiva con el modo en que la jurisprudencia ha extrapolado parte de ella al escenario de la teoría del delito

⁹ Para GÓMEZ-JARA DÍEZ el paralelismo sistémico entre culpabilidad de persona física y culpabilidad de persona jurídica se explica con un proceso teórico de equiparación (equivalencia funcional) basado, resumidamente, en tres presupuestos: 1º.- asemeja el rol de la persona jurídica a la posición de un ciudadano sujeto a la norma; 2º.- considera que existe relación verdaderamente igualitaria entre las diversas corporaciones en el marco de la libre competencia (marco donde interactúan dentro de unos márgenes de riesgo permitido), y 3º.- concibe que todas las corporaciones tienen -auténtica- capacidad para influir en los asuntos públicos (independientemente de sus directivos), cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016, pp. 171; GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, p. 273.

¹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2019.

¹¹ Cfr. STS 29 febrero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613). Representativo de la asunción de la concepción sistémica lo expuesto en el Fº Dº Octavo: «Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [...] ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos...».

¹² Entiéndanse cumplidas las exigencias contemplados en uno de los conocidos como títulos de imputación o hechos de conexión (letra a o b del apartado 31 bis CP).

-corporativo-. Aunque quienes defienden posiciones subsumibles en la heteroresponsabilidad o próximas a ella destacan por la intensidad de las críticas dirigidas al enfoque sistémico o luhmanniano, aquellos que se sitúan en posturas encuadrables dentro de una visión amplia de la autorresponsabilidad también han denunciado sus inconsistencias¹³.

Resulta sintomático aquello que aduce Feijoo Sánchez (2018, pp. 149-180) cuando expone que «querer tratar una persona jurídica como una persona física convirtiendo el art. 31 bis en un delito autónomo no acaba de funcionar dogmáticamente». Asimismo, Silva Sánchez (2020, iii y s.) no ignora en su propuesta que el ente corporativo sea receptor de una sanción penal por hecho típico que realiza la persona física. En este sentido, se han vertido sólidos argumentos que reprochan la concepción del defecto de organización como elemento del tipo, constituyendo la ejecución eficaz de un sistema de *compliance* una suerte de elemento negativo que lo anula (desactivando la posible atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica), en lugar de considerarlo un elemento incardinable en la culpabilidad¹⁴ o, como mantiene la Fiscalía General del Estado, en la punibilidad¹⁵. Según la Fiscalía debe aplicarse un modelo vicarial y, consecuentemente, la atribución de responsabilidad penal al ente opera cuando una persona física que actúa en el ámbito de la organización protagoniza el hecho delictivo (no la propia persona jurídica, por no ser fácticamente posible que desarrolle conducta delictiva o acción penal¹⁶) siempre que concurren los presupuestos contenidos en el hecho de conexión¹⁷, exigencias que obstaculizan la aplicación de una responsabilidad penal de naturaleza objetiva. No cabe, por tanto, extraer de un delito cometido en la organización otro supuesto comportamiento antijurídico de la persona jurídica¹⁸. En este posicionamiento o dentro

¹³ Respecto a las distintas modalidades y teorías sobre responsabilidad penal de la persona jurídica, AGUILERA GORDILLO, 2022, pp. 110-148.

¹⁴ Así lo mantiene GÓMEZ TOMILLO, 2015, pp. 137-138. Para una interesante aproximación a la baremación de la noción cultura de cumplimiento vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2018.

¹⁵ Circular FGE 1/2016, p. 56: «Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión.

La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad...».

¹⁶ PALMA HERRERA, 2017, p. 23, señala: «...el único concepto de acción que sigue constituyendo la base del propio concepto de delito es el de comportamiento humano controlado por la voluntad del sujeto y encuadrable en un tipo penal... No se trata de negar capacidad de acción a la persona jurídica, pero sí de afirmar que se trata de una peculiar capacidad de acción que no es válida como punto de partida a la hora de exigirle una eventual responsabilidad penal».

¹⁷ En el Código Penal español, los contemplados en las letra a) y b) del apartado 1 del Art. 31.

¹⁸ ROBLES PLANAS, 2009, p. 5, asevera con nitidez: «... se afirma repetidamente que para evitar la imputación de hechos ajenos debe aislarse un hecho propio de la persona jurídica y que éste consiste en un «defecto organizativo». Sin embargo, este pretendido hecho propio simplemente no existe. Estamos, más bien, ante una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad [...]. En efecto, el hecho no es propio de la persona jurídica porque ella no puede actuar con independencia de las personas físicas, de

del contorno vicarial podemos situar las concepciones de reconocidos autores como Bacigalupo Sagesse¹⁹, Del Rosal Blasco²⁰, Gracia Martín²¹, León Alapont²², Palma Herrera²³, Zugaldía Espinar²⁴, entre otros muchos²⁵. Parece que la propia realidad de las cosas nos muestra que las personas físicas son las que protagonizan las conductas, siendo otra muestra palpable de que esto «es así» el hecho de que el ejercicio de los derechos procesales de la persona jurídica contemplados en la LeCrim requieran de la intervención de personas físicas para que puedan ejercitarse. Nos encontramos, por tanto, ante un punto que demuestra en plena sede judicial que las personas jurídicas no tienen aptitud para realizar un hecho -real- propio y que evidencia las profundas contradicciones del enfoque sistémico.

Sobre lo ficticio que resulta tratar de concebir un hecho propio de la persona jurídica aislado, desvinculado de las decisiones y funciones desempeñadas por los individuos de la organización, Mir Puig (2004, p. 01:2-01:17) destacaba la enorme importancia que tienen los órganos directivos y decisorios de composición colegiada (donde cada individuo actúa conforme al producto de su proceso de discernimiento, libre y consciente) en los escenarios empresariales para esclarecer una eventual responsabilidad penal de la persona jurídica. Desde la sólida propuesta configurada por Del Rosal Blasco (2018, p. 120), tampoco se ignora el papel fundamental de los individuos dentro de la organización a la hora de clarificar la procedencia del reproche penal a la persona jurídica; por ello en su tesis del modelo amplio de identificación la tipicidad se constituye como un hecho objetivamente típico realizado por persona física que se atribuye a la organización una vez filtrado por los presupuestos reflejados en el hecho de conexión. Igualmente, tras desechar tajantemente la posibilidad de que las personas jurídicas puedan protagonizar verdaderamente un delito corporativo, Cigüela Sola (2020, p. 18) aduce que el elemento corporativo (concebido como cultura criminógena) podría incorporarse al injusto. Por su parte, Ferré Olivé (2019, pp. 61-80), al alertar del riesgo que supone para el principio de legalidad acoger la teoría de sistemas para sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica y negar el delito autónomo de la corporación, indica que situaría el estudio del sobre el posible defecto organizativo de la persona jurídica en otro estadio, en la culpabilidad. Además, no puede prescindirse de las afirmaciones emitidas por el magistrado

manera que el «defecto organizativo» es únicamente imputable a las personas físicas que lo han provocado o podían haberlo evitado».

¹⁹ BACIGALUPO SAGESSE, 2001.

²⁰ DEL ROSAL BLASCO, 2018.

²¹ GRACIA MARTIN, 2016, pp. 1-95.

²² LEÓN ALAPONTE, 2019.

²³ PALMA HERRERA/AGUILERA GORDILLO, 2017, 18-74.

²⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, 2003, p. 543.

²⁵ De ese colectivo, FERNÁNDEZ TERUELO, 2018, p. 243, argumenta que en el Art. 31 bis 1 letra b) CP sí nos situamos indubitadamente ante una responsabilidad vicarial, quedando menos claro en los supuestos de la letra a).

Del Moral García (2017²⁶): «Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante «culpabilidad de la sociedad», de acuerdo; pero no nos engañemos diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas».

De igual modo, como se mostró al inicio, los argumentos contra las ideas sistémicas no solo se plantean por la doctrina penal, desde las mismas áreas especializadas en el estudio de las dinámicas de grupos y en el análisis sociojurídico de las organizaciones se concibe -mayoritariamente- a la teoría de sistemas como una línea teórica sobrepasada hace décadas por otras teorías que cuentan con mayor respaldo científico. La concepción de una organización como un sistema cerrado con capacidad -real- para autoorganizarse, reproducirse y autodefinirse (*autopoiesis*²⁷ y *autorreferencia* del sistema) con total independencia de las personas físicas (resultando indiferente el cargo que ocupen, las influencias que generen o las funciones que desempeñen) constituye uno de los pilares de la teoría de sistemas más controvertidos. Mientras que, en determinados casos dentro del ámbito de la Biología, donde surgió la teoría de sistemas²⁸, estas nociones sí resultaron validadas, en el campo del estudio de las organizaciones de personas, muy analizado desde la Sociología, la Psicología de Grupos o la Economía Conductual, no se han obtenido evidencias que señalen que las conjeturas sistémicas respondan con cierto rigor a lo que verdaderamente acaece en las organizaciones de personas. No en vano, el citado precursor de la transposición de las tesis sistémicas desde la Biología al campo del estudio de las organizaciones, Niklas Luhmann, admitió que tuvo que alterarlas, simplificándolas²⁹ para tratar de hacerlas compatibles con cualquier tipo de organización. Es probable que esa simplificación junto con la atractiva idea de considerar a la organización como un ente con facultades antropomórficas y una especie de *psique* comparable a la humana haya sido un factor decisivo para que esa teoría penetre fácilmente en determinados sectores del Derecho Penal.

La fácil asimilación del recurso a la ficción organizacional que supone la concepción de una organización como ser corporativo capaz de autoorganizarse (llegando a dotarla -incluso- de *ánimus*) y de la aplicación de equivalentes funcionales, puede venir potenciada por el proceso de humanización al que todos tendemos cuando tratamos de comprender y explicar con arreglo a nuestros parámetros aspectos asociados a los animales u objetos y seres inanimados³⁰. Se acude a una narrativa humana

²⁶ DEL MORAL GARCÍA, 2017, edición digital de paginación numerada.

²⁷ MATURANA./VARELA, 1980.

²⁸ MATURANA/VARELA, 1984.

²⁹ LUHMANN, 2005.

³⁰ Respecto al antropomorfismo y la atribución de facultades humanas a otros entes, resulta ilustrativo citar el antiguo experimento realizado Heider-Simmel Ilusion en 1944. Video del experimento disponible en la

para explicar un fenómeno dinámico y complejo que, realmente, no responde a ella. A este respecto, debe hacerse hincapié en la existencia de una extensísima y reconocida literatura científica que señala que los grupos de personas, organizaciones o contextos corporativos no funcionan bajo criterios y dinámicas autopoiéticas³¹. Además, el concepto sistémico de autorreferencia se presenta como una noción tautológica, incluyéndose en la definición de las normas y procesos de la organización, pues cuando una persona jurídica (entendida como sistema) adopta normas podría entenderse que se refiere a sí misma, pero esto no explica ni el proceso de configuración de la autorregulación y generación de influencias ni por qué se cumplirán esas normas -o se incumplirán- dentro del marco organizativo.

Las ideas sistémicas tampoco explican cómo se relacionan dichas normas con las de otra naturaleza (legales, morales, etc.), ni la impronta de los intereses de los miembros de la organización en el contexto estratégico que constituye la propia organización. En las organizaciones, como son las personas jurídicas, el componente humano resulta fundamental en los procesos de toma de decisiones ligados al cumplimiento/incumplimiento³². De hecho, consideramos que la motivación en el individuo³³ es un componente crítico y no puede extraerse del análisis como tampoco pueden obviarse las influencias, procedimientos o «constricciones», originados «en» el ente (que no «por» el ente de manera autónoma).

Habermas se manifestó muy en contra de las tesis sistémicas pues, en puridad, vienen a considerar a los individuos de una organización como títeres sin capacidad para tomar decisiones³⁴, lo que atenta con la concepción del individuo como ser libre, capaz de adoptar decisiones éticas o no. Sostener que la organización tiene capacidad real para autodirigirse y que, si se genera un defecto de estructural que posibilitó el delito, es porque ha sido resultado de un hecho propio del que la hacemos penalmente responsable, resulta extraordinariamente accesible y puede llegar a utilizarse como pretexto para tratar de eludir la problemática en relación al respeto al principio de culpabilidad, pero lo cierto es que ignora totalmente a las personas físicas como agentes tomadores de decisiones (con arreglo a sus motivaciones)³⁵ y con auténtica capa-

siguiente url: <https://www.youtube.com/watch?v=VTNmLt7QX8E>; durante la visualización parece muy difícil que no otorguemos intuitivamente de personalidad o actitudes humanas a las formas geométricas que se observan; para profundizar vid. WICK/ALAOUI/GARG/GRACE/WOLFE, 2019, pp. 252-271.

³¹ Junto a lo citado con anterioridad: MINGERS, 2002, pp. 278-299; MINGERS, 2004, pp. 103-122; FUCHS/HOFKIRCHNER, 2009, pp. 111-129.

³² Sobre la relevancia crítica de los individuos en la esfera del *compliance* corporativo vid. BLOUNT/MARKEL, 2012, pp. 1023-1062.

³³ Una visión ofrecida por las teorías de la motivación humana en contextos corporativos resulta especialmente valiosa para comprender como realizar un análisis profundo del *compliance* y la responsabilidad penal de la persona jurídica, vid. DECI/Ryan, 2012, pp. 416-436.

³⁴ HABERMAS, 1989 [Excursus on Luhmann's Appropriation of the Philosophy of the Subject through Systems Theory. In J. Habermas, *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*, Ed. Cambridge Polity Press, 1987].

³⁵ RYAN/DECI/VANSTEENKISTE/SOENENS, 2021, pp. 97-110.

cidad de culpabilidad. Si la jurisprudencia que acoge las ideas sistémicas fuera consecuente, tendría que asumir un cambio sustancial en la configuración del reproche culpabilístico de los individuos cuando protagonizan conductas delictivas en una persona jurídica, esto es, cuando hipotéticamente se encuentran sometidos a un sistema. Entendemos que lo coherente desde dicho enfoque sería apreciar cierto nivel de atenuación en la culpabilidad de tales individuos o, incluso, la exculpación, extremo que obviamente no se está considerando.

A nuestro juicio, el conjunto de razonamientos expuestos y estudios referidos son únicamente algunos de los numerosos elementos que, desde nuestro punto de vista, ponen de manifiesto las deficiencias de un enfoque sistémico y vienen a refutar la siguiente afirmación de Gómez-Jara Díez (2016, pp. 171) cuando, al sintetizar la defensa de la aplicación de ese enfoque en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, expresa que el «motivo de optar por el constructivismo operativo propio de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos reside en que –a nuestro juicio– proporciona la descripción más precisa y coherente del fenómeno social en su totalidad». Asimismo, entendemos que el elenco de argumentos señalados evidencian la acentuada desigualdad que existe, en lo que a niveles de exigencia conceptual y refinamiento dogmático se refiere, entre el Derecho Penal de las personas físicas y un Derecho Penal para las personas jurídicas. Tales debilidades no solo generan complicaciones de calado dentro de una lógica doctrinal, sino que se trasladan a la práctica jurídico-penal, dado que, si somos coherentes, el fundamento sociojurídico sobre el que se erige modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica debe condicionar las respuestas que se articulen a las diversas problemáticas que vayan surgiendo.

Algunos ejemplos de cuestiones cuyas fórmulas de resolución deberían quedar condicionadas al concreto tipo o enfoque de modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica asumido son las reglas aplicables sobre la carga de la prueba concernientes a la eficacia y juicio de idoneidad del sistema de *compliance*³⁶, la configuración y extensión del derecho a la no autoincriminación o *nemo tenetur* en la persona jurídica³⁷, el criterio para señalar la imputabilidad o inimputabilidad de una persona jurídica o los parámetros para esclarecer la procedencia del traslado de res-

³⁶ GÓMEZ TOMILLO, 2018, pp. 201-214; MAGRO SERVET, 2019, pp.1-2.

³⁷ Entendemos que, desde un modelo vicarial, al no concebirse al ente corporativo con facultades antropomórficas y capacidad de cometer un hecho propio, resulta coherente negar o limitar la extensión del derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica (como así lo niega la Corte Suprema en EE. UU.). Por el contrario, desde un modelo de autorresponsabilidad de enfoque sistémico, no resultaría razonable la negación de un derecho a la no autoincriminación pleno, pues se asume que la persona jurídica es un sujeto con aptitud para protagonizar un hecho propio; el correlato lógico de tratar de manera similar a personas jurídicas y físicas, basándose en equivalentes funcionales, es garantizar el *nemo tenetur* a la persona jurídica, sin matices. Para una análisis y propuesta del *nemo tenetur* en la persona jurídica, vid. GOENA VIVES, 2021, pp. 27-28. Sobre tal aspecto, desde la clara concepción de la que las personas jurídicas no tienen capacidad para actuar por sí mismas, vid. GÓMEZ TOMILLO, 2022, pp. 1-33.

ponsabilidad penal corporativa cuando se produce la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica, etc. Pues bien, seguidamente se analizarán los dos últimos supuestos señalados, pues entendemos que constituyen dos claros paradigmas de las distorsiones que genera la asunción de una perspectiva sistémica en el modelo de autorresponsabilidad penal del ente corporativo.

Por un lado, veremos como la doctrina jurisprudencial emitida respecto a la «inimputabilidad» de aquellas personas jurídicas creadas para delinquir no solo adolece de ciertas contradicciones y presenta grandes lagunas en su vertiente práctica, sino que genera graves consecuencias de alcance político-criminal. Por otro, se expondrá como en aquellos casos donde debe esclarecerse la procedencia del «traslado» de responsabilidad penal entre personas jurídicas *ex art. 130.2 CP* los postulados sistémicos no ofrecen criterios metodológicos para clarificar cuándo debe operar el traslado o moderarse la pena.

2. Paradigmas de la problemática de asumir un modelo de autorresponsabilidad penal corporativa de estricta base sistémica

2.1. «Inimputabilidad» automática de las personas jurídica creadas para delinquir e inexistencia de parámetros delimitadores de personas jurídicas con hipotética capacidad autoorganizativa

La STS 22 octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3430) supuso el espaldarazo a lo que ya manifestó cuatro años atrás, en la STS 29 febrero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613), acerca de la improcedencia de aplicar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando nos encontramos con entes o sociedades que hayan sido creados para delinquir, a pesar de tener personalidad jurídica y de la concurrencia de los restantes presupuestos fijados taxativamente en alguno de los hechos de conexión o títulos de imputación (letras a o b del Art. 31 bis 1 CP)³⁸. Esa concepción de persona jurídica «inimputable» parte de la ya expuesta premisa sistémica que señala la existencia de entes con supuesta capacidad autoorganizativa; consecuentemente, si «ellos mismos» no se organizan adecuadamente la prevención de riesgos dentro de su perímetro corporativo, son merecedores de reproche penal cuando alguno/s de sus miembros protagoniza/n ciertas conductas delictivas generando beneficio para la organización. En contraste, no cabe la imposición de una pena a los entes o sociedades que carecieran de cierto sustrato organizativo «propio», como expone el Alto Tribunal en el Fº Dº Cuarto de la primera resolución mencionada «en estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del "levantamiento del velo" dirigiendo

³⁸ Extremo también defendido en la Circular FGE 1/2016, p.14; generalmente acogido por la conocida como jurisprudencia menor, cfr. SAP La Coruña 28 de marzo 2022 (núm. 135/2022, sin ECLI). Otro tipo de resoluciones en idéntico sentido: Auto AP Barcelona 1 de marzo 2021 (sin ECLI)

la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización³⁹».

Ahondando en esta línea jurisprudencial, el Alto Tribunal discrimina o diferencia entre tres tipos de entes -aunque todos ellos gocen de personalidad jurídica-: 1) los que tienen mayor actividad lícita que ilícita (son imputables, se aplica el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica); 2) los que tienen mayor actividad ilícita que lícita (igualmente imputables) y, por último, 3) los constituidos, únicamente, como instrumento o medio para el desarrollo de actividades ilícitas (son considerados inimputables, por lo que resultan excluidos del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica). A nuestro juicio, esta distinción ocasiona que aparezcan *ex novo* unos interrogantes innecesarios que, de atender a lo expuesto en el Código Penal, no tenían que haber emergido. Son cuestiones cuya resolución tiene cierta complejidad y sobre los que la propia teoría de sistemas no ofrece respuestas técnicamente bien armadas, por lo que vienen a enturbiar un tipo de procesos que ya de por sí suelen ser intrincados. Entre otros interrogantes que vendrían a complicar estos procesos pueden señalarse los siguientes: ¿qué sucede cuando una persona jurídica inicialmente creada para delinquir desarrolla una pequeña parte de actividad lícita durante el transcurso de unos meses -o años-? ¿Qué debe suceder si esa actividad legal desarrollada con posterioridad a su creación con objetivos delictivos se torna mayoritaria? ¿Qué parámetros son los aplicables para discernir entre actividad lícita «relevante» o «irrelevante» a estos efectos?

A este tipo de cuestiones de relevancia nada menor por los efectos que están en juego deben sumarse otras más íntimamente ligadas a la fundamentación sistémica de la que dimana esta doctrina jurisprudencial. Según el criterio del Tribunal Supremo, para que resulte aplicable el régimen de responsabilidad penal corporativa debe poder apreciarse cierta capacidad organizativa del propio ente; por ese motivo, cuando una persona jurídica se crea por las físicas como «instrumento» para cometer delitos no existe tal sustrato autoorganizativo en la persona jurídica (no podría detentar «culpa organizativa»). Sobre ello, la STS 18 de marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1022) apunta como nociones que denotan que una persona jurídica es inimputable que las acciones delictivas sean protagonizadas por persona física y que la persona jurídica se constituya y muestre como instrumento, sin voluntad ni personalidad propia para actuar en el tráfico mercantil.

Sin embargo, discrepamos de lo indicado, entendemos que toda conducta delictiva siempre es protagonizada por personas físicas y que el ente carece de voluntad propia e independiente de lo acordado por las personas físicas en el seno de los órganos de dirección. Además, todas las personas jurídicas son creadas *ab initio* por personas físicas, por lo que antes de su conformación y en el desarrollo organizativo se conciben como instrumentos para alcanzar unos fines. Que esos fines sean lícitos o ilícitos

³⁹ Fº Dº Cuarto de la referida STS 22 de octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3430).

no debería ligarse a la existencia de una hipotética capacidad autoorganizativa de la persona jurídica resultante que, de aceptar su existencia, pendería de otros factores. Bien pueden existir empresas, fundaciones, etc. focalizadas en actividades ilegales, que estén conformadas por organigramas complejos, un gran número de individuos y copiosos procedimientos. Es decir, una cosa es el objetivo o actividad desarrollada por la persona jurídica (que puede ser legal, ilegal o mixto) y otra muy distinta es su hipotética capacidad para autoorganizarse que, consideramos, podría darse en los tres supuestos que diferencia el Tribunal Supremo. A su vez, la aludida STS 18 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1022) parece querer englobar, más bien, casos de sociedades unipersonales, cuando tales supuestos se corresponden con la aplicación del *non bis in idem*⁴⁰. Igualmente, señala como punto determinante para excluir al ente corporativo de posible reproche penal que el delito se materialice directa y personalmente por persona física, de modo que quede desdibujada la actuación de la organización; sin embargo esto es lo que, verdaderamente, siempre sucede en las organizaciones, las conductas delictivas son materializadas por individuos. Es decir, nos encontramos con nociones muy interpretables donde no se observan criterios claramente definidos y científicamente respaldados que permitan un pulcro esclarecimiento de la cuestión de manera congruente con los postulados sistémicos que han de soportarlos.

Cabe añadir que, bajo nuestro criterio, si las penas impuestas a las persona jurídica despliegan un efecto disuasorio es porque afectan en cierto modo a los individuos con intereses directos en aquella (la persona jurídica constituye un instrumento para aquellos), a la persona jurídica entendida como estructura o contexto le da exactamente igual la penalidad soportada, ni piensa, ni padece (a pesar de que, desde los postulados sistémicos se la quiera humanizar). De igual modo, si en un futuro se decidiera hacer destinatarios de penas a las máquinas dirigidas por IA o robots, quienes realmente serían los perceptores del efecto disuasorio son los diseñadores de algoritmos, sus promotores y propietarios.

La STS 894/2022 11 noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4116) ha sido una de las resoluciones más recientes donde se revoca la condena a la persona jurídica manteniendo la condena sobre un representante legal y administrador de la persona jurídica por delito de estafa (aunque señala la responsabilidad civil subsidiaria del ente). Esta

⁴⁰ Por tratarse un aspecto de cuantificación penológica, excluimos aquellos casos donde, no incurriendo en *non bis in idem*, deba precederse la moderación de pena de multa cuando hay una persona jurídica condenada junto a la persona física autora, que a su vez es administradora. Ahí nos situamos ante un mero problema de proporcionalidad, cfr. STS 12 marzo 2020 (ECLI:ES:TS:2020:887), en cuyo Fº Dº Quinto se sintetiza la forma de abordar este particular: «Cuando hay una persona jurídica condenada junto a la persona física autora, que a su vez es administradora, se vislumbra en efecto un problema de proporcionalidad. No es exclusivo de esa situación: aparece de forma análoga en los casos de codelinuencia y multas proporcionales. Pero el legislador lo aborda en este supuesto con una solución un tanto rudimentaria y simple. A ella hay que estar en todo caso. El art. 31 ter dice que en esos casos de concurrencia de condenas de la persona física y jurídica, "se modulará" la pena de multa...».

resolución judicial sustenta tal revocación en la ausencia de estructura mínimamente compleja y, por tanto, la imposibilidad del ente de protagonizar el injusto propio (defecto organizativo estructural). Nos encontramos, por lo tanto, con una doble vertiente en esta doctrina jurisprudencial, la inimputabilidad de personas jurídicas creadas instrumentalmente para delinquir y la inimputabilidad de las personas jurídicas sin mínima estructura. En ambos supuestos, el soporte luhmanniano al que recurre el Tribunal Supremo es similar: la persona jurídica en cuestión carece de esa -hipotética- aptitud autoorganizativa. Como en anteriores ocasiones, en esta resolución poco se contempla sobre el proceso de análisis y obtención de tan importante conclusión (la inimputabilidad), tampoco se profundiza en los procedimientos, pautas o protocolos existentes en la persona jurídica, lo que permite confirmar la ausencia de metodología sistémica clara y depurada para el elucidar de este tipo de cuestiones (extremo que abre una interesante vía para la elaboración de periciales tendentes a demostrar esa supuesta suficiencia/insuficiencia organizativa).

A nuestro juicio, la sentencia parece evidenciar que la declaración de inimputabilidad se basa en una apreciación más o menos intuitiva que se extrae del número de individuos de la organización, un aspecto que, entendemos, resulta poco armonizable con los postulados sistémicos y que, además, incrementa el riesgo de arbitrariedad en la obtención de una conclusión sobre algo tan relevante como es la posibilidad de declarar penalmente responsable a un sujeto. Al mismo tiempo puede incentivar una perniciosa estrategia en las personas jurídicas de pequeño tamaño y con pocos individuos donde preexista un nivel de aquiescencia frente a conductas impropias o, en cambio, predomine cierto temor a los efectos de estas se produzcan a pesar de fijar ciertas cautelas: que no se promueva la aplicación de políticas y procedimientos de autorregulación regulada como la adopción de sistemas de *compliance*, por entender que ello puede repercutir muy negativamente en un eventual proceso penal⁴¹. Y es que la existencia de tales elementos de naturaleza organizativa podría estimular que el juzgador apreciara la hipotética capacidad autoorganizativa del ente y, consecuentemente, la aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto es, si el componente humano (que es el verdaderamente decide, adopta y ejecuta las iniciativas en la organización) determina que no se adopten instrumentos autorregulatorios para la ordenación de actividad y control de riesgos en la persona jurídica, existirá un riesgo muchísimo menor de que el ente resulte penalmente condenado, pues faltaría la condición necesaria para estimar el hipotético defecto organizativo -propio-: la supuesta capacidad autoorganizativa. Entendemos, por tanto, que la mayor o menor sofisticación organizativa de la persona jurídica no pende de otro factor distinto al humano; un mayor desarrollo de la persona jurídica le puede otorgar mayor complejidad, pero no una autonomía plena.

⁴¹ Asimismo, respecto a la virtualidad de la eficacia de los sistemas de *compliance* más allá de lo penal en el escenario judicial vid. SÁNCHEZ-VERA/ALMODÓVAR, 2022, pp. 114-146.

Por otra parte, la doctrina jurisprudencial objeto de análisis se encuentra con otro obstáculo muy importante: el principio de legalidad. Resulta bastante sensato poner en duda la compatibilidad de lo taxativamente contemplado en el Art. 31 bis CP con la diferencia de trato basada en las conjeturas sistémicas que hacen pender la sujeción o exclusión del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica en función de la apreciación o no de cierta complejidad organizativa interna, a pesar de que se cumplan todos los presupuestos descritos en alguno de los hechos de conexión. A este respecto, Cigüela Sola (2021, p. 639) asevera que «el hecho de que el Tribunal Supremo se permita estas licencias interpretativas en relación a las personas jurídicas, y que a la mayoría nos parezca hasta cierto punto razonable, solo demuestra que, en el fondo y contra lo que a veces se argumenta, no nos “tomamos en serio” la RPPJ».

La cuestionable interpretación de raíz sistémica que realiza el Tribunal Supremo encuentra, desde el punto de vista exegetico, otro obstáculo: según lo dispuesto respecto a la determinación de penas aplicables a las personas jurídicas en la regla 2ª del Art. 66 bis CP., deberá procederse a la agravación penológica cuando «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales». Parece obvio extraer que aquello que el legislador persigue es agravar el reproche penal a la persona jurídica cuando se presenta como medio para delinquir (¿no excluirla del régimen previsto!). Dicho precepto incorpora, además, la aclaración consistente en que deberá considerarse que la persona jurídica se utiliza para cometer delitos cuando su actividad ilegal es más relevante que la legal. Aunque cierto que no se precisa -taxativamente- qué debe suceder cuando la actividad ilícita es total, la interpretación más lógica nos lleva a entender que dicha circunstancia tendría de incardinarse dentro de estos supuestos agravados. A pesar de ello, hemos podido observar como la línea jurisprudencial adoptada defiende que, cuando la actividad ilícita de la persona jurídica es total, no se aplica lo contemplado en el Art. 66 bis CP (por inferir que ese tipo de personas jurídicas constituidas con el propósito de delinquir carecen de aptitud autoorganizativa). Aunque esta tesis no implica una oposición clarísimamente frontal a lo contemplado en el artículo 66 bis CP, no es menos cierto que una interpretación mucho más coherente y ajustada a la literalidad supone aplicar la regla 2ª del Art. 66 bis CP en todos aquellos casos de personas jurídica destinadas, totalmente, a la comisión de delitos.

Nos encontramos, por tanto, con uno de los resultados de extrapolar vía jurisprudencial las cuestionadas ideas sistémicas al campo jurídico-penal y, como puede extraerse, no resulta intrascendente: se ha establecido un tratamiento absolutamente desigual entre las personas jurídicas sin esa supuesta estructura organizativa -propia- o las creadas para delinquir y el resto de personas jurídicas, aunque todas ellas tengan

personalidad jurídica propia⁴² y en todos los casos se cumplan las exigencias de alguno de los hechos de conexión o títulos de imputación. Las implicaciones son más que evidentes. Desde nuestro punto de vista, la exclusión del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas al ente con personalidad jurídica propia cuando se ha configurado para cometer ilícitos debilita sobremanera la estrategia político-criminal que, justamente, originó el acogimiento de esta institución por parte del ordenamiento jurídico español. Irónicamente, para este tipo de casos se retorna a un estadio anterior a dos mil diez, pues se aplican las preexistentes «consecuencias accesorias» sobre la persona jurídica, que no tienen la condición de pena⁴³ y que se aplican con fundamento en la peligrosidad del ente⁴⁴. Además, son un tipo de medidas de carácter potestativo, que penden del criterio del órgano juzgador y cuya posible imposición estriba en la apreciación de «culpabilidad» de la/s persona/s físicas acusadas, no solo en la constatación del injusto. A su vez, de conformidad con el catálogo de consecuencias fijado en el Art. 129 C.P, no puede imponerse la disolución de la persona jurídica o la multa⁴⁵. Por supuesto, la expulsión de las organizaciones constituidas para delinquir del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica o aquellas conformadas con un número mínimo de sujetos conlleva que no puedan aplicarse las reglas de agravación de penas contenidas en el referido Art. 66 bis CP. Observamos como para los casos que merecerían mayor intensidad en la reprochabilidad, la línea jurisprudencial expuesta anula un cauce que posibilita la ampliación temporal de las sanciones.

En síntesis, esta particular visión jurisprudencial sustentada en una ficción especulativa como, a nuestro juicio, es la conjetura sistémica de la existencia de personas jurídicas aptas o no aptas para autoorganizarse por disponer de estructura para ello no tiene fácil acomodo en la literalidad de lo contemplado en los Arts. 31 bis y 66 bis CP. Y, además de surgir de una conceptualización débil y extraordinariamente cuestionada por los ámbitos más especializados, nos arrebatada de una herramienta político-criminal que se vislumbra como la más conveniente para perseguir y castigar a ese tipo de personas jurídicas. Sorprendentemente, se aplica un marco jurídico-penal más laxo y vetusto (imponiendo las tradicionales consecuencias accesorias previstas en el Art. 129 CP) en aquellos casos más extremos, es decir, cuando en la persona jurídica la actividad humana está focalizada en la comisión de delitos.

⁴² Respecto a la única -y nítida- exigencia consistente que el ente tenga personalidad jurídica para que esté sometido al régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica (al margen de los entes de derecho público), vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2014, p. 25.

⁴³ ZUGALDÍA ESPINAR, 1997.

⁴⁴ La STS 22 mayo 2009 (ES:TS:2009:3057), tras indicar las cuatro principales concepciones acerca de las consecuencias accesorias en el Fº Dº Centésimo Nonagésimo Tercero, determina: «Cabe sostener que las legalmente denominadas “consecuencias accesorias” son medidas de seguridad jurídico-penales lo que conlleva que su imposición deba ir rodeada de todas las garantías del Derecho Penal».

⁴⁵ Respecto a la notable relevancia de la pena de multa para las personas jurídicas y el relevante efecto disuasorio bajo la óptica del análisis económico del Derecho, vid. BAUCCELLS I LLADÓS, 2013.

2.2. *Carencia de criterios metodológicos para esclarecer el «traslado» de responsabilidad penal entre personas jurídicas tras operaciones de M&A*

La segunda muestra de que el enfoque sistémico no permite dar respuestas coherentes y metodológicamente precisas emerge en aquellos escenarios donde debe esclarecerse la procedencia/improcedencia del traslado de responsabilidad penal entre corporaciones prevista en el apartado 2 del Art. 130 CP. Como resulta conocido, en los supuestos donde la comisión de un delito se realizó por un individuo actuando dentro del perímetro o ámbito de una persona jurídica⁴⁶ (la calificaremos como originaria) que posteriormente es objeto de algún tipo de actividad de transformación, fusión, escisión, etc., no extingue la responsabilidad penal corporativa. En principio, en este tipo de operaciones, conocidas como *Mergers and Acquisitions* (M&A), la responsabilidad penal se transfiere a la persona jurídica que resulte de la operación (que calificaremos como resultante), «pudiendo» aplicar la pena correspondiente de forma proporcional a la parte de la persona jurídica originaria que permanezca en la persona jurídica resultante.

El Art. 130.2 CP no señala parámetros metodológicos que sirvan de anclaje para el análisis de la pertinencia o impertinencia del traslado de responsabilidad penal entre entes corporativos, ni mucho menos en qué proporción habría de imponerse en caso de coincidencia parcial entre persona jurídica originaria y resultante⁴⁷. Nos encontramos con una problemática que puede verse agravada en supuestos de escisión, donde dos o más personas jurídicas resultantes podrían mantener cierta porción del sustrato o núcleo identitario⁴⁸ de la persona jurídica originaria. Bajo una interpretación sistemática, podría recurrirse a lo dispuesto en el párrafo segundo del propio apartado 2 del Art. 130 CP, donde se dice que los procesos de disolución encubierta o aparentes de la persona jurídica no extinguen su responsabilidad criminal, concretando que se considerará disolución aparente cuando se mantenga la actividad económica y la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. De conformidad con lo señalado en este segundo párrafo, la coincidencia sustancial de empleados es uno de los principales elementos que muestran la persistencia del ente corporativo. Por tanto, componente humano no

⁴⁶ Entiéndase que se cumplen todas las exigencias de los hechos de conexión o títulos de imputación de la letra a o letra b del Art. 31 bis 1 CP y esa conducta antijurídica puede subsumirse en alguno de los tipos para los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁴⁷ Consideramos que la potestad al juzgador para moderar, o no, la pena en función del grado de subsistencia de identidad de la persona jurídica originaria en la resultante (pues el Art. 120.2 CP dice: «podrá moderar») tendría que tener naturaleza imperativa para garantizar cierto respeto al principio de personalidad de las penas adaptado a la compleja y muy diferente realidad corporativa («podrá», tendría que ser sustituido por de «deberá»),

⁴⁸ En este sentido, deberían guardarse especiales cautelas para que en cualquier proceso punitivo, sea de orden penal o administrativo, no se transgreda el non bis in idem por identidad de sujeto (ahora escindida y sobre la que hay que esclarecer la permanencia y su grado), hecho y fundamento, salvo para los supuestos jurisprudencialmente excepcionados (STC 152/2001, de 2 de julio y STC 2/2003, de 16 de enero), vid. GÓMEZ TOMILLO, 2019, pp. 86-88

solo debe considerarse como factor nuclear de la propia existencia -material- de la persona jurídica, sino que constituye un aspecto sustancial de su propia identidad. Pues bien, este criterio no podría situarse más distanciado de uno de los presupuestos de las ideas sistémicas: la irrelevancia de los individuos de la organización en el marco analítico de un ente con hipotética aptitud para autoorganizarse.

El grado de coincidencia entre los empleados de la persona jurídica originaria y los de la persona jurídica resultante es un aspecto que, de ser coherentes con el enfoque sistémico de autorresponsabilidad, debería ser totalmente obviado a la hora de determinar la procedencia del traslado de responsabilidad penal. Y es que, desde los postulados sistémicos, las personas físicas deben estar excluidas en los análisis sobre la identidad de la persona jurídica (por ser irrelevantes en la dinámica autoorganizativa del sistema). Particularmente representativas de esta visión son las siguientes aseveraciones de Gómez-Jara Díez (2006, p. 05:7): «La condición de miembro, por tanto, va a simbolizar la vinculación entre normas de la organización y normas de pertenencia –que no es otra que la vinculación entre las estructuras del sistema y los límites del sistema–. Así, pese a que continuamente los miembros de la organización vayan cambiando, la organización conserva su identidad». Este supuesto, errado bajo nuestro criterio, es inequívoco: la identidad de ente se desvincula de los individuos que lo conforman.

Por tanto, si se respeta y se mantiene una posición congruente con la actual doctrina jurisprudencial sistémica, resulta improcedente que en cualquier juicio de procedencia sobre el traslado de responsabilidad penal corporativa un órgano juzgador se focalice sobre el componente humano para dilucidar si, en la persona jurídica resultante, persiste o no la totalidad o parte de la persona jurídica originaria. De lo contrario, se estarían transgrediendo los presupuestos luhmannianos a los que el Alto Tribunal ha recurrido -insistimos, por el momento- para fijar el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Entendemos que no sería coherente que la jurisprudencia buscase amparo en las tesis sistémicas para concebir a la persona jurídica como ente con capacidad para protagonizar su propio defecto de organización (tratando por esa vía de eludir la problemática existente respecto al principio de culpabilidad en el Derecho Penal de la persona jurídica) y que, posteriormente, se ignoraran tales ideas para el estudio de la pertinencia del traslado de responsabilidad penal entre personas jurídicas. Si el componente humano no tiene cabida como criterio en el análisis de la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica y no constituye factor identitario de la organización desde la postura sistémica, tampoco puede ser utilizado para el subsiguiente traslado de responsabilidad penal corporativa (pues debe persistir una mínima coincidencia de identidad entre la persona jurídica originaria y resultante). De no ser así, se estaría violentando el principio de culpabilidad (bajo parámetros sistémicos) y aplicando una proscrita responsabilidad penal de carácter objetivo.

La inexistencia de criterios o pautas metodológicas que permitan clarificar el traslado de responsabilidad penal corporativa desde la visión sistémica ha podido constatarse en episodios como el surgido a consecuencia de la absorción del Banco de Valencia por parte de la entidad Caixabank (donde se acordó la impertinencia de imputar a Caixabank) o en el caso de la imputación del Banco Santander por sucesión procesal del Banco Popular tras la célebre fusión por absorción, en el que, tras el correspondiente recurso de apelación contra el llamamiento en calidad de investigado del Banco Santander, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional anuló este particular. A pesar de que pueda compartirse la revocación de la condición de investigada de la persona jurídica en estos supuestos y de que se contaba con una valiosísima normativa específica para este tipo de operaciones bancarias, no debe obviarse que las resoluciones judiciales no explicitaron el proceso de análisis mediante el cual, con arreglo a los postulados sistémicos, se determina la impertinencia del traslado de responsabilidad penal. Y no lo contemplan, porque no existe, pues la teoría de sistemas adolece de una falta de metodología que permita resolver esta tipología de cuestiones de naturaleza fáctica (donde otras teorías respaldadas científicamente, como las que señalaremos en la tercera parte, sí posibilitan la realización de análisis rigurosos).

Así, el Auto que revocó el llamamiento en calidad de investigado al Banco Santander⁴⁹, contiene una minuciosa descripción de los hechos y un examen de modelo jurisprudencialmente asumido de autorresponsabilidad basado en el defecto de organización -propio-, pero no contiene método de esclarecimiento de la procedencia del traslado conforme a la teoría de sistemas. Además, incorpora alguna aseveración sobre la que debemos discrepar, como aquella que sostiene que el traslado de responsabilidad sí sería ajustado a Derecho cuando la persona jurídica resultante hubiera formado parte del plan para eludir fraudulentamente las consecuencias penales del delito que fue cometido en la originaria⁵⁰. El rechazo a tal afirmación, cuando no persevere cierto sustrato o identidad de la persona jurídica originaria en la resultante, lo sustentamos en los dos siguientes argumentos:

1º) En la persona jurídica resultante no persiste sustrato identitario dentro del cual pudo apreciarse una realidad criminógena propiciadora de la conducta antijurídica protagonizada por algún individuo (que se dio en la originaria). Por consiguiente, en virtud de la aplicación de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas, no puede imponérsele reproche penal por un injusto que nada tiene que ver con la persona jurídica resultante⁵¹. De castigar a esta última, nos encontraríamos con un

⁴⁹ Auto núm. 246/2019 de 30 de abril de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sec. 4ª, sin ECLI.

⁵⁰ En el Fº Dº 5º del supracitado Auto se manifiesta: «[...]La transferencia de responsabilidad en los supuestos en los que se persiga eludir fraudulentamente las mismas, no sólo resulta lógico, sino que, además, es ajustado a derecho, puesto que la entidad sucesora habrá participado, en cierto modo, en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, deberá quedar debidamente acreditada, ya que de lo contrario, ello produciría una quiebra ineludible del principio de presunción de inocencia.»

⁵¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2018, pp. 161-162.

anómalo e improcedente «contagio» de responsabilidad penal objetiva por vínculo post delictum.

2º) La intervención de la persona jurídica resultante en un plan dirigido a eludir fraudulentamente las responsabilidades dimanantes del injusto cometido en la originaria surge y se presenta, necesariamente, después del injusto primario; consecuentemente, nos encontraríamos ante un posible delito de encubrimiento posterior (respecto al que no se contempla en este momento la responsabilidad criminal corporativa) o, en algún caso, con una posible participación en una insolvencia punible (que constituiría otro injusto diferenciado).

Asimismo, cabe traer a colación otro argumento contemplado en el referido Auto para sustentar la revocación de la citación en calidad de investigado del Santander. En el Fundamento de Derecho Sexto de la resolución se destaca la ausencia de conexión de esta entidad con las supuestas conductas delictivas de directivos del Banco Popular y la operación de fusión, añadiendo que se cambiaron los órganos de administración, estructuras y procesos de toma de decisiones y, por último, que se adoptaron programas de cumplimiento adecuados. Sobre ello, puede afirmarse que compartimos lo concerniente a la ausencia de conexión, pero consideramos matizables las afirmaciones relativas a las modificaciones en los órganos de gobierno y la adopción de programas de cumplimiento. Mientras que la disimilitud de los procesos decisorios y estructuras organizativas sí podría servir como fundamento para sustentar la impertinencia del traslado desde la visión sistémica, entendemos que los cambios de personal de dirección y la mera adopción de un programa de cumplimiento no sustentan la improcedencia del traslado de responsabilidad penal desde la base sistémica jurisprudencialmente establecida. De ser consecuentes con la línea jurisprudencial adoptada, la coincidencia de personas físicas de la persona jurídica originaria en la resultante no debería ser tenida en cuenta; por otro lado, la adopción de modelos de prevención de delitos en la persona jurídica resultante tiene que ser, en principio, un factor irrelevante para el esclarecimiento del traslado, lo trascendental es que permanezca la identidad. Si quiere respetarse el principio de culpabilidad, no cabe sancionar penalmente a la persona jurídica resultante sin persistencia de identidad de la originaria (disponga o no de un *compliance program*). Cuestión diferente es que la ulterior adopción de un programa o sistema de *compliance* pueda justificar la aplicación de beneficios jurídico-penales; no obstante, para valorar la posible atenuación *ex Art. 31 quater letra d* (o, según criterio de la Circular FGE 1/2016, la exención) debe permanecer -irremediadamente- la identidad de la persona jurídica originaria.

En definitiva, más allá de los conceptos a los que habitualmente se viene aludiendo al abordar la atribución de responsabilidad penal a los entes corporativos, en las primeras resoluciones judiciales que se han ocupado del traslado no se explicita procedimiento analítico que determine la pertinencia del traslado de responsabilidad penal.

Tampoco se identifican pautas claras para extraer cuándo existe persistencia parcial de identidad de la persona jurídica originaria en la resultante y cómo debería analizarse o calibrarse el grado de persistencia a los efectos de ulterior moderación de pena. Como el lector podrá inferir, nos encontramos con un panorama carente de sujeciones sociojurídicamente bien armadas que afecta a operaciones de M&A (recurrentes y con grandes intereses en juego); desconcierto que se muestra cuando observamos aquello que se examina de las *due diligence* penales realizadas antes de perfeccionar tales operaciones. En este marco, la doctrina ofrece interesantes propuestas para encarar el reto del esclarecimiento del traslado de responsabilidad criminal corporativa⁵². Algunos defienden la extrapolación de los criterios de traslado de responsabilidad de otra naturaleza, provenientes de las jurisdicciones mercantil, social, etc., mientras que otros promueven la importación de parámetros aplicados en otros ordenamientos con modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica que no son de corte sistémico o la reconfiguración de conceptos para intentar abarcar o cubrir posibles lagunas.

A nuestro juicio es imprescindible apartarse de las hipótesis sistémicas más extremas y acoger una modalidad que se erija desde aquello que los estudios contemporáneos científicamente validados nos dicen sobre lo que -verdaderamente- acontece en las organizaciones en relación al cumplimiento: cómo funcionan las dinámicas de los procesos decisorios en esos marcos organizativos, cómo se originan las influencias -criminógenas o no- en tales contextos de interacción, el examen del factor estratégico y de las posiciones dominantes o estratégicamente ventajosas, etc. En definitiva, entendemos que no deben ignorarse tales extremos y que el componente humano es fundamental para poder realizar un análisis exhaustivo de la atribución y del traslado responsabilidad penal a las personas jurídicas; por ello, venimos defendiendo la adopción de un modelo actualizado que tome en consideración lo apuntado: un ecléctico *modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica*, cuya síntesis de sus componentes jurídico-penales esenciales y principales elementos que lo vertebran se expondrán a continuación.

3. Lineamientos del modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica: neoinstitucionalismo, teoría de juegos y *behavioral compliance*

3.1. *El reproche penal sobre la persona jurídica y posiciones respecto a la inimputabilidad y el traslado*

A efectos expositivos, el punto de partida será el resultado jurídico-penal de imbricar los conceptos teóricos y metodológicos que se proponen, esto es, la justificación inmediata de la atribución del reproche penal sobre la persona jurídica cuando

⁵² Especialmente remarcables: ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, 2020, pp. 195-224; GOENA VIVES, 2020; DEL ROSAL /LIGHTOWLER-STAHLEBERG, 2018.

algún individuo que actúa dentro de su perímetro protagoniza un injusto para el que se prevé la responsabilidad criminal corporativa. Posteriormente, se relacionará del episteme sociojurídico que nutre y sustenta esa perspectiva antrópica del Derecho Penal de la persona jurídica. A pesar de que el proceso configurador sigue la lógica inversa, entendemos que tal prolepsis, donde ya se conoce el resultado en el ámbito jurídico-penal, facilita la asimilación de los elementos que vienen a sustentarla sociojurídicamente.

Desde el modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica que promulgamos, la persona jurídica es analizada como un contexto o marco de procedimientos, pautas o prácticas aceptadas en una esfera de interacción. El ente es un agente que influye sobre las conductas de los individuos; sin embargo, no se obvia que esas influencias presentes en el contexto corporativo no son originadas por la propia persona jurídica, pues, en último término, siempre devienen de las personas físicas que la constituyen o forman parte de ella⁵³. El componente humano resulta esencial en el examen. La persona jurídica constituye una realidad susceptible de recibir sanción penal, sí, pero sin llegar a considerarla como un hipotético sistema autónomo, con capacidad para autoorganizarse y autodirigirse con independencia de los miembros de la organización. En consecuencia, desde el plano fáctico la persona jurídica es incapaz de protagonizar un injusto -propio-, pero será receptora de sanción penal ante la concurrencia de las exigencias previstas en alguno de los hechos de conexión (cuya concurrencia imposibilita una asignación objetiva de responsabilidad penal) y la apreciación en su seno de constricciones propiciadoras del delito. Dado que la persona jurídica no tiene aptitudes para desarrollar verdaderamente un injusto propio, solo podrá declararse su responsabilidad penal cuando se vislumbre una «culpabilidad heterogénea», de configuración muy diferente a la culpabilidad inflexible aplicada a las personas físicas, pues la idiosincrasia corporativa poco puede asimilarse a las características de la *psique* y la condición humana. La culpabilidad se presentará en la persona jurídica cuando, en ese contexto, se aprecia una impronta sobre los miembros que permite la comisión irregularidades de trascendencia penal⁵⁴. En este caso, la realidad criminógena resultado de las influencias generadas en ese ámbito de interacciones estratégicas -como es la persona jurídica- se identifica con tal contexto propiciador del delito (que realmente es protagonizado por una o varias personas físicas).

⁵³ AGUILERA GORDILLO, 2017, pp. 75-126 o AGUILERA GORDILLO, 2022, pp. 199-258, entre otros.

⁵⁴ Culpabilidad heterogénea que no se sitúa dentro un artificio organizacional que asume la presencia de un hipotético sistema que se autoorganiza sin intervención de las personas físicas, sino que se extrae del contexto de «constricciones», y prácticas aplicadas por estas en la persona jurídica y se determina si, aunque existan claros mandatos realizados desde lo público para que se respete el cumplimiento y control de riesgos en las corporaciones, existen constricciones que favorecen la comisión de conductas impropias (contexto criminógeno que despliega efectos sobre los individuos, a pesar de la recepción de los dichos mandatos emitidos desde los poderes públicos). En contraste, la adopción y ejecución eficaz de un programa de cumplimiento o, en su caso, de un sistema de gestión de *compliance*, constituiría una clara evidencia de la materialización de constricciones tendentes al cumplimiento y el adecuado control de riesgos de posible trascendencia penal.

A esta síntesis, la previa adopción y ejecución eficaz de un *compliance program* con mecanismos y controles idóneos para la prevención del delito se presenta como una muestra evidente de la existencia de constricciones tendentes al control de riesgo humano de conducta delictiva. Bajo tal supuesto, se detendría la punibilidad sobre la persona jurídica, en tanto que los *compliance programs* o sistemas de gestión de *compliance* no pueden ser un elemento negativo del tipo (como sostiene la línea jurisprudencial sistémica), sino que constituyen una causa que excluye la punibilidad corporativa; característica que, consideramos, se alinea de manera más precisa -y franca- con la literalidad de los términos «exenta»/«exención»⁵⁵ y la estructura de los apartados 2, 4 y 5 del Art. 31 bis CP. En definitiva, que una persona jurídica sea -o no- castigada penalmente dependerá de la apreciación de constricciones tendentes a propiciar -u obstaculizar- el injusto que cometió alguna persona física de la organización. Si se demuestra que no existió realidad criminógena corporativa, no podrá castigarse penalmente a la persona jurídica. Si a la realidad criminógena se le quiere denominar defecto organizativo, no hay inconveniente, pero se trataría de un defecto organizativo no autogenerado (impropio), pues el origen radica en el componente humano y no en un humanizado sistema autopoiético. Y, cabría agregar que, al contrario de aquello que ha de sostenerse desde los presupuestos sistémicos, la implementación y ejecución eficaz de un *compliance program* o sistema de *compliance* no se subordina a un sistema independiente como muestra de la inexistencia de un defecto organizativo estructural -propio-, sino que depende totalmente de la labor desarrollada y el compromiso asumido por el componente humano de la organización.

Como prevé de manera inequívoca el Código Penal en el primer apartado del Art. 31 bis CP, las personas jurídicas son penalmente responsables «de los delitos cometidos» por personas físicas con funciones especialmente relevantes (letra a) y por aquellas subordinadas a las primeras (letra b)⁵⁶. Conforme a lo taxativamente señalado, no puede existir delito corporativo en sentido estricto (aunque así se afirme desde posiciones sistémicas). Es decir, con la incorporación de la institución de la responsabilidad penal corporativa, las personas físicas siguen siendo las únicas capaces de protagonizar un injusto a pesar de que: a) quiera sostenerse que las personas jurídicas también lo son recurriendo a conjeturas sistémicas, puestas en duda desde la propia bibliografía más especializada y b) ello suponga realizar interpretaciones un tanto des-

⁵⁵ La concepción de los *compliance programs* como factor negativo de la tipicidad, es otro aspecto rebatido, de manera mayoritaria, por la doctrina (aunque algunos lo consideren causa de exclusión de antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad), cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 654; o MORALES HERNÁNDEZ, 2018, p. 367. Cabe destacar, además, la solvencia de los contenidos al respecto en el amplitud y solidez del voto particular de la reiteradamente citada STS 29 febrero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613), que concibe al *compliance program* como causa que excluye la culpabilidad y subraya que la carga de la prueba de ello debería recaer sobre la defensa.

⁵⁶ DEL ROSAL BLASCO, 2015, pp. 88-89, denomina al conjunto de presupuestos dispuestos en la letra a) y b), norma general y norma especial, respectivamente.

virtuadas de la literalidad de los preceptos del Código Penal aplicables a las corporaciones.

El ente corporativo sí recibe reproche penal, pero no consideramos procedente que la solución al conflicto dogmático y de principios aplicados tradicionalmente a un Derecho Penal de las personas físicas sea recurrir a la ficción especulativa consistente en que empresas, fundaciones, asociaciones, etc., pueden autoorganizarse sin intervención de sus miembros, para luego aplicarles unos criterios idénticos a los de las personas físicas. Por ello, en el modelo antrópico, la persona jurídica es considerada como un agente o factor de influencias, núcleo catalizador de lo que en el ámbito sociológico se conoce como *collective action*⁵⁷. El ente incide en las personas físicas de la organización (que, en todo caso, siguen detentando capacidad para actuar libre y conforme a sus decisiones, sin sometimiento a un supuesto sistema). La existencia y efectos de ese factor ubica su justificación científica en el *neoinstitucionalismo* o nuevo institucionalismo, un corpus de estudio de las dinámicas decisorias en las organizaciones que sobrepasa los planteamientos de la teoría de la elección racional, integrando en los análisis tanto a personas físicas como al papel de las organizaciones, concibiendo la vinculación entre la acción de los individuos y organizaciones como un proceso mutuamente constitutivo y, consecuentemente, significativo: las personas físicas constituyen un contexto formado por reglas o constricciones, la propia persona jurídica, que influye sobre las propias personas físicas.

Como se expondrá, al igual que otro de los componentes del modelo antrópico, la teoría de juegos, el neoinstitucionalismo cuenta con amplio respaldo científico y con el soporte que conlleva que varios Premios Nobel hayan sido galardonados por sus desarrollos (Elinor Ostrom, Friedrich Hayek, John Nash, John Harsanyi, Reinhard Selten, etc.). Nos encontramos con una aspecto que, como el lector ha podido extraer de la primera parte del artículo, contrasta radicalmente con la teoría de sistemas utilizada para tratar de justificar la línea jurisprudencial sobre el modelo de autorresponsabilidad; de hecho, es muy significativo que de las más de veinticinco teorías y metodologías para el análisis de las organizaciones que suelen contemplarse, la frágil y muy cuestionada teoría de sistemas⁵⁸ siga reconociéndose, más bien, como resquicio del momento de eclosión que tuvo en el siglo pasado (aspecto que tendría que haber permeado al escenario jurisprudencial).

El neoinstitucionalismo destaca por considerar al ente corporativo y la interacción de individuos en el grupo como elementos incluidos en el análisis, incorporando el elenco de conductas posibles, puestos ocupados en el organigrama, costes y beneficios de las decisiones, flujos de información, etc., circunstancias que tienen un gran valor para el esclarecimiento de las responsabilidades penales. Además, junto a la inclusión del contexto social en el proceso de análisis, el neoinstitucionalismo toma

⁵⁷ HOLAHAN/LUBELL, 2009, pp. 186-208.

⁵⁸ Ampliamente, ADLER/DU GAY/ MORGAN/ REED, 2014.

en consideración la propia configuración de las organizaciones y lo hace de manera armonizada, sin quebrar la lógica seguida desde los ámbitos económico, jurídico, sociológico, etc. Es decir, hablamos de un corpus teórico científicamente consolidado, refinadísimo y armonizado que reúne aspectos del análisis racional, institucional y la teoría de juegos (atributo que debemos a Ostrom⁵⁹. En línea con lo apuntado con anterioridad, en el modelo antrópico no se castiga a la persona jurídica por dirigir y ejecutar su propio injusto (punto fácticamente imposible), sino porque constituye cierto contexto criminógeno (mayor o menor) configurado por la interacción de individuos que propicia el delito finalmente protagonizado por una o varias personas físicas. La sanción penal que se le impone no es una reacción frente a una conducta corporativa antijurídica, sino por la existencia de «constricciones» -o influencias, procedimientos, prácticas- tendentes a la materialización del riesgo de conducta delictiva (conducta humana, por supuesto). De ahí que propugnemos el deber de asumir lógicas mutaciones en el principio de culpabilidad y personalidad de las penas, fruto de la actualización y adaptación a la compleja realidad corporativa, en lugar de tratar de tergiversar la realidad atribuyendo a las organizaciones cualidades de las que carecen. Por consiguiente, entendemos que valerse de sencillos equivalentes funcionales para tratar a una ficción organizacional de modo similar que a las personas físicas es seguir una dinámica incoherente. Lo lógico sería analizar la realidad corporativa de manera rigurosa y, con tal basamento, reconfigurar los principios de culpabilidad y personalidad de las penas, que sí son transformables. Asumir que existe la posibilidad de extraer, por ejemplo, una culpabilidad subjetiva en la persona jurídica de forma semejante que a una persona física evidencia el gran distanciamiento que existe entre lo que nos muestran los estudios científicos provenientes de las Ciencias Sociales experimentales y cierto dogmatismo jurídico-penal. No podemos cambiar la realidad de lo que acontece en las organizaciones, profundicemos en las tesis sociojurídicas y adaptémonos a las formas de estudio de esa nueva realidad a analizar en el marco jurídico-penal, sin incluir en simplismos o en falsas personificaciones del ente.

En todo caso, la persona jurídica debería ser exonerada de responsabilidad penal -antrópica- cuando se observe la ejecución de un sistema de *compliance* o modelos de organización y gestión que contengan medidas, acciones o controles eficaces para prevenir el riesgo de comisión de ilícitos. La absoluta trascendencia del componente humano y el incentivo político-criminal para que se generen constricciones que disuadan de conductas delictivas (materializado en forma exoneración por la ejecución de sistemas de *compliance*) se evidencia, por ejemplo, en el Art. 31 bis 2.2^a cuando exige la presencia de «medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión». En sentido similar, se pronuncia la fiscalía cuando, entre las pautas exegéticas

⁵⁹ OSTROM, 2005.

para valorar la existencia e idoneidad de los programas de *compliance*, destaca que deben disuadir de «conductas» criminales⁶⁰. A tal efecto resulta absolutamente pertinente recurrir a los resultados de estudios y experimentos relativos a los procesos de toma de decisiones ligados al cumplimiento/incumplimiento. Partiendo de la elección racional y su evaluación primigenia sobre el coste/beneficio de la decisión (no olvidemos que el beneficio para la organización constituye un requisito *sine qua non* para la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica), progresaremos hacia una concepción acerca de la decisión en contextos estratégicos donde incorporemos aspectos menos racionales que afectan a la toma de decisiones. Se asume, pues, el avance del enfoque del *homo economicus* hacia el *homo sociologicus*, que interactúa y adopta decisiones en las organizaciones con arreglo a una racionalidad limitada (*bounded rationality*) por múltiples factores. Por ello, en un análisis integral para esclarecer la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica debería introducirse aquello que se conoce como «behavioral compliance» o Ciencias del Comportamiento aplicadas al *compliance*⁶¹.

Otro de los pilares nucleares del modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica que se expondrá de manera concisa es el recurso a la modelización que se realiza desde la teoría de juegos («game theory»), tanto para clarificar la atribución de responsabilidad al ente como para realizar un análisis predictivo de riesgos penales corporativos más preciso y adaptado a la naturaleza dinámica de los mismos, de modo que se postergue a un segundo plano a los recurrentes análisis de riesgos probabilidad/impacto⁶². La teoría de juegos destaca por su gran valor en la clarificación de procesos y dinámicas de actuación donde intervienen distintos agentes y coexisten diversas estrategias. Por ello, gobiernos, agencias, empresas, etc. recurren a esta teoría tanto para realizar evaluaciones previas a la toma de decisiones como para el propio estudio y elaboración de modelos avanzados de predicción relativos a las cuestiones más variadas (escenarios bélicos, preferencias de consumidores, mercado bursátil, análisis epidemiológicos, etc.). Como veremos, se trata de una metodología que goza de una sobrada validez científico-experimental y que, además, permite explicar por qué se configuran las propias instituciones, por qué se coopera, por qué

⁶⁰ Circular FGE 1/2016, p. 26: «Segunda.-... Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuade de conductas criminales.»

⁶¹ Por ejemplo, clarificando si, en ese contexto de influencias, se diseñaron y aplicaron medidas (como los célebres *nudges*) o controles tendentes a la evitación de conductas delictivas. Sobre el concreto recurso al *behavioral compliance* y el uso de las conclusiones de la experimentación científica para optimizar la eficacia de los programas o sistemas de *compliance* y para realizar o «informes periciales» avanzados de análisis de programas de prevención o sistemas de *compliance*, vid. AGUILERA GORDILLO, 2022, pp. 633-653.

⁶² Por una cuestión de espacio y concreción, en este artículo incidiremos en lo relativo al uso de la teoría de juegos como metodología que venimos propugnando para el esclarecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica y no a su uso como técnica de vanguardia para realizar un adecuado análisis de riesgos penales dentro de los programas de prevención o sistemas de *compliance*, del que también hemos sido precursores.

surgen conflictos o nos dotamos de normas. En este marco, la convergencia de las aportaciones extraídas del «behavioral compliance» y la teoría de juegos nos ofrece el «behavioral game theory»⁶³, un campo excepcional para conocer cómo funcionan y qué sucede realmente en el seno de las organizaciones. Entendemos que todo ello no debería ignorarse si quiere adoptarse un modelo de responsabilidad criminal corporativa sociojurídicamente cohesionado, actualizado y metodológicamente bien armado.

El encaje del modelo antrópico en una diatriba donde existen dos líneas principales muy alejadas (autorresponsabilidad sistémica vs. responsabilidad vicarial estricta) y un número significativo de propuestas eclécticas o submodalidades no resulta sencillo. Podía decirse que se sitúa en la equidistancia, pero no sería preciso. En algunos aspectos, se encuentra cercano al modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho ajeno, porque se asume que la acción penal -e injusto- solo se realiza por personas físicas, respetando las nociones y conceptos que tradicionalmente se venían aplicando en el Derecho Penal. Desde esta óptica, la conducta delictiva en concurrencia con las restantes exigencias de alguno de los conocidos como hechos de conexión no constituyen un mero presupuesto⁶⁴ o hecho preliminar de otro hipotético injusto -propio- de la persona jurídica, sino que forman el componente principal de activación de la responsabilidad penal corporativa. A partir de este punto el modelo antrópico se aproxima al modelo de autorresponsabilidad, pues se concibe a la persona jurídica como un contexto o agente de influencias (no autogeneradas) cuya culpabilidad heterogénea sí es de posible declaración cuando tales influencias o «constricciones» fueron proclives al incumplimiento en el momento de comisión del injusto, al existir una realidad criminógena propiciadora del delito.

Del mismo modo que no pueden negarse los gravísimos déficits e incongruencias de la línea o enfoque estrictamente sistémico dentro del modelo de autorresponsabilidad, es conocido que la aplicación rigurosa de un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho ajeno presenta notorios problemas de compatibilidad con la aplicación de ciertos principios. Ello puede suceder con los principios de culpabilidad o personalidad de las penas⁶⁵ si, para evaluar su observancia, se sigue un

⁶³ Entre muchas obras, resulta especialmente representativa la aportación de HOEHLER/HARVEY, 2004 y DURLAUF/BLUME (2010)

⁶⁴ El Fº Dº Tercero del Auto del Juzgado Central de Instrucción Nº. 6 de 29 de julio de 2021 (sin ECLI), se sintetiza adecuadamente la diferencia construida por la línea jurisprudencial sistémica entre fundamento y presupuesto:

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

⁶⁵ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 604.

esquema de filtrado idéntico al que se ha venido aplicando sobre las persona físicas (ignorando la propia naturaleza disímil y más sofisticada impronta de la persona jurídica). Es decir, no parece factible una aplicación semejante de tales principios a personas físicas y jurídicas⁶⁶. El modelo antrópico acepta esta realidad muy diferenciada y lo hace manera franca, sin «humanizar» a la persona jurídica y sin recurrir a equivalencias artificiosas. Se asume, por tanto, que el esquema ha de ser distinto, que no puede obviarse el componente humano como titular de conductas típicas, que son las propias personas físicas que conforman la persona jurídica y las que vienen a generar ese contexto de «constricciones». En consecuencia, podemos afirmar que se sitúa junto al modelo de autorresponsabilidad, pero distante de los postulados luhmannianos al no aceptar que la persona jurídica sea un ente autónomo con facultades que le permitan cometer un injusto propio aislado del individuo, puesto que, evidentemente, el ente no tiene conciencia propia ni de su entorno y tampoco tiene aptitud para organizarse a sí mismo.

En el proceso analítico que se realiza desde esta propuesta antrópica de responsabilidad penal de persona jurídica, el injusto del individuo es el punto donde comienza la divergencia en el examen sobre la atribución de responsabilidades penales a la persona física y a la jurídica (no antes). Dándose el injusto procede clarificar si se presentan los restantes componentes que puedan determinar la culpabilidad y punibilidad de esa persona física; a su vez, procede el esclarecimiento de la culpabilidad heterogénea de la persona jurídica y, en su caso, de la punibilidad. Nos situamos ante dos cuestiones críticas en el seno del proceso penal que no tienen por qué tener el mismo desenlace, pero el necesario punto de partida sí debe ser el mismo: el hecho de la persona o personas físicas que protagonizan un delito para el que se contempla reproche penal sobre la jurídica. Al contrario de lo que entiende la actual doctrina jurisprudencial aplicada por el Alto Tribunal español, el injusto de la persona física no se concibe como un mero presupuesto que, en el análisis, puede desligarse de un hipotético injusto corporativo⁶⁷. No es posible tal descomposición más allá de la frágil teorización luhmanniana porque en el terreno ontológico no existen evidencias

⁶⁶ Es más, podría apuntarse a que las diferencias entre entes morales y personas físicas van más allá. De lo contrario, no se entendería por qué no se ha puesto en duda la constitucionalidad o mera legalidad de la pena de muerte para la persona jurídica (en virtud de la aplicación de la disolución ex Art. 33.7 letra b C.P.).

⁶⁷ El Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 6 de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2021 (sin ECLI), resume adecuadamente la postura sistémica que abraza jurisprudencialmente el Tribunal Supremo; en el F° D° Tercero de la resolución se dice: «... a la hora valorar en las fase preparatoria la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos distinguir entre el “fundamento” de la responsabilidad del ente (incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos), y “el presupuesto” para que dicha responsabilidad pueda surgir (la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica según el Código Penal por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP), en el buen entendimiento que la persona jurídica no responde por el hecho del tercero, sino por haber sido posible, o por haber facilitado el delito, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa (autorresponsabilidad).»

científicas de un injusto corporativo ni mucho menos que esté aislado del componente humano. Ahora bien, como se ha dicho, esto no empece para que las conclusiones acerca del reproche penal a persona física y a persona jurídica puedan tener distinto final, pues se presentan -o pueden presentarse- intereses susceptibles de conflictuar, criterio que sí se alinea con aquello de lo que reiteradamente alerta el Tribunal Supremo, entre otras, en su STS 11 noviembre 2022⁶⁸(ECLI:ES:TS:2022:4116).

En lo concerniente a la posición que, desde el modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica, se asumiría respecto a la imputabilidad o «inimputabilidad» de los entes configurados para delinquir o carentes de hipotética estructura que les permita autoorganizarse, debemos manifestar que, en principio, se mantendría la determinación de su imputabilidad. Por un lado, debemos ratificarnos en la argumentación presentada en la segunda parte de artículo sobre que la interpretación más razonable de lo taxativamente contemplado en el Art. 31 bis y en la regla 2ª del Art. 66 bis CP es concebir a estas personas jurídicas como entes imputables; subrayando que no solo no deben estar excluidas del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que son merecedoras de agravación penológica. Sobre este particular, podría añadirse que en el Código Penal no se localizan preceptos que apunten a lo contrario y que esta posición se ajustaría mejor al propósito político-criminal perseguido con la incorporación de la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Asimismo, consideramos que cuando nos encontramos con personas jurídicas creadas para realizar actividades delictivas bajo su ámbito también pueden mostrarse claras influencias o constricciones generadas en ese contexto corporativo.

Precisamente, podrá ser mucho más sencillo decretar que tales constricciones son propiciadoras de conductas irregulares o delictivas en personas jurídicas configuradas exclusivamente para delinquir o en aquellas donde el componente humano no sea muy numeroso. Sobre el primer supuesto, como ya se ha expuesto, la mayor complejidad organizativa, el organigrama o el número de subordinados y directivos, etc. no son características vinculadas con los fines perseguidos en la persona jurídica (que puede ser lícitos o ilícitos). Por su parte, las influencias o constricciones en sociedades carentes de estructuras o entes instrumentales serán menores que en el caso anterior, incluso mínimas; de cualquier modo, como desde el modelo antrópico se explica que tales constricciones son originadas por la actividad humana y no por un hipotético sistema que autónomamente se organiza, la justificación sociojurídica del reproche sobre la persona jurídica seguiría vigente siempre que la impronta generada, sea más o menos compleja, deviniera de actividad humana. Cuestión dife-

⁶⁸ Se dice en el Fº Dº Cuarto.1.: «[...] en principio, su derecho de defensa no quedaba cubierto por la imputación a la persona física, pues los criterios de imputación a una y otra son diferentes y la línea de defensa no tiene por qué coincidir, y los intereses en juego pueden entrar en conflicto». Entre otras con similar sentido, cfr. STS 8 marzo 2019 (ES:TS:2019:757).

rente, que resulta necesario resaltar por entender que constituiría el límite de la impunitividad de las personas jurídicas, es la procedencia de excluir del régimen a aquellos entes cuando, de no ser así, se transgrediera el *non bis in idem* (respecto al que el Tribunal Supremo español señala juiciosamente al criterio de la alteridad como parámetro distintivo⁶⁹). Igualmente, cabe sostener que una modificación de criterio jurisprudencial, de modo que se declare posibilidad de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas configuradas para delinquir siempre y cuando no se afecte al *non bis in idem* paliaría la problemática que va a ir emergiendo en relación con el elenco de cuestiones planteadas con anterioridad⁷⁰ (interrogantes que, sin duda, se van a seguir planteando en Juzgados y Tribunales y que, creemos, son difícilmente solventables si se tratan de encarar desde las cuestionadas hipótesis sistémicas).

Por otro lado, en lo relativo al esclarecimiento del «traslado» de responsabilidad penal a personas jurídicas que resulten de operaciones M&A, procede indicar que, desde el modelo antrópico, se recurriría a un «proceso de cotejo»⁷¹ que analice el grado de identidad de la persona jurídica «originaria» (en cuyo ámbito se cometió el delito) persiste en aquella «resultante» de alguna operación de M&A. En orden a determinar qué parámetros se van a acoger para realizar la operación de cotejo, partimos de que, en tal examen no nos encontramos -realmente- con estructuras más o menos complejas configuradas por un sistema autopoiético, sino con políticas, procedimientos, prácticas, controles, etc. es decir, «constricciones» que, en último término, siempre son diseñadas, adoptadas y aplicadas por las personas físicas que conforman la organización. Consecuentemente, el componente humano y su impronta en el contexto corporativo tendrán un papel preponderante para extraer los rasgos identitarios de la organización.

En esta visión antropocéntrica del cotejo, que evita desviar la atención sobre un artificioso sistema que se autoorganiza, el criterio principal para medir el grado de persistencia de la identidad de la persona jurídica originaria en la resultante es la coincidencia del componente humano. Este elemento es determinante a la hora de clarificar la persistencia identitaria y, por tanto, la procedencia del traslado de responsabilidad penal corporativa al ente resultante. En el marco de este parámetro, la coincidencia de sujetos que ocupaban puestos decisorios, de control o supervisión en

⁶⁹ La STS 27 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:747) expone, en su Fº Dº Octavo, lo siguiente⁶⁹: «El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del *non bis in idem*, sino la misma racionalidad de las cosas».

⁷⁰ Interrogantes planteados en el apartado 2: ¿qué sucede cuando una persona jurídica inicialmente creada para delinquir desarrolla una pequeña parte de actividad lícita durante el transcurso de unos meses -o años-? ¿Qué debe suceder si esa actividad legal desarrollada con posterioridad a su creación con objetivos delictivos se torna mayoritaria? ¿Qué parámetros son los aplicables para discernir entre actividad lícita «relevante» o «irrelevante» a estos efectos?».

⁷¹ AGUILERA GORDILLO, 2021, pp. 15-44.

la persona jurídica originaria y en la resultante constituye el subcriterio que intensifica la apreciación de la persistencia identitaria. En cambio, la coincidencia de empleados subordinados o de trabajadores alejados de las áreas o departamentos implicados en el injusto será un factor bastante más débil para la percibir coincidencia de identidades. Por tanto, las funciones o puestos que desempeñen los sujetos que trabajaban en la persona jurídica originaria y que, ahora, trabajan en la resultante, constituyen un criterio relevante a estos efectos. El número empleados, directivos, autónomos sometidos al ámbito del ente que trabajaban para la persona jurídica resultante y que, ahora, trabajan para la originaria, también tiene relevancia, sobre todo a la hora de fijar el grado de coincidencia de identidades y, por tanto, para la aplicación de la cláusula de moderación de la pena contemplada en el parte final del primer párrafo del Art. 130.2 C.P. Por consiguiente, para la apreciar la persistencia de identidad (y su grado) o la ausencia de ella, deberá atenderse al porcentaje de sujetos que permanecen en la persona jurídica resultante, muy particularmente de aquellos que formal o materialmente desempeñen puestos decisorios, de control o de supervisión.

Igualmente, en el cotejo deben incorporarse las «constricciones» generadas por el componente humano que existían en el momento en que tuvo lugar el injusto protagonizado por una persona física. Tal parámetro está configurado por el análisis y contraste los protocolos, prácticas aceptadas, políticas, etc. (o ausencia de ellos) que se aplicaban realmente -o no- en el ente cuando se cometió el delito. Así, de evidenciarse que en la persona jurídica resultante persiste la misma tipología de constricciones (tendientes o proclives a la comisión de irregularidades en su seno) nos encontraríamos con otro factor que apuntaría a la procedencia del traslado de responsabilidad penal. En este supuesto, al mantenerse en la persona jurídica resultante las mismas constricciones patrocinadoras de irregularidades, se muestra cierta persistencia de esa realidad criminógena propiciadora del delito cometido bajo el ámbito de la originaria⁷². Por tanto, cuando sea palpable una coincidencia muy sustancial del componente personal de ambas personas jurídicas (sobre todo de los sujetos que ocupan los órganos decisorios) y la persistencia de las mismas constricciones en el contexto corporativo de la persona jurídica resultante, no deberían existir dudas sobre la procedencia del traslado de responsabilidad penal de la persona jurídica.

⁷² En este ámbito, la realización de una due diligence penal previa al perfeccionamiento de la operación correspondiente permite mostrar cierta preocupación por conocer posibles riesgos de trascendencia penal en la persona jurídica originaria; sin embargo, como se dijo anteriormente, sin la coincidencia de identidades entre ente originario y resultante, no cabría aplicar el traslado de responsabilidad penal. Si no existe tal persistencia y se procede al traslado, asistimos a un soslayo de la necesaria culpabilidad imponemos una responsabilidad objetiva a la persona jurídica resultante.

3.2. *Sustento sociojurídico de la culpabilidad corporativa: neoinstitucionalismo y «constricciones» en la persona jurídica*

Las nociones y teorías planteadas para configurar el corpus teórico-metodológico del modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica de corte antrópico (neoinstitucionalismo, *collective action*, *behavioral game theory*, etc.) encuentran en la originaria teoría de la elección racional y la búsqueda del beneficio un punto de partida; si bien es cierto que tales nociones se encuentran más evolucionadas que la teoría elección racional, no puede ignorarse que la búsqueda del beneficio es un elemento muy sustantivo en los procesos de *decision making* que tiene lugar en contextos corporativos y, sobre todo, una nítida exigencia normativa para la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. Al mismo tiempo, debemos asumir que la lógica político-criminal perseguida con la responsabilidad penal de la persona jurídica y el subsiguiente efecto eximente de los *compliance programs* (o, en su defecto, atenuante) es fomentar el diseño y despliegue de mecanismos autorregulatorios eficaces para la prevención, detección y reacción frente a incumplimientos de trascendencia penal en los complicados escenarios empresariales. Consecuentemente, para que puedan tener lugar los efectos de prevención general y especial, es ineludible aceptar que los sujetos implicados desarrollan comportamientos que surgen de un proceso mental racional, al menos, sustancialmente (aunque más adelante veremos que sufren alteraciones que dimanen de aspectos irracionales) o que, independientemente de la decisión finalmente adoptada, incorporan al reproche penal de posible recepción entre los elementos de juicio abarcados en la valoración de costes y beneficios de su decisión. En caso contrario, si entendiéramos que la parte nuclear que guía las decisiones y conductas desarrolladas en los marcos corporativos obedecen a improntas irracionales, impulsos y sesgos, la prevención general y especial quedarían anuladas ante la incapacidad de atender el mandato realizado desde el Derecho Penal. No podría darse efecto disuasorio sobre los sujetos, el devenir empresarial sería algo parecido a una lotería y la aplicación de cualquier proceso o control ordinario resultaría poco inútil.

Por todo ello, antes de señalar algunos de los puntos clave del neoinstitucionalismo, de la necesaria incorporación de los aspectos menos racionales en los procesos decisorios o de la modelización matemática en escenarios de interacción estratégica con múltiples factores, se estima procedente indicar la relevancia de la elección racional para conocer uno de los soportes de los procesos de toma de decisiones en grupos y corporaciones, incluso para entender mejor los procesos de cooperación y la configuración o diseño de las organizaciones que, como desarrolla Abell (2014, p. 14 y ss.), siempre emergen como instrumentos de cooperación; esto es, son creadas por individuos para alcanzar ciertos fines u objetivos. Sintéticamente, puede afirmarse que la teoría de la elección racional se construye sobre el andamiaje de la conocida como teoría formal de la decisión; una teoría que, desde las diversas ramas

(socio-jurídica, económica, criminológica, etc.), viene a considerar a los individuos como tomadores de decisiones basadas en análisis costes/beneficios -de cualquier naturaleza, no solo pecuniaria- del elenco de opciones posibles⁷³. Lo que guía a los tomadores de decisiones son las preferencias, que son jerarquizadas y gozan de transitividad. Consecuentemente, para el estudio de la decisión han de clarificarse el elenco de posibles decisiones que pueden adoptarse (conjunto factible) e incorporar el elenco de consecuencias, ya que se tomará aquella decisión sobre que pueda anticiparse una mejor consecuencia, esto es, la que más se prefiera teniendo en consideración las ventajas y perjuicios del elenco de opciones. Desde esta óptica, la pieza clave de los procesos de decision making es la búsqueda de la maximización del beneficio y se mantiene tal criterio en el seno de las organizaciones.

Si un administrador o directivo de una entidad mercantil decide desarrollar un comportamiento respetuoso con los procedimientos sin que pueda apreciarse una irregularidad de trascendencia penal es, precisamente, porque su propósito es lograr un beneficio para su organización y, en última instancia para él mismo (p. ej.: porque logra un objetivo determinado, un bonus, un ascenso, porque ahorra tiempo/esfuerzo o, sencillamente, porque se mantiene su nivel de ingresos). Igualmente, cuando decide incumplir con los procedimientos y protagonizar una irregularidad, el propósito es similar: alcanzar la maximización del beneficio. Por tal razón, el incremento del efecto disuasorio a través de castigos más gravosos o el salto de nivel jurisdiccional hacia el Derecho Penal han sido estrategias incardinadas en el conocido como análisis económico del Derecho sustentado en la elección racional (línea defendida, entre otros, por los Premio Nobel Coase y Becker⁷⁴). Se trata de impedir que el incumplimiento compense en la evaluación o ponderación costes/beneficios. En el área de la Criminología, Bermejo (2015, pp. 305-327) aborda los desarrollos de la teoría de la oportunidad y de las estrategias de prevención situacional, que constituyen buena muestra del influjo de la elección racional para el estudio de la prevención del delito. El diseño institucional basado en check & balances dentro de las empresas, la implementación de controles en los procesos o la aplicación de códigos de conducta son algunas de las numerosísimas evidencias del acogimiento de la teoría de oportunidad en el terreno del *compliance*. Aminoramos el riesgo de conducta delictiva a través de la reducción de las posibilidades de acaecimiento -dentro del conjunto factible- y de los incentivos de delinquir por parte del potencial incumplidor junto con el aumento de controles y la elevación de costes en caso de materializarse.

McCarthy (2002, pp. 418-423) nos ofrece una sinopsis de los puntos más determinantes de la elección racional aplicada a las organizaciones y colectivos, entre los

⁷³ Para profundizar en los caracteres que la conforman, vid. SATZ/FEREJOHN, 1994; BELL/RAIFFA/TVERSKY, 1988.

⁷⁴ CONGREGADO/POMARES/RAMA, 2001, pp. 331-339.

que cabe señalar la importancia de los flujos de información, los elementos que configuran el riesgo o la incertidumbre, las tendencias relativas al juicio de estabilidad de las preferencias y su relación con el *behavioral economics* o la defensa de la teoría de juegos⁷⁵ como herramienta científica para clarificar el conjunto de conductas posibles y las «posiciones de dominio» en un contexto de interacción como son las organizaciones. Además, no ignora que hay criterios menos racionales o vehementes que intervienen en los procesos de toma de decisiones. Esta inclusión del componente irracional a la hora de analizar el cumplimiento en las organizaciones, es decir, las influencias generadas de manera más impulsiva o menos reflexiva fue una de las carencias de los postulados primigenios de la elección racional originaria⁷⁶, por lo que se observa una mejora sustancial en esta línea teórica. Asimismo, desde una visión primigenia de la elección racional lo que sucedía en las organizaciones era concebido como el producto del cúmulo de conductas de los individuos de un determinado contexto. Esto coartaba la eficacia del análisis, ya que no resulta preciso considerar que las actuaciones conjuntas realizadas por grupos de personas o miembros de organizaciones cuando persiguen lograr objetivos comunes (noción de *collective action*)⁷⁷ es un mero sumatorio de comportamientos de individuos. Debemos tener en cuenta que se trata de mucho más que eso, la impronta de la organización surge de esa interacción y adquiere rasgos propios. La persona jurídica es un agente configurado por el componente humano que, a su vez, influye sobre el componente humano, se trata de un proceso mutuamente constitutivo.

Por ello, el avance más determinante sobre la elección racional inicial ha sido el neoinstitucionalismo, componente teórico que asumimos en este modelo antrópico (particularmente, en la vertiente racional). Señalamos al neoinstitucionalismo o nuevo institucionalismo como la evolución más relevante en la materia que nos ocupa, pues posibilita la incorporación de la organización como contexto⁷⁸ que interviene o influye en la interacción de sujetos, lo que facilita un análisis mucho más certero de aquello que realmente acaece en contextos organizados y su comprensión⁷⁹ permite legitimar de forma consistente la atribución de reproche penal a la persona jurídica en virtud de la impronta que genera (pero sin incurrir en la atribución de facultades humanas o conciencia de sí mismas y de su entorno). Así, el nuevo institucionalismo de la elección racional⁸⁰ emerge como producto de los avances de

⁷⁵ En el siguiente apartado nos ocuparemos de la incorporación al andamiaje sociojurídico del modelo antrópico de las aportaciones de la economía conductual aplicada al cumplimiento (*behavioral compliance*).

⁷⁶ MAYER, 2013, p. 118-123.

⁷⁷ BLANTON/FARGHER, 2016. Igualmente, respecto al potencial de la acción colectiva y la extensión del alcance teórico del nuevo institucionalismo, vid. RAO/MORRILL/ZALD, 2000, pp. 237-281 u OSTROM, 2009, pp. 186-208.

⁷⁸ FERNÁNDEZ-ALLES/VALLE-CABRERA, 2006, pp. 503-517.

⁷⁹ DEEPHOUSE/SUCHMAN, 2008, pp. 49-77.

⁸⁰ Por razones de extensión y objeto, no nos detenemos en otras modalidades del neoinstitucionalismo, para profundizar, vid. CABALLERO MÍNGUEZ, 2007, pp. 9-27; también ESLAVA/OROZCO/VALENCIA, 2011.

la elección racional y los desarrollos del institucionalismo como teoría de análisis sobre la configuración y funcionamiento de las organizaciones.

Puede afirmarse que, mientras la elección racional primigenia permitiría sostener los presupuestos de un modelo estricto de heterorresponsabilidad (al partir de posiciones excesivamente individualistas a la hora de examinar lo que sucede en los grupos o ámbitos organizados), el neoinstitucionalismo⁸¹ se encuentra más cercano al modelo de autorresponsabilidad, aunque desde una configuración notablemente diferente (tanto en fundamento y método como en vigencia) a las hipótesis de la teoría de sistemas de Luhmann. El neoinstitucionalismo engloba en el análisis de los contextos organizados tanto el examen de los procesos de decisión making de los individuos que la componen como la impronta de las influencias, limitaciones normativas y estructuras de las propias organizaciones. Como se ha dicho, se concibe a la relación entre conducta individual e dinámica institucional como un proceso mutuamente constitutivo y, consecuentemente, significativo; esto es, las personas físicas que interactúan bajo el paraguas de un ente organizado han configurado o contribuyen a configurar las prácticas, procesos, pautas, protocolos, etc. de la propia organización. El resultado son influencias o «constricciones» (no autogeneradas por la organización) que encauzan o influyen en mayor o menor medida las propias conductas de los individuos que conforman la persona jurídica y que pueden elevar el riesgo que algún miembro de la organización cometa alguna irregularidad⁸². Si tales «constricciones» estaban orientadas hacia la disuasión/prevención del riesgo de materialización de conductas -humanas- delictiva, operaría la desactivación de la posible atribución de responsabilidad penal a ese contexto, es decir, a la persona jurídica.

La persona jurídica, por tanto, es considerada un contexto de interacción de normas socialmente acogidas que influyen sobre sus miembros e, incluso, sobre otros posibles agentes intervinientes. Como desarrolla Mayer, las organizaciones despliegan una impronta relevante para que sus miembros no protagonicen incumplimientos⁸³ o, en su defecto, los cometan. La articulación de procedimientos, controles o acciones de concienciación dirigidas a la prevención resultan determinantes. A este respecto, las posiciones o puestos que ocupan los sujetos intervinientes de la organización y la impronta de la propia organización; el elenco de conductas posibles de cada interviniente o participante; el conjunto de potenciales resultados que pueden lograr u obtener cada uno de ellos; la función que vincula las conductas posibles con los resultados posibles; el control aplicado sobre las acciones y resultados según dicha función; los costes/beneficios de cada acción y resultado o los flujos de informa-

⁸¹ LÓPEZ NOVO, 1993, pp. 291-327.

⁸² Sobre este asunto, cabe señalar el acertado análisis de PALMER, 2012, acerca de cómo el riesgo de conductas impropias de individuos aparentemente cumplidores aumenta según el ámbito u organización en que se encuentren.

⁸³ MAYER, 2013, pp. 124-126.

ción disponibles sobre las acciones y resultados son factores o elementos que involucran a lo que sucede en los contextos organizados y, consecuentemente, deben estar presentes en el análisis realizado desde el nuevo institucionalismo según el enfoque holístico realizado por la Premio Nobel, Ostrom⁸⁴, autora que, además, señaló a la teoría de juegos como herramienta idónea para clarificar qué es lo que realmente sucede en la organización.

La utilidad de la citada teoría de juegos (game theory) para conocer la realidad estratégica que se presenta en las organizaciones o grupos viene siendo destacada desde hace décadas por investigadores expertos en análisis de las organizaciones. Hayek fue uno de los economistas y juristas que incidió en esta idea, hoy día consolidada. De hecho, sus aportaciones fueron trascendentales para avanzar, desde el plano sociojurídico, en el conocimiento de las organizaciones y sus dinámicas internas⁸⁵, especialmente en el examen que considera la afectación de aquellos elementos que ignoran determinados sujetos y otros factores que vienen a fijar su racionalidad limitada (que abordaremos en el siguiente apartado al tratar la influencia de aspectos irracionales en los procesos de toma de decisiones⁸⁶). Asumimos que, para realizar un examen de la organización integral, no debemos circunscribirnos al recinto teórico de lo racional, sino que debemos abarcar todo aquello que interviene en los procesos decisorios que tienen lugar en la persona jurídica. Es, por tanto, necesario adoptar un modelo de responsabilidad penal corporativa holístico, que permita incorporar todos aquellos elementos y factores que participan en los procesos decisorios ligados al cumplimiento. Ese debería ser el horizonte. Sobre ello, resulta particularmente significativo como una de las más recientes investigaciones realizadas por el prestigioso autor especializado en *compliance*, economía del comportamiento y autor de *The law of good people*⁸⁷, Feldman, junto al experto del Center for Law and Behavior de la Universidad de Ámsterdam, Reinders, al coeditor del *The Cambridge Handbook of Compliance*, Van Rooij, y a otros investigadores, nos muestran -a tenor de un profundo estudio científico sobre cumplimiento con respecto a las acciones de mitigación del Covid-19 desarrolladas en Israel- que el cauce más acertado para comprender y lograr el cumplimiento en el marco de la interacción de sujetos es el recurso al cruce o mestizaje de diversas teorías (*cross-theoretical compliance*) para una mejor comprensión de todo lo que engloba el *compliance*⁸⁸. Y cabría añadir que, por supuesto, en la relación de teorías que señala tal investigación, a la periclitada teoría de sistemas ni se la nombra ni se la espera.

⁸⁴ OSTROM, 2005, p. 13-31.

⁸⁵ FOSS/KLEIN, 2014, p. 6.

⁸⁶ TAKAHASHI, 2013, pp. 177-196.

⁸⁷ FELDMAN, 2018.

⁸⁸ BRUJIN/FELDMAN/REINDERS/KUIPER/BROWNLEE/KOOISTRA/OLTHUIS/FINE/VAN ROOIJ, 2022, pp. 1-36.

3.3. *Economía conductual y teoría de juegos para refinar teórica y metodológicamente al modelo antrópico: «behavioral game theory»*

En los procesos de decision making existen elementos de índole más intuitiva e irreflexiva que pueden afectar al juicio o el sentido de nuestras decisiones y conductas. De hecho, varias investigaciones de referencia, como las realizadas por los investigadores especialistas en economía conductual y psicología, Banaji/Greenwald (2016), o el premio Nobel por sus investigaciones relativas al modelo racional de toma de decisiones, Kahneman (2012), inciden en la existencia de dos vías o mecanismos de pensamiento: el pensamiento rápido y el lento (aunque no están radicalmente separados). El primero es impulsivo y se encuentra intensamente afectado por sesgos mientras que el segundo resulta más reflexivo y permite abarcar mayor cantidad de información con carácter previo a la decisión, resultando menos probable incurrir en una irregularidad. A pesar de que, por la propia configuración de las prácticas y procedimientos que rigen los escenarios de adopción de decisiones en entornos empresariales, se tiende a la elección de aquellas decisiones informadas que se encuentran alineadas con las estrategias y políticas de la organización, este tipo de estudios y evidencias de utilidad práctica provenientes de las ciencias del comportamiento vienen a complementar o mejorar determinados postulados de la elección racional en las organizaciones⁸⁹. Nos ofrecen una visión analítica mucho más integral de las motivaciones y conductas dimanantes que tienen lugar en las personas jurídicas. Asimismo, permiten a los responsables del diseño de los programas o, en su caso, sistemas de *compliance*, y a los *compliance officers* diseñar tácticas y controles, como son los incentivos y *nudges*⁹⁰, tendentes a reducir de manera subrepticia los riesgos ligados a los aspectos más irracionales o, directamente, a promocionar el adecuado cumplimiento (y ello, a pesar de que el «beneficio directo o indirecto» sea requisito jurídico-penal para la activación de la responsabilidad penal corporativa).

Las evidencias obtenidas de la experimentación científica han ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo en el área del cumplimiento y control de riesgos penales. Tanto es así que, como muestra Langevoort (2018, pp. 263-281), el «behavioral compliance» constituye una singular materia muy valorada para el diseño sistemas de *compliance* más efectivos, basados en predicciones elaboradas sobre recientes estudios y experimentos ligados al desarrollo de conductas cumplidoras/incumplidoras. En este punto, cabe recalcar la importancia de acoger tanto el enfoque económico, extremo en el que incide MILLER (2018, pp. 247-262), como las experiencias conductuales para incrementar la efectividad de los sistemas de *compliance* desde su diseño y consideramos útil que, en casos litigiosos, se acepte la realización de periciales avanzadas de *compliance* que incorporen en su análisis estos aspectos

⁸⁹ MAYER, 2013, p. 118.

⁹⁰ ARIELY, 2010.

(ya se realicen a instancia de parte o sean acordadas por el órgano judicial competente)⁹¹.

El «enfoque del cumplimiento y *enforcement* basado en valores» constituye una excelente muestra de la aplicación al ámbito corporativo de aquello que nos explican las ciencias del comportamiento sobre el *compliance*⁹². Sus precursores extraen de la psicología y economía conductual numerosos estudios ligados a temas como el tratamiento del riesgo, la cultura de grupo, la noción de justicia, la sensación de culpa en colectivos, el compromiso por el cumplimiento de las normas en las organizaciones, etc. para elaborar diversas estrategias que refuercen el cumplimiento en las empresas. Y es que, como venimos subrayando, en las personas jurídicas se aprecia un contexto (que es fruto de la interacción del componente humano y no resultado de un hipotético sistema que lo autogenera) que afecta a las conductas de los sujetos que lo componen⁹³, por lo que es crítico que ese clima existente sea proclive a cumplimiento⁹⁴. Así, en el contexto existente en la persona jurídica puede apreciarse aquello que Kahneman ha denominado «ruido» en uno de sus últimos trabajos junto a dos referencias mundiales del pensamiento estratégico, Sibony y Sunstein. Y es que hay factores que impactan sobre nuestros procesos y conocer cómo reducir ese ruido permite mejorar los juicios que realizamos los seres humanos⁹⁵. Extremos que, como el lector podrá deducir, tienen una trascendencia enorme en el campo que nos ocupa. Las conclusiones de esta tipología de investigaciones sobre sesgos y factores menos racionales en los procesos de decisión making nos permiten extraer que, aunque pueda discutirse el grado de influencia en las conductas finales, tales factores intervienen siguiendo unos patrones o pautas⁹⁶, por lo que pueden ser predeterminados o normativizados, incorporando su posible intervención junto al estudio del elenco de decisiones -racionales- que pueden adoptarse bajo los criterios de neoinstitucionalismo.

Llegados a este punto, procede concluir la presente síntesis de los lineamientos del modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica con aquella

⁹¹ AGUILERA GORDILLO, 2022, pp. 633-651.

⁹² HODGES/STEINHOLZ, 2017. Agradezco al profesor de la Universidad de Oxford, Christopher HODGES la atención presentada y material facilitado cuando he ocupado el puesto de academic visitor dicha institución.

⁹³ JANCSICS/ ESPINOSA/ JONATHAN, 2022; AMBROSE/ ARNAUD/ SCHIMINKE, 2008, pp. 323-333.

⁹⁴ Por supuesto, en lo que nos concierne, prestaríamos especial atención al cumplimiento para la prevención de delitos; con todo, respecto al cumplimiento general y su parangón con el cumplimiento penal, DEL ROSAL BLASCO, 2018, p. 217, señala: «El cumplimiento normativo penal, por tanto, no es algo distinto al cumplimiento normativo o regulatorio, porque, en realidad, todos ellos pretenden lo mismo: cumplir con las normas legales para evitar comportamientos irregulares o ilícitos que hagan que la empresa incurra en responsabilidades que le acarren consecuencias indeseadas. Además, el cumplimiento normativo penal complementa los procedimientos y controles del cumplimiento normativo o regulatorio general porque algunos de estos también sirven para prevenir delitos».

⁹⁵ KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN, 2021.

⁹⁶ ARIELY, 2010.

herramienta que consideramos particularmente relevante en este modelo: la teoría de juegos⁹⁷. Esta teoría, que no debe confundirse con la gamificación o con el recurso a juegos lúdicos, es un campo de la economía y matemática aplicada que usa modelos para estudiar la interacción estratégica de sujetos cuando concurren diversos factores o circunstancias (p. ej.: distintas preferencias, asimetrías informativas, etc.). Nos situamos ante una teoría de solvencia científica ampliamente demostrada y consideramos que su reunión con las aportaciones de las ciencias del comportamiento ofrecen un instrumento avanzado, el «behavioral game theory», que podría desempeñar un papel crucial en el esclarecimiento de la atribución de la responsabilidad penal corporativa -así como en el propio diseño de los sistemas de *compliance*-. En claro contraste con lo que sucede con la cuestionada teoría de sistemas de Luhmann, la teoría de juegos goza de plena vigencia y cuenta con el sólido respaldo científico que supone que un elenco muy relevante de premios Nobel hayan contribuido a su perfeccionamiento o utilizado como herramienta para el estudio de la conducta humana en contextos estratégicos y cuando existen flujos de información asimétricos (condiciones muy presentes en las personas jurídicas).

Además de los referidos Ostrom, Nash o Hayek (Premios Nobel en 2009, 1994 y 1974, respectivamente), ponemos señalar a Aumann y a Schelling (Premios Nobel en 2005) o a Fama, Hansen y a Shiller (Premios Nobel en 2013) como algunos de los investigadores científicos que han sido galardonados con el Nobel por sus contribuciones a la teoría de juegos y el estudio de las dinámicas decisorias. Entre los aspectos más remarcables de la teoría de juegos, corresponde apuntar que su uso como instrumento para el análisis de los procesos decisorios cuando intervienen diversos agentes o contextos estratégicos donde puede existir -o no- cooperación se viene produciendo y potenciando desde hace años con gran éxito. Así, por ejemplo, la teoría de juegos permitió a Elster (1989, p. 60 y s.) explicar cómo aparece el orden, las normas y las instituciones de manera espontánea⁹⁸, fruto de la necesaria cooperación de los individuos; a Mackaay (1991, pp. 417 y s.) a exponer las razones del cumplimiento/incumplimiento de pactos o contratos y el necesario enforcement de las autoridades; a McCarthy (2002, p. 417 y s.) le permitió ofrecer utilísimos criterios de predicción de delincuencia en marcos organizados que toman en consideración aspectos clave de la sociología criminal, etc.

La teoría de juegos se utiliza actualmente, tanto por agencias de investigación y

⁹⁷ PALMA HERRERA/AGUILERA GORDILLO, 2017, pp. 119-126; AGUILERA GORDILLO, 2022, pp. 282-299.

⁹⁸ Son significativas estas afirmaciones de ELSTER, 1989, p. 84: «Las prácticas que conducen a la formación del orden espontáneo tienen mucho en común con las reglas observadas al jugar un juego [...] Un juego constituye en realidad un claro ejemplo de un proceso en el cual la obediencia a reglas comunes por elementos que persiguen fines diferentes y aún propósitos contradictorios dan como resultado un orden global». «Un juego es, de hecho, una instancia clara de un proceso dentro de la obediencia a reglas comunes por elementos que persiguen propósitos diferentes e incluso conflictivos, lo que da como resultado un orden general».

organismos públicos como por corporaciones privadas para comprender, incluso predecir, preferencias y conductas en grupos y marcos estratégicos. De hecho, se recurre a ella para modelizar los avances de pandemia, las estrategias en conflictos bélicos y sociopolíticos, para conocer preferencias en mercados, para esclarecer posiciones dominantes y prácticas colusorias, etc. En esencia, mediante esta teoría podemos extraer cuáles son las decisiones más efectivas, las menos beneficiosas, la que tienen mayor riesgo, etc. del conjunto de decisiones posibles y, a su vez, posibilita una mejor comprensión de las razones que sustentan la cooperación o el incumplimiento de los sujetos que interactúan en las organizaciones. Este tipo de informaciones resultantes de la modelización son enormemente variolosas si la combinamos con los factores o elementos de estudio del neoinstitucionalismo y el «behavioral compliance» (en algunos casos coincidentes), ya que nos permiten comprender que sucede realmente en las empresas y diseñar estrategias de diversa naturaleza⁹⁹, procedimientos y controles que impidan o reduzcan las probabilidades de acaecimiento de irregularidades o delitos, redirigiendo las preferencias decisorias estratégicas de los sujetos hacia el cumplimiento y el adecuado tratamiento del riesgo.

Dado el propósito y extensión del presente artículo, no resulta factible desarrollar una explicación completa de la teoría de juegos; no obstante, una breve síntesis de uno de los juegos más sencillos de esta teoría, el conocido como dilema del prisionero, puede ilustrar acerca de la dinámica que siguen estos modelos¹⁰⁰: el punto de partida es la detención de dos sospechosos por la comisión de un delito. Los detenidos son situados en celdas separadas y no pueden comunicarse entre sí. Las autoridades informan a cada uno de los beneficios de cooperar con la justicia. Cada detenido desconoce si el otro detenido confesará o no lo hará, no hay flujo de información en este extremo. Si los dos detenidos confiesan, la pena de prisión para ambos se reduce a 1 año de prisión. Por el contrario, si ninguno confiesa, los dos serán condenados a 2 años de prisión. En cambio, si uno de ellos confiesa y el otro no, se condenará al que ha confesado a 4 años de prisión y aquel que no lo ha hecho quedaría libre.

Lo que más beneficia a los sospechosos es no confesar, pues quedarían libres (individualmente). Esta vía es la conocida como estrategia dominante pues, desde el punto de vista individual (independientemente de aquello que haga el otro sospechoso) la mejor decisión de cada sujeto es no confesar. No obstante, cuando ambos sujetos deciden no confesar, el resultado para ambos es mucho peor. Este sencillo juego nos muestra que la supuesto racionalidad individual nos lleva a un resultado colectivo negativo irracional. La ausencia de cooperación incrementa los perjuicios

⁹⁹ Ampliamente, WU/LI/ZHANG/ CRESSMAN/ TAO, 2014 o MASCHLER/SOLAN/ZAMIR, 2013.

¹⁰⁰ Cfr. GRUJIĆ/GRACIA-LÁZARO/MILINSKI/SEMMANN/TRAULSEN/CUESTA, ET AL., 2014. La variante conocida como juego de confianza, el denominado juego del halcón y la paloma, el dilema del viajero o el juego del dictador, son otros juegos sencillos que engloba la teoría de juegos.

sobre los individuos que interactúan en un determinado contexto. A través de la teoría de juegos se clarifica la problemática del *free rider*. Cuando los miembros de una comunidad deciden cumplir con las normas o, por ejemplo, reciclar, todos salen ganando, pero si alguno de ellos, el *free rider* o incumplidor, decide egoístamente ahorrarse el esfuerzo o beneficiarse del incumplimiento, él puede salir beneficiado. Ahora bien, si todos -o la mayoría- pensasen lo mismo y actuaran igual, la colectividad resultaría perjudicada. El dilema del prisionero permite formalizar el problema de la acción colectiva o la necesaria cooperación para reforzar aspectos como la adecuada gestión de riesgos. Asimismo, pone de relevancia la importancia de que, en los contextos organizados, exista la *confianza* de que todos cumplen puesto, de lo contrario, se podría incurrir en una reacción de incumplimientos en cadena que afectaría negativamente a la organización. El dilema de prisionero también sirve para comprender mejor las razones por las que el Estado ha incentivado la inclusión de órganos con la función de *compliance* o *compliance officer* en el seno de las personas jurídicas y exigido su autonomía: a través de estos órganos el Estado confía más en que, dentro de las personas jurídicas, se cumple con lo dispuesto en los propios sistemas de *compliance* que han adoptado¹⁰¹.

La modelización, habitualmente más compleja que el juego expuesto, posibilita un conocimiento científico exhaustivo de las dinámicas estratégicas realmente existentes dentro de la organización, profesionales intervinientes (directivos, mandos intermedios, empleados), los distintas funciones que desempeñan, los departamentos implicados, las ordenes realizadas o actos de supervisión realizados, los procesos o protocolos seguidos, los controles que tienen lugar, los ámbitos geográficos, etc. Fruto de la misma, podría extraerse más claramente la presencia y sentido de las «constricciones» en la persona jurídica, de modo que pueda clarificarse si el contexto organizativo estratégico (no autogenerado) es proclive al cumplimiento o, por el contrario, si se vislumbra una realidad criminógena incentivadora de la comisión de injustos. Además, como se dijo con anterioridad, estos modelos no solo pueden ofrecer información determinante para clarificar la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica cuando alguno de sus miembros protagoniza un injusto, ya que también permiten realizar unos sistemas de *compliance* más eficaces al seguir pautas científicas de estudio de la información asimétrica, interacciones estratégicas, etc.¹⁰² y analizar los riesgos desde una sistemática dinámica, como es la propia realidad corporativa y no desde la habitual perspectiva estática -y bastante intuitiva- que reflejan los clásicos análisis probabilidad/impacto.

A todo lo apuntado, podemos sumar que las previsiones contempladas respecto a

¹⁰¹ AGUILERA GORDILLO, 2022, pp. 287-294.

¹⁰² Entendemos que las propuestas señaladas, sobre todo la modelización de la teoría de juegos en confluencia con la información extraída de métricas ligadas a aspectos jurídicos (jurimetría), podrían ofrecer unos sistemas de *compliance*, *compliance* jurimétricos, de gran eficacia en la prevención del delito en las organizaciones.

la inclusión de la modelización dentro del acervo del enfoque antrópico de responsabilidad penal corporativa permiten fijar un valiosísimo nexo sociojurídico entre la atribución de responsabilidad penal a los entes morales y el aparentemente alejado mundo de la herramientas informáticas y la automatización de procesos de *compliance* (que está adquiriendo una enorme notoriedad). Aunque esta cuestión desborda el objeto del trabajo, cabe integrar una somera explicación: en la actualidad existe una amplia variedad de softwares para el análisis de riesgos, monitorización de sistemas de información interna o para la predicción, prevención y detección de delitos en las personas jurídicas. Estas herramientas recurren a la inteligencia artificial, big data, etc., pero su configuración se sustenta, justamente, en la aplicación de aplicación algoritmos y modelos matemáticos; tales técnicas o modelos constituirían, por tanto, ese preciado cauce o vía de conexión entre el campo de la dogmática penal y los recursos informáticos específicamente utilizados en *compliance*¹⁰³. Consecuentemente, nos encontraríamos en mejores condiciones para enfrentarnos con mayor rigor a los desafíos que, sin duda, van a ir emergiendo respecto a la mayor o menor adecuación de determinados algoritmos utilizados en este tipo de softwares y las implicaciones jurídico-penales que puede generar para las organizaciones.

En síntesis, defendemos que la teoría de juegos en confluencia con las evidencias de la economía conductual brinda al Derecho Penal de la persona jurídica una rigurosa metodología para un análisis integral de la interrelación de carácter estratégico en las personas jurídicas. Su utilidad no se circunscribe a una ofrecer una mejor comprensión de la realidad que presentan las organizaciones, es decir, no solo resulta apropiada como teoría explicativa de las organizaciones, sino que supone una herramienta analítica ampliamente respaldada y científicamente consolidada para predecir o diseñar mecanismos de reacción adecuados frente al extensísimo elenco de posibles decisiones cumplidoras/incumplidoras dentro de la organización. Y ello desde una visión dinámica -no estática- e interrelacionada, que tiene en cuenta una multitud de factores que influyen en los procesos decisorios que tiene lugar en las organizaciones.

4. Conclusiones

La teoría de sistemas es una de las teorías de análisis de las organizaciones más criticadas y cuestionadas por la literatura especializada. La debilidad de sus hipótesis y la ausencia de respaldo ontológico provocan que esta teoría se vea, más bien, como una tesis que vivió cierta época de eclosión en el pasado. Tampoco existen evidencias

¹⁰³ Respecto al referido nexo lógico de raíz socio-jurídica, la dinámica de los algoritmos, el machine learning y sobre la impronta de técnicas supervisadas como la regresión logística, los árboles de decisión, el uso de redes neuronales y *support vector machine* (SVN), AGUILERA GORDILLO, 2022, pp. 314-325.

científicas que muestren que las organizaciones funcionan como sistemas autopoieticos cerrados, con capacidad para autoorganizarse y autodirigirse con total independencia de los individuos que lo componen. En cambio, sí pueden encontrarse otras teorías más avanzadas y metodologías respaldadas científicamente a las que los organismos públicos y corporaciones privadas recurren para conocer con mayor rigor cómo funcionan y qué sucede en las organizaciones.

A pesar de ello, cierto sector doctrinal y el Tribunal Supremo español han recurrido a las tesis sistémicas como sustento sociojurídico para justificar el reproche penal sobre la persona jurídica. Dado que, desde la visión sistémica, la organización puede autoorganizarse (ignorando a los sujetos, independientemente del cargo o funciones que ocupen), la persona jurídica recibirá sanción penal por su propio defecto organizativo estructural (autogenerado), que constituye el injusto propio del ente corporativo. La sencillez de los postulados sistémicos (su principal precursor, Luhmann, admitió que tuvo que simplificarlos para tratar de hacerlos compatibles con cualquier organización) y la atribución de aptitudes humanas a la persona jurídica (tendencia en la que, intuitivamente, todos incurrimos para tratar de explicar dinámicas no humanas) facilitaron la asimilación de esta teoría por ciertos sectores de la doctrina penal menos permeables a los estudios y evidencias más recientes -y complejas- sobre el estudio de las organizaciones.

Asimismo, puede afirmarse que las críticas a la tesis sistémicas no sólo se han vertido por los especialistas de referencia sobre análisis de las organizaciones y procesos de *decision making* de otros ámbitos científicos, sino que una amplia mayoría de la doctrina penal ha venido criticando el recurso al estricto enfoque sistémico para explicar la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro del modelo de autorresponsabilidad. Estas críticas a la visión sistémica se han emitido tanto por defensores de posturas vicariales de responsabilidad penal de la persona jurídica, de posiciones eclécticas o, incluso, del modelo de autorresponsabilidad (pues el sustento sociojurídico la responsabilidad penal corporativa bien puede encontrarse en otras teorías menos cuestionadas). A este respecto, nos situamos ante una importante cuestión de relevancia práctica que excede, con creces, el ámbito español, pues afecta a otros países que vienen asumiendo la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este contexto, de lo que no cabe duda es que los países con mayor tradición en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica asumen enfoques que sostienen modelos vicariales.

Pues bien, entendemos que el intenso cuestionamiento de las conjeturas sistémicas por parte de la literatura actual más especializada tendría que haber incentivado que el Alto Tribunal español hubiese adoptado una postura más cautelosa y no hubiese recurrido a ellas para fundamentar la responsabilidad penal corporativa. A nuestro juicio, lo procedente sería abandonar progresivamente el acogimiento jurisprudencial del estricto enfoque sistémico para sustentar el modelo de autorresponsabilidad, a

fortiori cuando se está recurriendo a ese arquetipo para justificar, nada más y nada menos, que la propia atribución de una responsabilidad de naturaleza penal, la noción de inimputabilidad o el traslado de responsabilidades penales a otras personas jurídicas.

Precisamente, la falta de validez ontológica de la teoría de sistemas y su sencillez genera graves problemas cuando hay que afrontar cuestiones jurídico-penales de cierta complejidad y trascendencia práctica. Esto es lo que, desde nuestro punto de vista, sucede con la determinación de la «inimputabilidad» de ciertas personas jurídicas y el esclarecimiento del «traslado» de responsabilidad penal entre entes corporativos; dos cuestiones donde se evidencia la falta de solvencia científico-experimental y rigor metodológico de la teoría de sistemas aplicada al Derecho Penal de la persona jurídica.

Como es conocido, la doctrina jurisprudencial relativa a la «inimputabilidad» de ciertas personas jurídicas tiene dos vertientes: inimputabilidad de entes corporativos creados para delinquir e inimputabilidad de los entes sin mínima estructura. Para los dos casos, el sustento de la inimputabilidad es el mismo, la ausencia de supuesta capacidad para autoorganizarse y, por ende, para incurrir en defecto -propio- de organización. En primer lugar, la determinación de inimputabilidad en estos supuestos choca con la más lógica interpretación de los taxativamente contemplado en el Código Penal (sobre todo con el Art. 31 bis 1 y la regla 2ª del Art. 66 bis CP). En consecuencia, a la colisión de la teorización sistémica con las verdaderas dinámicas que presentan las organizaciones debemos sumar el grave problema de compatibilidad con el principio de legalidad, con todo lo que ello implica.

Respecto a la exclusión del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas de los entes creados para delinquir bajo el argumento de que no tienen capacidad autoorganizativa, cabe señalar que todas las personas jurídicas son creadas para alcanzar unos fines, esto es, son instrumentos para lograr unos propósitos. Que tales fines sean lícitos o ilícitos no implica que exista -o no- cierta capacidad autoorganizativa del ente. Consideramos que el Tribunal Supremo asume una errónea correlación capacidad autoorganizativa-licitud de fines, ya que un ente puede disponer de una compleja jerarquía, gran número de individuos, etc. y dedicarse total o parcialmente a actividades ilegales. Además, la consecuencia político-criminal de tal exclusión es incoherente: la aplicación de un régimen más vetusto y laxo (consecuencias accesorias), precisamente, en aquellos casos más extremos. Por otro lado, sobre la inimputabilidad de personas jurídicas carentes de un mínimo sustrato autoorganizativo, debemos subrayar que la determinación de tal apreciación en las sentencias emitidas hasta el momento adolece de una falta de criterios depurados y, sobre todo, de metodología que permita delimitar y sostener tal extremo. Desde nuestro punto de vista, las declaraciones de inimputabilidad se basan en sencillas apreciaciones más o menos intuitivas extraídas del número de individuos (suele aplicarse a personas

jurídicas compuestas por un número muy limitado de individuos) y no en criterios socio jurídicos mínimamente solventes. A este riesgo para la seguridad jurídica, debe añadirse que esta tendencia jurisprudencial puede incentivar que, en las personas de pequeño tamaño, no se adopten instrumentos autorregulatorios como los sistemas de *compliance*. Y es que, en un eventual proceso penal, la existencia de tales instrumentos puede provocar la apreciación de capacidad autoorganizativa del ente y, por tanto, la aplicación del régimen de responsabilidad penal corporativa.

El esclarecimiento del «traslado» de responsabilidad penal entre personas jurídicas tras operaciones de M&A es otro de los supuestos donde la jurisprudencia nos muestra que la teoría de sistemas carece de componentes teóricos que respondan y se alineen con la complejidad de aquello que verdaderamente acaece en las organizaciones. Se evidencia la inexistencia de parámetros claros y coherentes que posibiliten discernir cuándo la «identidad» de una persona jurídica permanece o persiste en otra persona jurídica. De ser coherentes con la teoría de sistemas de Luhmann, para castigar a la persona jurídica por su propio defecto organizativo estructural no debería considerarse la coincidencia del componente humano entre persona jurídica originaria (aquella bajo cuyo ámbito cometió el delito) y resultante, aunque exista porcentaje muy elevado de coincidencia entre directivos y empleados en ambas organizaciones.

A nuestro juicio, resulta irónico que para tratar de evitar posibles conflictos como la problemática con el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas en la esfera de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se acoja una teoría tan criticada como la teoría de sistemas, poco solvente y susceptible de generar más problemas. En lugar de reconfigurar sosegadamente tales principios, de manera que puedan interpretarse y aplicarse de manera diferente a las personas jurídicas (teniendo en cuenta la complejísima realidad presentan y las modernas nociones sobre estudio de las organizaciones), lo que se ha hecho es tratar de alterar la realidad, asumiendo que la persona jurídica es un «ser» capaz de autoorganizarse. Se ha acogido una teoría reduccionista, aplicando directamente y de manera uniforme los elementos de la teoría general del delito (construida durante décadas de estudio para las personas físicas) a las personas jurídicas, recurriendo a equivalencias funcionales.

Frente a esta postura, proponemos un modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica que se erige sobre nociones, teorías y metodologías científicas que han mostrado en otros ámbitos una gran solvencia teórico-experimental para explicar de manera rigurosa e integral qué es lo que sucede en las organizaciones. El basamento sociojurídico de esta propuesta de modelo antrópico goza, además, de dos aspectos que lo revisten de mayor respaldo: 1) que tras las teorías que lo sustentan, y cuya incorporación proponemos al campo del Derecho Penal de la persona jurídica, se encuentran un importante número de expertos reconocidos y galardonados con el Premio Nobel, y 2) que las instituciones públicas y corporaciones privadas recurren

a ellas para conocer, incluso predecir, preferencias y conductas en grupos o para establecer posibles marcos estratégicos. Como puede extraerse, son factores que contrastan radicalmente con la teoría de sistemas.

En este modelo antrópico la persona jurídica es concebida como un agente configurado por el componente humano que despliega una impronta y afecta a los procesos de decision making de los individuos de la organización, particularmente en lo concerniente al riesgo de conducta delictiva. Este contexto corporativo que influye sobre los individuos no se autogenera y tampoco tiene aptitud para autoorganizarse, sino que siempre es resultado de la interacción estratégica de los propios individuos, que son quienes realmente aportan las ideas, aprueban las decisiones y políticas, aplican los procedimientos o controles y protagonizan las conductas en la organización. El componente humano, por tanto, resulta esencial en el examen de la responsabilidad penal corporativa dentro del modelo antrópico.

Bajo este modelo, la persona jurídica es destinataria de reproche penal cuando se evidencia la presencia de «constricciones» o influencias propiciadoras de la conducta delictiva protagonizada por la persona física. Puesto que la persona jurídica carece de aptitud para protagonizar un injusto propio, solo podrá decretarse la responsabilidad penal ante la apreciación de una «culpabilidad heterogénea» del ente. Esta culpabilidad, necesariamente adaptada a la idiosincrasia corporativa, de configuración distinta a la de las personas físicas, se vislumbrará cuando en ese contexto corporativo se aprecie la existencia de una realidad criminógena que favoreció la comisión del delito. En contraste con las hipótesis sistémicas, la adopción y ejecución de un modelo o sistema de prevención de delitos no está subordinado al propio sistema, ya que pende absolutamente del compromiso y la aplicación del componente humano de la organización. De materializarse una conducta delictiva en el ámbito de una persona jurídica que muestre la ejecución eficaz de un sistema de *compliance* que contenga procedimientos, acciones y controles idóneos (juicio de idoneidad), se tendería la punibilidad sobre el ente corporativo.

Dado que en este modelo el componente humano resulta nuclear en el análisis de la responsabilidad criminal corporativa, se mantendría la plena imputabilidad de aquellas personas jurídicas configuradas total o parcialmente para la realización de delitos bajo su ámbito. Y es que, en estas personas jurídicas, se apreciarán con mayor claridad si cabe la presencia de constricciones propiciadoras del delito. Al contrario de lo que mantiene el Alto Tribunal, entendemos que procede la aplicación de lo dispuesto en la regla 2ª del Art. 66 bis CP cuando nos encontremos con entes dedicados totalmente al desarrollo de actividades delictivas. A nuestro juicio, la aplicación de la agravación penológica en estos supuestos se alinea de manera más adecuada con la propia literalidad del precepto y con los propósitos político criminales que determinaron el acogimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Igualmente, en las empresas o resto de personas jurídicas de pequeño tamaño, el límite de la «imputabilidad» estaría constituido por el criterio de la alteridad; en estos supuestos donde el componente personal no es numeroso también resultará más sencillo realizar un juicio sobre el sentido de las constricciones. Solo cabría la exclusión del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica a aquellos entes corporativos que, de sancionarlos penalmente, podría apreciarse una vulneración del *non bis in idem*.

Por su parte, para elucidar la procedencia o improcedencia del «traslado» de responsabilidad penal de la persona jurídica defendemos la realización de un proceso específico de cotejo que determine si en la persona jurídica resultante subsiste la identidad de la persona jurídica originaria (en cuyo ámbito se cometió el delito) y en qué grado o proporción (para aplicar la moderación penológica prevista en la parte final del primer párrafo del Art. 130.2 CP). A estos efectos, el componente humano y las constricciones generadas tienen un papel preponderante para la fijación de parámetros identitarios. En lugar de desviar la atención sobre el supuesto sistema que se autodirige, se examinan las constricciones teniendo absolutamente claro que surgen del diseño, adopción y aplicación de las personas físicas de la persona jurídica (no son una realidad autogenerada). Entre otros criterios que hemos señalado para la realización de un cotejo de visión antropocéntrica, el grado de coincidencia de sujetos que ocupaban puestos decisorios, de control o supervisión en la persona jurídica originaria y en la resultante se presenta como un elemento que apunta a la persistencia identitaria.

Igualmente alertamos de que, si la jurisprudencia es coherente con los postulados sistémicos que asume (la persona jurídica es un sistema con aptitud para autoorganizarse, excluyendo del examen a los individuos por entender que son meras piezas intercambiables), también debe ignorar a los individuos en el examen del traslado de responsabilidad penal corporativa. De lo contrario, se estaría transgrediendo el principio de culpabilidad desde la propia visión sistémica. Por consiguiente, para establecer la pertinencia del traslado *ex* Art. 120 CP desde la doctrina jurisprudencial acogida, debería resultar absolutamente irrelevante que, por ejemplo, en la persona jurídica originaria y en la resultante coincidan la mayor parte de su personal.

El basamento de la propuesta de modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra conformado por elementos teóricos y metodológicos perfectamente alineados con una posición ecléctica de atribución de responsabilidad penal corporativa. El neoinstitucionalismo, las evidencias del *behavioral compliance* ligadas al cumplimiento y la teoría de juegos son los principales elementos que cimentan sociojurídicamente un modelo antrópico en el que no se acepta que la persona jurídica pueda protagonizar realmente una conducta antijurídica (extremo coincidente con la visión del modelo vicarial y los clásicos postulados del Derecho Penal),

pero que considera al ente corporativo como un agente o contexto transmisor de influencias que afectan a los procesos de decision making, extremo que guarda ciertas similitudes con un modelo puro de autorresponsabilidad.

El neoinstitucionalismo posibilita concebir a la persona jurídica como agente que influye sobre los individuos en la toma de decisiones orientadas a la obtención de beneficio junto con otros elementos clave tenidos en cuenta en los procesos de toma de decisiones (p. ej.: conjunto de acciones y resultados posibles, posición de los sujetos en el organigrama, costes y beneficios, etc.). Por su parte, la teoría de juegos nos permite analizar con altísimo rigor las dinámicas de actuación que surgen de la interrelación de individuos en las organizaciones y, además, nos ofrece información muy valiosa para determinar aspectos como la predominancia de determinadas posiciones, la afectación de las asimetrías informativas en las decisiones, etc. Aunque su comprensión resulta mucho más compleja (por su vertiente modelizadora y matemática) que los postulados sistémicos para quienes nos situamos en el campo jurídico-penal, entendemos procedente mostrarnos permeables a esta herramienta científica, pues goza de un sólido respaldo experimental en el análisis de la toma de decisiones en contextos organizados y de interacción estratégica.

Por último, la incorporación a este *corpus* de aquellos aspectos menos racionales que inciden en los procesos de toma de decisiones asociados al cumplimiento (sobre los que nos ilustran los experimentos ofrecidos por el ámbito de la economía conductual y la psicología de grupos conocido como *behavioral compliance*) nos permiten completar aquellos aspectos de estudio de los procesos decisorios en contextos corporativos no contemplados desde la perspectiva estrictamente racional. Se trata de asumir que hay circunstancias o factores más emocionales o irracionales que afectan o enturbian la racionalidad a la hora de desarrollar conductas cumplidoras/incumplidoras. La incorporación de estos elementos proporciona un conocimiento integral de los procesos de decision making que tienen lugar en las personas jurídicas y su confluencia con la modelización que ofrece la teoría de juegos (*behavioral game theory*) refina metodológicamente esta propuesta de modelo antrópico.

En definitiva, consideramos que las conjeturas de la pretérita teoría de sistemas no deberían servir como sustento sociojurídico válido de la responsabilidad penal corporativa. A nuestro juicio, las tesis y nociones que integran la propuesta de modelo antrópico, aunque resultan más complejas, pueden ofrecernos un corpus teórico y metodológico científicamente validado, lo que permitiría afrontar con mayor solvencia los desafíos que presenta la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Bibliografía citada

- ABELL, P. (2011), *Organisation Theory: An Interdisciplinary Approach*, London.
ABELL, P. (2014), "Rational Choice Rational Choice Theory and the Analysis of Organizations",

- en Adler; Du Gay; Morgan (eds.): *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, Oxford, pp. 318-345.
- ADLER, P.; DU GAY, P. ; MORGAN, G.; REED, M. (2014), *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies: Contemporary Currents*, Oxford.
- AGUILERA GORDILLO, R. (2022), *Manual de Compliance Penal en España*, 2ª edición, Cizur Menor.
- AGUILERA GORDILLO, R. (2021), “Responsabilidad penal de la persona jurídica ‘trasladada’ por transformación, fusión o escisión: la situación del Santander como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa” en AAVV/Ortega Burgos Ochoa Marco (dirs.): *Derecho Penal 2021*, Valencia, pp. 15-44.
- AMBROSE, M.; ARNAUD, A.; SCHIMINKE, M. (2008), “Individual development and ethical climate: the influence of person-organization fit on job attitudes”, *Journal of Business Ethics*, 77, 3, pp. 323-333.
- ARIELY, D. (2010), *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*, New York.
- BACIGALUPO SAGESSE, S. (2001), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires.
- BANAJI, M.R.; GREENWALD, A.G. (2016), *Blindspot: hidden biases of good people*, New York.
- BARDAVÍO ANTÓN, C. (2022), “Imputación e injusto de la responsabilidad penal de la persona jurídica: lineamientos de un modelo de ‘autor detrás del autor’”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-16, pp. 1-48.
- BAUCELLS I LLADÓS, J. (2013), “Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 33, pp. 175-218.
- BLANTON, R.E.; FARGHER, L.F. (2016), *How humans cooperate: confronting the challenges of collective action*, Colorado.
- BELL, D.; RAIFFA, H.; TVERSKY, A. (1988), *Decision making descriptive, normative, and prescriptive interactions*, Cambridge.
- BERMEJO, M.G. (2015), “Elección racional, oportunidad para delinquir y prevención situacional: la utilidad de este enfoque para el estudio de la delincuencia empresarial”, en Medina/Summers (eds.): *Crimen, Oportunidad y Vida Diaria, Libro Homenaje al Prof. Marcus Felson*, Madrid, pp. 305-327.
- BLOUNT, J.; MARKEL, S. (2012), “The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act’s Whistleblower Provision”, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol, 17, n.º 4, pp. 1023-1062.
- BRUJIN, A.L.; FELDMAN, Y.; REINDERS FOLEMR, C.P.; KUIPER M.E.; BROWNLEE, M.; KOOISTRA, E.; OLTHUIS, E.; FINE, A.; VAN ROOIJ, B. (2022), “Cross-Theoretical Compliance: An Integrative Compliance Analysis of COVID-19 Mitigation Responses in Israel”, *Administration & Society*, pp. 1-36.
- CABALLERO MÍNGUEZ, G. (2007), “Nuevo institucionalismo en ciencia política, nuevo institucionalismo de elección racional y análisis político de costes de transacción: una primera aproximación”, *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas RIPS*, vol. 6, núm. 2, pp. 9-27
- CIGÜELA SOLA, J. (2020), “Cultura corporativa, compliance e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal”, *La Ley Compliance Penal*, nº 2, septiembre (ed. digital no numerada).
- CIGÜELA SOLA, J. (2021), “La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre”, *Revista de Crítica de Jurisprudencia Penal, InDret*, nº 1/2021, pp. 614-649.
- CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, E.; POMARES HERNÁNDEZ, I.; RAMA MATÍAS, E. (2001), “Análisis económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”, *Derecho y Conocimiento*, volumen nº 1, pp. 331-340.

- DECI, E. L.; RYAN, R. M. (2012), "Self-determination theory", en Van Lange; Kruglanski; Higgins (Eds.): *Handbook of theories of social psychology*, Thousand Oaks, pp. 413-436.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2014), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *Revista Penal México*, nº 5, pp. 9-33.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2017), "A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal", *Revista de jurisprudencia*, octubre (edición digital no numerada).
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2015), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención", en AAVV/Morillas Cueva (dirs.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 81-125.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2018), *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Madrid.
- DEL ROSAL BLASCO B.; LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P. (2018), "La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia", *Diario La Ley*, nº 9126, (edición digital no numerada).
- DEEHOUSE, D.L.; SUCHMAN, M. (2008), "Legitimacy in organizational institutionalism", en Greenwood, R./ Oliver, C./ Sahlin, K./ Suddaby, R.(eds.) *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*, London, pp. 49-77.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2018), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en De la Mata Barranco; Dopico Gómez-Aller; Lascuráin Sánchez; Nieto Martín: *Derecho Penal y Económico de la Empresa*, Madrid, pp. 129-168.
- DURLAUF, S.N.; BLUME, L. E. (2010), "Behavioral Game Theory", en Durlauf; Blume: *Game Theory*, London, pp. 29-37.
- ELSTER, J. (1989), *The cement of society: a study of social order*, Cambridge.
- ESLAVA GÓMEZ, A.; OROZCO GUAYARA H.D.; VALENCIA AGUDELO, G.D. (2011), "Los nuevos institucionalismo como riqueza metodológica para el estudio de la política", *OPERA*, núm. 11, pp. 5-28.
- FELDMAN, Y. (2018), *The Law of Good People. Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, Cambridge.
- FERNÁNDEZ-ALLES, M.; VALLE-CABRERA, R. (2006), "Reconciling institutional theory with organizational theories: How neoinstitutionalism resolves five paradoxes", *Journal of Organizational Change Management*, Vol. 19 No. 4, pp. 503-517.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. (2018), "Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP)", en AAVV/SUAREZ LÓPEZ; BARQUÍN SANZ; BENÍTEZ ORTUZAR; JIMÉNEZ DÍAZ; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (dirs.): *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, pp. 223-245.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2019), "Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa", *Revista Penal*, nº 44, pp. 61-80.
- FOSS, N.J.; KLEIN, P.G. (2014), "Hayek and Organization Studies", en Adler; Du Gay; Morgan (eds.): *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, Oxford, pp- 467-486.
- FUCHS, C.; HOFKIRCHNER, W. (2009), "Autopoiesis and Critical Social Systems Theory", en Magalhães; Sanchez (eds.): *Autopoiesis in Organization Theory and Practice*, pp. 111-129.
- GOENA VIVES, B. (2020), "'To be or not to be' comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)?", *Revista La Ley compliance penal*, nº 1 (edición digital no numerada).
- GOENA VIVES, B. (2021), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 23-22, pp. 1-52.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005), “Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y penal en una teoría constructivista del derecho penal”, en *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, Granada, pp. 417-467.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006), “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-06, p. 05:1-05:27.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2008), “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV / Arroyo Jiménez / Nieto Martín (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Cizur Menor, pp. 256-313.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016), “Capítulo. VI. El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad); “Capítulo VII. La culpabilidad de la persona jurídica”, en Bajo Hernández; Feijoo Sánchez; Gómez-Díez: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª edición, Cizur Menor, pp. 121-220.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019), *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Cizur Menor.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª edición, Cizur Menor.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2018), “Presunción de inocencia, carga de la prueba de idoneidad de los compliance programs y cultura de cumplimiento”, en AAVV/Frago Amada (dir.): *Actualidad Compliance 2018*, Cizur Menor, pp. 201-214.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2019), *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados. Artículo 244 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*, Cizur Menor.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2022), “Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa precios a un procedimiento sancionador o penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 42, pp. 1-33.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019), “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, nº 39, pp. 593-654.
- GÓRRIZ ARROYO E. (2019), “Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, 4/2019, pp. 1-66.
- GRACIA MARTÍN, L. (2016), “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-05, pp. 1-95.
- GRUJIC, J.; GRACIA-LÁZARO, C. (2014), MILINSKI, M., SEMMANN, D., TRAUlsen, A., CUESTA, J.A., ET AL.; “A comparative analysis of spatial Prisoners Dilemma experiments: conditional cooperation and payoff irrelevance”, *Sci. Rep.* 4, 4615.
- HABERMAS, J. (1989), “Excurso sobre N. Luhmann”, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid [*Excursus on Luhmann's Appropriation of the Philosophy of the Subject through Systems Theory. In J. Habermas, The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*, Cambridge, 1987].
- HODGES, C.; STEINHOLZ, R. (2017), *Ethical business practice and regulation: a Behavioral and Values-Based Approach to Compliance and Enforcement*, Oxford, 2017
- HOEHLER, D.J.; HARVEY N. (2004), *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Oxford.
- HOLAHAN R.; LUBELL, M. (2009), “Chapter 2: Collective action theory”, en ANSELL; TORFING (eds.): *Handbook on Theories of Governance*, Oxford, pp. 18-28.

- JANCSICS, D.; ESPINOSA, S.; JONATHAN C. (2022), “Organizational noncompliance: an interdisciplinary review of social and organizational factors”, *Management Review Quarterly*, July, (edición digital no numerada).
- KAHNEMAN, D. (2012), *Pensar rápido, pensar despacio* (trad. Chamorro Mielke), Madrid.
- KAHNEMAN, D.; SIBONY, O.; SUNSTEIN, C. R. (2021), *Ruido: un fallo en el juicio humano* (trad. Chamorro Mielke), Madrid.
- KNUDSEN, M. (2005), “Displacing the Paradox of Decision Making: The Management of Contingency in the Modernization of a Danish County”, en Seidl; Becker (eds.): *Niklas Luhmann and Organization Studies*, Copenhagen, pp. 107-126.
- LANGEVOORT, D.C. (2018), “Behavioral Ethics, Behavioral Compliance” Ch.11, en Arlen (ed.): *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Oxford, pp. 263- 281.
- LÓPEZ NOVO, J. (1993), “Neoinstitucionalismo económico y teoría sociológica”, en AAVV/Lamo de Espinosa/Rodríguez Ibáñez (comps.): *Problemas de teoría social contemporánea*, Madrid, pp. 291-327.
- LEÓN ALAPONT, J. (2020), *Compliance Penal: especial referencia a los partidos políticos*, Valencia.
- LUHMANN, N. (1983), *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid.
- LUHMANN, N. (2005), *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona.
- MACKAAY, E. (1991), “La Teoría de los Juegos se apodera del Derecho” (traducción A. Bour), *Droit et Société*, 17/18, p. 1-31.
- MCCARTHY, B. (2002), “New Economics of sociological Criminology”, *Annual Review of Sociology*, 418-423.
- MAGRO SERVET, V. (2019), “Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo”, *Diario La Ley*, N.º 9337 (edición digital no numerada).
- MASCHLER, M.; SOLAN, E.; ZAMIR, S. (2013), *Game Theory*, Cambridge.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. (1980), *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. (1984), *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile.
- MAYER, C. (2013), *Firm Commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Oxford.
- MAYER, C. (2018), *Prosperity: Better business makes the greater good*, Oxford.
- MILLER, G.P. (2018), “An economic análisis of effective compliance programs” Ch. 10, en Arlen (ed.): *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Oxford, pp. 247- 262.
- MINGERS, J. (2002), “Can Social Systems Be Autopoietic? Assessing Luhmann’s Social Theory”, en *Sociological Review*, 50 (2), pp. 278-299.
- MINGERS, J. (2004), “Observing Organizations: An Evaluation of Luhmann’s Organization Theory”, en Hernes; Bakken (eds.): *Autopoietic Organization Theory: Drawing on Niklas Luhmann’s Social Systems Perspective*, Copenhagen, pp. 103-122.
- MIR PUIG, S. (2004), “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-01, pp. 01:1-01:17.
- MORALES HERNÁNDEZ, M.A. (2018), “Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a la personas jurídicas en el delito corporativo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 19, pp- 327-368.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2018), “Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad penal de las persona jurídicas”, *Revista internacional de transparencia e integridad*, n° 6, pp. 1-7.
- OSTROM, E. (2005), *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, New Jersey.

- OSTROM, E. (2009), "Collective Action Theory", en BOIX; STOKES (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Politics*, Oxford, pp. 186-208.
- PALMA HERRERA, J.M.; AGUILERA GORDILO, R. (2017), *Compliances y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Cizur Menor.
- PALMER, D. (2012), *Normal organizational wrongdoing: a critical analysis of theories of misconduct in and by organizations*, Oxford.
- RAO, H.; MORRILL, C.; ZALD, N. (2000), "Power Plays: how social movements and collective action create new organizational forms", *Research in Organization Behavior*, vol 22, pp. 237-281.
- ROBLES PLANAS, R. (2009), "El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", *Revista para el análisis del Derecho InDret 2/2009*, Barcelona, pp. 1-12.
- RYAN, R. M.; DECI, E. L.; VANSTEENKISTE, M; SOENENS, B. (2021), "Building a science of motivated persons: Self-determination theory's empirical approach to human experience and the regulation of behavior", *Motivation Science*, nº 7(2), pp. 9-110.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; ALMODÓVAR PUIG, B. (2022), "La desobjetivización de la responsabilidad civil ex delicto: los programas de cumplimiento", *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, pp. 114-146.
- SATZ, D.; FERREJOHN, J.A. (1994), "Rational choice and social theory", *Journal of Philosophy*. Vol. 91, nº 2, pp. 71-87.
- SEIDL, D.; BECKER H. (2005), *Niklas Luhmann and Organization Studies*, Copenhagen.
- SEIDL, D.; MORMANN, H. (2014), "Niklas Luhmann as Organization Theorist", en Adler; Du Gay; Morgan (eds.): *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, Oxford, pp. 125-157.
- SILVA SANCHEZ, J.M., (2020), contribución en «El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución», *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, nº 4, pp. iii-v.
- VILLEGAS GARCÍA M^a. A.; ENCINAR DEL POZO, M.A. (2020), *La lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Cizur Menor.
- WICK, F.A.; ALAOU, A.; GARG, S.; GRACE, R.C.; WOLFE, J.M. (2019), "Perception in dynamic scenes: What is your Heider capacity?", *Journal of Experimental Psychology: General*, 148(2), pp. 252-271.
- WU, J.J., LI, C.; ZHANG, B.; CRESSMAN, R.; TAO, Y. (2014), "The role of institutional incentives and the exemplar in promoting cooperation", *Scientific Reports*, 4, article number 6421, edición digital no numerada.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. (2020), "M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica", *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2/2020, pp. 195-224.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (1999), "Las "consecuencias accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español", en Hurtado Pozo (coord.): *El sistema de penas del nuevo Código Penal*, pp. 325-336.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2003), "Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 81, pp. 537-554.